

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2010-IV



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-IV

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: 978-94-6240-117-4

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013
© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013

The *Reports of Judgments and Decisions* is an official publication of the European Court of Human Rights containing a selection of key judgments and decisions of the Court with summaries prepared by the Registry. For the years 2007 and onwards the selection has been made by the 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>Stapleton v. Ireland</i> , no. 56588/07, decision of 4 May 2010.....	1
<i>Stapleton c. Irlande</i> , n° 56588/07, décision du 4 mai 2010.....	17
<i>Kononov v. Latvia</i> [GC], no. 36376/04, judgment of 17 May 2010..	35
<i>Kononov c. Lettonie</i> [GC], n° 36376/04, arrêt du 17 mai 2010	137
<i>Gäfgen v. Germany</i> [GC], no. 22978/05, judgment of 1 June 2010 ..	247
<i>Gäfgen c. Allemagne</i> [GC], n° 22978/05, arrêt du 1 ^{er} juin 2010.....	327
<i>Schalk and Kopf v. Austria</i> , no. 30141/04, judgment of 24 June 2010.....	409
<i>Schalk et Kopf c. Autriche</i> , n° 30141/04, arrêt du 24 juin 2010.....	447

Subject matter/Objet des affaires

Article 3

Threats of physical harm by police to establish whereabouts of missing child
Gäfgen v. Germany [GC], p. 247

Menaces de souffrances physiques proférées par la police pour retrouver un enfant qui avait disparu
Gäfgen c. Allemagne [GC], p. 327

Article 6

Surrender of suspect to fellow State Party to Convention despite alleged risk of unfair trial
Stapleton v. Ireland (dec.), p. 1

Remise d'un suspect à un autre Etat partie à la Convention malgré un risque allégué de procès inéquitable
Stapleton c. Irlande (déc.), p. 17

Article 6 § 1

Use in trial of evidence obtained under duress
Gäfgen v. Germany [GC], p. 247

Utilisation au procès de preuves obtenues sous la contrainte
Gäfgen c. Allemagne [GC], p. 327

Article 7

Conviction under legislation introduced in 1993 for war crimes committed during the Second World War
Kononov v. Latvia [GC], p. 35

Condamnation en vertu d'une législation introduite en 1993 pour des crimes de guerre commis durant la Seconde Guerre mondiale
Kononov c. Lettonie [GC], p. 137

Article 12

Inability of same-sex couple to marry
Schalk and Kopf v. Austria, p. 409

Impossibilité pour un couple homosexuel de se marier
Schalk et Kopf c. Autriche, p. 447

**Article 14 in conjunction with Article 8/
Article 14 combiné avec l'article 8**

Inability of same-sex couple to marry

Schalk and Kopf v. Austria, p. 409

Impossibilité pour un couple homosexuel de se marier

Schalk et Kopf c. Autriche, p. 447

Articles 34

Insufficient redress for threats of physical harm during police interrogation

Gäfgen v. Germany [GC], p. 247

Réparation insuffisante pour des menaces de souffrances physiques proférées
au cours d'un interrogatoire de police

Gäfgen c. Allemagne [GC], p. 327

STAPLETON v. IRELAND
(Application no. 56588/07)

THIRD SECTION¹

DECISION OF 4 MAY 2010²

1. Sitting as a Chamber composed of Josep Casadevall, *President*, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Egbert Myjer, Luis López Guerra, Ann Power, *judges*, and Stanley Naismith, *Deputy Section Registrar*.

2. English original.

SUMMARY¹**Surrender of suspect to fellow State Party to Convention despite alleged risk of unfair trial****Article 6**

Criminal proceedings – Fair hearing – Surrender of suspect to fellow State Party to Convention despite alleged risk of unfair trial – European arrest warrant and surrender procedures – Impact of delay in prosecution on fairness of proceedings – Absence of substantial grounds for fearing real risk of “flagrant denial” of Convention rights – Most appropriate forum – Not a case concerning non-derogable rights with risk of onward transfer to non-Contracting State – Availability of domestic and Convention remedies in transferee State

*

* *

This case concerned the scheme for the surrender of suspects and convicted persons established by the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between member States. The scheme replaced extradition procedures between member States. In 2005 the applicant was arrested in Ireland under a European arrest warrant that had been issued the previous year in the United Kingdom in respect of fraud offences he was alleged to have committed there between 1978 and 1982. The United Kingdom authorities maintained that they had only become aware of the applicant’s whereabouts in 2001 as he had been living overseas. The applicant opposed his surrender on the ground that the delay of well over twenty years between the commission of the alleged offences and his arrest had created a real risk that he would not receive a fair trial. That argument was rejected by the Irish Supreme Court, which found, *inter alia*, that the applicant had a remedy for the delay in the United Kingdom courts and it would be demonstrably more efficient and appropriate for that issue to be dealt with there.

Held

Article 6: The facts of the applicant’s case did not disclose substantial grounds for believing that there would be a real risk that the applicant would be exposed to a flagrant denial of his Article 6 rights in the United Kingdom, which, as a Contracting Party, had undertaken to abide by its Convention obligations and to secure to

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

everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein. Delay in prosecuting a crime did not, necessarily and of itself, render criminal proceedings unfair. The applicant's submission that all he should have been required to establish in the Irish courts was a real risk of unfairness in the United Kingdom, rather than a real risk of a "flagrant denial" of his rights, was rejected for three reasons. Firstly, such an approach would run counter to the principles that had been established in the Court's judgment in *Soering v. the United Kingdom* (7 July 1989, Series A no. 161) and its subsequent jurisprudence. Secondly, the Irish Supreme Court had rightly found that on the facts it would be more appropriate for the United Kingdom courts to hear and determine the applicant's complaints of unfairness. Thirdly, the applicant's submission that he was entitled to have his Convention rights protected on the first relevant occasion (in this case before the Irish courts) was misplaced in view of the United Kingdom's status as a Contracting Party to the Convention. This was not a case involving non-derogable rights under Articles 2 and 3 of the Convention and a risk of onward expulsion to a non-Contracting State without a proper examination of the applicant's claim or any proper opportunity to apply to the European Court of Human Rights and request interim measures. The applicant had various remedies available in the United Kingdom courts in respect of any unfairness, such as an application at the outset for a stay on the ground that he would not receive a fair trial. If such an application proved unsuccessful he could then apply to the European Court under Articles 6 and 34 of the Convention. Finally, the applicant's submission that pre-trial detention in the United Kingdom would inevitably follow his surrender was neither complete nor convincing as he would have the immediate possibility of applying for bail and raising all relevant criteria: manifestly ill-founded.

Case-law cited by the Court

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

Windisch v. Austria, 27 September 1990, Series A no. 186

Van der Tang v. Spain, 13 July 1995, Series A no. 321

Teixeira de Castro v. Portugal, 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV

Averill v. the United Kingdom (dec.), no. 36408/97, 6 July 1999

T.I. v. the United Kingdom (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III

Sawoniuk v. the United Kingdom (dec.), no. 63716/00, ECHR 2001-VI

Massey v. the United Kingdom (dec.), no. 14399/02, 8 April 2003

Lee v. the United Kingdom (dec.), no. 56926/00, 26 August 2003

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

K.R.S. v. the United Kingdom (dec.), no. 32733/08, 2 December 2008

...

THE FACTS

1. The applicant, Mr Robert Stapleton, is an Irish national born in 1943. He did not communicate his current address to the Court. He was represented before the Court by Mr E. Gillet, Ms L. Levi and Mr S. Engelen, lawyers practising in Brussels.

A. The circumstances of the case

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

3. The applicant lived in the United Kingdom until 1985, when he and his family took up residence in Spain. In the early 1990s the family moved to France and, in 1994, to Ireland. A magistrates' court in the United Kingdom issued a warrant for the applicant's arrest on 15 January 2004, following which the United Kingdom ("the issuing State") issued a European arrest warrant on 29 July 2005. The warrant concerned thirty charges of fraud allegedly committed by him between 1978 and 1982. The United Kingdom authorities maintained that they did not know of the applicant's whereabouts until 2001.

4. On 14 September 2005 the Irish police (Ireland being "the executing State") arrested the applicant pursuant to the European arrest warrant. He was released on bail on 16 September 2005. In defence of the surrender proceedings before the Irish High Court, the applicant argued that the European arrest warrant was not in accordance with the law, did not contain offences corresponding to those in Ireland, that his surrender was prohibited by section 37 of the European Arrest Warrant Act 2003 ("the 2003 Act") as it would be incompatible with Articles 3 and 6 of the Convention, and that the delay in pursuing charges undermined his capacity to defend himself and breached section 40 of the 2003 Act.

5. By a judgment dated 21 February 2006, the High Court accepted the applicant's argument that the delay at that stage (of up to twenty-seven years) had been such as to create a real risk that the applicant would not receive a fair trial, so that his surrender had to be refused in accordance with section 37 of the 2003 Act. The remaining grounds were rejected on their merits, except the ground concerning section 40 of the 2003 Act which it found was unnecessary to examine.

6. As regards the delay, the Irish High Court found that, pursuant to section 37 of the 2003 Act, the applicant enjoyed a Convention and constitutional right to a trial within a reasonable time, a right he was entitled to rely on and:

“... have protected on the first occasion on which it becomes relevant for argument, and it is not a matter to be postponed so that it can be ventilated at some date in the future in another country, and after the [applicant] has been returned in custody to that place. Section 37 of the 2003 Act mandates that this court shall not order the surrender of a requested person if to do so would not be compatible with this State’s obligations under the Convention or its Protocols or would constitute a breach of any provision of the Constitution. Under each instrument the [applicant] enjoys the right to a trial in due course of law, including within a reasonable period of time. There is in my view no meaningful distinction to be drawn between surrendering the respondent to the requesting State to face a trial which would be either unfair or not within a reasonable time, and him actually facing such a trial.”

7. Moreover, the Irish High Court found that it was in just as good a position as the United Kingdom courts to determine whether the applicant could receive a fair trial after such a lapse of time since that assessment was considered on the balance of probabilities. The applicant’s case was unique: even with the greatest expedition thereafter he was likely to stand trial thirty years after the alleged offences at the earliest. There came a time, in the High Court’s view, when no matter who was responsible for the major part of the delay, the lapse of time had to give rise to an assumption of prejudice, even if a court were to conclude that the assertion of actual prejudice was weak. Where the Irish High Court was in a position to conclude that no person could be expected to defend himself adequately after such a period of time (excluding sexual offences to which special considerations applied), it would be incompatible with the State’s obligations under the Convention for it to order his return to the issuing State in the hope that his rights would be vindicated there. Indeed, the High Court was not convinced that the applicant had the same probability of staying his proceedings in the United Kingdom as he would have in Ireland because, if his absence from the United Kingdom could be interpreted as a delay imputable to him, he was unlikely to succeed in his application in the United Kingdom to stay the proceedings. The jurisprudence of the British courts which had been opened to the Irish High Court indicated that there was not the same regard for a free-standing right to an expeditious trial in the United Kingdom even in the absence of actual prejudice. The High Court went on:

“I cannot accept that the rights of the [applicant] under the Constitution would not be contravened by his being surrendered at this point in time to face trial on these charges, and I do not believe that it would be appropriate to expose him to the hazard that his rights might not be vindicated there in the same manner in which they would

in my view in this jurisdiction. That is not an indication in any way that this court does not have the high level of confidence in the neighbouring jurisdiction which is referred to in the [Council] Framework Decision [2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between member States – “the Framework Decision”]. That aspiration, if I can call it that for the moment, was not sufficient for the Oireachtas to decide that it was unnecessary to enact section 37 of the 2003 Act. The Framework Decision itself states that it respects fundamental rights, and that it does not prevent member States from applying its constitutional rules of, *inter alia*, due process. I do not read that as being confined to the process of extradition, especially when read in conjunction with section 37.”

8. Since the High Court operating under the 2003 Act could not be constrained by prior extradition jurisprudence, the alleged excessive delay was to be considered under broad constitutional principles and not to be confined to whether it had been shown that an order to surrender would be “unjust, invidious or oppressive”. The High Court continued:

“In my view the length of the lapse of time, as I have already stated, is so long, including a period from at least 1994 to 2005 when the respondent was living in this country and for which I regard the authorities in the United Kingdom to be very largely to blame, that all other considerations which may be laid against the respondent pale into insignificance. There comes a time, and twenty-eight years since the date of alleged commission of a fraud is within this concept, that it must be presumed that it is simply not possible to guarantee a fair trial, no matter how assiduous the trial judge may be to ensure that the jury is appraised [*sic*] and properly instructed as to the potential for delay to dull the memory and prevent the marshalling of evidence.

No trial after twenty years can be a trial within any concept of reasonable expedition, even allowing for the time in Spain up to 1993/1994. But that apart, it must be assumed in a case of this kind, and in the light of the evidence set forth by the respondent in his affidavits, that memories of detail will have faded if not disappeared, and this will apply equally to any witness who may still be available to be called either by the prosecution or by the respondent. He has sworn that certain witnesses are deceased or their whereabouts are unknown to him. He must be given the benefit of the doubt in this regard. ... There is evidence ... that files are by now destroyed.

But even if actual prejudice was not established to the required degree, and I lean in favour of the view that it has been, I am completely satisfied that the lapse of time since 1978/1982 to the present time and any further date at which a trial would likely take place, goes way beyond any time by which a fair trial within a reasonable time can take place in respect of these offences. This is not a case in which the time question is in any way marginal. It can be presumed that the respondent is prejudiced, and the sheer length of time which has passed renders to a large extent irrelevant the allegation that the respondent may have deliberately absented himself from the United Kingdom around 1984/1985 in order to escape the attentions of the authorities arising from the liquidation of his companies.”

9. The Supreme Court disagreed and allowed the appeal by judgment dated 26 July 2007. It identified the essential issue as being the extent to

which the Irish courts should apply their own case-law as regards delays in criminal proceedings in the context of surrender requests. The parties agreed that section 40 of the 2003 Act was not relevant as it applied to charges that were statute-barred, which was not the case in the present proceedings.

10. The Supreme Court, referring to the case-law of the Court of Justice of the European Communities, noted that it had to interpret section 37 of the 2003 Act so far as possible in the light of, and so as not to be in conflict with, the provisions of the Framework Decision (Case C-105/03, *Pupino* [2005] ECR I-5285). The cornerstone of the entire system was the principle of mutual recognition of judicial decisions and mutual trust of the legal systems of the other member States. There was no relevant distinction between the applicable Convention and constitutional provisions, both referring to the right to a fair trial.

11. Article 1 § 3 of the Framework Decision, read with the recitals thereto (notably recitals 6 and 10) as well as Article 6 §§ 1 and 2 of the Treaty on European Union (as interpreted in Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633) meant that the courts of the executing State, when deciding whether to make an order for surrender, had to proceed on the assumption that the courts of the issuing State were obliged to respect Convention rights. The High Court was mistaken in considering that the applicant was entitled to have his right to a speedy trial considered on the “first occasion”, namely, in the Irish Courts. The High Court was also mistaken as to the identified possible differences between the level of protection in the British and Irish jurisdictions as regards speedy trial and, indeed, in seeking parity of criminal procedure in the receiving State: the Supreme Court could not see that any differences discerned by the High Court between the right to seek a prohibition of trial in the British and the Irish courts could amount to an infringement of the right to a fair trial, or fair procedures, whether by reference to the Convention or to the Constitution. It continued:

“[t]hey certainly did not amount, as per criteria established in prior Irish case law, to ‘a clearly established and fundamental defect in the system of justice of [the] requesting State’.”

12. The Supreme Court found that on the facts of the case, the applicant could seek a remedy in the United Kingdom based on the very long period of time which had elapsed since the alleged commission of the offences. Moreover, it would be demonstrably more efficient and appropriate for this to be done in the State where the prosecuting and police authorities,

witnesses and material evidence was more readily available and where points of British domestic law (jurisprudential or otherwise) could be relied upon more advantageously. Accordingly, the High Court had erred in refusing the applicant's surrender.

13. While it was not strictly necessary to rule on the effect of the applicant's "very substantial contribution" to the lapse of time, the Supreme Court found, *inter alia*, that the major part of the delay was from 1985 to 2001 when the applicant was absent from the United Kingdom and his whereabouts were unknown to the British authorities. The applicant, in its view, bore entire responsibility for that delay. On this basis alone the Supreme Court would have rejected the applicant's opposition, based on the delay to date, to his surrender.

14. The Supreme Court therefore made an order for the applicant's surrender to the British authorities.

15. Before the applicant could be surrendered by Ireland to the United Kingdom he absconded. His current whereabouts are unknown but he is represented by the above-mentioned lawyers practising in Brussels, who submit on his behalf that he cannot return to Ireland where his family resides because he would be arrested and surrendered to the United Kingdom.

16. Following the receipt of the applicant's request for an interim ruling under Rule 39 of the Rules of Court to prevent his extradition to the United Kingdom, on 21 December 2007 the President of the Fourth Section of the Court decided that the request did not fall within the scope of Rule 39 and refused the interim measure requested.

B. Relevant European and Irish law

1. The Treaty on European Union

17. Article 6 §§ 1 and 2 of the Treaty on European Union provide as follows:

"1. The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the member States.

2. The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the member States, as general principles of Community law."

2. *Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between member States (2002/584/JHA) (“the Framework Decision”)*

18. The Framework Decision provides for the execution in any member State (“the executing State”) of a judicial decision made in another member State (“the issuing State”) for the arrest and surrender of a person for the purpose of criminal proceedings (or the execution of a custodial sentence). The Preamble to the Framework Decision provides in its relevant parts as follows:

“Whereas:

...

5. The objective set for the Union to become an area of freedom, security and justice leads to abolishing extradition between member States and replacing it by a system of surrender between judicial authorities. Further, the introduction of a new simplified system of surrender of sentenced or suspected persons for the purposes of execution or prosecution of criminal sentences makes it possible to remove the complexity and potential for delay inherent in the present extradition procedures. Traditional cooperation relations which have prevailed up till now between member States should be replaced by a system of free movement of judicial decisions in criminal matters, covering both pre-sentence and final decisions, within an area of freedom, security and justice.

6. The European arrest warrant provided for in this Framework Decision is the first concrete measure in the field of criminal law implementing the principle of mutual recognition which the European Council referred to as the ‘cornerstone’ of judicial cooperation.

...

8. Decisions on the execution of the European arrest warrant must be subject to sufficient controls, which means that a judicial authority of the member State where the requested person has been arrested will have to take the decision on his or her surrender.

...

10. The mechanism of the European arrest warrant is based on a high level of confidence between member States. Its implementation may be suspended only in the event of a serious and persistent breach by one of the member States of the principle set out in Article 6 § 1 of the Treaty on European Union, determined by the Council pursuant to Article 7 § 1 of the said Treaty with the consequences set out in Article 7 § 2 thereof.

...

12. This Framework Decision respects fundamental rights and observes the principles recognised by Article 6 of the Treaty on European Union and reflected in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in particular Chapter VI thereof. Nothing in this Framework Decision may be interpreted as prohibiting refusal to surrender a person for whom a European arrest warrant has been issued when there are reasons to believe, on the basis of objective elements, that the said arrest warrant has been issued for the purpose of prosecuting or punishing a person on the grounds of his or her sex, race, religion, ethnic origin, nationality, language, political opinions or sexual orientation, or that that person's position may be prejudiced for any of these reasons.

This Framework Decision does not prevent a member State from applying its constitutional rules relating to due process, freedom of association, freedom of the press and freedom of expression in other media.”

19. The relevant parts of Article 1 provide as follows:

Definition of the European arrest warrant and obligation to execute it

“ ...

2. Member States shall execute any European arrest warrant on the basis of the principle of mutual recognition and in accordance with the provisions of this Framework Decision.

3. This Framework Decision shall not have the effect of modifying the obligation to respect fundamental rights and fundamental legal principles as enshrined in Article 6 of the Treaty on European Union.”

3. The European Arrest Warrant Act 2003 (“the 2003 Act”)

20. The 2003 Act was enacted to give effect to the Framework Decision. Section 37 is entitled “Fundamental rights” and section 37(1) reads in its relevant part as follows:

“A person shall not be surrendered under this Act if:

(a) his or her surrender would be incompatible with the State's obligations under:

(i) the Convention; or

(ii) the Protocols to the Convention;

(b) his or her surrender would constitute a contravention of any provision of the Constitution (other than for the reason that the offence specified in the European arrest warrant is an offence to which section 38(1)(b) applies);

...”

COMPLAINTS

21. The applicant complained that, given the delay in prosecuting the charges against him, his surrender to the United Kingdom on those criminal charges would violate his rights under Article 6 of the Convention.

He also made certain allegations in his correspondence with the Court as regards his prospects for a fair trial in the United Kingdom arising out of certain oral and written exchanges between his lawyers and the English Crown Prosecution Service, the English Courts and Tribunals Service and the United Kingdom Information Commissioner's Office between 2007 and 2009. He referred, *inter alia*, to a refusal by the Crown Prosecution Service to negotiate his voluntary surrender to the United Kingdom; a refusal to confirm that no further charges would be retained against him (notably to the effect that he had links to the Provisional Irish Republican Army (IRA) and consequently could be subjected to British terrorist legislation and regimes); a refusal to confirm that the Courts and Tribunals Service was not competent to grant legal aid (to challenge the European arrest warrant in the British courts); a refusal to confirm that certain documents had already been destroyed; and a failure by the Information Commissioner's Office to furnish requested documents. The applicant also considers that his pre-trial detention in the United Kingdom would be an inevitable consequence of his surrender in violation of Article 6.

22. He also complained under Article 8 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 4 in his correspondence with the Court about his being obliged, by the Supreme Court judgment, to reside outside Ireland and away from his family.

THE LAW

23. The applicant contested the decision of the Irish courts to surrender him to the United Kingdom since his trial in the latter jurisdiction would violate Article 6 of the Convention and, notably, the right to a fair trial within a reasonable time. Article 6, in so far as relevant, reads as follows:

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

The applicant submitted that the High Court's finding that the delay was such as to create a real risk that he would not receive a fair trial in the United Kingdom was correct and fell within the discretionary power accorded by the Framework Decision to courts in executing States. The Supreme Court, he argued, had not acted pursuant to the Framework Decision and the Convention as it had denied the discretionary power which any judge in

an executing State was entitled to exercise when ruling on an application to surrender under a European arrest warrant. Whatever the content of the Framework Decision, he submitted that Contracting States were not entitled to depart from their obligations derived from the Convention and the 2003 Act mandated that a person shall not be surrendered if to do so would be incompatible with the Convention (or its Protocols). He maintained that any human rights issues concerning his surrender under the Framework Decision should be examined on the first occasion when they arise, namely, by the executing State. He therefore argued that the Irish courts should have fully reviewed, in the light of the delay in pursuing the case, compliance with Article 6 prior to his surrender to the United Kingdom (as the High Court did) and, further, that to do otherwise (as the Supreme Court did) breached his rights under Article 6 of the Convention. Moreover, his surrender to the British authorities would be manifestly disproportionate in view of the facts of the case and the rights concerned.

24. The Court notes that, while the applicant's absconding following the order for his surrender by the Irish Supreme Court was wrongful, it does not render illegitimate his interest in obtaining from this Court a ruling on the alleged violation of the Convention which he maintains took place beforehand (see, *mutatis mutandis*, *Van der Tang v. Spain*, 13 July 1995, § 53, Series A no. 321, and *Averill v. the United Kingdom* (dec.), no. 36408/97, 6 July 1999).

25. Moreover, the Court notes that the right to a fair trial in criminal proceedings, as embodied in Article 6, holds a prominent place in a democratic society so that the Court does not exclude that an issue might, exceptionally, be raised under Article 6 by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 113, Series A no. 161, and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 88, ECHR 2005-I).

26. However, the Court does not consider that the facts of the present case disclose substantial grounds for believing that there would be a real risk that the applicant would be exposed to such a "flagrant denial" of his Article 6 rights in the United Kingdom. The Court notes, in this regard, that the United Kingdom is a Contracting Party and that, as such, it has undertaken to abide by its Convention obligations and to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein, including those guaranteed by Article 6. It has incorporated the Convention's provisions into domestic law by virtue of the Human Rights Act 1998.

As regards the applicant's central complaint concerning the alleged risk of an unfair trial by reason of inordinate delay, the Court's jurisprudence

has accepted that delay in prosecuting a crime does not, necessarily and of itself, render criminal proceedings unfair under Article 6 (see, for example, *Sawoniuk v. the United Kingdom* (dec.), no. 63716/00, ECHR 2001-VI, and *Massey v. the United Kingdom* (dec.), no. 14399/02, 8 April 2003).

27. The Court also rejects the applicant's suggestion that the executing or surrendering State should go beyond the examination of a "flagrant denial" and determine whether there has been established a real risk of unfairness in the criminal proceedings in the issuing State (the United Kingdom, in this case). It does so for the following reasons.

28. Firstly, such an approach would run counter to the principles established in *Soering* (cited above) and confirmed by the subsequent jurisprudence of this Court (see, for example, *Mamatkulov and Askarov*, cited above).

29. Secondly, the Court agrees with the finding of the Supreme Court that on the facts of the case it would be more appropriate for the courts within the United Kingdom to hear and determine the applicant's complaints in relation to the alleged unfairness caused by delay. The applicant essentially proposes that the courts of the executing State (Ireland) should examine issues which are factually and legally more pertinent to the issuing State (the United Kingdom). He contends that the Irish courts should assess the alleged delay based on complex factual and legal matters which are specific to the United Kingdom. The Court notes that, as a general rule, domestic trial courts are considered better placed than this Court to assess issues of fact and of admissibility of evidence (see *Windisch v. Austria*, 27 September 1990, § 25, Series A no. 186; *Teixeira de Castro v. Portugal*, 9 June 1998, § 34, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV; and *Massey*, cited above). The same reasoning applies when comparing the positions of a domestic and foreign court. Moreover, the applicant's additional allegations raised in his correspondence with the Court do not constitute evidence of any prospective flagrant denial. The applicant's complaint about a refusal by the Crown Prosecution Service to negotiate his voluntary surrender to the United Kingdom does not give rise to an issue under Article 6 and his suggestion that he may, in the future, face additional charges which may lead to the application of anti-terrorist legislation is vague and theoretical. He has not, as yet, lodged an application for legal aid in the United Kingdom. Accordingly, the Court agrees with finding of the Irish Supreme Court that the United Kingdom courts are better placed to make an assessment of culpable delay within the context of proceedings within that jurisdiction.

30. Thirdly, the applicant's submission that he is entitled to have his Convention right protected on the first occasion on which it becomes relevant (in this case before the Irish courts) is also misplaced in view of the

status of the United Kingdom as a Contracting Party to the Convention. The courts of the United Kingdom have a common-law jurisdiction to stay proceedings for alleged unfairness caused by delay on the ground of abuse of process. The applicant could apply, from the outset of the criminal proceedings against him, for a stay arguing that he would not receive a fair trial having regard to the lapse of time. He could raise, *inter alia*, any loss, destruction and/or contamination of evidence caused by such delay together with any consequent difficulties in defending the criminal charges against him. He could also raise any alleged investigative impropriety on the part of the prosecution, including alleged manipulation or misuse of the process of the court (see *Massey*, cited above, and *Lee v. the United Kingdom* (dec.), no. 56926/00, 26 August 2003). Furthermore, any unsuccessful application for a stay could, thereafter, be the subject of an application to this Court under Articles 6 and 34 of the Convention. In so far as the applicant's complaint concerns the "reasonable time" aspect of Article 6 he could, having exhausted any effective remedies in the United Kingdom, introduce that complaint before this Court without having to await the outcome of the United Kingdom criminal proceedings.

It may indeed be that an expelling State's responsibilities as regards extradition/expulsion to a Contracting State have been heightened to some extent beyond those identified in *Soering* (cited above) (see *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III as regards the Dublin Convention (European Union Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the member States of the European Communities of 15 June 1990), and *K.R.S. v. the United Kingdom* (dec.), no. 32733/08, 2 December 2008 as regards the Dublin Regulation (Council Regulation EC/343/2003 of 18 February 2003 on establishing the criteria and mechanisms for determining the member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the member States by a third-country national)). However, those cases concerned non-derogable rights under Articles 2 and 3 of the Convention. In addition, those cases concerned expulsion to another Contracting State when there were reasons to believe that the individual might be sent onwards to a third non-Contracting State (where he would be exposed to a relevant risk) without a proper examination of his claim by the intermediary (Contracting) State and, in particular, without having any proper opportunity to apply to the Court and request interim measures. This is not the position in the present case: the applicant's final destination on surrender would be a Contracting Party, namely the United Kingdom.

31. Finally, and as to the applicant's reference to inevitable pre-trial detention in the United Kingdom, the Court notes that he raised this as

an alleged inevitable consequence of his surrender in violation of Article 6 of the Convention and that he does not rely on Article 5. While it may be true that a record of absconding would be an element which would tend to lean against a subsequent grant of bail in the United Kingdom, the applicant would have the possibility immediately on surrender to the United Kingdom to apply for bail, raising this and all relevant criteria in favour of and militating against a grant of bail, so that his suggestion that pre-trial detention in the United Kingdom would inevitably follow his surrender is neither a complete nor convincing submission.

32. Having regard to the above, the Court rejects the applicant's complaints under Article 6 of the Convention as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

33. In view of the conclusion that his surrender to the United Kingdom would not violate his rights under Article 6 of the Convention, the applicant's absconding from Ireland to avoid that surrender cannot be considered to give rise to an issue under Article 8 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 4. Accordingly, the Court also rejects these complaints as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court by a majority

Declares the application inadmissible.

STAPLETON c. IRLANDE
(Requête n° 56588/07)

TROISIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 4 MAI 2010²

1. Siégeant en une chambre composée de Josep Casadevall, *président*, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan Zupančič, Egbert Myjer, Luis López Guerra, Ann Power, *juges*, et de Stanley Naismith, *greffier adjoint de section*.

2. Traduction ; original anglais.

SOMMAIRE¹**Remise d'un suspect à un autre Etat partie à la Convention malgré un risque allégué de procès inéquitable****Article 6**

Procédure pénale – Procès équitable – Remise d'un suspect à un autre Etat partie à la Convention malgré un risque allégué de procès inéquitable – Mandat d'arrêt européen et procédures de remise entre Etats membres – Incidence du délai de poursuite sur l'équité de la procédure – Absence de motifs substantiels de craindre un risque réel de « déni flagrant » des droits garantis par la Convention – Instance la plus appropriée – Affaire ne concernant pas des droits non susceptibles de dérogation ou un risque de transfert ultérieur vers un Etat non contractant – Possibilité de former dans l'Etat d'accueil des recours fondés sur la législation interne et sur la Convention

*

* *

Cette affaire a pour objet le dispositif de remise des suspects et des condamnés établi par la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres. Ce dispositif a remplacé les procédures d'extradition entre Etats membres. En 2005, le requérant fut arrêté en Irlande en vertu d'un mandat d'arrêt européen délivré l'année précédente au Royaume-Uni pour des faits d'escroquerie qu'il y aurait commis entre 1978 et 1982. Les autorités britanniques soutenaient que, le requérant habitant à l'étranger, elles n'avaient appris où il vivait qu'en 2001. Le requérant s'opposa à sa remise au motif que le délai de plus de vingt ans entre les infractions qui lui étaient imputées et la date de son arrestation l'exposait à un risque réel de ne pas bénéficier d'un procès équitable. Cet argument fut rejeté par la Cour suprême irlandaise, qui jugea notamment qu'il avait la possibilité de contester ce délai devant les juridictions britanniques et qu'il était manifestement plus judicieux et indiqué de le faire là-bas.

Article 6: les faits de l'espèce ne permettent pas de penser sérieusement que le requérant courrait un risque réel d'être exposé à un déni flagrant de ses droits garantis par l'article 6 au Royaume-Uni qui, en tant qu'Etat contractant, s'est engagé à se conformer aux obligations que la Convention fait peser sur lui et à reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés qui y sont définis. Un retard dans la répression d'une infraction ne rend pas nécessairement et par

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

lui-même la procédure pénale inéquitable. La thèse du requérant selon laquelle tout ce qu'il avait à démontrer devant les tribunaux irlandais était l'existence d'un risque réel d'iniquité au Royaume-Uni, et non pas celle d'un risque réel de « déni flagrant » de ses droits, est écartée pour trois motifs. Premièrement, pareille solution contreviendrait aux principes établis dans l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* (7 juillet 1989, série A n° 161) et dans la jurisprudence ultérieure de la Cour. Deuxièmement, la Cour suprême irlandaise a fort justement jugé que, au vu du dossier, il valait mieux que ce soient les tribunaux britanniques qui examinent et tranchent le grief d'iniquité soulevé par le requérant. Troisièmement, le Royaume-Uni étant Partie à la Convention, l'argument du requérant selon lequel il avait droit à la protection de ses droits tirés de la Convention au premier stade pertinent (en l'occurrence devant les tribunaux irlandais) ne tient pas. En effet, l'affaire n'a pas pour objet des droits, non susceptibles de dérogation, découlant des articles 2 et 3 de la Convention, ni un risque de transfert ultérieur vers un Etat non contractant en l'absence d'examen adéquat du grief du requérant et de possibilité pour celui-ci de saisir la Cour européenne des droits de l'homme et de demander des mesures provisoires. Divers recours étaient ouverts à l'intéressé devant les juridictions britanniques quant à son grief d'iniquité. Il aurait pu par exemple demander d'emblée qu'il soit sursis à la procédure au motif qu'il risquait de ne pas bénéficier d'un procès équitable. Si cette demande avait été rejetée, il aurait pu saisir ensuite la Cour européenne des droits de l'homme en vertu des articles 6 et 34 de la Convention. Enfin, sa thèse selon laquelle il serait inévitablement placé en détention provisoire au Royaume-Uni après sa remise n'est ni fondée ni convaincante étant donné qu'il aurait tout de suite la possibilité de demander sa libération conditionnelle et de soulever tous les griefs voulus : irrecevabilité (défaut manifeste de fondement).

Jurisprudence citée par la Cour

- Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161
Windisch c. Autriche, 27 septembre 1990, série A n° 186
Van der Tang c. Espagne, 13 juillet 1995, série A n° 321
Teixeira de Castro c. Portugal, 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV
Averill c. Royaume-Uni (déc.), n° 36408/97, 6 juillet 1999
T.I. c. Royaume-Uni (déc.), n° 43844/98, CEDH 2000-III
Sawoniuk c. Royaume-Uni (déc.), n° 63716/00, CEDH 2001-VI
Massey c. Royaume-Uni (déc.), n° 14399/02, 8 avril 2003
Lee c. Royaume-Uni (déc.), n° 56926/00, 26 août 2003
Mamatkoulou et Askarov c. Turquie [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I
K.R.S. c. Royaume-Uni (déc.), n° 32733/08, 2 décembre 2008

(...)

EN FAIT

1. Le requérant, M. Robert Stapleton, est un ressortissant irlandais né en 1943. Il n'a pas communiqué à la Cour son adresse actuelle. Il est représenté par M^e E. Gillet, M^e L. Levi et M^e S. Engelen, avocats à Bruxelles.

A. Les circonstances de l'espèce

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

3. Jusqu'en 1985, le requérant vivait au Royaume-Uni. A cette date, il quitta le pays. Il s'installa avec sa famille en Espagne, puis, au début des années 1990, en France et ensuite, en 1994, en Irlande. Le 15 janvier 2004, une *magistrates' court* du Royaume-Uni prononça un mandat d'arrêt dirigé contre lui. Le 29 juillet 2005, le Royaume-Uni («l'Etat d'émission») émit à son encontre un mandat d'arrêt européen pour des actes supposément commis entre 1978 et 1982. Le mandat mentionnait trente chefs d'escroquerie. Les autorités britanniques affirmaient ne pas avoir su où se trouvait l'intéressé jusqu'en 2001.

4. Le 14 septembre 2005, la police irlandaise (l'Irlande étant «l'Etat exécutant») arrêta le requérant en exécution du mandat d'arrêt européen. L'intéressé fut mis en liberté provisoire le 16 septembre 2005. Devant la *High Court* d'Irlande examinant le bien-fondé de son transfert, il soutint, premièrement, que le mandat d'arrêt européen n'était pas conforme à la loi car il ne mentionnait pas d'infractions correspondant à celles de l'Etat irlandais, deuxièmement, que l'article 37 de la loi de 2003 sur le mandat d'arrêt européen («la loi de 2003») interdisait son transfert, celui-ci n'étant pas compatible avec les articles 3 et 6 de la Convention, et, troisièmement, que le délai écoulé entre les infractions alléguées et l'engagement des poursuites portait atteinte à sa capacité de se défendre et était contraire à l'article 40 de la loi de 2003.

5. Par un arrêt du 21 février 2006, la *High Court* admit l'argument du requérant selon lequel le délai écoulé à ce stade depuis la commission des infractions alléguées (jusqu'à vingt-sept ans) était tel qu'il créait un risque réel que le requérant ne bénéficiât pas d'un procès équitable, de sorte qu'en vertu de l'article 37 de la loi de 2003, son transfert devait être refusé. Les autres moyens furent rejetés quant au fond, sauf celui tiré de l'article 40 de la loi de 2003, que, de l'avis du juge, il n'était pas nécessaire d'examiner.

6. Sur la question du délai, la *High Court* estima que la Convention et la Constitution garantissaient au requérant le droit à un procès dans un délai raisonnable, droit qu'en vertu de l'article 37 de la loi de 2003 il était fondé à invoquer et

«à faire protéger aussitôt que la question se pose, et il ne saurait être question d'en remettre le respect à une date ultérieure dans un autre pays, après la remise de l'intéressé aux autorités dudit pays. L'article 37 de la loi de 2003 commande que [la *High Court*] refuse d'ordonner le transfert de l'individu demandé lorsqu'une telle mesure est incompatible avec les obligations incombant à l'Etat en vertu de la Convention ou de ses Protocoles ou enfreint l'une quelconque des dispositions de la Constitution. Chacun de ces instruments garantit [au requérant] le droit à un procès entouré de toutes les garanties légales, y compris pour ce qui est du délai raisonnable. J'estime qu'on ne peut faire de distinction significative entre le fait de remettre l'intéressé à l'Etat requérant pour qu'il y subisse un procès qui ne serait pas équitable ou ne respecterait pas un délai raisonnable et le fait de le soumettre effectivement à un tel procès».

7. La *High Court* estima en outre qu'elle était tout aussi compétente que les juridictions du Royaume-Uni pour déterminer si le requérant pouvait bénéficier d'un procès équitable après un tel laps de temps, cette appréciation consistant à soupeser les probabilités. Selon le juge, le cas du requérant était exceptionnel en ce que, même à supposer que les autorités britanniques fissent preuve de la plus grande célérité à partir du transfert, l'intéressé serait jugé au plus tôt trente ans après les faits. Il estima qu'il venait un moment où, quelle que fût la partie responsable pour l'essentiel du délai écoulé, il fallait présumer que le passage du temps avait fait naître un préjudice, même si un tribunal devait conclure qu'en réalité ce préjudice était faible. Selon lui, si la *High Court* était en mesure de conclure que nul ne pouvait se défendre de manière satisfaisante après l'écoulement d'un tel délai (sauf dans les cas d'infractions sexuelles, pour lesquelles des considérations particulières s'appliquaient), il était incompatible avec les obligations de l'Etat au regard de la Convention qu'elle ordonnât le retour de l'intéressé dans l'Etat d'émission en espérant que ses droits y seraient reconnus. De fait, le juge n'était pas convaincu que la probabilité que le requérant obtint le classement de la procédure fût la même au Royaume-Uni qu'en Irlande. Il estimait en effet, d'une part, que si le fait que l'intéressé ait quitté le Royaume-Uni pouvait être interprété comme un délai qui lui était imputable, il avait peu de chances d'y voir aboutir sa demande de classement et, d'autre part, que la jurisprudence des juridictions britanniques dont la *High Court* d'Irlande avait connaissance indiquait qu'il n'était pas attaché au Royaume-Uni la même importance qu'en Irlande au droit autonome à un procès à brève échéance même en l'absence d'un préjudice avéré. Le juge s'exprima ainsi :

«Je ne peux admettre la thèse selon laquelle il ne serait pas porté atteinte aux droits constitutionnels du [requérant] s'il était transféré à ce stade pour répondre de ces

accusations, et je ne crois pas qu'il serait opportun de l'exposer au risque que ses droits ne soient pas reconnus sur place de la même manière qu'ils le seraient selon moi ici même. Il ne faut pas voir là le signe que cette Cour ne place pas un haut niveau de confiance dans les autorités de l'Etat voisin visé dans la Décision-cadre [du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI) – «la Décision-cadre»]. Cependant, malgré cette aspiration, si je peux l'appeler ainsi pour l'instant, l'*Oireachtas* a jugé nécessaire d'adopter l'article 37 de la loi de 2003. Il est indiqué dans la Décision-cadre elle-même que les droits fondamentaux doivent être respectés et que ce texte n'empêche pas les Etats membres d'appliquer leurs règles constitutionnelles, notamment en ce qui concerne les garanties procédurales. J'estime que cette considération n'est pas limitée aux procédures d'extradition, notamment lorsqu'elle se combine avec l'application de l'article 37.»

8. La *High Court* ne pouvant, puisqu'elle appliquait la loi de 2003, être liée par une jurisprudence antérieure en matière d'extradition, elle estima que le délai supposément excessif devait être examiné à la lumière des grands principes constitutionnels, et que la question ne devait pas se réduire au point de savoir s'il avait été démontré qu'une ordonnance de remise de l'intéressé serait « injuste, inéquitable ou oppressive ». Elle s'exprima ainsi :

« J'estime que le délai écoulé (qui comprend notamment une période allant au moins de 1994 à 2005 pendant laquelle l'intéressé vivait dans ce pays et pour laquelle je considère que les autorités britanniques sont largement responsables du retard) est, comme je l'ai déjà dit, tellement long que toutes les autres considérations qui peuvent être opposées à l'intéressé sont négligeables en comparaison. Il arrive un moment – en particulier lorsque vingt-huit années se sont écoulées depuis la commission alléguée de l'escroquerie – où il faut présumer qu'il n'est tout simplement pas possible de garantir à l'accusé un procès équitable, quelle que soit la diligence que le juge met à s'assurer que le jury est averti [*sic*] et dûment informé du risque que le temps écoulé brouille les souvenirs et empêche de démêler les éléments recueillis.

Passé vingt années, aucun procès ne peut répondre à la notion de délai raisonnable, même si, en l'espèce, on ne tient pas compte du temps que l'intéressé a passé en Espagne jusqu'en 1993-1994. Cela mis à part, il faut présumer, dans une affaire de ce type, et à la lumière des éléments avancés par l'accusé dans ses déclarations, que le souvenir des détails se sera estompé s'il n'a pas totalement disparu, non seulement chez les parties, mais également chez tout témoin que l'accusation ou la défense pourraient encore appeler à déposer. L'accusé a déclaré sous serment, en ce qui concerne certains témoins, qu'ils étaient décédés, et, pour d'autres, qu'il ne savait pas où ils se trouvaient. Il faut lui laisser le bénéfice du doute à cet égard. (...) Différents éléments indiquent (...) que les dossiers sont aujourd'hui détruits.

A supposer même que la réalité d'un préjudice ne soit pas établie au degré requis (même si j'estime pour ma part que ce préjudice est bien prouvé), je suis absolument convaincu que le délai écoulé entre 1978-1982 et aujourd'hui ou toute date ultérieure à laquelle un procès serait susceptible de se tenir est bien supérieur à ce qui peut être considéré comme un délai raisonnable pour mener un procès équitable relativement

à pareilles infractions. Il ne s'agit pas ici d'un cas dans lequel la question du temps est, d'une manière ou d'une autre, marginale. Il peut être présumé que l'accusé subit un préjudice, et, dans une grande mesure, le temps très long qui s'est écoulé ôte sa pertinence à l'allégation selon laquelle il a délibérément quitté le Royaume-Uni vers 1984-1985 pour échapper à l'attention que lui portaient les autorités du fait de la liquidation de ses entreprises.»

9. La Cour suprême ne souscrivit pas à cette analyse, et autorisa l'introduction d'un recours par un arrêt du 26 juillet 2007. Elle jugea que la question essentielle était la mesure dans laquelle les juridictions irlandaises devaient appliquer leur propre jurisprudence en matière de délais dans les procédures pénales au contexte des demandes de transfert. Les parties convinrent que l'article 40 de la loi de 2003 n'était pas pertinent car il s'appliquait à des infractions prescrites, ce qui n'était pas le cas des actes dont le requérant devait répondre.

10. La Cour suprême, se référant à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt du 16 juin 2005, Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285), estima devoir interpréter dans la mesure du possible l'article 37 de la loi de 2003 à la lumière des dispositions de la Décision-cadre et non en conflit avec ces dispositions. Selon elle, la pierre angulaire du système dans son ensemble était le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice et de la confiance mutuelle dans les systèmes juridiques des autres Etats membres. Elle considéra par ailleurs qu'on ne pouvait établir de distinction pertinente entre les dispositions applicables de la Convention et celles de la Constitution, les unes comme les autres visant le droit à un procès équitable.

11. Les juges de la Cour suprême estimèrent que l'article 1 § 3 de la Décision-cadre, lu conjointement avec le préambule de ce texte (notamment les points 6 et 10), ainsi que l'article 6 §§ 1 et 2 du Traité sur l'Union européenne (tel qu'interprété dans l'affaire C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW* [2007] Rec. p. I-3633) impliquait que les juridictions de l'Etat exécutant devaient, au moment de décider de prononcer ou non l'ordonnance de transfert, partir du principe que les juridictions de l'Etat d'émission étaient tenues de respecter les droits garantis par la Convention. Selon eux, c'était à tort que la *High Court* avait considéré que le requérant était fondé à faire protéger son droit à un procès dans un délai raisonnable aussitôt que la question se posait, c'est-à-dire en l'espèce par les juridictions irlandaises, qu'elle avait envisagé d'éventuelles différences dans les niveaux de protection offerts quant à la célérité de la procédure au Royaume-Uni et en Irlande, et qu'elle avait recherché une parité de procédure pénale dans l'Etat d'accueil. La Cour suprême, pour sa part, ne pouvait considérer que l'une quelconque des différences discernées par la *High Court* entre le droit

de demander l'interdiction du procès devant les juridictions britanniques et le droit de demander l'interdiction du procès devant les juridictions irlandaises pût s'analyser en une atteinte au droit à un procès équitable ou à l'équité des procédures, que ce fût par rapport à la Convention ou par rapport à la Constitution. Elle s'exprima ainsi :

«Elles ne sauraient s'analyser, selon les critères établis dans la jurisprudence irlandaise, en un « défaut clairement établi et fondamental du système judiciaire de [l'] Etat requérant ». »

12. La Cour suprême conclut que, compte tenu des faits de l'espèce, le requérant pouvait introduire au Royaume-Uni un recours fondé sur la longueur extrêmement importante du délai écoulé depuis la commission alléguée des infractions; et que, de plus, il serait sans conteste plus efficace et plus approprié pour lui de le faire dans l'Etat où le parquet, la police, les témoins et les preuves matérielles seraient plus facilement disponibles, et où il pourrait s'appuyer plus avantageusement sur le droit interne britannique (qu'il s'agît de la jurisprudence ou d'autres éléments). En conséquence, la haute juridiction conclut que c'était à tort que la *High Court* avait refusé le transfert du requérant.

13. Tout en jugeant qu'il n'était pas strictement nécessaire de se prononcer sur l'effet de la « contribution très importante » du requérant au passage du temps entre les faits et les poursuites, la Cour suprême observa notamment que, pendant la majeure partie de la période allant de 1985 à 2001, celui-ci ne se trouvait pas au Royaume-Uni et que les autorités britanniques ne savaient pas où il était. Elle estima que l'intéressé supportait ainsi l'entière responsabilité de ce délai, et indiqua que sur ce seul fondement elle aurait rejeté, si elle l'avait examinée, l'opposition pour délai excessif qu'il avait formée contre son transfert.

14. En conséquence, elle ordonna la remise du requérant aux autorités britanniques.

15. Avant que l'Irlande pût le transférer au Royaume-Uni, le requérant prit la fuite. Le lieu où il se trouve n'est pas connu, mais il est représenté par les avocats susmentionnés pratiquant à Bruxelles, qui soutiennent en son nom qu'il ne peut retourner en Irlande, où réside sa famille, car il y serait arrêté et transféré au Royaume-Uni.

16. Le 21 décembre 2007, le président de la quatrième section, ayant reçu la demande formée par le requérant aux fins de l'indication, en vertu de l'article 39 du règlement, d'une mesure provisoire bloquant son extradition au Royaume-Uni, a estimé que cette demande ne relevait pas de cette disposition et a refusé la mesure provisoire demandée.

B. Le droit européen et irlandais pertinent

1. *Le Traité sur l'Union européenne*

17. L'article 6 §§ 1 et 2 du Traité sur l'Union européenne est ainsi libellé :

« 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres.

2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. »

2. *Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI) – « la Décision-cadre »*

18. La Décision-cadre prévoit l'exécution dans tout Etat membre (« l'Etat exécutant ») des décisions de justice rendues dans un autre Etat membre (« l'Etat d'émission ») aux fins de l'arrestation et de la remise d'individus en vue d'une procédure pénale (ou de l'exécution d'une peine privative de liberté). En ses parties pertinentes, le préambule de la Décision-cadre est ainsi libellé :

« [C]onsidérant ce qui suit :

(...)

(5) L'objectif assigné à l'Union de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice conduit à supprimer l'extradition entre Etats membres et à la remplacer par un système de remise entre autorités judiciaires. Par ailleurs, l'instauration d'un nouveau système simplifié de remise des personnes condamnées ou soupçonnées, aux fins d'exécution des jugements ou de poursuites, en matière pénale permet de supprimer la complexité et les risques de retard inhérents aux procédures d'extradition actuelles. Aux relations de coopération classiques qui ont prévalu jusqu'ici entre Etats membres, il convient de substituer un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale, tant présentielles que définitives, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

(6) Le mandat d'arrêt européen prévu par la présente décision-cadre constitue la première concrétisation, dans le domaine du droit pénal, du principe de reconnaissance mutuelle que le Conseil européen a qualifié de « pierre angulaire » de la coopération judiciaire.

(...)

(8) Les décisions relatives à l'exécution du mandat d'arrêt européen doivent faire l'objet de contrôles suffisants, ce qui implique qu'une autorité judiciaire de l'Etat membre où la personne recherchée a été arrêtée devra prendre la décision de remise de cette dernière.

(...)

(10) Le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres. La mise en œuvre de celui-ci ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des Etats membres des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7, paragraphe 1, dudit traité avec les conséquences prévues au paragraphe 2 du même article.

(...)

(12) La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons.

La présente décision-cadre n'empêche pas un Etat membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect du droit à un procès équitable, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias.»

19. En sa partie pertinente, l'article 1 est ainsi libellé :

Définition du mandat d'arrêt européen et obligation de l'exécuter

« (...)

2. Les Etats membres exécutent tout mandat d'arrêt européen, sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et conformément aux dispositions de la présente décision-cadre.

3. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. »

3. La loi de 2003 sur le mandat d'arrêt européen (« la loi de 2003 »)

20. La loi de 2003 a été adoptée pour donner effet à la Décision-cadre. Son article 37 est intitulé « Droits fondamentaux ». En sa partie pertinente, le paragraphe 1 de cet article est ainsi libellé :

« En vertu de la présente loi, il ne peut être procédé à la remise d'une personne :

- a) dont le transfert serait incompatible avec les obligations incombant à l'Etat en vertu
 - i) de la Convention ou
 - ii) des Protocoles à la Convention, ou
- b) dont le transfert enfreindrait l'une quelconque des dispositions de la Constitution (pour un autre motif que le fait que l'infraction visée dans le mandat d'arrêt européen relève de l'article 38 § 1 b)) (...)»

GRIEFS

21. Le requérant soutient que, compte tenu du délai écoulé entre les faits qui lui sont reprochés et les poursuites intentées contre lui, le fait de le transférer au Royaume-Uni sur le fondement de ces accusations pénales emporterait violation de l'article 6 de la Convention.

Dans ses lettres à la Cour, il a également porté un certain nombre d'allégations relatives à ses chances de bénéficier d'un procès équitable au Royaume-Uni compte tenu d'échanges oraux et écrits intervenus entre ses avocats et le service des poursuites de la Couronne d'Angleterre (*Crown Prosecution Service* – «CPS»), le service judiciaire anglais (*English Courts and Tribunals Service*) et le commissariat aux informations du Royaume-Uni (*United Kingdom Information Commissioner's Office*) entre 2007 et 2009. Il fait valoir notamment le refus du CPS de négocier sa reddition volontaire au Royaume-Uni, le refus de confirmer qu'il ne serait pas retenu d'autres charges contre lui (selon lesquelles, en particulier, il aurait des liens avec l'Irish Republican Army (IRA) et pourrait donc être soumis aux textes et au régime britanniques relatifs au terrorisme), le refus de confirmer que le service judiciaire n'est pas compétent pour octroyer le bénéfice de l'assistance judiciaire (aux fins de la contestation du mandat d'arrêt européen devant les juridictions britanniques), le refus de confirmer que certains documents ont déjà été détruits, et le manquement du commissariat aux informations à fournir les documents demandés. Il considère également que son transfert, contraire selon lui à l'article 6, aurait pour conséquence inévitable sa détention provisoire au Royaume-Uni.

22. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 4, il se plaint également dans ses lettres à la Cour d'être contraint, du fait de l'arrêt de la Cour suprême, de résider hors d'Irlande et loin de sa famille.

EN DROIT

23. Le requérant conteste la décision des juridictions irlandaises de le remettre aux autorités britanniques, estimant que le procès qu'il subirait au Royaume-Uni violerait l'article 6 de la Convention et, notamment, le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable. En ses dispositions pertinentes, cet article est ainsi libellé :

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

Le requérant souligne que la *High Court* a conclu que le délai écoulé était tel qu'il créait un risque réel que le procès qui serait mené au Royaume-Uni ne soit pas équitable. Il considère que cette analyse est juste et relève du pouvoir discrétionnaire laissé par la Décision-cadre aux juridictions des Etats exécutants. Selon lui, la Cour suprême n'a pas agi conformément à la Décision-cadre et à la Convention en ce qu'elle a nié le pouvoir discrétionnaire que tout juge d'un Etat exécutant a le droit d'exercer lorsqu'il statue sur une demande de remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen. Quelle que soit la teneur de la Décision-cadre, les Etats contractants ne pourraient déroger aux obligations que leur impose la Convention, et la loi de 2003 commanderait que la personne demandée ne soit pas remise si son transfert est incompatible avec la Convention (ou ses Protocoles). Le requérant soutient que toute question relative aux droits de l'homme pouvant se poser au sujet de son transfert en vertu de la Décision-cadre devrait être examinée dès qu'elle se pose, c'est-à-dire dans l'Etat exécutant. Il estime que, dès lors, les juridictions irlandaises devaient examiner de manière complète la question du respect de l'article 6 de la Convention avant son transfert au Royaume-Uni, à la lumière du délai écoulé entre les faits et les poursuites (comme l'a fait la *High Court*), et qu'en ne procédant pas à un tel examen, la Cour suprême a porté atteinte à ses droits garantis par l'article 6. De plus, il considère qu'il serait manifestement disproportionné de le remettre aux autorités britanniques compte tenu des faits de la cause et des droits en jeu.

24. La Cour note que, si le fait que le requérant ait pris la fuite après la décision de la Cour suprême autorisant son transfert est blâmable, il ne rend pas illégitime l'intérêt de l'intéressé à obtenir des organes de la Convention un arrêt constatant une éventuelle violation, dont il soutient qu'elle a eu lieu avant sa fuite (voir, *mutatis mutandis*, *Van der Tang c. Espagne*, 13 juillet 1995, § 53, série A n° 321, et *Averill c. Royaume-Uni* (déc.), n° 36408/97, 6 juillet 1999).

25. De plus, la Cour rappelle que, le droit à un procès équitable en matière pénale consacré par l'article 6 occupant une place éminente dans les sociétés démocratiques, elle n'exclut pas qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de ce texte au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant dans l'Etat requérant (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 113, série A n° 161, et *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 88, CEDH 2005-I).

26. Toutefois, la Cour ne considère pas que les faits de la présente espèce fassent apparaître des motifs sérieux de penser que le requérant se trouverait exposé à un risque réel de subir au Royaume-Uni un tel « déni flagrant » de ses droits garantis par l'article 6. Elle note à cet égard que le pays est Partie à la Convention et que, à ce titre, il s'est engagé à respecter les obligations imposées par cet instrument et à garantir à toute personne se trouvant sous sa juridiction les droits et libertés qui y sont énoncés, y compris ceux garantis par l'article 6. Il a d'ailleurs incorporé les dispositions de la Convention dans son droit interne par la loi de 1998 sur les droits de l'homme.

En ce qui concerne ce grief essentiel relatif au risque allégué que le délai prolongé donne lieu à un procès inéquitable, la Cour observe qu'elle a admis dans sa jurisprudence que l'écoulement d'un certain délai entre la commission d'une infraction et l'engagement des poursuites ne rend pas nécessairement, en soi, la procédure pénale inéquitable au regard de l'article 6 (voir, par exemple, *Sawoniuk c. Royaume-Uni* (déc.), n° 63716/00, CEDH 2001-VI, et *Massey c. Royaume-Uni* (déc.), n° 14399/02, 8 avril 2003).

27. Pour les motifs exposés ci-dessous, la Cour rejette également l'argument du requérant selon lequel l'Etat exécutant ou transférant ne devrait pas se borner à rechercher un « déni flagrant » mais déterminer s'il a été établi qu'existait dans l'Etat d'émission (en l'espèce, le Royaume-Uni) un risque réel d'iniquité de la procédure pénale.

28. Premièrement, une telle approche irait à l'encontre des principes posés dans l'arrêt *Soering* précité et confirmés dans la jurisprudence ultérieure de la Cour (voir, par exemple, l'affaire *Mamatkoulou et Askarov* précitée).

29. Deuxièmement, la Cour souscrit à la conclusion de la Cour suprême selon laquelle, compte tenu des faits de la cause, il serait plus approprié que ce soient les tribunaux du Royaume-Uni qui entendent et examinent les griefs du requérant relatifs à l'iniquité dont serait source le délai écoulé entre les infractions alléguées et les poursuites. Le requérant souhaite, en substance, que les juridictions de l'Etat exécutant (l'Irlande) examinent des questions qu'il est factuellement et juridiquement plus pertinent de soulever dans

l'Etat d'émission (le Royaume-Uni). Les points de fait et de droit à partir desquels il soutient que les tribunaux irlandais devraient apprécier le retard allégué sont complexes et propres au Royaume-Uni. La Cour rappelle qu'en règle générale, elle considère que les formations de jugement nationales sont mieux placées qu'elle pour apprécier les faits et la recevabilité des preuves (*Windisch c. Autriche*, 27 septembre 1990, § 25, série A n° 186, *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, § 34, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV, et *Massey*, décision précitée). Le même raisonnement vaut pour les positions respectives des juridictions nationales et étrangères. De plus, les allégations supplémentaires portées par le requérant dans ses lettres ne prouvent pas le risque d'un déni de justice flagrant. Son grief relatif au refus du *Crown Prosecution Service* de négocier sa reddition volontaire au Royaume-Uni ne pose pas de problème sous l'angle de l'article 6, et sa supposition selon laquelle il pourrait, à l'avenir, devoir faire face à des charges supplémentaires donnant lieu à l'application de la législation antiterroriste est vague et théorique. A ce jour, il n'a pas introduit de demande d'assistance judiciaire au Royaume-Uni. En conséquence, la Cour souscrit à la conclusion de la Cour suprême irlandaise selon laquelle les juridictions du Royaume-Uni sont mieux placées pour apprécier l'incidence du délai sur la procédure engagée dans ce pays.

30. Troisièmement, la thèse du requérant selon laquelle il est fondé à faire protéger ses droits garantis par la Convention dès que la question se pose (en l'espèce, devant les juridictions irlandaises) est également déplacée, eu égard au fait que le Royaume-Uni est Partie à la Convention. Les juridictions du Royaume-Uni sont compétentes en *common law* pour classer les affaires, au motif d'un abus de procédure, lorsqu'il est estimé que le délai est source d'iniquité. Le requérant peut, depuis le début de la procédure pénale engagée contre lui, demander le classement de l'affaire en arguant qu'un tel procès ne serait pas équitable compte tenu du temps écoulé depuis les faits. Il peut notamment faire valoir toute perte, destruction ou détérioration des preuves causées par un tel délai, ainsi que les difficultés que cela entraîne pour la défense dans cette procédure pénale. Il peut également dénoncer toute irrégularité de la part de l'accusation, y compris une éventuelle manipulation ou procédure abusive (*Massey*, décision précitée, et *Lee c. Royaume-Uni* (déc.), n° 56926/00, 26 août 2003). De plus, toute demande de classement de l'affaire se révélant infructueuse pourrait ensuite faire l'objet d'une requête devant la Cour sur le fondement des articles 6 et 34 de la Convention. Dans la mesure où le grief du requérant concerne le volet de l'article 6 relatif au «délai raisonnable», il pourrait, après avoir épuisé les recours effectifs disponibles au Royaume-Uni, introduire ce grief devant la Cour sans avoir à attendre l'issue de la procédure pénale.

Il est fort possible que, dans certaines affaires, les responsabilités des Etats transférant en matière d'extradition/d'expulsion vers les Etats contractants aient dans une certaine mesure été renforcées par rapport à celles exposées dans l'arrêt *Soering* précité (*T.I. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 43844/98, CEDH 2000-III, relativement à la Convention de Dublin (Convention de l'Union européenne sur la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes du 15 juin 1990), et *K.R.S. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 32733/08, 2 décembre 2008, relativement au règlement de Dublin (Règlement du Conseil CE/343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers)). Cependant, ces affaires concernaient des droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention, auxquels il ne peut être dérogé. De plus, il s'agissait d'expulsions vers un autre Etat contractant depuis lequel il y avait des raisons de penser que l'individu risquerait d'être ensuite envoyé vers un troisième Etat, non contractant (où il serait exposé au risque en question), en l'absence d'examen adéquat de son grief par l'Etat intermédiaire (contractant) et, en particulier, sans avoir eu une réelle possibilité de solliciter de la Cour l'indication de mesures provisoires. Tel n'est pas le cas en l'espèce: la destination finale du requérant est un Etat partie, le Royaume-Uni.

31. Enfin, pour ce qui est de la référence faite par le requérant à une détention provisoire inévitable au Royaume-Uni, la Cour note que l'intéressé a envisagé cette hypothèse comme la conséquence de son transfert en violation de l'article 6 de la Convention, mais n'a pas invoqué l'article 5. S'il peut être vrai que le fait qu'il se soit déjà enfui tendrait à faire obstacle à sa remise en liberté provisoire au Royaume-Uni, le requérant aurait néanmoins dès sa remise aux autorités britanniques la possibilité de demander une telle mesure, à partir de cet argument et de tous ceux qui militent pour et contre, de sorte que sa supposition selon laquelle son transfert au Royaume-Uni entraînerait inévitablement sa détention provisoire n'est ni complète ni convaincante.

32. Compte tenu de ce qui précède, la Cour, en vertu de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention, rejette pour défaut manifeste de fondement les griefs tirés par le requérant de l'article 6.

33. Au vu de la conclusion selon laquelle la remise de l'intéressé aux autorités britanniques n'emporterait pas violation de ses droits garantis par l'article 6, sa fuite hors d'Irlande aux fins de se soustraire à cette mesure ne peut être considérée comme soulevant un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention ou de l'article 2 du Protocole n° 4. Partant, la

Cour rejette également ces griefs pour défaut manifeste de fondement en vertu de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à la majorité,

Déclare la requête irrecevable.

KONONOV v. LATVIA
(Application no. 36376/04)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 17 MAY 2010¹

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

SUMMARY¹**Conviction under legislation introduced in 1993 for war crimes committed during the Second World War****Article 7**

Nullum crimen sine lege – Conviction under legislation introduced in 1993 for war crimes committed during the Second World War – Legal basis for crimes at time of commission – Conviction based on international law – 1907 Hague Regulations – War crimes – Breaches of rights of “civilians who had participated in hostilities” or of “combatants” – Limitation period determined by reference to international law – Foreseeability – Sufficiency of international laws and customs of war as basis for individual criminal responsibility – Command responsibility – Obligation of commanders to take special care in assessing risks – Legitimacy and foreseeability of prosecution by successor State

*

* *

In July 1998 the applicant was charged with war crimes arising out of an incident that had occurred more than fifty years earlier during the Second World War, when he was a member of a Soviet commando unit of Red Partisans. The charges were brought under Article 68-3 of the 1961 Criminal Code of the Soviet Socialist Republic of Latvia, a provision dealing with war crimes that had been inserted by the Latvian Supreme Council on 6 April 1993, following the restoration of Latvian independence. The Criminal Affairs Division of the Latvian Supreme Court found the applicant guilty of various war crimes and sentenced him to one year and eight months' imprisonment in view of his age and infirmity. According to the facts as established by the Latvian courts, on 27 May 1944 he had led a unit of Red Partisans on a punitive expedition in the village of Mazie Bati (which was then under German military administration) following reports that certain of its inhabitants had betrayed another group of Partisans to the Germans. The unit had entered the village dressed in German *Wehrmacht* uniforms and, after finding rifles and grenades supplied by the Germans, had set fire to buildings and killed nine of the villagers, including three women, one in the final stages of pregnancy. None of those who died had been armed, or had attempted to escape or offered resistance. According to the applicant, the victims of the attack were collaborators whom his unit had been instructed by an *ad hoc* Partisan tribunal to capture so that they

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

could be brought to trial, but he had not personally led the operation or entered the village.

In his application to the European Court, the applicant complained that the acts of which he had been accused had not, at the time of their commission, constituted an offence under either domestic or international law. He further maintained that in 1944, as a young soldier in a combat situation behind enemy lines, he could not have foreseen that his acts would constitute war crimes or that he would be prosecuted. In his submission, his conviction following the restoration of Latvian independence in 1991 owed more to political expedience than to any real wish to fulfil international obligations to prosecute war criminals.

Held

Article 7: The Court was not called upon to rule on the applicant's individual criminal responsibility as that was primarily a matter for the domestic courts. Its function was to examine whether, under the law as it stood on 27 May 1944, there had been a sufficiently clear legal basis for the applicant's convictions, whether their prosecution had become statute-barred in the interim, and whether the offences of which the applicant was ultimately convicted had been defined with sufficient accessibility and foreseeability. Since the factual evidence was disputed, the Court began its analysis on the basis of the hypothesis that was most favourable to the applicant, namely that the villagers were not ordinary civilians, but "combatants" or "civilians who had participated in hostilities".

(a) *Legal basis for the crimes in 1944*: The applicant had been convicted under Article 68-3 of the 1961 Criminal Code, a provision that had been introduced by the Supreme Council on 6 April 1993. Although Article 68-3 gave examples of acts considered to be war crimes, it relied on "relevant legal conventions" for a precise definition. Accordingly, the applicant's conviction had been based on international rather than domestic law.

Reviewing the position under international law in 1944, the Court noted that, following an extensive period of codification going back to the mid-nineteenth century, the Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg had provided a non-exhaustive definition of war crimes for which individual criminal responsibility was retained. There had been agreement in contemporary doctrine that international law, in particular the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations, had already defined war crimes and required individuals to be prosecuted, so that the Charter was not *ex post facto* criminal legislation. Throughout that period of codification, domestic criminal and military tribunals had been the primary mechanism for the enforcement of the laws and customs of war, with international prosecution being the exception. Accordingly, the international liability of the State based on treaties and conventions did not preclude the customary responsibility of States to prosecute and punish individuals for violations of the laws and customs of war. International and national law served as a basis for domestic prosecutions and liability. In particular, where national law did not provide for the specific

characteristics of a war crime, the domestic court could rely on international law as a basis for its reasoning. Accordingly, the Court considered that by May 1944 war crimes had been defined as acts contrary to the laws and customs of war and international law had defined the basic principles underlying, and an extensive range of acts constituting, such crimes. States were at least permitted (if not required) to take steps to punish individuals for war crimes, including on the basis of command responsibility.

The Court went on to consider, in the light of the two “cardinal principles” of humanitarian law – the “protection of the civilian population and objects” and the “obligation to avoid unnecessary suffering to combatants” – whether there had been a sufficiently clear and contemporary legal basis for the specific war crimes of which the applicant had been convicted. These crimes had included the ill-treatment, wounding and killing of the villagers, their treacherous wounding and killing, the burning to death of a pregnant woman and attacks on undefended localities.

As to the first of these offences, having regard notably to Article 23 (c) of the Hague Regulations, the murder and ill-treatment of the villagers had violated the fundamental rule that an enemy rendered *hors de combat* – in this case not carrying arms – was protected. Such persons were not required to have a particular legal status or to have formally surrendered. As combatants, the villagers would also have been entitled to protection as prisoners of war under the control of the applicant and his unit and their subsequent ill-treatment and summary execution would have been contrary to the numerous rules and customs of war protecting prisoners of war. As regards the second offence, the domestic courts had reasonably relied on Article 23 (b) of the Hague Regulations to found a separate conviction of treacherous wounding and killing for unlawfully inducing (by wearing German *Wehrmacht* uniforms) the enemy to believe they were not under threat of attack. There had also been a plausible legal basis for convicting the applicant of the third offence (the burning to death of the expectant mother) given the special protection to which women had been entitled during war since as early as the Lieber Code 1863. Lastly, as regards the fourth offence, Article 23 (g) of the Hague Regulations prohibited attacks against undefended localities except where “imperatively demanded by the necessities of war”. There was nothing to suggest that that exception had applied in the applicant’s case. Accordingly, the Court was satisfied that each of these offences had constituted a war crime. As the person who had organised, commanded and led the Partisan unit that had carried out the attack, the applicant had assumed command responsibility for those acts.

In conclusion, even assuming that the deceased villagers could be considered to have been “civilians who had participated in hostilities” or “combatants”, there had been a sufficiently clear legal basis, having regard to the state of international law in 1944, for the applicant’s conviction and punishment for war crimes as the commander of the unit responsible for the attack on Mazie Bati. If the villagers

were considered to have been “civilians”, they would have been entitled to even greater protection.

(b) *Whether the charges were statute-barred*: A domestic prosecution for war crimes in 1944 would have required reference to international law, not only as regards the definition of such crimes, but also as regards the determination of any limitation period. Accordingly, any domestic limitation period was not applicable. The essential question, therefore, was whether at any point prior to the applicant’s prosecution, such action had become statute-barred by international law. International law was silent on the subject in 1944 and had not fixed any limitation period since. It followed that the applicant’s prosecution had not been statute-barred.

(c) *Foreseeability*: The international laws and customs of war were sufficient, of themselves, to found individual criminal responsibility in 1944, so the fact that they were not referred to in the domestic legislation at that time could not be decisive. They constituted detailed *lex specialis* regulations fixing the parameters of criminal conduct in a time of war and were primarily addressed to armed forces and, in particular, commanders. Given his position as a commanding military officer, the applicant could reasonably have been expected to take special care in assessing the risks the Mazie Bati operation entailed. Even the most cursory reflection would have indicated that the flagrantly unlawful ill-treatment and killing of the villagers risked constituting war crimes for which, as commander, he could be held individually and criminally accountable. The Court rejected the applicant’s submission that his prosecution had been politically unforeseeable, as it was both legitimate and foreseeable for a successor State to bring criminal proceedings against those who had committed crimes under a former regime. Successor courts could not be criticised for applying and interpreting the legal provisions in force at the relevant time during the former regime in the light of both the principles governing a State subject to the rule of law and the core principles on which the Convention system was built, particularly where the right to life was at stake. Those principles were applicable to a change of regime of the nature which had taken place in Latvia following the restoration of independence.

Accordingly, at the time they were committed, the applicant’s acts had constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability by the laws and customs of war.

Conclusion: no violation (fourteen votes to three).

Case-law cited by the Court

X. v. Belgium, no. 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1

Schenk v. Switzerland, 12 July 1988, Series A no. 140

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

Coëme and Others v. Belgium, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII

Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II
K.-H.W. v. Germany [GC], no. 37201/97, 22 March 2001
K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII
Tess v. Latvia (dec.), no. 34854/02, 12 December 2002
Pessino v. France, no. 40403/02, 10 October 2006
Jorgic v. Germany, no. 74613/01, ECHR 2007-III
Korbely v. Hungary [GC], no. 9174/02, ECHR 2008
Šilih v. Slovenia [GC], no. 71463/01, 9 April 2009

In the case of Kononov v. Latvia,

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,
Ireneu Cabral Barreto,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
Sverre Erik Jebens,
Dragoljub Popović,
Päivi Hirvelä,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Mihai Poalelungi,
Nebojša Vučinić, *judges*,
Alan Vaughan Lowe, *ad hoc judge*,
and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 20 May 2009 and on 24 February 2010,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 36376/04) against the Republic of Latvia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a national of the Russian Federation, Mr Vasilij Kononov (“the applicant”), on 27 August 2004.

2. The applicant was represented by Mr M. Ioffe, a lawyer practising in Riga. The Latvian Government (“the respondent Government”) were represented by their Agent, Ms I. Reine. The Government of the Russian Federation exercised their right of third-party intervention in accordance with Article 36 § 1 of the Convention and were represented by the representative of the Russian Federation at the Court, Mr G. Matyushkin.

3. The applicant alleged, in particular, that his conviction for war crimes as a result of his participation in a military expedition on 27 May 1944 violated Article 7 of the Convention.

4. The application was allocated to the former Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 20 September 2007, following a hearing on the admissibility and merits of the case (Rule 54 § 3), the application was declared partly admissible by a Chamber of that Section, composed of Boštjan M. Zupančič, President, Corneliu Bîrsan, Elisabet Fura-Sandström, Alvin Gyulumyan, Egbert Myjer, Davíð Thór Björgvinsson and Ineta Ziemele, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar.

5. On 24 July 2008 the Chamber delivered a judgment in which it found, by four votes to three, that there had been a violation of Article 7 of the Convention and that just satisfaction should be awarded to the applicant.

6. By letter dated 24 October 2008, the respondent Government requested the referral of the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. On 6 January 2009 a panel of the Grand Chamber granted that request (Rule 73).

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. Ineta Ziemele, the judge elected in respect of Latvia, withdrew from sitting in the Grand Chamber (Rule 28) and the respondent Government appointed Mr Alan Vaughan Lowe, Professor of Public International Law at the University of Oxford, to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1). Boštjan M. Zupančič, President of the former Third Section, also withdrew and was replaced by Nebojša Vučinić, substitute judge.

8. By letter dated 6 April 2009, the President of the Grand Chamber granted leave to the Lithuanian Government to intervene in the written procedure (Rule 44 § 3 (a)). The Government of the Russian Federation also exercised its right to intervene before the Grand Chamber (Rule 44).

9. The applicant and the respondent Government each filed a memorial on the merits and third-party comments were received from the Governments of the Russian Federation and Lithuania.

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 20 May 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the respondent Government*

Ms I. Reine, *Agent,*
 Ms K. Inkuša,
 Mr W. Schabas, *Counsel;*

(b) *for the applicant*

Mr M. Ioffe, *Counsel,*
 Ms M. Zakarina,
 Mr Y. Larine, *Advisers;*

(c) *for the Government of the Russian Federation*

Mr G. Matyushkin, *Representative of the Government,*
 Mr N. Mikhaylov,
 Mr P. Smirnov, *Advisers.*

The Court heard addresses by Mr Ioffe, Ms Reine, Mr Schabas and Mr Matyushkin.

11. On the day of the hearing, the President of the Grand Chamber accepted to file additional submissions of the applicant. In response, the respondent Government submitted additional observations, as did the Government of the Russian Federation.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

12. The applicant was born in 1923 in the district of Ludza, Latvia. He held Latvian nationality until 2000, when he was granted Russian nationality by special decree.

A. Events prior to 27 May 1944

13. In August 1940 Latvia became part of the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) under the name “Soviet Socialist Republic of Latvia” (“Latvian SSR”). On 22 June 1941 Germany attacked the USSR. The advance of the German forces obliged the USSR forces to leave the Baltic region and withdraw towards Russia.

14. The applicant, who was living near the border at the time, followed. By 5 July 1941 all of Latvia had been overrun by the German forces. Following his arrival in the USSR, the applicant was called up as a soldier

in the Soviet Army in 1942. He was assigned to the reserve regiment of the Latvian Division. From 1942 to 1943 he received special training in sabotage operations, during which he learnt how to organise and lead commando raids behind enemy lines. On completion of his training, he was promoted to the rank of sergeant. In June 1943 he and some twenty soldiers were parachuted into Belarus territory, then under German occupation, near the Latvian border and thus to the area where he was born. The applicant joined a Soviet commando unit composed of members of the “Red Partisans” (a Soviet force which fought a guerrilla war against the German forces). In March 1944 he was put in command of a platoon by his two immediate superiors, whose primary objectives were, according to the applicant, to sabotage military installations, communication lines and German supply points, to derail trains and to spread political propaganda among the local population. He claimed to have derailed sixteen military trains and caused forty-two German military targets to be blown up.

B. Events of 27 May 1944, as established by the domestic courts

15. In February 1944 the German army had discovered and wiped out a group of Red Partisans led by Major Chugunov who were hiding in the barn of Meikuls Krupniks in the village of Mazie Bati. The German military administration had provided some men in Mazie Bati with a rifle and two grenades each. The applicant and his unit suspected the villagers of having spied for the Germans and of having turned in Major Chugunov’s men to the enemy. They decided to take reprisals against the villagers.

16. On 27 May 1944 the applicant and his unit, armed and wearing *Wehrmacht* (former German army) uniforms to avoid arousing suspicion, entered the village of Mazie Bati. The inhabitants were preparing to celebrate Pentecost. The unit split up into a number of small groups, each of which attacked a house on the applicant’s orders.

17. Several of the Red Partisans burst into the home of a farmer, Modests Krupniks, seized weapons they found there and ordered him out into the yard. When he pleaded with them not to kill him in front of his children, they ordered him to run towards the forest before opening fire when he did so. Modests Krupniks was left, seriously wounded, on the edge of the forest, where he died the following morning.

18. Two other groups of Red Partisans attacked the homes of two other farmers, Meikuls Krupniks and Ambroz Buļš. Meikuls Krupniks was seized in his bath and severely beaten. The Partisans took the weapons they had found in the two villagers’ homes to Meikuls Krupniks’ house. There they fired several rounds of bullets at Ambroz Buļš, Meikuls Krupniks and Meikuls Krupniks’ mother. Meikuls Krupniks and his mother were

seriously injured. The Partisans then doused the house and all the farm buildings with petrol and set them alight. Meikuls Krupniks' wife, who was nine months pregnant, managed to escape, but was seized by the Partisans and pushed through a window of the house into the flames. The following morning the surviving villagers found the charred remains of the four victims. Mrs Krupniks' body was identified by the burnt skeleton of a baby next to her.

19. A fourth group of Partisans burst into Vladislavs Šķirmants' home, where they found him on his bed with his one-year-old son. After finding a rifle and two grenades hidden in a cupboard, they ordered Vladislavs Šķirmants to go out into the yard. They then bolted the door from the outside to prevent his wife following him, took him to a remote corner of the yard and shot him dead. A fifth group attacked the home of Juliāns Šķirmants. After finding and seizing a rifle and two grenades, the Partisans took him out to the barn, where they killed him. A sixth group attacked Bernards Šķirmants' home, seizing the weapons they found there. They then proceeded to kill Mr Šķirmants, wound his wife and set all the farm buildings on fire. Bernards Šķirmants' wife burnt to death in the fire with her dead husband.

20. While the prosecution also claimed that the Partisans pillaged the village (stealing clothes and food), the Criminal Affairs Division of the Supreme Court ("the Criminal Affairs Division") and the Supreme Court Senate made specific findings as regards the seizure of weapons but not as regards the stealing of any other items.

C. The applicant's version of events

21. Before the Chamber, the applicant contested the factual findings of the domestic courts and submitted as follows.

22. He considered that all the deceased villagers were collaborators and traitors who had delivered Major Chugunov's platoon (which included women and a small child) to the Germans in February 1944: three women (Meikuls Krupniks' mother and wife and Bernards Šķirmants' wife) assured Major Chugunov's platoon that the *Wehrmacht* was some distance away, but Bernards Šķirmants sent Meikuls Krupniks to alert the German forces. The German soldiers arrived and machine-gunned the barn (in which Major Chugunov's platoon was hiding) with incendiary bullets, causing it to catch fire. Any member of Major Chugunov's group who tried to escape was shot dead. Meikuls Krupniks' mother removed the coats from the bodies. The German military command rewarded the villagers concerned with firewood, sugar, alcohol and a sum of money. Meikuls Krupniks and Bernards Šķirmants were *Schutz männer* (German auxiliary police).

23. Approximately one week prior to the events of 27 May 1944, the applicant and all the men in his platoon had received a summons from their commanding officer. He had informed them that an *ad hoc* military court had delivered judgment against the inhabitants of Mazie Bati implicated in the betrayal of Major Chugunov's men and that their platoon was required to execute the order. More specifically, they were required to "bring the six *Schutzmänner* from Mazie Bati to stand trial". The applicant maintained that he had refused to lead the operation (the villagers had known him since childhood so he feared for the safety of his parents who lived in the neighbouring village). The commanding officer therefore assigned the mission to another Partisan and it was that other Partisan who had given the orders during the Mazie Bati operation.

24. On 27 May 1944 the applicant had followed the men from his unit. He did not enter the village, but hid behind a bush from which he could see Modests Krupniks' house. Soon thereafter, he had heard cries and gunfire, and had seen smoke. A quarter of an hour later, the Partisans returned alone. One had been wounded in the arm. Another was carrying six rifles, ten grenades and a large quantity of cartridges, all of which had been seized in the villagers' homes. His unit later told him that they had not been able to carry out their mission as the villagers had "fled while firing at them and the Germans had arrived". He denied that his unit had pillaged Mazie Bati. On returning to the base, the Partisans had been severely reprimanded by the commanding officer for failing to capture the wanted persons.

D. Subsequent events

25. In July 1944 the Red Army entered Latvia and on 8 May 1945 Latvian territory passed into the control of the USSR forces.

26. The applicant remained in Latvia after the war ended. He was decorated for his military activities with the Order of Lenin, the highest distinction awarded in the USSR. In November 1946 he joined the Communist Party of the Soviet Union. In 1957 he graduated from the USSR Interior Ministry Academy. Subsequently, and until his retirement in 1988, he worked as an officer in various branches of the Soviet police force.

27. On 4 May 1990 the Supreme Council of the Latvian SSR adopted the Declaration on the Restoration of Independence of the Republic of Latvia, which declared Latvia's incorporation into the USSR in 1940 unlawful, null and void and restored force of law to the fundamental provisions of the Latvian Constitution of 1922. On the same day, the Supreme Council adopted the Declaration on the Accession of the Republic of Latvia to Human Rights Instruments. The term "accession" meant a solemn, unilateral acceptance of the values embodied in the instruments concerned: most of

the conventions referred to in the declaration were subsequently signed and ratified by Latvia in accordance with the established procedure.

28. After two unsuccessful *coups d'état*, on 21 August 1991 the Supreme Council passed the Constitutional Law on the Statehood of the Republic of Latvia proclaiming full independence with immediate effect.

29. On 22 August 1996 the Latvian Parliament adopted the Declaration on the Occupation of Latvia. The declaration described the annexation of Latvian territory by the USSR in 1940 as a “military occupation” and an “illegal incorporation”. The Soviet repossession of the territory at the end of the Second World War was referred to as the “re-establishment of an occupying regime”.

E. The applicant's conviction

1. The first preliminary investigation and trial

30. In July 1998 the Centre for the Documentation of the Consequences of Totalitarianism, based in Latvia, forwarded an investigation file (on the events of 27 May 1944) to the Latvian Principal Public Prosecutor's Office. In August 1998 the applicant was charged with war crimes. In October 1998 he was brought before the Riga Central Court of First Instance and his pre-trial detention was ordered. In December 1998 a final bill of indictment was drawn up and the case file was forwarded to the Riga Regional Court.

31. The trial took place before the Riga Regional Court on 21 January 2000. The applicant pleaded not guilty. He repeated his account of the events of 27 May 1944, underlining that all the victims of the attack had been armed *Schutzmannen*. He denied any personal involvement in the events: as to the various documents (including press articles) which attested to the contrary, he explained that he had knowingly allowed the historical facts to be distorted for his own personal glory and benefit at that time.

32. The Regional Court found that the case file contained ample evidence of his guilt and that the applicant had perpetrated acts in violation of the rules set out in the Charter of the International Military Tribunal for Nuremberg, the Fourth Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907 (“the 1907 Hague Convention (IV)”) and the Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 (“the 1949 Geneva Convention (IV)”). He was found guilty of offences contrary to section 68-3 of the 1961 Criminal Code and an immediate six-year custodial sentence was imposed. Both the applicant and the prosecution appealed.

33. By a judgment of 25 April 2000, the Criminal Affairs Division quashed the latter judgment and returned the case file to the Principal Public Prosecutor's Office with instructions to make additional inquiries. It considered there were lacunae in the Regional Court's reasoning and, in particular, that the Regional Court had failed to resolve decisive questions including whether Mazie Bati was in an "occupied territory", whether the applicant and his victims could be considered "combatants" and "non-combatants" respectively and whether the fact that the German military administration had armed the villagers would make them "prisoners of war" in the event of their arrest. In addition, the prosecution should have consulted specialists on history and international criminal law. It ordered the applicant's immediate release.

34. The Supreme Court Senate dismissed the prosecution's appeal by a judgment of 27 June 2000, although it struck out the requirement to obtain specialist advice since questions of law were solely for the courts to decide.

2. The second preliminary investigation and trial

35. Following a fresh investigation, on 17 May 2001 the applicant was again charged under section 68-3 of the 1961 Criminal Code.

36. The Latgale Regional Court heard the case and delivered judgment on 3 October 2003 acquitting the applicant of war crimes, but finding him guilty of banditry (contrary to section 72 of the 1961 Criminal Code) carrying a sentence of between three and fifteen years' imprisonment.

Having analysed the situation in which Latvia had found itself as a result of the events in 1940 and the German invasion, the Regional Court concluded that the applicant could not be considered a "representative of the occupying forces". On the contrary, he had fought for the liberation of the country against the occupying forces of Nazi Germany. As Latvia had been incorporated into the USSR, the applicant's conduct had to be considered in the light of Soviet law. In addition, he could not reasonably have foreseen that he would one day be classified as a "representative of the Soviet occupying forces". With regard to the Mazie Bati operation, the Regional Court accepted that the villagers had collaborated with the German military administration and had handed over Major Chugunov's group of Red Partisans to the *Wehrmacht* and that the attack on the village had been carried out pursuant to the judgment of the *ad hoc* military court set up within the detachment of Red Partisans. The Regional Court also accepted that the deaths of the six men from Mazie Bati could be regarded as having been necessary and justified by considerations of a military order. However, it found that such justification did not extend to the killing of the three women or the burning down of the village buildings, for which acts,

as commanding officer, the applicant was responsible. Consequently, as they had acted beyond the authority of the *ad hoc* military court's judgment both the applicant and his men had committed an act of banditry for which they bore full responsibility but which was, however, statute-barred.

37. Both parties appealed to the Criminal Affairs Division. Relying, *inter alia*, on Article 7 § 1 of the Convention, the applicant sought a full acquittal, arguing that the law had been applied against him retrospectively. The prosecution submitted that the Regional Court had made a number of serious errors of fact and law: it had neglected the fact that Latvia's incorporation into the USSR was contrary to the Latvian Constitution of 1922 and to international law, and was therefore unlawful, and that the Republic of Latvia had continued to exist *de jure*. Accordingly, the applicant's conduct in 1944 could and should have been analysed under Latvian and international law, rather than Soviet law. Further, the prosecution criticised the Regional Court's assessment of the evidence in the case. In its view, the court had relied on a series of assertions by the applicant that were not only unsupported by any evidence, but also contrary to the tenor of the evidence, notably the applicant's claims that the villagers from Mazie Bati were armed collaborators of the German military administration who had helped the *Wehrmacht* to wipe out Major Chugunov's Red Partisans; that an *ad hoc* Partisan tribunal had been set up within the applicant's detachment of Red Partisans; and that the purpose of the Mazie Bati operation was not summary execution but the arrest of the villagers.

38. By a judgment of 30 April 2004, the Criminal Affairs Division allowed the prosecution's appeal, quashed the judgment of the Latgale Regional Court and found the applicant guilty of offences contrary to section 68-3 of the 1961 Criminal Code. Having reviewed the evidence, it noted:

“... Thus, V. Kononov and the Partisans from the special group he commanded stole the weapons that had been delivered to enable the villagers to defend themselves and killed nine civilians from the village, burning six of them – including three women, one in the final stages of pregnancy – alive in the process. They also burnt down two farms.

By attacking those nine civilians from the village of Mazie Bati, who had not taken part in the fighting, by stealing their weapons and killing them, V. Kononov and the Partisans under his command ... committed an appalling violation of the laws and customs of war as set out in:

– point (b) of the first paragraph of Article 23 of the Hague Convention [(IV)] of [18] October 1907 respecting the Laws and Customs of War on Land, which is binding on all civilised nations and forbids the treacherous killing or wounding of members of the civil population; Article 25 [of the 1907 Hague Convention (IV)], which prohibits

attacks by whatever means of villages, dwellings or buildings which are undefended; and the first paragraph of Article 46 [of the 1907 Hague Convention (IV)], which lays down that family honour and rights, and the lives of persons and private property must be respected.

– Article 3 § 1, point (a), of the Geneva Convention [(IV)] of 12 August 1949 relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War ..., which lays down that persons taking no active part in the hostilities must not be subjected to violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; point (d) [of the same paragraph], which provides ... that the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognised as indispensable by civilised peoples is prohibited; Article 32, which prohibits murder, torture and all other brutality against protected persons; and Article 33, which provides that no protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed and prohibits collective penalties and all measures of intimidation, pillage and reprisals against protected persons and their property.

– Article 51 § 2 of the [First] Protocol Additional to the [Geneva] Conventions and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts adopted on 8 June 1977 ..., which lays down that the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack and prohibits acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population; [Article 51] § 4, point (a), which prohibits indiscriminate attacks not directed at a specific military objective; [Article 51] § 6, which prohibits attacks against the civilian population or civilians by way of reprisals; Article 75 § 2, point (a) ..., which prohibits violence to the life, health, or physical or mental well-being of persons, in particular, murder, torture of all kinds, whether physical or mental, and mutilation; and [Article 75 § 2] point (d), which prohibits collective punishments.

By acting with particular cruelty and brutality and burning a pregnant villager alive ..., V. Kononov and his Partisans openly flouted the laws and customs of war set out in the first paragraph of Article 16 of the [1949] Geneva Convention [(IV)] ..., which lays down that expectant mothers shall be the object of particular protection and respect.

Likewise, by burning down the [dwelling] houses and other buildings belonging to the villagers ... Meikuls Krupniks and Bernards Šķirmants, V. Kononov and his Partisans contravened the provisions of Article 53 of that Convention, which prohibits the destruction of real property except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations and Article 52 of the First Protocol Additional [to the Geneva Conventions] ... which lays down that civilian property must not be the object of attack or reprisals.

...

In the light of the foregoing, the acts perpetrated by V. Kononov and his men must be classified as war crimes within the meaning of the second paragraph, point (b), of Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal for Nuremberg, which lays down that the murder or torture of civilians in occupied territory, the plunder of

private property, the wanton destruction of villages, or devastation that is not justified by military necessity constitute violations of the laws or customs of war, that is to say war crimes.

The acts perpetrated by V. Kononov and his Partisans must also be classified as ‘grave breaches’ within the meaning of Article 147 of the ... [1949] Geneva Convention [(IV)] ...

Consequently ..., V. Kononov is guilty of the offence under section 68-3 of the Criminal Code ...

The material in the case file shows that after the war, the surviving members of the families of the [people] killed were ruthlessly persecuted and subjected to reprisals. Following the restoration of Latvian independence, all those killed were rehabilitated. It was stated in their rehabilitation certificates that they [had] not committed ‘crimes against peace [or] humanity, criminal offences ... or taken part ... in political repression ... by the Nazi regime’ ...

V. Kononov must be regarded as being subject [to the provision governing] the war crime [in question], in accordance with Article 43 of the First Protocol Additional to the Geneva Conventions ..., which provides that combatants, that is to say, those who have the right to participate directly in hostilities, are the members of the armed forces of a party to a conflict.

During the Second World War, V. Kononov was a member of the armed forces of a belligerent party, [namely] the USSR, and played an active part in military operations it had organised.

V. Kononov was sent on a special mission to Latvia with clear orders to fight behind enemy lines [and] to organise explosions there.

The platoon led by V. Kononov cannot be regarded as a group of volunteers because it was organised and led by the armed forces of one of the belligerent parties (the USSR); this is confirmed by the material in the case file. Similarly, at the time the crime of which he is accused was committed, V. Kononov was also acting as a combatant, leading an armed group which had the right to take part in military operations as an integral part of the armed forces of a belligerent party. ...

V. Kononov fought on Latvian territory occupied by the USSR and neither the fact that there was at that time dual occupation (Germany being the other occupying power), nor the fact that the USSR was part of the anti-Hitler coalition, affects his status as a war criminal ...

The Criminal Affairs Division considers that all the villagers killed at Mazie Bati must be regarded as civilians within the meaning of section 68-3 of the Criminal Code ... and the provisions of international law.

By virtue of Article 50 of the First Protocol Additional to the Geneva Conventions ..., a civilian is defined as any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 43 of that Protocol or Article 4 (A) of the Convention.

The attributes described in the aforementioned Articles, which are specific to [certain] categories of people and exclude them from the definition of civilians, did not apply to the villagers who were killed.

The fact that they had obtained weapons and munitions did not make them combatants and does not attest to any intention on their part to carry out any military operation.

...

It has been established ... that [Major] Chugunov's group of Partisans was wiped out by a German military detachment; this is also confirmed by reconnaissance headquarters' records ...

The case file does not contain any evidence to show that the villagers took part in that operation.

The fact that Meikuls Krupniks had informed the Germans of the presence of Partisans in his barn did not exclude him from the category of 'civilians'.

Mr Krupniks lived on territory occupied by Germany and there is no doubt that the presence of Partisans on his farm in wartime constituted a danger to both him and his family. ...

The fact that the villagers had weapons in their homes and [regularly] kept watch at night does not signify that they were taking part in military operations, but attests to a genuine fear of attack.

All citizens, whether in wartime or peacetime, have the right to defend themselves and their families if their lives are in danger.

The case file shows that the Red Partisans, [Major] Chugunov's group included, used violence against civilians; thus causing the civilian population to fear for its safety.

The victim [K.] gave evidence that the Red Partisans pillaged houses and often took food supplies.

The criminal conduct of the Partisans was noted in the reports of commanding officers [S.] and [Č.], which indicate that the Red Partisans pillaged and murdered and committed other crimes against the local population. Many people had the impression that they were not really engaged in combat but in foraging. ...

The case file shows that of the villagers who were killed at Mazie Bati in 1943 and 1944 [only] Bernards Šķirmants and [his wife] were members of the Latvian National Guard [*aizsargi*]. The archives do not contain any information to show that any of the other victims had participated in the activities of that or any other organisation ...

The Criminal Affairs Division considers that the fact that the aforementioned persons participated in the activities of the Latvian National Guard does not enable them to be classified as combatants, as they have not been found ... to have taken part in military operations organised by the armed forces of a belligerent party.

It has been established ... that no German military formation was in the village of Mazie Bati and that the villagers were not performing any military duty, but, [on the contrary], were farmers.

At the time of the events [in issue], they were at home and preparing to celebrate Pentecost. Among the dead were not only men (who were armed) but also women, one of whom was in the final stages of pregnancy and thus entitled to special ... protection under the [1949] Geneva Convention [(IV)].

In classifying those who were killed as civilians, the Criminal Affairs Division is in no doubt about their status; however, even supposing it were, the First Protocol Additional to the Geneva Conventions states that in case of doubt everyone shall be considered to be a civilian. ...

Since Latvia has not acceded to the Hague Convention [(IV)] of 1907, the provisions of that instrument cannot serve as a basis for [finding] a violation.

War crimes are prohibited and all countries are required to convict anyone guilty of them because such crimes are an integral part of international law, irrespective of whether the parties to the conflict were parties to international treaties. ...”

39. The Criminal Affairs Division excluded two allegations that had not been proved to the requisite standard, namely alleged murders and torture by the applicant himself. Given the finding of guilt of a serious offence and since he was by then aged, infirm and harmless, the Criminal Affairs Division imposed an immediate custodial sentence of one year and eight months which he was deemed to have served given his pre-trial detention.

40. By a judgment of 28 September 2004, the Supreme Court Senate dismissed the applicant’s appeal:

“... In finding that V. Kononov was a combatant and had committed the offence in question on the territory occupied by the USSR, the Criminal Affairs Division based its judgment on the decisions of the higher representative bodies of the Republic of Latvia, on the relevant international conventions and on other evidence, taken as a whole, which had been verified and assessed in accordance with the rules of criminal procedure.

In the Declaration by the Supreme Council ... of 4 May 1990 on the Restoration of Independence of the Republic of Latvia, it was acknowledged that the ultimatum delivered on 16 June 1940 to the government of the Republic of Latvia by the former Stalinist USSR should be regarded as an international crime, as Latvia was occupied and its sovereign power abolished as a result. [However,] the Republic of Latvia continued to exist as a subject of international law, as was recognised by more than fifty States worldwide ...

...

After analysing the merits of the judgment, the Senate ... considers that, to the extent that the Criminal Affairs Division found that V. Kononov came within the scope of section 68-3 of the Criminal Code, ... his acts were correctly characterised, as, in his

capacity as a belligerent and combatant on Latvian territory occupied by the USSR, he has violated the laws and customs of war, in that he planned and directed a military operation aimed at taking reprisals against civilians, namely peaceable inhabitants of the village of Mazie Bati, nine of whom were killed ... [and] whose property was stolen [or] burnt.

As the Court of Appeal (rightly) noted, neither the fact that Latvian territory was subjected to two successive occupations in the Second World War by two States (one of which was Germany; a 'dual occupation' in the words of the Court of Appeal), nor the fact that the USSR was a member of an anti-Hitler coalition, changed V. Kononov's status as a person guilty of a war crime.

As regards the allegation ... that, by finding V. Kononov guilty of the war crime in question the Court [of Appeal] violated the provisions of section 6 of the Criminal Code ... concerning the temporal applicability of the criminal law, the [Senate] considers that it must be rejected for the following reasons.

The judgment shows that the Court of Appeal applied the conventions, namely the Geneva Convention [(IV)] of 12 August 1949 ..., and [the First] Protocol Additional [to the Geneva Conventions] of 8 June 1977 ..., to the war crime which V. Kononov was accused of, irrespective of when they came into force. [This is consistent] with the United Nations Convention of 26 November 1968 on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity. [The Court of Appeal stated] that the Republic of Latvia, which had been occupied by the USSR, had not been able to take a decision [to that end] earlier. By referring to the principle of the non-applicability of statutory limitation, the Court of Appeal complied with the obligations arising under the international treaties and held the persons guilty of committing the offences concerned criminally liable irrespective of the date they were perpetrated.

Since the judgment characterised the violation of the laws and customs of war of which V. Kononov was accused as a war crime within the meaning of the second paragraph, point (b), of Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal for Nuremberg ..., and, ... by virtue of the aforesaid United Nations Convention of 26 November 1968 ..., war crimes ... are not subject to statutory limitation, ... the Senate finds that his acts were correctly found to come within section 68-3 of the Criminal Code ...

There is no basis to the argument ... that ... the Declaration by the Supreme Council of 4 May 1990 on the Restoration of Independence of the Republic of Latvia and the Declaration by Parliament of 22 August 1996 on the Occupation of Latvia were mere political pronouncements which the court was precluded from using as a basis for its judgment and which could not be given binding force retrospectively.

The [Senate] finds that both declarations constitute State constitutional acts of indisputable legality.

In its judgment, [delivered after] assessing the evidence examined at the hearing, [the Court of Appeal] found that, in his capacity as a combatant, V. Kononov organised, commanded and led a Partisan military operation intent on taking reprisals through

the massacre of the civilian population of the village of Mazie Bati and the pillage and destruction of the villagers' farms. That being so, the Court of Appeal rightly found that the acts of individual members of his group ... could not be seen as [mere] excesses on the part of those concerned.

In accordance with the criminal-law principles governing the responsibility of organised groups, members [of a group] are accomplices to the offence, independently of the role they play in its commission.

This principle of responsibility of the members of an organised group is recognised in the third paragraph of Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal for Nuremberg, which lays down that leaders, organisers, instigators and accomplices participating in the execution of a common plan are responsible for all acts performed by any persons in the execution of that plan.

Consequently, the argument that the Court of Appeal had used an 'objective responsibility' test to find, in the absence of any evidence, V. Kononov guilty of acts perpetrated by members of the special group of Partisans he led, without examining his subjective attitude to the consequences, is unfounded. ..."

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The 1926 Criminal Code

41. By a decree of 6 November 1940, the Supreme Council of the Latvian SSR replaced the existing Latvian Criminal Code with the 1926 Criminal Code of Soviet Russia, which code thereby became applicable in Latvia ("the 1926 Criminal Code"). The relevant provisions of that code during the Second World War were as follows:

Section 2

"This Code shall apply to all citizens of the RSFSR [Russian Soviet Federative Socialist Republic] who commit socially dangerous acts on the territory of the RSFSR, or outside the territory of the USSR if they are apprehended on the territory of the RSFSR."

Section 3

"The liability of citizens from the other Soviet Federative Socialist Republics shall be determined in accordance with the laws of the RSFSR if they have committed offences either on the territory of the RSFSR or outside the territory of the USSR if they have been apprehended and handed over to a court or investigating authority on the territory of the RSFSR.

The liability of citizens of the Federative Socialist Republics for offences committed on the territory of the Union shall be determined in accordance with the laws of the place where the offence was committed."

Section 4

“The liability of aliens for offences committed on the territory of the USSR shall be determined in accordance with the laws of the place where the offence was committed.”

42. Chapter IX of the 1926 Criminal Code was entitled “Military crimes” and included the following relevant provisions:

Section 193-1

“Military crimes are offences committed by military personnel in the service of the Red Army of Workers and Peasants or the Red Navy of Workers and Peasants, or by persons assigned to maintenance teams or periodically conscripted into territorial detachments, [when such offences] are against the established order of military service and, owing to their nature and meaning, cannot be committed by citizens not serving in the army or navy. ...”

Section 193-3

“Any failure by a serviceman to execute a legitimate order issued in combat shall entail the application of measures for the protection of society in the form of at least three years’ imprisonment.

Where such a failure has a deleterious effect on combat operations, the ultimate measure for the protection of society [that is, the death penalty] shall apply.

...”

Section 193-17

“Foraying, that is to say divesting civilians of their belongings during combat by threatening them with weapons or on the pretext of requisitioning for military purposes, and removing personal belongings from the dead or injured for personal gain shall entail the application of the ultimate measure for the protection of society accompanied by confiscation of all the offender’s belongings.

In the event of mitigating circumstances, [the sentence shall be reduced to] at least three years’ imprisonment with strict solitary confinement.”

Section 193-18

“Unlawful acts of violence by servicemen in wartime or during combat shall entail the application of measures for the protection of society in the form of at least three years’ imprisonment with strict solitary confinement.

In the event of aggravating circumstances, the ultimate measure for the protection of society [shall be applied].”

43. Section 14 (and the Official Notes thereto) of the 1926 Criminal Code provided as follows:

“Criminal proceedings may not be instituted where:

(a) ten years have elapsed since the offence was committed, in the case of offences punishable by more than five years’ imprisonment and those for which the law prescribes a minimum term of one year’s imprisonment;

(b) five years have elapsed since the offence was committed, in the case of offences punishable by between one and five years’ imprisonment and those for which the law prescribes a minimum term of six months’ imprisonment;

(c) three years have elapsed since the offence was committed, in the case of all other offences.

The statute of limitations shall apply where no procedural steps or investigative measures have been taken in the case during the entire period and the perpetrator has not, during the period stipulated by this section, committed any other offence falling into the same category or of at least equivalent seriousness.

Note 1 – In the case of prosecution for counter-revolutionary crimes, application of the statute of limitations in a given case is at the court’s discretion. However, if the court finds that the statute of limitations cannot be applied, the sentence of execution by shooting must be commuted either to a declaration that the person concerned is an enemy of the workers, accompanied by withdrawal of his or her citizenship of the USSR and lifelong banishment from the territory of the USSR, or to a term of imprisonment of not less than two years.

Note 2 – In the case of persons prosecuted for actively campaigning against the working class and the revolutionary movement in the exercise of high-level or secret duties under the Tsarist regime or in the service of the counter-revolutionary governments during the [Russian] Civil War, both the application of the statute of limitations and the commuting of the sentence of execution by shooting are at the discretion of the court.

Note 3 – The limitation periods laid down by this section do not apply to acts prosecuted under the present Code by means of administrative proceedings. Coercive measures in respect of such acts may only be imposed within one month of the acts being committed.”

B. The 1961 Criminal Code

44. On 6 January 1961 the Supreme Council of the Latvian SSR replaced the 1926 Criminal Code with the 1961 Criminal Code, which came into force on 1 April 1961. The relevant provisions thereof read as follows:

Section 72 [amended by the Law of 15 January 1998]

“It shall be an offence punishable by between three and fifteen years’ imprisonment ... or death ... to organise armed gangs with a view to attacking State undertakings, private undertakings, the authorities, organisations or private individuals or to be a member of such gangs or participate in attacks perpetrated by them.”

Section 226

“The offences set out in this code shall be deemed military crimes where they are committed by military personnel ... against the established order of military service. ...”

Section 256 [repealed by the Law of 10 September 1991]

“It shall be an offence punishable by between three and ten years’ imprisonment or death to foray, unlawfully destroy property, engage in acts of violence against the population of a region liable to attack or to seize property unlawfully on the pretext of military necessity.”

45. Section 45 of the 1961 Criminal Code stated that statutory limitation was not automatically applicable to crimes carrying the death penalty, but was within the discretion of the court.

46. The 1961 Criminal Code remained in force (with some amendments) after Latvia regained its independence.

47. By a Law passed on 6 April 1993, the Supreme Council inserted into the special section of the 1961 Criminal Code a new Chapter 1-a, which contained provisions criminalising acts such as genocide, crimes against humanity or peace, war crimes and racial discrimination.

48. A new section 68-3 dealt with war crimes, and reads as follows:

“Any person found guilty of a war crime as defined in the relevant legal conventions, that is to say violations of the laws and customs of war through murder, torture, pillaging from the civil population in an occupied territory or from hostages or prisoners of war, the deportation of such people or their subjection to forced labour, or the unjustified destruction of towns and installations, shall be liable to life imprisonment or to imprisonment for between three and fifteen years.”

49. The same Law also inserted section 6-1 into the 1961 Criminal Code permitting the retrospective application of the criminal law with respect to crimes against humanity and war crimes:

“Persons guilty of crimes against humanity, genocide, crimes against peace or war crimes may be convicted irrespective of when the crimes were committed.”

50. Section 45-1, inserted by the same Law into the 1961 Criminal Code, exempted such offences from limitation:

“The statutory limitation of criminal liability shall not apply to persons guilty of crimes against humanity, genocide, crimes against peace or war crimes.”

C. The 1998 Criminal Code

51. The 1961 Criminal Code was replaced by the 1998 Criminal Code on 1 April 1999. The substance of sections 6-1, 45-1 and 68-3 of the 1961 Criminal Code reappeared in the 1998 Criminal Code.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

52. The laws of war were not only to be found in treaties, “but in the customs and practices of States which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practised by military courts”¹.

A. “Geneva law” (1864-1949) on the treatment of persons and possessions under the control of the enemy

1. *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field* (“the 1864 Geneva Convention”)

53. The first Geneva Convention (later superseded) provided for minimum standards for “wounded or sick combatants” so that “to whatever nation they may belong” they had to be “collected and cared for”.

2. *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field* (“the 1906 Geneva Convention”)

54. This Convention conferred protection and “prisoner of war” status on wounded and sick combatants in the power of the enemy. The relevant parts of Articles 1 and 2 provide as follows:

Article 1

“Officers, soldiers, and other persons officially attached to armies, who are sick or wounded, shall be respected and cared for, without distinction of nationality, by the belligerent in whose power they are.

...”

Article 2

“Subject to the care that must be taken of them under the preceding Article, the sick and wounded of an army who fall into the power of the other belligerent become prisoners of war, ...”

3. *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field* (“the 1929 Geneva Convention”)

55. This Convention (replaced by the Geneva Convention (I) of 12 August 1949) responded to the experience of the First World War. It did not include a general participation clause. The relevant parts of Articles 1 and 2 read as follows:

1. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945–1 October 1946* (Nuremberg, Germany), 1947, vol. XXII, p. 494.

Article 1

“Officers and soldiers and other persons officially attached to the armed forces who are wounded or sick shall be respected and protected in all circumstances; they shall be treated with humanity and cared for medically, without distinction of nationality, by the belligerent in whose power they may be. ...”

Article 2

“Except as regards the treatment to be provided for them in virtue of the preceding Article, the wounded and sick of an army who fall into the hands of the enemy shall be prisoners of war, ...”

4. *Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (“the 1929 Convention on Prisoners of War”)*

56. This Convention provided a comprehensive set of rules for the treatment of prisoners of war. The First World War revealed deficiencies in the relevant provisions of the 1907 Hague Convention (IV) and its annexed Regulations (see paragraphs 85-91 below) which were to be supplemented by this Convention. It recognised that the entitlement to “prisoner of war” status was derived from holding the status of “legal combatant” under the Hague Regulations. It introduced protections for prisoners of war and ensured that they were treated humanely. Women were the subject of special protection. The relevant provisions read as follows:

Article 1

“The present Convention shall apply without prejudice to the stipulations of Part VII:

1. To all persons referred to in Articles 1, 2 and 3 of the Regulations annexed to the Hague Convention (IV) of 18 October 1907, concerning the Laws and Customs of War on Land, who are captured by the enemy.

2. To all persons belonging to the armed forces of belligerents who are captured by the enemy in the course of operations of maritime or aerial war, subject to such exceptions (derogations) as the conditions of such capture render inevitable. Nevertheless these exceptions shall not infringe the fundamental principles of the present Convention; they shall cease from the moment when the captured persons shall have reached a prisoners of war camp.”

Article 2

“Prisoners of war are in the power of the hostile government, but not of the individuals or formation which captured them. They shall at all times be humanely treated and protected, particularly against acts of violence, from insults and from public curiosity. Measures of reprisal against them are forbidden.”

Article 3

“Prisoners of war are entitled to respect for their persons and honour. Women shall be treated with all consideration due to their sex. Prisoners retain their full civil capacity.”

Article 46

“Prisoners of war shall not be subjected by the military authorities or the tribunals of the detaining Power to penalties other than those which are prescribed for similar acts by members of the national forces. ...”

Article 51

“Attempted escape, even if it is not a first offence, shall not be considered as an aggravation of the offence in the event of the prisoner of war being brought before the courts for crimes or offences against persons or property committed in the course of such attempt.

After an attempted or successful escape, the comrades of the escaped person who aided the escape shall incur only disciplinary punishment therefor.”

5. Draft International Convention on the Condition and Protection of Civilians of Enemy Nationality who are on territory belonging to or occupied by a belligerent (“the Draft Tokyo Convention 1934”)

57. This draft Convention set out to improve the standards of protection of enemy civilians living in occupied territory and on belligerent territory. It was due for discussion at a conference in 1940, but the Second World War intervened. The draft was later influential in the discussions on the 1949 Geneva Convention (IV) and is notable for its negative definition of “civilians” (consistent with the Oxford Manual 1880) and for its distinction between “combatants” and “civilians”. Its Article 1 reads as follows:

Article 1

“Enemy civilians in the sense of the present Convention are persons fulfilling the two following conditions:

(a) that of not belonging to the land, maritime or air armed forces of the belligerents, as defined by international law, and in particular by Articles 1, 2 and 3 of the Regulations attached to the Fourth Hague Convention, of October 18, 1907, concerning the Laws and Customs of War on Land;

(b) that of being the national of an enemy country in the territory of a belligerent, or in a territory occupied by the latter.”

58. Articles 9 and 10 required protection of “enemy civilians” against violence and prohibited measures of reprisals against them.

6. *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (“the 1949 Geneva Convention (III)”)*

59. The relevant part of this Convention provided as follows:

Article 5

“The present Convention shall apply to the persons referred to in Article 4 from the time they fall into the power of the enemy and until their final release and repatriation.

Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.”

7. *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (“the 1949 Geneva Convention (IV)”)*

60. Special protection was offered to expectant mothers in Article 16:

“The wounded and sick, as well as the infirm, and expectant mothers, shall be the object of particular protection and respect. As far as military considerations allow, each party to the conflict shall facilitate the steps taken to search for the killed and wounded, to assist the shipwrecked and other persons exposed to grave danger, and to protect them against pillage and ill-treatment.”

61. Article 32 includes specific protections from ill-treatment for persons in the power of the enemy and Article 33 recognises a prohibition on collective penalties, pillage and reprisals against protected persons.

62. Article 53 recognises that real or personal private property should not be destroyed unless absolutely necessary.

B. The laws and customs of war prior to the Second World War

1. *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (“the Lieber Code 1863”)*

63. The Lieber Code 1863 is regarded as the first attempt to codify the laws and customs of war. Although only applicable to American forces, it represented a summary of the laws and customs of war existing at the time and was influential in later codifications.

64. Articles 15 and 38 included the rule that life or property could be seized or destroyed when required by military necessity (see also Article 16 of the same Code below):

Article 15

“Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of ‘armed’ enemies, and of other persons whose destruction is incidentally ‘unavoidable’ in the armed

contests of the war; it allows of the capturing of every armed enemy, and every enemy of importance to the hostile government, or of peculiar danger to the captor; it allows of all destruction of property, and obstruction of the ways and channels of traffic, travel, or communication, and of all withholding of sustenance or means of life from the enemy; of the appropriation of whatever an enemy's country affords necessary for the subsistence and safety of the army, and of such deception as does not involve the breaking of good faith either positively pledged, regarding agreements entered into during the war, or supposed by the modern law of war to exist. Men who take up arms against one another in public war do not cease on this account to be moral beings, responsible to one another and to God.”

Article 38

“Private property, unless forfeited by crimes or by offences of the owner, can be seized only by way of military necessity, for the support or other benefit of the army or of the United States.

...”

65. Article 16 contained a general standard of behaviour in armed conflict and a prohibition on perfidy:

Article 16

“Military necessity does not admit of cruelty – that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult.”

66. Articles 19 and 37 contained measures of special protection for women in the context of armed conflict:

Article 19

“Commanders, whenever admissible, inform the enemy of their intention to bombard a place, so that the non-combatants, and especially the women and children, may be removed ...”

Article 37

“The United States acknowledge and protect, in hostile countries occupied by them, religion and morality; strictly private property; the persons of the inhabitants, especially those of women: and the sacredness of domestic relations. Offences to the contrary shall be rigorously punished.

...”

67. Article 22 contained the principle of distinction between “combatants” and “civilians”:

Article 22

“Nevertheless, as civilisation has advanced during the last centuries, so has likewise steadily advanced, especially in war on land, the distinction between the private individual belonging to a hostile country and the hostile country itself, with its men in arms. The principle has been more and more acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honour as much as the exigencies of war will admit.”

68. Article 44 contained a catalogue of offences and of severe punishments for a guilty soldier:

Article 44

“All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorised officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offence. A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior.”

69. Article 47 referred to punishment under domestic criminal codes:

Article 47

“Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted, the severer punishment shall be preferred.”

70. The Code illustrated the two main rights of a “combatant”: “prisoner of war” status (Article 49) and protection from prosecution for certain acts which would be criminal for a civilian (Article 57):

Article 49

“A prisoner of war is a public enemy armed or attached to the hostile army for active aid, who has fallen into the hands of the captor, either fighting or wounded, on the field or in the hospital, by individual surrender or by capitulation.

All soldiers, of whatever species of arms; all men who belong to the rising en masse of the hostile country; all those who are attached to the army for its efficiency and promote directly the object of the war, except such as are hereinafter provided for; all disabled men or officers on the field or elsewhere, if captured; all enemies who have thrown away their arms and ask for quarter, are prisoners of war, and as such exposed to the inconveniences as well as entitled to the privileges of a prisoner of war.”

Article 57

“So soon as a man is armed by a sovereign government and takes the soldier’s oath of fidelity, he is a belligerent; his killing, wounding, or other warlike acts are not

individual crimes or offences. No belligerent has a right to declare that enemies of a certain class, colour, or condition, when properly organised as soldiers, will not be treated by him as public enemies.”

71. The notion of *levée en masse* was covered in Article 51:

Article 51

“If the people of that portion of an invaded country which is not yet occupied by the enemy, or of the whole country, at the approach of a hostile army, rise, under a duly authorised levy ‘en masse’ to resist the invader, they are now treated as public enemies, and, if captured, are prisoners of war.”

72. Article 59 indicated individual criminal responsibility for violations of the laws and customs of war:

Article 59

“A prisoner of war remains answerable for his crimes committed against the captor’s army or people, committed before he was captured, and for which he has not been punished by his own authorities. All prisoners of war are liable to the infliction of retaliatory measures.”

73. Articles 63 to 65 asserted that the use of enemy uniforms was outlawed as an act of perfidy, removing the protections of the laws and customs of war from persons who engaged in such conduct:

Article 63

“Troops who fight in the uniform of their enemies, without any plain, striking, and uniform mark of distinction of their own, can expect no quarter.”

Article 64

“If American troops capture a train containing uniforms of the enemy, and the commander considers it advisable to distribute them for use among his men, some striking mark or sign must be adopted to distinguish the American soldier from the enemy.”

Article 65

“The use of the enemy’s national standard, flag, or other emblem of nationality, for the purpose of deceiving the enemy in battle, is an act of perfidy by which they lose all claim to the protection of the laws of war.”

74. Together with Article 49, Article 71 described a particular status later referred to as *hors de combat* under international law:

Article 71

“Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed.”

75. Articles 76 and 77 created obligations to treat prisoners of war with humanity and proportionately in the event of an escape attempt:

Article 76

“Prisoners of war shall be fed upon plain and wholesome food, whenever practicable, and treated with humanity.

...”

Article 77

“A prisoner of war who escapes may be shot or otherwise killed in his flight; but neither death nor any other punishment shall be inflicted upon him simply for his attempt to escape, which the law of war does not consider a crime. Stricter means of security shall be used after an unsuccessful attempt at escape.

...”

76. Article 101 contained a prohibition of treacherous wounding (at the time understood to be the same as perfidious wounding):

Article 101

“While deception in war is admitted as a just and necessary means of hostility, and is consistent with honourable warfare, the common law of war allows even capital punishment for clandestine or treacherous attempts to injure an enemy, because they are so dangerous, and it is difficult to guard against them.”

77. Articles 88 and 104 contained provisions for punishing spies:

Article 88

“A spy is a person who secretly, in disguise or under false pretence, seeks information with the intention of communicating it to the enemy. The spy is punishable with death by hanging by the neck, whether or not he succeed in obtaining the information or in conveying it to the enemy.”

Article 104

“A successful spy or war-traitor, safely returned to his own army, and afterwards captured as an enemy, is not subject to punishment for his acts as a spy or war-traitor, but he may be held in closer custody as a person individually dangerous.”

2. Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight (“the St Petersburg Declaration 1868”)

78. This declaration was the first formal agreement prohibiting the use of certain weapons in war. The Preamble recalled three principles of the laws and customs of war: the only legitimate object during war is to weaken the military forces of the enemy; there is a limit to the means which can be employed against enemy forces; and the laws and customs of war do not condone violence against those *hors de combat*.

3. *Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War (“the Draft Brussels Declaration 1874”)*

79. This declaration was never adopted at the diplomatic conference in Brussels in 1874, although it was another influential codification exercise. The relevant Articles of the declaration read as follows:

Who should be recognised as belligerents combatants and non-combatants

Article 9

“The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:

1. That they be commanded by a person responsible for his subordinates;
2. That they have a fixed distinctive emblem recognisable at a distance;
3. That they carry arms openly; and
4. That they conduct their operations in accordance with the laws and customs of war. In countries where militia constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination ‘army.’”

Article 10

“The population of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organise themselves in accordance with Article 9, shall be regarded as belligerents if they respect the laws and customs of war.”

Means of injuring the enemy

Article 12

“The laws of war do not recognise in belligerents an unlimited power in the adoption of means of injuring the enemy.”

Article 13

“According to this principle are especially ‘forbidden’:

...

- (b) Murder by treachery of individuals belonging to the hostile nation or army;
- (c) Murder of an enemy who, having laid down his arms or having no longer means of defence, has surrendered at discretion;

...

- (e) The employment of arms, projectiles or material calculated to cause unnecessary suffering, as well as the use of projectiles prohibited by the Declaration of St Petersburg of 1868;

(f) Making improper use of a flag of truce, of the national flag or of the military insignia and uniform of the enemy, as well as the distinctive badges of the Geneva Convention;

(g) Any destruction or seizure of the enemy's property that is not imperatively demanded by the necessity of war."

Spies

Article 20

"A spy taken in the act shall be tried and treated according to the laws in force in the army which captures him."

Prisoners of war

Article 23

"Prisoners of war are lawful and disarmed enemies. They are in the power of the hostile government, but not in that of the individuals or corps who captured them. They must be humanely treated. Any act of insubordination justifies the adoption of such measures of severity as may be necessary. All their personal belongings except arms shall remain their property."

Article 28

"Prisoners of war are subject to the laws and regulations in force in the army in whose power they are. Arms may be used, after summoning, against a prisoner of war attempting to escape. If recaptured he is liable to disciplinary punishment or subject to a stricter surveillance.

If, after succeeding in escaping, he is again taken prisoner, he is not liable to punishment for his previous acts."

4. Laws of War on Land 1880 ("the Oxford Manual 1880")

80. The Oxford Manual 1880, influenced by the Draft Brussels Declaration 1874 and drafted by the Institute of International Law, was designed to assist governments in formulating national legislation on the laws and customs of war. The relevant Articles read as follows:

Article 1

"The state of war does not admit of acts of violence, save between the armed forces of belligerent States. Persons not forming part of a belligerent armed force should abstain from such acts. This rule implies a distinction between the individuals who compose the 'armed force' of a State and its other 'ressortissants'. A definition of the term 'armed force' is, therefore, necessary."

Article 2

"The armed force of a State includes:

1. The army properly so called, including the militia;

2. The national guards, landsturm, free corps, and other bodies which fulfil the three following conditions:

- (a) That they are under the direction of a responsible chief;
- (b) That they must have a uniform, or a fixed distinctive emblem recognisable at a distance, and worn by individuals composing such corps;
- (c) That they carry arms openly;

3. The crews of men-of-war and other military boats;

4. The inhabitants of non-occupied territory, who, on the approach of the enemy, take up arms spontaneously and openly to resist the invading troops, even if they have not had time to organise themselves.”

Article 3

“Every belligerent armed force is bound to conform to the laws of war.

...”

Article 4

“The laws of war do not recognise in belligerents an unlimited liberty as to the means of injuring the enemy. They are to abstain especially from all needless severity, as well as from all perfidious, unjust, or tyrannical acts.”

Article 8

“It is forbidden:

...

(b) To make treacherous attempts upon the life of an enemy; as, for example, by keeping assassins in pay or by feigning to surrender;

(c) To attack an enemy while concealing the distinctive signs of an armed force;

(d) To make improper use of the national flag, military insignia or uniform of the enemy, of the flag of truce and of the protective signs prescribed by the ‘Geneva Convention’.”

Article 9

“It is forbidden:

...

(b) To injure or kill an enemy who has surrendered at discretion or is disabled, and to declare in advance that quarter will not be given, even by those who do not ask it for themselves.”

(e) Who may be made prisoners of war**Article 21**

“Individuals who form a part of the belligerent armed force, if they fall into the hands of the enemy, are to be treated as prisoners of war, in conformity with Articles 61 et seq. ...”

81. The section containing Articles 23 to 26 was entitled “Spies” and dealt with their treatment:

“Article 23

Individuals captured as spies cannot demand to be treated as prisoners of war.

But:

Article 24

Individuals may not be regarded as spies, who, belonging to the armed force of either belligerent, have penetrated, without disguise, into the zone of operations of the enemy, – nor bearers of official dispatches, carrying out their mission openly, nor aeronauts (Article 21).

In order to avoid the abuses to which accusations of espionage too often give rise in war it is important to assert emphatically that:

Article 25

No person charged with espionage shall be punished until the judicial authority shall have pronounced judgment.

Moreover, it is admitted that:

Article 26

A spy who succeeds in quitting the territory occupied by the enemy incurs no responsibility for his previous acts, should he afterwards fall into the hands of that enemy.”

82. Article 32 (b) prohibited, *inter alia*, the destruction of public or private property, if this destruction was “not demanded by an imperative necessity of war”.

83. Chapter III outlined the rules for captivity of prisoners of war. It described the legal basis for their detention (it was not a punishment or vengeance); it provided that they must be treated humanely (Article 63) and that arms could be used only if the prisoner attempted to flee (Article 68).

84. Part III of the Manual provided for punishments for violations of the rules in the manual and, in the event that the alleged offender could not be detained, the manual outlined the limited circumstances for legitimate belligerent reprisals:

“If any of the foregoing rules be violated, the offending parties should be punished, after a judicial hearing, by the belligerent in whose hands they are. Therefore:

Article 84

Offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in the penal law.

This mode of repression, however, is only applicable when the person of the offender can be secured. In the contrary case, the criminal law is powerless, and, if the injured party deem the misdeed so serious in character as to make it necessary to recall the enemy to a respect for law, no other recourse than a resort to reprisals remains. Reprisals are an exception to the general rule of equity, that an innocent person ought not to suffer for the guilty. They are also at variance with the rule that each belligerent should conform to the rules of war, without reciprocity on the part of the enemy. This necessary rigour, however, is modified to some extent by the following restrictions:

Article 85

Reprisals are formally prohibited in case the injury complained of has been repaired.

Article 86

In grave cases in which reprisals appear to be absolutely necessary, their nature and scope shall never exceed the measure of the infraction of the laws of war committed by the enemy. They can only be resorted to with the authorisation of the commander in chief. They must conform in all cases to the laws of humanity and morality.”

5. Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907 (“the 1907 Hague Convention (IV)”) and its annexed Regulations (“the Hague Regulations”)

85. The International Peace Conference in the Hague in 1899 resulted in the adoption of four conventions including the Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annexed Regulations 1899. These instruments were replaced, following the second Hague International Peace Conference in 1907, by the 1907 Hague Convention (IV) and the Hague Regulations (together “the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations”). They were based on the Draft Brussels Declaration 1874 and the Oxford Manual 1880.

86. The Preamble to the 1907 Hague Convention (IV) reads as follows:

“Seeing that while seeking means to preserve peace and prevent armed conflicts between nations, it is likewise necessary to bear in mind the case where the appeal to arms has been brought about by events which their care was unable to avert;

Animated by the desire to serve, even in this extreme case, the interests of humanity and the ever progressive needs of civilisation;

Thinking it important, with this object, to revise the general laws and customs of war, either with a view to defining them with greater precision or to confining them within such limits as would mitigate their severity as far as possible;

Have deemed it necessary to complete and explain in certain particulars the work of the First Peace Conference, which, following on the Brussels Conference of 1874, and inspired by the ideas dictated by a wise and generous forethought, adopted provisions intended to define and govern the usages of war on land.

According to the views of the High Contracting Parties, these provisions, the wording of which has been inspired by the desire to diminish the evils of war, as far as military requirements permit, are intended to serve as a general rule of conduct for the belligerents in their mutual relations and in their relations with the inhabitants.

It has not, however, been found possible at present to concert regulations covering all the circumstances which arise in practice;

On the other hand, the High Contracting Parties clearly do not intend that unforeseen cases should, in the absence of a written undertaking, be left to the arbitrary judgment of military commanders.

Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.

They declare that it is in this sense especially that Articles 1 and 2 of the Regulations adopted must be understood.”

87. The eighth paragraph of the Preamble cited above is known as the “Martens Clause”. An almost identical clause had already been included in the Preamble to the 1899 Hague Convention (II) and it was in substance repeated in each of the 1949 Geneva Conventions (I-IV) as well as in the 1977 Protocol Additional (see paragraphs 134-42 below).

88. Article 2 of the 1907 Hague Convention (IV) contained a “*si omnes*” solidarity clause to the effect that the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations only applied between the Contracting States and then only if all the belligerents were Contracting States. However, the International Military Tribunal (IMT) Nuremberg judgment later confirmed that by 1939 the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations were regarded as being declaratory of the laws and customs of war (see paragraphs 118 and 207 below).

89. The other relevant provisions of the 1907 Hague Convention (IV) provide as follows:

Article 1

“The Contracting Powers shall issue instructions to their armed land forces which shall be in conformity with the Regulations respecting the laws and customs of war on land, annexed to the present Convention.”

Article 3

“A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

90. Articles 1 and 2 of the Hague Regulations read as follows:

Article 1

“The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:

1. To be commanded by a person responsible for his subordinates;
2. To have a fixed distinctive emblem recognisable at a distance;
3. To carry arms openly; and
4. To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war. In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination ‘army’.”

Article 2

“The inhabitants of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organise themselves in accordance with Article 1, shall be regarded as belligerents if they carry arms openly and if they respect the laws and customs of war.”

91. Chapter II (Articles 4-20) of the Hague Regulations included the rules identifying prisoners of war, the requirement to treat prisoners of war humanely (Article 4) and the limitation of any measures taken for insubordination to those necessary (Article 8). The Regulations continued:

Article 22

“The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited.”

Article 23

“In addition to the prohibitions provided by special conventions, it is especially forbidden

...

- (b) To kill or wound treacherously individuals belonging to the hostile nation or army;

(c) To kill or wound an enemy who, having laid down his arms, or having no longer means of defence, has surrendered at discretion;

...

(e) To employ arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering;

(f) To make improper use of a flag of truce, of the national flag or of the military insignia and uniform of the enemy, as well as the distinctive badges of the Geneva Convention;

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war;

(h) To declare abolished, suspended, or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party. ...”

Article 29

“A person can only be considered a spy when, acting clandestinely or on false pretences, he obtains or endeavours to obtain information in the zone of operations of a belligerent, with the intention of communicating it to the hostile party. ...”

Article 30

“A spy taken in the act shall not be punished without previous trial.”

Article 31

“A spy who, after rejoining the army to which he belongs, is subsequently captured by the enemy, is treated as a prisoner of war, and incurs no responsibility for his previous acts of espionage.”

6. Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties (“the International Commission Report 1919”)

92. This Commission was tasked by the Paris Peace Conference to prepare a report, *inter alia*, on facts concerning breaches of the laws and customs of war by the forces of the German Empire and allies (including Turkish officials), on the degree of responsibility for such offences attaching to members of the enemy forces as well as on the constitution and procedure of a tribunal appropriate for the trial of such offences. The report was completed in 1919 and it drew up a list of approximately nine-hundred alleged war criminals and proposed charges against Turkish officials and others for “crimes against the laws of humanity”, relying on the Martens Clause of the 1907 Hague Convention (IV). It also drew up a non-exhaustive list of thirty-two offences committed during the war regarded as contrary to existing conventions and customs including: murders and massacres; torture of civilians; the imposition of collective penalties; wanton

devastation and destruction of property; as well as the ill-treatment of wounded and prisoners of war.

93. As regards individual criminal liability, the Commission stated:

“All persons belonging to enemy countries, however their position may have been, without distinction of rank, including Chiefs of State, who have been guilty of offences against the laws and customs of war or the laws of humanity, are liable to criminal prosecution.”

7. Treaty of Versailles 1919

94. The Treaty of Versailles 1919 contained a number of provisions providing for the international trial and punishment of war criminals, including the German Emperor. The prosecution provisions were never applied: the Emperor's extradition was refused and an international trial of other alleged war criminals was dropped in favour of a trial by Germany itself. Article 229 also retained the possibility of bringing persons guilty of criminal acts, against the nationals of one of the Allied and Associated Powers, before the military tribunals of that Power.

8. Treaty of Sèvres 1920

95. The Treaty of Sèvres 1920 (the peace agreement between the Allied Powers and Turkey following the First World War), contains similar provisions (Articles 226-30) to those outlined in the Treaty of Versailles 1919 as regards the pursuit before military tribunals by the Allied Powers of Turkish officials accused of acts violating the laws and customs of war. This treaty was never ratified and was superseded by a Declaration of Amnesty (signed on 24 July 1923, the same date as the Treaty of Lausanne 1923) by France, Greece, Italy, Japan, Romania, Turkey and the United Kingdom. The declaration provided that Greece and Turkey granted “full and complete amnesty ... for all crimes or offences committed during the same period which were evidently connected with the political events which have taken place during that period” (the relevant period being 1 August 1914 to 20 November 1922).

9. Draft Convention for the Protection of Civilian Populations Against New Engines of War (“Draft Amsterdam Convention 1938”)

96. This draft Convention was prepared by the International Law Association but never adopted by States. Its negative definition of a civilian population was consistent with the definition in the Oxford Manual 1880:

Article 1

“The civilian population of a State shall not form the object of an act of war. The phrase ‘civilian population’ within the meaning of this Convention shall include all those not enlisted in any branch of the combatant services nor for the time being employed or occupied in any belligerent establishment as defined in Article 2.”

C. Practice prior to the Second World War

1. *US courts martial 1899-1902, the Philippines*¹

97. In 1901 and 1902 US courts martial tried a number of US military personnel accused of, *inter alia*, violations of the laws of war during the US counter-insurgency campaign in the Philippines and, notably, of extrajudicial executions. Few in number, the submissions of the Judges Advocates-General and the reviewing authorities contained comments on the laws and customs of war on matters including the responsibility of commanding officers and the treatment of prisoners of war. These comments were influential in later codifications. The trials constituted an early example of prosecutions at a national level of national military personnel accused of crimes against the enemy contrary to the laws of war.

98. In the trial of Major Waller, the reviewing authority observed:

“... the laws of war do not sanction, and the spirit of the age will not suffer that any officer may, upon the dictates of his own will, inflict death upon helpless prisoners committed to his care. Any other view looks to the method of the savage and away from the reasonable demand of civilised nations that war shall be prosecuted with the least possible cruelty and injustice.”

99. In Major Glenn’s case, the judge advocate pointed out that, even if US soldiers were operating in a difficult situation against isolated bands of insurgents acting as guerrillas in flagrant disregard of the rules of civilised war, they were not relieved of “their obligation to adhere to the rules of war in the efforts put forth by them ... to suppress the insurrection and restore public order”.

100. At the trial of Lieutenant Brown for the murder of a prisoner of war, the judge advocate noted that there existed a “state of public war” in the Philippines and that the culpability of the accused should therefore have been determined not by the *lex loci* but from the standpoint of international law which, in that case, meant the rules and customs of war.

1. G. Mettraux, “US Courts Martial and the Armed Conflict in the Philippines (1899-1902): Their Contribution to the National Case Law on War Crimes”, *Journal of International Criminal Justice* 1, 2003, pp. 135-50, with case citations therein.

2. *The “Leipzig trials”*

101. Further to the Treaty of Versailles 1919, Germany brought proceedings against persons before the Supreme Court in Leipzig. The Allies presented forty-five cases (out of the almost nine hundred files included in the International Commission Report 1919) concerning the treatment of prisoners of war and the wounded as well as an order to torpedo a British hospital ship. The trials took place in 1921. Twelve trials took place in 1921 resulting in six acquittals and six convictions (the sentences imposed being symbolic). The Allies decided to refer no more cases to the German courts.

102. The convictions relied mainly on German military law but there were some express references to international law, notably in the *Llandovery Castle* decision:

“The firing on the boats was an offence against the law of nations. In war on land the killing of unarmed enemies is not allowed [Hague Regulations], ([Article] 23(c)), similarly in war at sea, the killing of shipwrecked people, who have taken refuge in life-boats, is forbidden. ... Any violation of the law of nations in warfare is, as the Senate has already pointed out, a punishable offence, so far as in general, a penalty is attached to the deed. The killing of enemies in war is in accordance with the will of the State that makes war (whose laws as to the legality or illegality on the question of killing are decisive), only in so far as such killing is in accordance with the conditions and limitations imposed by the law of nations. ... The rule of international law, which is here involved, is simple and universally known. No possible doubt can exist with regard to the question of its applicability. The court must in this instance affirm Patzig’s guilt of killing contrary to international law.”¹

3. *The prosecutions of Turkish officers*

103. The United Kingdom made considerable efforts to prosecute Turkish officers for ill-treating prisoners of war and for other crimes during the First World War. The United Kingdom was in favour of the crimes being prosecuted by British courts martial in the occupied territories since the crimes were not “within the sphere of municipal law” but were governed by “the customs of war and rules of international law”². A number of courts martial were launched in 1919, but intervening domestic considerations in Turkey prevented them being pursued. Turkish courts martial were also held and, while they were charged on the basis of the Turkish Criminal Code, certain convictions were based on “humanity and civilisation”. As noted above, the Treaty of Lausanne 1923 put an end to these prosecutions.

1. Judgment in the case of *Lieutenants Dithmar and Boldt, Hospital Ship “Llandovery Castle”*, 16 July 1921.

2. V.N. Dadrian, “Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications”, 14 *Yale Journal of International Law*, 1989, pp. 221-334.

D. Prosecuting war crimes during the Second World War

1. *Declaration on German War Crimes signed by Representatives of Nine Occupied Countries (“the St James Declaration 1942”)*

104. In November 1940 the representatives of the exiled governments of Poland and Czechoslovakia made allegations of violations of the laws of war against German troops. For the British Prime Minister, the prosecution of war crimes was part of the war effort: indeed, it was so for all States occupied by Germany and for China as regards Japanese occupying troops¹. In 1942 representatives from territories occupied by Axis forces adopted in London the St James Declaration on War Crimes and Punishment. Its Preamble recalled that international law and, in particular, the 1907 Hague Convention (IV), did not permit belligerents in occupied countries to perpetrate acts of violence against civilians, to bring into disrepute laws in force or to overthrow national institutions. The declaration continued as follows:

“The undersigned representatives ...

1. Affirm that acts of violence thus perpetrated against civilian populations are at variance with accepted ideas concerning acts of war and political offences as these are understood by civilised nations;

...

3. Place amongst their principal war aims punishment through the channel of organised justice of those guilty and responsible for these crimes, whether they have ordered them, perpetrated them or in any way participated in them;

4. Determine in the spirit of international solidarity to see to it that (a) those guilty and responsible, whatever their nationality, are sought for, handed over to justice and judged; (b) that sentences pronounced are carried out.”

105. Following this declaration, the United Nations War Crimes Commission (UNWCC) was established in 1943. It was to compile evidence of war crimes which files served as warrants for prosecution by military authorities of those accused². By the end of its mandate it had succeeded in compiling 8,178 files concerning persons suspected of war crimes. The Commission adopted in full the list of offences in the International

1. *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, (London: His Majesty’s Stationery Office), 1948, p. 91.

2. C. Bassiouni, “L’expérience des Premières Juridictions Pénales Internationales”, in H. Ascensio, E. Decaux and A. Pellet, *Droit International Pénal* (Paris: Pedone), 2000, pp. 635-59, at pp. 640 et seq.

Commission Report 1919 (see paragraph 92 above) to be adapted where appropriate to the conditions of the Second World War.

2. *Prosecution of war crimes by the USSR*

106. As early as November 1941 the USSR informed all countries with which it had maintained diplomatic relations of the war crimes committed by, in particular, Nazi Germany in the occupied territories¹. In order to record the crimes allegedly committed by the German forces and to establish the identity of those guilty so as to bring them to justice, a decree dated 2 November 1942 established the “Extraordinary State Commission for ascertaining and investigating crimes perpetrated by the Germano-Fascist invaders and their accomplices, and the damage inflicted by them on citizens, collective farms, social organisations, State enterprises and institutions of the USSR”. The Commission’s work was used in the later “Krasnodar” and “Kharkov” trials (see paragraphs 107 and 109 below).

107. The first trials of USSR citizens (accomplices and active assistants of the German forces) took place at Krasnodar in July 1943. The accused were charged and convicted by USSR criminal courts of murder and treason under the Soviet Criminal Code².

108. The subsequent Moscow Declaration of the United Kingdom, the United States of America and the USSR (“the Moscow Declaration 1943”) was one of the most significant declarations of the Second World War concerning the prosecution of war criminals. It confirmed the legitimate role of national courts in punishing war criminals and the intention to pursue such prosecutions after the war. It read, in so far as relevant, as follows:

“... the aforesaid three Allied Powers, speaking in the interest of the thirty-two United Nations, hereby solemnly declare and give full warning of their declaration as follows:

At the time of granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of free governments which will be erected therein. ...

Thus, Germans who take part in wholesale shooting of Polish officers or in the execution of French, Dutch, Belgian or Norwegian hostages or Cretan peasants, or who have shared in slaughters inflicted on the people of Poland or in territories of the Soviet Union which are now being swept clear of the enemy, will know they will be

1. See, *inter alia*, the Diplomatic Notes of 7 November 1941, 6 January 1942 and 27 April 1942.

2. G. Ginsburgs, “The Nuremberg Trial: Background”, in G. Ginsburgs and V.N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), 1990, pp. 9-37, at pp. 20 et seq.

brought back to the scene of their crimes and judged on the spot by the peoples whom they have outraged.

Let those who have hitherto not imbued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied Powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done.

The above declaration is without prejudice to the case of German criminals whose offences have no particular geographical localisation and who will be punished by joint decision of the government of the Allies.”

109. This latter provision envisaged the prosecution of German war criminals by the USSR and the first trial took place at Kharkov in December 1943¹. The Presidium of the Supreme Council had issued a decree in 1943 laying down the punishments to be applied. The indictment alleged that they were responsible for having gassed thousands of inhabitants of Kharkov and its region, of committing brutal atrocities against civilians, of having burnt villages and exterminated women, old people and children as well as of having executed, burnt alive and tortured the wounded and prisoners of war. The prosecution relied on the rules of war laid down by international conventions (the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations and the 1929 Geneva Convention, noting that Germany had ratified both) and universally accepted provisions of international law. The indictment not only referred to the responsibility of the German Government and Command, but to the individual responsibility of the accused (referring to the “Leipzig trials”). After admitting their own and their hierarchical superiors’ guilt, the three accused were sentenced to death by hanging. The fairness of the trials may have been called into question later, but they were widely reported. The USSR awaited the end of the war before resuming such trials: trials were also held in Kyiv, Minsk, Riga, Leningrad, Smolensk, Briansk, Velikie Luki and Nikolaev².

110. As soon as the territories of Bulgaria had been liberated from German forces, the Bulgarian People’s Court in December 1944 convicted eleven Bulgarians of war crimes in application of the Moscow Declaration 1943³.

1. I.F. Kladov, *The People’s Verdict: A Full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov German Atrocity Trials*, (London, New York: Hutchinson & Co., Ltd.), 1944, at pp. 113 et seq.

2. G. Ginsburgs, *op. cit.*, pp. 28 et seq.

3. G. Ginsburgs, “Moscow and International Legal Cooperation in the Pursuit of War Criminals”, 21 *Review of Central and East European Law*, No. 1, 1995, pp. 1-40, at p. 10.

3. *Prosecution of war crimes by the United States of America*

(a) *US Field Manual: Rules of Land Warfare, 1 October 1940*

111. This comprehensive manual was compiled by the US War Department in 1940 and issued to forces in the field. It contains both customary rules of war and rules arising from treaties to which the United States of America was party and interprets rules of armed conflict applicable to US military forces at that time. It described the “Basic principles” as follows:

“Among the so-called unwritten rules or laws of war are three interdependent basic principles that underlie all of the other rules or laws of civilised warfare, both written and unwritten, and form the general guide for conduct where no more specific rule applies, to wit:

(a) The principle of military necessity, under which, subject to the principles of humanity and chivalry, a belligerent is justified in applying any amount and any kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and money;

(b) The principle of humanity, prohibiting employment of any such kind or degree of violence as is not actually necessary for the purpose of the war; and

(c) The principle of chivalry which denounces and forbids resort to dishonourable means, expedients, or conduct.”

112. Paragraph 8 of the manual provided that:

“*General division of enemy population:* The enemy population is divided in war into two general classes, known as the armed forces and the peaceful population. Both classes have distinct rights, duties, and disabilities, and no person can belong to both classes at one and the same time.”

113. The manual continued at paragraphs 13, 348 and 356:

“*Determination of status of captured troops:* The determination of the status of captured troops is to be left to higher military authority or to military tribunals. Summary executions are no longer contemplated under the laws of war. The officer’s duty is to hold the persons of those captured and leave the question of their being regulars, irregulars, deserters, etc., to the determination of competent authority.

Hostilities committed by individuals not of the armed forces: Persons who take up arms and commit hostilities without having complied with the conditions prescribed by the laws of war for recognition as belligerents are, when captured by the injured party, liable to punishment as war criminals. ...

Right of trial: No individual should be punished for an offence against the laws of war unless pursuant to a sentence imposed after trial and conviction by a military court or commission or some other tribunal of competent jurisdiction designated by the belligerent.”

(b) *Ex parte Quirin* 317 US 1 (1942)

114. In 1942 eight undercover Nazi saboteurs travelled to the United States of America, were captured and tried by a secret military commission on, *inter alia*, charges of offences contrary to the law of war (including wearing of civilian clothes to move by deception behind enemy lines to commit acts of sabotage, espionage “and other hostile acts”). Their lawyers took a writ of habeas corpus to the Supreme Court, which court stated as follows:

“By universal agreement and practice, the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals.”

E. Trials by the IMTs after the Second World War, for acts committed during that war

1. *The Potsdam Agreement 1945*

115. The Potsdam Agreement concerned the occupation and reconstruction of Germany and other nations following the German surrender of May 1945. It was drafted and adopted by the USSR, the United States of America and the United Kingdom at the Potsdam Conference between 17 July and 2 August 1945. As regards the pursuit of war criminals, the Agreement provided as follows:

“The Three Governments have taken note of the discussions which have been proceeding in recent weeks in London between British, United States, Soviet and French representatives with a view to reaching agreement on the methods of trial of those major war criminals whose crimes under the Moscow Declaration of October, 1943 have no particular geographical localisation. The Three Governments reaffirm their intention to bring these criminals to swift and sure justice. They hope that the negotiations in London will result in speedy agreement being reached for this purpose, and they regard it as a matter of great importance that the trial of these major criminals should begin at the earliest possible date. The first list of defendants will be published before 1st September.”

2. *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (“the London Agreement 1945”)*

116. Following the unconditional surrender of Germany, the Allied Powers signed the London Agreement 1945:

“Whereas the United Nations have from time to time made declarations of their intention that war criminals shall be brought to justice;

And whereas the Moscow Declaration of the 30th October 1943 on German atrocities in occupied Europe stated that those German officers and men and members of the Nazi Party who have been responsible for or have taken a consenting part in atrocities and crimes will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the free governments that will be created therein;

And whereas this declaration was stated to be without prejudice to the case of major criminals whose offences have no particular geographical location and who will be punished by the joint decision of the governments of the Allies;

...”

Article 1

“There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offences have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organisations or groups or in both capacities.”

Article 2

“The constitution, jurisdiction and functions of the International Military Tribunal shall be those set in the Charter annexed to this Agreement, which Charter shall form an integral part of this Agreement.”

Article 4

“Nothing in this Agreement shall prejudice the provisions established by the Moscow Declaration concerning the return of war criminals to the countries where they committed their crimes.”

Article 6

“Nothing in this Agreement shall prejudice the jurisdiction or the powers of any national or occupation court established or to be established in any Allied territory or in Germany for the trial of war criminals.”

3. *Charter of the IMT Nuremberg*

117. The Charter was annexed to the London Agreement 1945. It provided, *inter alia*, a non-exhaustive list of violations of the laws and

customs of war for which “[l]eaders, organisers, instigators and accomplices” were liable and it prescribed the penalties:

Article 1

“In pursuance of the Agreement signed on the eighth day of August 1945 by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, there shall be established an International Military Tribunal (hereinafter called ‘the Tribunal’) for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis.”

Article 6

“The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organisations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

...

(b) War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

...

Leaders, organisers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.”

Article 8

“The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”

Article 27

“The Tribunal shall have the right to impose upon a Defendant, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just.”

Article 28

“In addition to any punishment imposed by it, the Tribunal shall have the right to deprive the convicted person of any stolen property and order its delivery to the Control Council for Germany.”

4. *Judgment of the IMT Nuremberg*¹

118. The judgment of the IMT Nuremberg referred extensively to the customary nature of the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations:

“The Tribunal is ... bound by the Charter, in the definition which it gives both of war crimes and crimes against humanity. With respect to war crimes, the crimes defined by Article 6 (b) of the Charter were already recognised as war crimes under international law. They were covered by Articles 46, 50, 52, and 56 of the Hague Convention [(IV)] of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46 and 51 of the Geneva Convention of 1929. That violations of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument.

But it is argued that the Hague Convention does not apply in this case, because of the ‘general participation’ clause in [its] Article 2. ...

Several of the belligerents in the recent war were not parties to this Convention.

In the opinion of the Tribunal it is not necessary to decide this question. The rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the Convention expressly stated that it was an attempt ‘to revise the general laws and customs of war’, which it thus recognised to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war which are referred to in Article 6 (b) of the Charter.”

119. In the section dealing with “the law of the Charter” and in dealing with the crime against peace, the judgment noted:

“The Hague Convention [(IV)] 1907 prohibited resort to certain methods of waging war. These included the inhumane treatment of prisoners, the employment of poisoned weapons, the improper use of flags of truce, and similar matters. Many of these prohibitions had been enforced long before the date of the Convention; but since 1907 they have certainly been crimes, punishable as offences against the laws of war; yet the Hague Convention [(IV)] nowhere designates such practices as criminal, nor is any sentence prescribed, nor any mention made of a court to try and punish offenders. For many years past, however, military tribunals have tried and punished individuals guilty of violating the rules of land warfare laid down by this Convention. ... In interpreting the words of the [Kellogg-Briand Pact], it must be remembered that international law is not the product of an international legislature,

1. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 - 1 October 1946* (Nuremberg, Germany), 1947; judgment delivered on 30 September and 1 October 1946.

and that such international agreements as the [Kellogg-Briand Pact] have to deal with general principles of law, and not with administrative matters of procedure. The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of States which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practised by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing.”

5. *Charter of the IMT Tokyo 1946*

120. This Charter was approved by unilateral declaration of the Supreme Commander of the Allied Forces on 19 January 1946. The relevant parts of Article 5 of the Charter provide as follows:

“The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organisations are charged with offences which include crimes against peace.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

...

(b) *Conventional war crimes*: Namely, violations of the laws or customs of war;

(c) ... Leaders, organisers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan.”

6. *Judgment of the IMT Tokyo 1948*

121. As to the status of the 1907 Hague Convention (IV), the judgment of the IMT Tokyo of 12 November 1948 stated as follows:

“... The effectiveness of some of the conventions signed at The Hague on 18 October 1907 as direct treaty obligations was considerably impaired by the incorporation of a so-called ‘general participation clause’ in them, providing that the [Hague] Convention [(IV)] would be binding only if all the Belligerents were parties to it. The effect of this clause, is, in strict law, to deprive some of the conventions of their binding force as direct treaty obligations, either from the very beginning of a war or in the course of it as soon as a non-signatory Power, however insignificant, joins the ranks of the Belligerents. Although the obligation to observe the provisions of the [Hague] Convention [(IV)] as a binding treaty may be swept away by operation of the ‘general participation clause’, or otherwise, the [Hague] Convention [(IV)] remains as good evidence of the customary law of nations, to be considered by the Tribunal along with all other available evidence in determining the customary law to be applied in any given situation. ...”

7. *The Nuremberg Principles*

122. In the mid-1950s the International Law Commission adopted the seven “Nuremberg Principles” summarising the “principles of international law recognised” in the Charter and judgment of the IMT Nuremberg:

Principle I: Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.

Principle II: The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law.

...

Principle IV: The fact that a person acted pursuant to order of his government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.

Principle V: Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.

Principle VI: The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law:

...

(b) War crimes: Violations of the laws or customs of war include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war, of persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity.

...

Principle VII: Complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under international law.”

F. National prosecutions for war crimes after the Second World War, for acts committed during that war

1. Allied Control Council Law No. 10 – Punishment of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity (“the Control Council Law No. 10”) and “the Hostages case”

123. The Control Council Law No. 10 was issued in December 1945 by the Allied Council in control of Germany to establish a uniform legal basis for the prosecution in Germany of war criminals (other than those on trial at the IMT Nuremberg). Article I made the Moscow Declaration 1943

and the London Agreement 1945 integral parts of the Law. Article II (5) provided:

“In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in relation to the period 30 January 1933 to 1 July 1945 ...”

124. This Law also recognised acts, almost identical to Article 6 (b) of the Charter of the IMT Nuremberg, as constituting war crimes and provided that any person committed a war crime whether he was a principal, an accessory, if he ordered or abetted or took a consenting part in the crime or was connected with plans or enterprises concerning the commission of the crime, or was a member of any organisation or group connected with its commission. Punishments were also specified.

125. In the *Hostages (Wilhelm List)* case¹, the accused were charged with war crimes and crimes against humanity committed during the Second World War relating mainly to the institution of a scheme of reprisal killings in occupied territory and to the summary execution of Italian troops after they surrendered. The judgment noted that the crimes in the Charter of the IMT Nuremberg and in the Control Council Law No. 10 were declaratory of the existing laws and customs of war.

126. The judgment noted as follows with regard to List:

“He was authorised to pacify the country with military force; he was entitled to punish those who attacked his troops or sabotaged his transportation and communication lines as *francs-tireurs*; ... This means, of course, that captured members of these unlawful groups were not entitled to be treated as prisoners of war. No crime can be properly charged against the defendants for the killing of such captured members of the resistance forces, they being *francs-tireurs*.”

127. As regards military necessity, the judgment noted as follows:

“Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money. In general, it sanctions measures by an occupant necessary to protect the safety of his forces and to facilitate the success of his operations. It permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war; it allows the capturing of armed enemies and others of peculiar danger, but it does not permit the killing of innocent inhabitants for purposes of revenge or the satisfaction of a lust to kill. The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of international law. There must be some reasonable connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy forces.”

1. *The United States of America v. Wilhelm List, et al.*, in *UNWCC Law Reports of Trials of War Criminals* (LRTWC), vol. VIII, 1949 (“the *Hostages* case”).

128. While the Tribunal had to admit that the absence of a formal declaration of war between Germany and Italy created grave doubts as to whether the executed Italian officers would have been entitled to “prisoner of war” status, it looked beyond this fact to find that their summary execution was “unlawful and wholly unjustified”.

2. *Other national trials*

129. After the Second World War, various national tribunals pursued war crimes prosecutions for acts committed during the Second World War. These included prosecutions before Australian, British, Canadian, Chinese, French and Norwegian military and civilian courts¹. All concerned breaches of the laws and customs of war and many concerned the necessity of fair trials prior to the punishment of those suspected of war crimes. Certain judgments stressed the legitimate referral of a domestic tribunal to the international laws and customs of war and referred to rules concerning the unnecessary destruction of civilian property, the unlawful wearing of an enemy uniform and individual command responsibility.

G. Subsequent conventions

1. *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity (“the 1968 Convention”)*

130. In November 1968 the United Nations General Assembly adopted this Convention in response to fears expressed that alleged war criminals (from the Second World War) not yet apprehended might escape prosecution with the passage of time.

131. The 1968 Convention came into force on 11 November 1970. It was ratified by the Soviet Union in 1969 and by Latvia on 14 April 1992. Its relevant part reads as follows:

1. *Trial of Shigeru Ohashi and Others*, Australian Military Court, 1946, LRTWC, vol. V; *Trial of Yamamoto Chusaburo*, British Military Court, 1946, LRTWC, vol. III; *Trial of Eikichi Kato*, Australian Military Court, 1946, LRTWC, vol. I; *Trial of Eitaro Shinohara and Others*, Australian Military Court, 1946, LRTWC, vol. V; *Re Yamashita* 327 US 1 (1946); *Trial of Karl-Hans Hermann Klinge*, Supreme Court of Norway, 1946, LRTWC, vol. III; *Trial of Franz Holstein and Others*, French Military Tribunal, 1947, LRTWC, vol. VIII; *Trial of Otto Skorzeny and Others*, American Military Tribunal, 1947, LRTWC, vol. IX; *The Dostler case*, US Military Commission, 1945, LRTWC, vol. I; *The Almelo Trial*, British Military Court, 1945, LRTWC, vol. I; *The Dreierwalde case*, British Military Court, 1946, LRTWC, vol. I; *The Abbaye Ardenne case*, Canadian Military Court, 1945, LRTWC, vol. IV; *Trial of Bauer, Schrameck and Falten*, French Military Tribunal, 1945, LRTWC, vol. VIII; *Trial of Takashi Sakai*, Chinese Military Tribunal, 1946, LRTWC, vol. III; *Trial of Hans Szabados*, French Permanent Military Tribunal, 1946, LRTWC, vol. IX; *Trial of Franz Schonfeld et al.*, British Military Court, 1946, LRTWC, vol. XI (the dates are the dates of the trial or judgment).

“Preamble

Noting that none of the solemn declarations, instruments or conventions relating to the prosecution and punishment of war crimes and crimes against humanity made provision for a period of limitation,

Considering that war crimes and crimes against humanity are among the gravest crimes in international law,

Convinced that the effective punishment of war crimes and crimes against humanity is an important element in the prevention of such crimes, the protection of human rights and fundamental freedoms, the encouragement of confidence, the furtherance of cooperation among peoples and the promotion of international peace and security,

Noting that the application to war crimes and crimes against humanity of the rules of municipal law relating to the period of limitation for ordinary crimes is a matter of serious concern to world public opinion, since it prevents the prosecution and punishment of persons responsible for those crimes,

Recognising that it is necessary and timely to affirm in international law, through this Convention, the principle that there is no period of limitation for war crimes and crimes against humanity, and to secure its universal application, ...”

132. Article 1 of the 1968 Convention provides:

“No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission:

(a) War crimes as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by Resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, particularly the ‘grave breaches’ enumerated in the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims; ...”

2. *European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes* (“the 1974 Convention”)

133. This Convention applies to crimes committed prior to its adoption only if the relevant crimes have not already been prescribed. Only two States signed the 1974 Convention at its depository stage (France and the Netherlands) and it came into force in 2003 upon its third ratification (by Belgium). Neither the USSR nor Latvia has ratified this Convention.

3. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)* (“the 1977 Protocol Additional”)

134. This Protocol to the Geneva Conventions was intended to develop and reaffirm many of the laws and customs of war in the light of the age

of many of the laws on which they were based (notably, the 1907 Hague Convention (IV)). Many of its provisions are restatements of existing laws and customs of war, while others are provisions constitutive in nature.

135. The first two “Basic rules” of warfare are described in Article 35:

“1. In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited.

2. It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.

...”

136. Article 39, headed “Emblems of nationality”, provides as follows:

“1. It is prohibited to make use in an armed conflict of the flags or military emblems, insignia or uniforms of neutral or other States not Parties to the conflict.

2. It is prohibited to make use of the flags or military emblems, insignia or uniforms of adverse Parties while engaging in attacks or in order to shield, favour, protect or impede military operations.

...”

137. Article 41 confirms the protection of those combatants who were *hors de combat*:

“1. A person who is recognised or who, in the circumstances, should be recognised to be ‘hors de combat’ shall not be made the object of attack.

2. A person is ‘hors de combat’ if:

(a) he is in the power of an adverse Party;

(b) he clearly expresses an intention to surrender; or

(c) he has been rendered unconscious or is otherwise incapacitated by wounds or sickness, and therefore is incapable of defending himself;

provided that in any of these cases he abstains from any hostile act and does not attempt to escape.

...”

138. Article 48 recognises the principle of distinction:

“In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.”

139. Article 50 recognises civilians as being defined by non-membership of the armed forces.

“1. A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 (A) §§ 1, 2, 3 and 6 of the Third [Geneva] Convention and in

Article 43 of this Protocol¹. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian.

2. The civilian population comprises all persons who are civilians.

3. The presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character.”

140. Article 51 concerned the protection to be accorded to civilians:

“1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules, which are additional to other applicable rules of international law, shall be observed in all circumstances.

2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.

3. Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

141. Article 52 reiterated the customary norm that a civilian object (with no military objectives) should not be the subject of attack. Article 52 § 3 notes:

“In case of doubt whether an object which is normally dedicated to civilian purposes, such as a place of worship, a house or other dwelling or a school, is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used.”

142. Article 75 offers protection to persons in the power of a belligerent party who do not qualify for superior protections (such as “prisoner of war” status) under the laws and customs of war.

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 OF THE CONVENTION

143. The applicant complained under Article 7 of the Convention that he had been the victim of the retrospective application of criminal law. He maintained that the acts for which he was convicted did not, at the time of their commission in 1944, constitute an offence and that Article 7 § 2 did not apply because the alleged offences did not come within its scope. Article 7 reads as follows:

“1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international

1. These referenced provisions concern entitlement to “prisoner of war” status and define armed forces.

law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.”

A. The Chamber judgment

144. The Chamber examined the applicant’s complaint under Article 7 § 1 of the Convention. It considered that section 68-3 of the 1961 Criminal Code was based on international rather than domestic law and that the relevant international instruments were the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations. The 1949 Geneva Convention (IV) and the 1977 Protocol Additional were adopted after the impugned acts of 27 May 1944 and they could not have retrospective effect. The principles of the 1907 Hague Convention (IV) were widely recognised, universal in nature and constituted fundamental customary rules of *jus in bello* by 1944 and applied to the impugned acts of the applicant.

145. In determining whether a plausible legal basis existed on which to convict the applicant of war crimes and whether the applicant could reasonably have foreseen that the conduct of his unit on 27 May 1944 would render him guilty of such offences, the Chamber noted that the area of Mazie Bati was subject to hostile engagement including from Latvian auxiliary forces with the German military administration.

146. It went on to consider the legal status of the villagers and it distinguished between the deceased men and women. The Chamber found that the applicant had legitimate grounds for considering the male villagers to be collaborators with the German forces and, even if they did not satisfy all of the elements of the definition of “combatant”, *jus in bello* did not *a contrario* automatically consider them to be “civilians”. On the basis of this legal status of the villagers and the applicant being a “combatant”, the Chamber found that it had not been demonstrated that the attack on 27 May 1944 was *per se* contrary to the laws and customs of war as codified by the Hague Regulations, or, consequently, a basis for convicting the applicant as the commander of the unit.

147. As regards the women killed, if they had also assisted the German military administration, the above conclusion applied. Alternatively, had they been killed as a result of an abuse of authority, this could not be regarded as a violation of *jus in bello* and any pursuit as regards the actions against them under domestic law would have been definitively statute-barred from

1954. It would be contrary to the principle of foreseeability to punish the applicant almost half a century after the expiry of that limitation period.

148. Lastly, the Chamber considered that there was no need to go on to examine the case under Article 7 § 2. Even if Article 7 § 2 was applicable, the operation on 27 May 1944 could not be regarded as “criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations”.

B. The parties’ and third parties’ observations before the Grand Chamber

1. The respondent Government

149. The respondent Government disagreed with the Chamber’s reasoning and conclusion.

150. They considered that the case fell to be examined under Article 7 § 1 of the Convention, since the applicant’s acts were criminal under international and national law at the time of their commission. The Court’s role under that provision was to establish whether there was a legal provision defining certain acts as a crime formulated with sufficient clarity and accessibility and, in particular, whether the Latvian courts had the right to rely on section 68-3 of the 1961 Criminal Code and, in doing so, to rely on the relevant elements of international law. In this respect, the offence could be defined in written and unwritten, domestic or international law and Article 7 did not outlaw gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation so long as the resultant development was consistent with the essence of the offence. Such development of the criminal law was all the more important when a democratic State governed by the rule of law succeeded a totalitarian regime and pursued obligations to bring criminal proceedings against members of the former regime.

151. However, the respondent Government considered that the Chamber had exceeded its subsidiary role in altering the factual determinations of the domestic courts found to have acted compatibly with Article 6. Indeed, in reassessing the facts, the Chamber had overlooked certain crucial facts surrounding the events of 27 May 1944 which had been established by the Criminal Affairs Division and upheld by the Supreme Court Senate, notably in relation to the existence of a judgment of a Partisan tribunal as regards the villagers of Mazie Bati. In any event, any such Partisan tribunal judgment would have been unlawful as it would have been delivered *in absentia* in violation of even the basic tenets of a fair trial. The respondent Government had submitted to the Chamber letters dated February 2008 from the Prosecutor General’s Office (about the existence of the Partisan

tribunal, the role of Mazie Bati and its villagers in the German defence and why arms had been issued to the villagers) and resubmitted these to the Grand Chamber.

152. Moreover, and on the basis of detailed submissions, the respondent Government argued that the Court should take into account the broader historical and political events before and after the Second World War and, notably, that the Soviet occupation of Latvia in 1940 had been unlawful and, although interrupted by the equally unlawful German occupation of 1941-44, it remained in place until independence was restored in the early 1990s. During that Soviet occupation, Latvia was prevented from exercising its sovereign powers, including its international obligations. Apart from the resultant fear of the local population of the Red Partisans, it was a distortion for the applicant to suggest that the events of 27 May 1944 in Mazie Bati were a civil war incident as opposed to part of the international armed conflict opposing the Axis powers and, *inter alia*, the USSR.

153. While the Court was competent to apply relevant principles of international law, the respondent Government disagreed with the Chamber's application of international law. It had disregarded or misapplied several important sources of international law and certain principles derived therefrom, including the criteria for defining civilians and the standard of humane treatment they should be afforded; the principle that the loss of civilian status did not amount to the loss of international humanitarian protection; the limits of military necessity; and the prohibition of perfidious acts. On the contrary, the respondent Government argued, referring extensively to contemporary conventions and declarations as well as to the Charter and judgment of the IMT Nuremberg, that the applicant was clearly guilty of war crimes as understood in 1944.

154. While accepting that the principle of distinction was not an entirely straightforward matter in 1944, they maintained it was clear that the villagers of Mazie Bati were "civilians": indeed, even if persons were armed, even if they sympathised with the Nazi occupation and even if they belonged to a law enforcement organisation, they did not lose their civilian status. In any event, even if they had lost that status and were to be considered "combatants", nothing allowed the summary execution and murder of any person *hors de combat* unless a fair trial had taken place (and there was no proof of this) wherein it was established that they were indeed implicated in a criminal offence. Moreover, these were not lawful acts of "lawful belligerent reprisals" since, *inter alia*, such actions had been prohibited against prisoners of war since the 1929 Geneva Convention and, as regards civilians, it was never suggested that the villagers committed war crimes themselves.

155. Moreover, the applicant's acts constituted in 1944 (and thereafter) criminal offences under national law. Criminal provisions of the 1926 Criminal Code (adopted in 1940 by decree of the Supreme Council of the Latvian SSR, in force until 1991 and reintroduced in 1993) criminalised and specified punishments for violations of the rules and customs of war and such provisions were sufficiently clear and accessible. The period of ambiguity from September 1991 to April 1993 was of no practical importance since Latvia had an underlying international obligation to prosecute individuals on the basis of existing international law.

156. It was irrelevant whether the applicant was the actual perpetrator as he bore command responsibility.

157. Neither was his conviction statute-barred having regard, *inter alia*, to section 14 (and the Official Notes thereto) of the 1926 Criminal Code, section 45 of the 1961 Criminal Code and Article 1 of the 1968 Convention, the retrospective force of which Convention had been recognised by this Court.

158. In the light of the above, it was clearly objectively foreseeable in 1944 that the applicant's acts were criminal and it was unnecessary to show that he was aware of each element of the precise legal qualification of his acts. Indeed, his alternative version of the facts (that he was seeking to arrest the villagers following their conviction by a Partisan tribunal) was revealing in that it suggested an acknowledgement that he was indeed aware at the time that the impugned conduct (killing instead of arresting) was criminal. His conviction was also objectively foreseeable given, *inter alia*, the declarations of certain States during the Second World War and the international and national prosecutions during and immediately after that war, in which processes the Soviet authorities had much involvement. That he was a Soviet war hero for years thereafter was not relevant: the key point was whether the acts could have been reasonably foreseen in 1944 as amounting to war crimes and not that his later fortuitous political situation would have excluded his prosecution. Neither was it a defence to argue that others committed war crimes to avoid individual criminal liability, unless the departure from principle by other States was sufficient to constitute evidence of a change in international usage and custom.

159. In the alternative, the applicant's crimes constituted crimes under the "general principles of law recognised by civilised nations" within the meaning of Article 7 § 2 of the Convention. This provision was also drafted to eliminate any doubt about the validity of the post-Second World War prosecutions by the IMTs and, since subsequent international and national practice had confirmed the universal validity of the IMTs and their principles, that role of Article 7 § 2 was now defunct. Whether such "general principles"

were a primary or secondary source of international law, they were derived from national systems to fill gaps in positive and customary international law. In the absence of any consensus as to the survey of national systems required to establish such principles, the respondent Government reviewed jurisdictions which had, by 1944, already pronounced on the subject of war crimes as well as the Criminal Codes of Latvia and the USSR. Noting that national courts and tribunals relied on established principles of international law in charging violations of the laws and customs of war, the respondent Government argued that the general principles of law recognised the applicant's acts as criminal so that the present domestic courts could have had recourse to such principles.

2. *The applicant*

160. The applicant supported the Chamber's reasoning and conclusions, arguing that he was not guilty of a crime under national law, international law or under general principles of law recognised by civilised nations.

161. He disputed the suggestion that the Chamber had exceeded its competence and incorrectly decided certain facts. On the contrary, he maintained that the respondent Government had misrepresented and misquoted to the Grand Chamber the facts as established by the Chamber.

162. Before the Grand Chamber he gave his version of the circumstances surrounding the killing in February 1944 of the members of Major Chugunov's group of Partisans. That group had taken refuge in Meikuls Krupniks' barn and the deceased villagers had participated in delivering that group of Partisans into the hands of the *Wehrmacht* (former German army) by ruse: they had pretended to guard the Partisans but had instead alerted the *Wehrmacht* in the vicinity of the Partisans' presence. The next day, the German soldiers arrived and, having taken more detailed information from three women in the village, killed each member of Major Chugunov's group. Certain women, including Meikuls Krupniks' mother, removed clothing from the bodies. The villagers concerned were rewarded by the German military administration with firewood, sugar, alcohol and money. A villager captured by other Partisans had later given the names of the relevant villagers who had denounced Major Chugunov's unit.

The applicant reiterated that he had acted further to a decision of an *ad hoc* Partisan tribunal, whose existence was substantiated. That tribunal had investigated, identified the Mazie Bati villagers who had betrayed Major Chugunov's group and sentenced them to death. His unit had been tasked with delivering the convicted persons to that tribunal. However, he also clarified to the Grand Chamber that, given the combat conditions persisting at that time, his unit would not have been in a position to capture the

villagers and keep them as prisoners (they were an obstacle in combat and a mortal danger to the Partisans) nor would it have been possible to have brought the villagers before the Partisan tribunal.

163. The applicant considered that his rights under Article 7 § 1 of the Convention had been violated. The guarantees under that provision were of central importance and they had to be interpreted and applied in such a way as to ensure effective protection against arbitrary prosecutions and trials. Article 7 § 2 did not apply since the alleged offences did not fall within its scope.

164. As to the definition of a war crime, the applicant essentially relied on the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations as well as the Charter and judgment of the IMT Nuremberg and he excluded reliance on the Geneva Conventions of 1949 or the 1977 Protocol Additional since they post-dated the events. Since a war crime was defined as one committed against a civilian population, by an occupier and on occupied territory, the impugned acts could not be considered war crimes under international law or the general principles of law recognised by civilised nations, for the following reasons.

165. In the first place, the villagers were not civilians. The letters of February 2008 from the Prosecutor General's Office were inaccurate, inadequate and incorrect in that they suggested that he, the accused, had to substantiate his defence whereas it was for the prosecution to prove the charges. He nevertheless submitted new documents (from the 1940s and from the Latvian State archives) to the Grand Chamber which he considered demonstrated a number of points: a map of the German defence posts including Mazie Bati; that the Nazi administration prohibited "civilians" carrying arms and, since they gave arms to the villagers of Mazie Bati, that the village was clearly taking part in military operations and was a focal point of the German defence; that the deceased villagers (notably members of the families of Bernards Šķirmants, Ambrozis Buļš and Meikuls Krupniks) had at some point joined the *aizsargi* (Latvian National Guard), and that the *aizsargi* regularly participated in anti-Semitic and Partisan killings in Latvia. He further maintained that Bernards Šķirmants and Meikuls Krupniks were *Schutzmäänner* (German auxiliary police).

In short, the villagers were either *aizsargi* or *Schutzmäänner*. They were accordingly armed by, and carrying out active service for, the German military administration: their handing over of Major Chugunov's group of Partisans was not an act of self-defence but of collaboration. They could not be considered part of the civilian population and became a legitimate military target. The applicant's unit, who were combatants, had the right to punish them.

166. Secondly, Latvia was lawfully one of the republics of the USSR since 1940 and it was contrary to historical fact and common sense to state otherwise. The Declaration of 4 May 1990 on the Restoration of Independence of the Republic of Latvia and his conviction were designed to achieve a condemnation of the annexation of Latvia in 1940 as illegal, rather than a desire to fulfil international obligations to pursue war criminals. On 27 May 1944 he was a combatant defending his own State's territory against Germany and other USSR citizens who were actively collaborating with Germany (relying on the judgment of the Latgale Regional Court). Since the USSR was not an occupying power, the applicant could not be a perpetrator of a war crime. He considered historically inaccurate the positions of the respondent and Lithuanian Governments which equate the lawful incorporation of Latvia in 1940 with the German occupation of 1941. The only two options available to Latvians in 1944 were to be anti-German or anti-USSR: he fought against the Nazi forces with the USSR to liberate Latvia and the villagers acted against them in concert with the Nazis.

167. Thirdly, there was no chapter on "war crimes" in the 1926 Criminal Code and the respondent Government's reliance on "military crimes" in Chapter IX of that Code was flawed as "military crimes" were violations of the established order of military service and were to be distinguished from "war crimes". Indeed, he remarked that criminal liability was included in the 1926 Criminal Code for a failure to execute an order (section 193-3).

168. Moreover, it was simply not foreseeable that he would have been prosecuted for war crimes. His trial was unprecedented: it was the first time a soldier, fighting against the Axis powers, found himself indicted almost fifty years later. He was only 19 years of age when, against the background of various international agreements and armed conflicts for which he was not responsible, he fought as a member of the anti-Hitler coalition. On 27 May 1944 he understood (referring to the judgment of the Latgale Regional Court) that he was defending Latvia as part of the USSR and he could never have imagined that Latvia would decades later consider that it had been unlawfully occupied by the USSR and that his actions would be considered criminal. He supported the Chamber's conclusion that it was not foreseeable that he would have been convicted under domestic law.

169. Finally, he also submitted that the Grand Chamber should reconsider his complaints under Articles 3, 5, 6, 13, 15 and 18 of the Convention which were declared inadmissible by a decision of the Chamber of 20 September 2007.

3. *The third-party Governments*

(a) **The Government of the Russian Federation**

170. The Government of the Russian Federation supported the reasoning and conclusion of the Chamber.

171. They maintained that the case was to be examined under Article 7 § 1 and that it was not necessary to examine it under Article 7 § 2. A person could not be found criminally liable under the “general principles” referred to in Article 7 § 2, except in the wholly exceptional circumstances following the Second World War. Such principles could have some relevance in sourcing international criminal-law principles, but their relevance had reduced with the increase in treaty law. The development of a body of international law regulating the criminal responsibility of individuals was a relatively recent phenomenon and it was only in the 1990s, with the establishment of international criminal tribunals, that an international criminal-law regime could be said to have evolved.

172. The applicant was convicted in violation of Article 7 § 1 as his acts did not constitute a criminal offence under domestic or international law in 1944. The domestic courts had, in fact, made a number of errors.

173. In the first place, they had applied incorrect legal norms to the case. Neither the 1961 Criminal Code nor the new sections introduced in 1993 were in force in 1944 or, given the new Criminal Code adopted in 1998, in 2000 or in 2004. Section 14 of the 1926 Criminal Code, adopted by Latvia after it became part of the USSR, applied a ten-year limitation period on prosecutions and contained no provisions regarding war crimes.

174. Secondly, if the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations constituted customary international law in 1944, they did not provide a basis for the applicant’s prosecution. It was only the Charter of the IMT Nuremberg that defined personal responsibility and, even then, it only applied to Axis war criminals.

Even if the Charter of the IMT Nuremberg was a codification process, the applicant was not guilty of war crimes. This was because he was bound by those instruments only as regards the international armed conflict between Germany and the USSR and not as regards acts between co-citizens of the same State: Latvia was *de jure* part of the USSR in 1944 and the villagers (although *de facto* under German instruction) were *de jure* Soviet citizens so that he and the villagers had USSR citizenship. Contrary to the submissions of the respondent and Lithuanian Governments, this Court was not competent to re-evaluate history and, notably, the incorporation of Latvia into the USSR in 1940. They relied on “relevant binding instruments

of international law” (in which the sovereignty of the USSR throughout its territory was recognised) and to post-Second World War meetings (in which the post-Second World War order was established by agreement with the United States of America and the United Kingdom). Having regard to the criteria in international law for defining an “occupation”, the USSR was not an occupying power in Latvia in 1944.

The Charter of the IMT Nuremberg did not mean that the applicant’s acts were war crimes because of the “combatant” status of the applicant and that of the deceased villagers, and the Government of the Russian Federation disputed the respondent and Lithuanian Governments’ submissions as to the legal status of the villagers. Having regard to the principle of distinction and the criteria for defining a “combatant” (*inter alia*, Article 1 of the Hague Regulations), the applicant was a combatant trained, armed and acting in execution of the ruling of an *ad hoc* Partisan tribunal on behalf of the Soviet military administration. The villagers were militia, armed and actively collaborating with the German military administration. As willing collaborators, the villagers were taking an active part in hostilities and therefore met all the criteria for being classed as “combatants” (or, at best, “unlawful enemy combatants”) and were thus legitimate military targets. Finally, none of the subsequent international instruments (the Geneva Conventions of 1949 or the 1977 Protocol Additional) were applicable as they could not apply retrospectively.

175. Thirdly, the general principle of the non-applicability of limitation periods to war crimes was not applicable to the applicant’s acts in 1944: war crimes only became “international crimes” with the creation of the IMTs after the Second World War, so the principle applied only after the establishment of the IMTs (except for Axis war criminals). The 1968 Convention could not apply since, as explained above, the applicant acted against other USSR citizens and his acts could not therefore constitute war crimes.

176. For all of the above reasons, the applicant could not have foreseen that he would be prosecuted for war crimes for his acts on 27 May 1944. In addition, as a citizen of the Soviet Union he could not have foreseen that after forty years, while living on the same territory, he would end up living in another State (Latvia) which would pass a law criminalising acts for which he was not criminally responsible in 1944.

177. Finally, the Government of the Russian Federation contested, *inter alia*, the factual matters raised by the Latvian Government before the Grand Chamber. Even if the Chamber had exceeded its competence (on facts and legal interpretation), this did not change anything. If the Grand Chamber relied on the facts established by the domestic courts and read, as opposed

to interpreted, the relevant international domestic norms, the outcome could be the same as that of the Chamber. Political decisions and interests could not change the legal qualification of the applicant's acts.

(b) The Lithuanian Government

178. The Lithuanian Government addressed two issues.

179. The first issue concerned the legal status of the Baltic States during the Second World War and other related issues of international law. Contrary to paragraph 118 of the Chamber judgment, the Lithuanian Government considered that this issue had to be taken into account when examining notably the legal status of the belligerent forces in the Baltic States at the time. Indeed, the Court had already recognised that all three Baltic States had lost their independence as a result of the Molotov-Ribbentrop Pact (the Treaty of Non-Aggression of 1939 and its secret Protocol, the Treaty on Borders and Friendly Relations of 1939 and its secret Protocol, as well as the third Nazi-Soviet secret Protocol of 10 January 1941): the Pact was an undisputed historical fact, an illegal agreement to commit aggression against, *inter alia*, the Baltic States and resulted in their illegal occupation by Soviet forces. Indeed, the Soviet invasion of the Baltic States in June 1940 was an act of aggression within the meaning of the London Convention on the Definition of Aggression of 1933 and the Convention between Lithuania and the USSR on the Definition of Aggression of 1933. The involuntary consent of the Baltic States faced with Soviet aggression did not render this act of aggression lawful.

The USSR itself had earlier treated the *Anschluss* as an international crime. In addition, in 1989 the USSR recognised (in the Resolution on the Political and Juridical Appraisal of the Soviet-German Treaty of Non-Aggression of 1939) its unlawful aggression against the Baltic States. Two conclusions followed: the USSR had not obtained any sovereign rights to the Baltic States so that under international law the Baltic States were never a legitimate part of the USSR and, additionally, the Baltic States continued to exist as international legal persons after the 1940 aggression by the USSR which aggression resulted in the illegal occupation of the Baltic States.

Applying that to the facts in the present case, the Lithuanian Government argued that the Baltic States suffered aggression from the USSR and Nazi Germany: the judgment of the IMT Nuremberg characterised aggression in such a way as to treat both aggressors in the same manner. The Baltic peoples had no particular reason to feel sympathy with either and, indeed, had rational fears against both aggressors (in this respect, the Lithuanian Government take issue with paragraph 130 of the Chamber judgment given the well-established historical fact of USSR crimes in the Baltic States) so

that a degree of collaboration with one aggressor in self-defence should not be treated differently. The peoples of the Baltic States could not be considered to have been Soviet citizens, as they retained under international law their Baltic nationality, but were rather inhabitants of an occupied State who sought safety from both occupying belligerent forces.

180. The second issue concerned the characterisation, under international humanitarian and criminal law, of the punitive acts of the Soviet forces against the local Baltic populations and, in particular, whether those populations could be considered to be “combatants”.

A number of instruments were relevant, in addition to the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations, especially the 1949 Geneva Convention (IV) and the 1977 Protocol Additional. It was a core principle of international humanitarian law in 1944 that there was a fundamental distinction between armed forces (belligerents) and the peaceful populations (civilians) and that the latter enjoyed immunity from military attack (in that respect, they cited the Martens Clause; see paragraphs 86 to 87 above). The villagers did not meet the criteria defining “combatants” and were not therefore a lawful military target. Even if there had been some degree of collaboration by the villagers with the German forces, they had to retain civilian protection unless they met the “combatant” criteria: the opposite view would leave a population at the mercy of belligerent commanders who could arbitrarily decide that they were combatants and thus a legitimate military target. The killing of the women, unless they were taking part in hostilities as combatants, was not in any circumstances justified, as it would always have been contrary to the most elementary considerations and laws of humanity and dictates of public conscience. In that regard, the Government specifically took issue with paragraphs 141 and 142 the Chamber judgment.

181. The Lithuanian Government therefore argued that the punitive actions of the Soviet forces against the local populations of the occupied Baltic States amounted to war crimes contrary to positive and customary international law and the general principles of law recognised by civilised nations. Their prosecution did not violate Article 7 of the Convention.

C. The Grand Chamber’s assessment

1. The applicant’s request to re-examine matters declared inadmissible by the Chamber

182. In its decision of 20 September 2007, the Chamber declared admissible the complaint under Article 7 of the Convention and inadmissible those made under Articles 3, 5 (in conjunction with Article 18), 6 § 1, 13

and 15 of the Convention. The applicant argued that the Grand Chamber should reopen and reassess those complaints declared inadmissible.

183. The Grand Chamber observes that the Chamber's decision to declare the above-mentioned complaints inadmissible was a final decision: 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).

184. Accordingly, the Grand Chamber will proceed to examine that part of the application declared admissible by the Chamber; namely, the complaint under Article 7 of the Convention.

2. *General Convention principles*

185. The guarantee enshrined in Article 7, an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, so as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment. Accordingly, Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. It follows that an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable.

When speaking of "law", Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law and which implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability. As regards foreseeability in particular, the Court notes that, however clearly drafted a legal provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in certain Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the

resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen (see *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 50, ECHR 2001-II; *K.-H.W. v. Germany* [GC], no. 37201/97, § 85, 22 March 2001; *Jorgic v. Germany*, no. 74613/01, §§ 101-09, ECHR 2007-III; and *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, §§ 69-71, ECHR 2008).

186. Lastly, the two paragraphs of Article 7 are interlinked and are to be interpreted in a concordant manner (see *Tess v. Latvia* (dec.), no. 34854/02, 12 December 2002). Having regard to the subject matter of the case and the reliance on the laws and customs of war as applied before and during the Second World War, the Court considers it relevant to observe that the *travaux préparatoires* to the Convention indicate that the purpose of the second paragraph of Article 7 was to specify that Article 7 did not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish, *inter alia*, war crimes so that Article 7 does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (see *X. v. Belgium*, no. 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241). In any event, the Court further notes that the definition of war crimes included in Article 6 (b) of the Charter of the IMT Nuremberg was found to be declaratory of international laws and customs of war as understood in 1939 (see paragraphs 118 above and 207 below).

187. The Court will first examine the case under Article 7 § 1 of the Convention. It is not therein called upon to rule on the applicant's individual criminal responsibility, that being primarily a matter for assessment by the domestic courts. Rather its function under Article 7 § 1 is twofold: in the first place, to examine whether there was a sufficiently clear legal basis, having regard to the state of the law on 27 May 1944, for the applicant's conviction of war crimes offences; and, secondly, it must examine whether those offences were defined by law with sufficient accessibility and foreseeability so that the applicant could have known on 27 May 1944 what acts and omissions would make him criminally liable for such crimes and regulated his conduct accordingly (see *Streletz, Kessler and Krenz*, § 51; *K.-H.W. v. Germany*, § 46; and *Korbely*, § 73, all cited above).

3. *The relevant facts*

188. Before examining these two questions, the Court will address the factual disputes between the parties and the third parties.

189. The Court notes that, in principle, it should not substitute itself for the domestic jurisdictions. Its duty, in accordance with Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. Given the subsidiary nature of

the Convention system, it is not the Court's function to deal with alleged errors of fact committed by a national court, unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Schenk v. Switzerland*, 12 July 1988, § 45, Series A no. 140; *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, § 49; and *Jorgic*, cited above, § 102) and unless that domestic assessment is manifestly arbitrary.

190. The Chamber found the applicant's trial to be compatible with the requirements of Article 6 § 1 of the Convention by final decision (see paragraphs 182-84 above). In the context of the complaint under Article 7, and as the Chamber pointed out, the Grand Chamber has no reason to contest the factual description of the events of 27 May 1944 as set out in the relevant domestic decisions; namely, the judgment of the Criminal Affairs Division of 30 April 2004, upheld on appeal by the Supreme Court Senate.

191. The facts established by the domestic courts as regards the events of 27 May 1944 are summarised above (see paragraphs 15-20) and the Court extracts the following central elements. When the applicant's unit entered Mazie Bati, the villagers were not engaging in hostilities: they were preparing to celebrate Pentecost and all the deceased villagers were found by the Partisans at home (one in his bath and another in bed). While arms and munitions supplied by the German military administration were found in the deceased villagers' homes, none of those villagers were carrying those or any arms. The Chamber (at paragraph 127 of its judgment) found this latter fact to be of no relevance but, for the reasons set out below, the Grand Chamber considers this pertinent. While the applicant maintained before the Grand Chamber that no one was burned alive, the domestic courts established that four persons died in the burning farm buildings, three of whom were women. Lastly, none of the villagers killed had attempted to escape or offered any form of resistance to the Partisans so that, prior to being killed, all were unarmed, not resisting and under the control of the applicant's unit.

192. The domestic courts rejected certain factual submissions of the applicant. It was not established that the deceased villagers had handed over Major Chugunov's unit but rather that Meikuls Krupniks had denounced that unit to the German forces, noting that the unit's presence in his barn was a danger to his family. The archives did not show that the deceased villagers were *Schutzmänner* (German auxiliary police) but only that Bernards Šķirmants and his wife were *aizsargi* (Latvian National Guard). Nor was it established precisely why the villagers had been provided with arms by the German military administration (whether as a reward for information

about Major Chugunov's unit or because they were *Schutzmänner*, *aizsargi* or had another formal auxiliary capacity).

193. The parties, as well as the Government of the Russian Federation, continued to dispute these matters before the Court, the applicant submitting new material from the Latvian State archives to the Grand Chamber. The Court notes that the disputed facts concern the extent to which the deceased villagers participated in hostilities (either by delivering Major Chugunov's unit to the German military administration or as *Schutzmänner*, *aizsargi* or in another formal auxiliary capacity) and, consequently, their legal status and attendant legal right to protection. The domestic courts found the villagers to be "civilians", an analysis supported by the Latvian Government. Reviewing certain of the domestic courts' factual conclusions, the Chamber considered the male villagers to be "collaborators", making alternative assumptions about the female villagers. The applicant, as well as the Government of the Russian Federation, considered the villagers to be "combatants".

194. Having regard to the above-described dispute, the Grand Chamber, for its part, will begin its analysis on the basis of a hypothesis most favourable to the applicant: that the deceased villagers fall into the category of "civilians who had participated in hostilities" (by passing on information to the German military administration as alleged, an act that could be defined as "war treason"¹) or that they had the legal status of "combatants" (on the basis of one of the alleged auxiliary roles).

195. The Court clarifies that the villagers were not *francs-tireurs* given the nature of their alleged activities which led to the attack and since they were not, at the relevant time, participating in any hostilities². The notion of *levée en masse* has no application as Mazie Bati was already under German occupation³.

4. *Was there a sufficiently clear legal basis in 1944 for the crimes of which the applicant was convicted?*

196. The applicant was convicted under section 68-3 of the 1961 Criminal Code, a provision introduced by the Supreme Council on 6 April 1993. Although noting certain acts as examples of violations of the laws and customs of war, it relied on "relevant legal conventions" for a precise definition of war crimes (see paragraph 48 above). His conviction for war

1. See Oppenheim & Lauterpacht, *Oppenheim's International Law Vol. II: Disputes, War and Neutrality*, 6th edition, (London: Longmans Green and Co.), 1944, p. 454, cited with approval in the *Trial of Shigeru Ohashi and Others*, cited at paragraph 129 above.

2. See the *Hostages* case, cited at paragraphs 125 to 128 above.

3. The Lieber Code 1863 (Article 51); the Draft Brussels Declaration 1874 (Article 10); the Oxford Manual 1880 (Article 2 § 4); and the Hague Regulations (Article 2).

crimes was, therefore, based on international rather than domestic law and must, in the Court's view, be examined chiefly from that perspective.

197. The Court points out that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation so that its role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I, and *Korbely*, cited above, § 72).

198. However, the Grand Chamber agrees with the Chamber that the Court's powers of review must be greater when the Convention right itself, Article 7 in the present case, requires that there was a legal basis for a conviction and sentence. Article 7 § 1 requires the Court to examine whether there was a contemporaneous legal basis for the applicant's conviction and, in particular, it must satisfy itself that the result reached by the relevant domestic courts (a conviction for war crimes pursuant to section 68-3 of the former Criminal Code) was compatible with Article 7 of the Convention, even if there were differences between the legal approach and reasoning of this Court and the relevant domestic decisions. To accord a lesser power of review to this Court would render Article 7 devoid of purpose. The Court will not therefore express an opinion on the different approaches of the lower domestic courts, notably that of the Latgale Regional Court of October 2003 on which the applicant heavily relies but which was quashed by the Criminal Affairs Division. Rather, it must determine whether the result reached by the Criminal Affairs Division, as upheld on appeal by the Supreme Court Senate, was compatible with Article 7 (see *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, §§ 65-76).

199. In sum, the Court must examine whether there was a sufficiently clear legal basis, having regard to the state of international law in 1944, for the applicant's conviction (see, *mutatis mutandis*, *Korbely*, cited above, § 78).

(a) The significance of the legal status of the applicant and the villagers

200. The parties, the third parties and the Chamber agreed that the applicant could be accorded the legal status of "combatant". Given the applicant's military engagement in the USSR and his command of the Red Partisan unit that entered Mazie Bati (see paragraph 14 above), he was in principle a combatant having regard to the qualifying criteria for "combatant" status under international law which had crystallised prior to

the Hague Regulations¹, which were consolidated by those Regulations² and which were solidly part of international law by 1939³.

201. The Grand Chamber remarks that it was not disputed domestically or before this Court that the applicant and his unit were wearing German *Wehrmacht* uniforms during the attack on the villagers, thereby not fulfilling one of the above-mentioned qualifying criteria. This could mean that the applicant lost “combatant” status⁴ (thereby losing the right to attack⁵) and wearing the enemy uniform during combat could of itself have amounted to an offence⁶. However, the domestic courts did not charge the applicant with a separate war crime on this basis. This factor does have some bearing, nonetheless, on other related war crimes of which he was accused (notably, treacherous killing and wounding, see paragraph 217 below). The Court has therefore proceeded on the basis that the applicant and his unit were “combatants”. One of the hypotheses as regards the deceased villagers is that they could also be considered “combatants” (see paragraph 194 above).

202. As to the rights attaching to “combatant” status, *jus in bello* recognised in 1944 the right to “prisoner of war” status if combatants were captured, surrendered or were rendered *hors de combat*, and prisoners of war were entitled to humane treatment⁷. It was therefore unlawful under *jus in bello* in 1944 to ill-treat or summarily execute a prisoner of war⁸, use of arms being permitted if, for example, prisoners of war attempted to escape or to attack their captors⁹.

1. The Lieber Code 1863 (Articles 49, 57 and 63-65); the Draft Brussels Declaration 1874 (Article 9); and the Oxford Manual 1880 (Article 2).

2. Article 1 of the Hague Regulations (see paragraph 90 above).

3. The Hague Regulations were found to be declaratory of laws and customs of war at least by 1939 in the judgment of the IMT Nuremberg (see paragraphs 88 and 118 above and 207 below).

4. The Lieber Code 1863 (Article 65).

5. *Ibid.* (Article 57).

6. See, *inter alia*, the Lieber Code 1863 (Articles 16, 63, 65 and 101); the Draft Brussels Declaration 1874 (Article 13 (b) and (f)); the Oxford Manual 1880 (Article 8 (b) and (d)); and the Hague Regulations (Article 23 (b) and (f)). See also the *Trial of Otto Skorzeny and Others*, cited at paragraph 129 above, which court cited with approval Oppenheim & Lauterpacht, *op. cit.*, at p. 335.

7. See “Geneva law” (at paragraphs 53-62 above); the Lieber Code 1863 (Articles 49, 76 and 77); the Draft Brussels Declaration 1874 (Articles 23 and 28); the Oxford Manual 1880 (Article 21 and Chapter III); the Hague Regulations (Chapter II and, notably, Article 4); the International Commission Report 1919; the Charter of the IMT Nuremberg (Article 6 (b)); and Control Council Law No. 10 (Article II).

8. The *Hostages* case, *Re Yamashita* and the *Trial of Takashi Sakai*, all cited at paragraphs 125 to 129 above.

9. The Draft Brussels Declaration 1874 (Article 28); the Oxford Manual 1880 (Article 68); and the Hague Regulations (Article 8).

203. As to the protection attaching to “civilians who had participated in hostilities”, the other hypothesis made as regards the deceased villagers, the Court notes that in 1944 the distinction between “combatants” and “civilians” (and between the attendant protections) was a cornerstone of the laws and customs of war, the International Court of Justice (ICJ) describing this to be one of the two “cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law”¹. Earlier treaty provisions and declarations would indicate that by 1944 “civilians” were defined *a contrario* to the definition of “combatants”². It was also a rule of customary international law in 1944 that civilians could only be attacked *for as long as* they took a direct part in hostilities³.

204. Finally, if it was suspected that the civilians who had participated in hostilities had committed violations of *jus in bello* in doing so (for example, war treason for passing on information to the German military administration; see paragraph 194 above), then they remained subject to arrest, fair trial and punishment by military or civilian tribunals for any such acts, and their summary execution without that trial would be contrary to the laws and customs of war⁴.

(b) Was there individual criminal responsibility for war crimes in 1944?

205. The definition of a war crime, prevailing in 1944, was that of an offence contrary to the laws and customs of war (“war crimes”)⁵.

1. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports*, §§ 74-87.

2. The Lieber Code 1863 (Article 22); the Oxford Manual 1880 (Article 1); the Draft Brussels Declaration 1874 (Article 9); the Draft Tokyo Convention 1934 (Article 1); and the Amsterdam Convention 1938 (Article 1). See also *US Field Manual: Rules of Land Warfare*, 1940, § 8, and *ex parte Quirin* 317 US 1 (1942).

3. *Ex parte Milligan* 71 US 2 (1866), and Oppenheim & Lauterpacht, *op. cit.*, at p. 277 (“... in the eighteenth century it became a universally recognised customary rule of the Law of Nations that private enemy individuals should not be killed or attacked. In so far as they do not take part in the fighting, they may not be directly attacked and killed or wounded.”)

4. As to the right to a trial before punishment for war crimes, see the *Hostages* case. As to the right to try prisoners of war for war crimes, see the 1929 Geneva Convention (Article 46). As to the right to a trial for those suspected of spying, see the Draft Brussels Declaration 1874 (Article 20); the Oxford Manual 1880 (Articles 23-26); the Hague Regulations (Articles 29-31), and the *US Field Manual: Rules of Land Warfare*, 1940, p. 60. As to the right to a trial for those accused of war treason, see the *US Field Manual: Rules of Land Warfare*, 1940, p. 59. As to contemporary practice, see *ex parte Quirin*; the “Krasnodar” trials as well as the *Trial of Shigeru Ohashi and Others*, the *Trial of Yamamoto Chusaburo*, the *Trial of Eikichi Kato* and the *Trial of Eitaro Shimohara and Others* (cited at paragraphs 106-10, 114 and 129 above).

5. See, in particular, the title of the 1907 Hague Convention (IV); Article 6 (b) of the Charter of the IMT Nuremberg; Article 5 (b) of the Charter of the IMT Tokyo and the judgments of those IMTs. See also Oppenheim & Lauterpacht, *op. cit.*, at p. 451, and Lachs, *War Crimes – An Attempt to Define the Issues* (London: Stevens & Sons), 1945, pp. 100 et seq.

206. The Court has taken note below of the main steps in the codification of the laws and customs of war and the development of individual criminal responsibility up to and including the Second World War.

207. While the notion of war crimes can be traced back centuries, the mid-nineteenth century saw a period of solid codification of the acts constituting a war crime and for which an individual could be held criminally liable. The Lieber Code 1863 (see paragraphs 63-77 above) outlined a multitude of offences against the laws and customs of war and prescribed punishments, and individual criminal responsibility was inherent in numerous of its Articles¹. While it was an American Code, it was the first modern codification of the laws and customs of war and was influential in later codification conferences, notably in Brussels in 1874 (see paragraph 79 above). The Oxford Manual 1880 forbade a multitude of acts as contrary to the laws and customs of war and explicitly provided for “offenders to be liable to punishment specified in the penal law”. These earlier codifications, and in particular the Draft Brussels Declaration 1874, in turn inspired the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations. These latter instruments were the most influential of the earlier codifications and were, in 1907, declaratory of the laws and customs of war: they defined, *inter alia*, relevant key notions (combatants, *levée en masse*, *hors de combat*), they listed detailed offences against the laws and customs of war and they provided a residual protection, through the Martens Clause, to inhabitants and belligerents for cases not covered by the specific provisions of the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations. Responsibility therein was on States, which had to issue consistent instructions to their armed forces and pay compensation if their armed forces violated those rules.

The impact on the civilian population of the First World War prompted provisions in the Treaties of Versailles and Sèvres on the responsibility, trial and punishment of alleged war criminals. The work of the International Commission in 1919 (after the First World War) and of the United Nations War Crimes Commission (UNWCC) (during the Second World War) made significant contributions to the principle of individual criminal liability in international law. “Geneva law” (notably the Conventions of 1864, 1906 and 1929; see paragraphs 53 to 62 above) protected the victims of war and provided safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in hostilities. Both the “Hague” and the “Geneva” branches of law were closely interrelated, the latter supplementing the former.

The Charter of the IMT Nuremberg provided a non-exhaustive definition of war crimes for which individual criminal responsibility was retained and

1. Notably in Articles 47, 59 and 71.

the judgment of the IMT Nuremberg opined that the humanitarian rules in the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations were “recognised by all civilised nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war” by 1939 and that violations of those provisions constituted crimes for which individuals were punishable. There was agreement in contemporary doctrine that international law had already defined war crimes and required individuals to be prosecuted¹. In consequence, the Charter of the IMT Nuremberg was not *ex post facto* criminal legislation. The later Nuremberg Principles, drawn from the Charter and judgment of the IMT Nuremberg, reiterated the definition of war crimes set out in the Charter and that anyone committing a crime under international law was responsible and liable to punishment².

208. Throughout this period of codification, the domestic criminal and military tribunals were the primary mechanism for the enforcement of the laws and customs of war. International prosecution through the IMTs was the exception, the judgment of the IMT Nuremberg explicitly recognising the continuing role of the domestic courts. Accordingly, the international liability of the State based on treaties and conventions³ did not preclude the customary responsibility of States to prosecute and punish individuals, via their criminal courts or military tribunals, for violations of the laws and customs of war. International and national law (the latter including transposition of international norms) served as a basis for domestic prosecutions and liability. In particular, where national law did not provide for the specific characteristics of a war crime, the domestic court could rely on international law as a basis for its reasoning, without infringing the principles of *nullum crimen* and *nulla poena sine lege*⁴.

209. Turning to the practice of such domestic tribunals, the Court notes that, while many States prohibited war crimes in their domestic legal systems and military manuals prior to the First World War, very few prosecuted their

1. Lauterpacht, “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes”, 21 *BYIL*, 1944, pp. 58-95 at pp. 65 et seq., and Kelsen, “The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals”, 2 *The Judge Advocate Journal*, 1945, pp. 8-12, at p. 10.

2. See also Article II (b) of the Control Council Law No. 10, and the *Hostages* case, cited at paragraphs 125 to 128 above.

3. See, for example, Article 3 of the 1907 Hague Convention (IV).

4. The Treaty of Versailles (Article 229); the Moscow Declaration 1943 and the “Kharkov” trials; the London Agreement 1945 (Article 6); and the Nuremberg Principles (Principle II). The US courts martial in the Philippines, notably the *Trial of Lieutenant Brown*; the *Llandoverly Castle* case and the *Trial of Karl-Hans Herman Klinge*, all cited at paragraphs 97 to 100, 102 and 129 above; Lauterpacht, *op. cit.*, p. 65; Kelsen, *op. cit.*, pp. 10-11; Lachs, *op. cit.*, pp. 8, 22 and 60 et seq.; and G. Manner, “The Legal Nature and Punishment of Criminal Acts of Violence Contrary to the Laws of War”, *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 37, no. 3, July 1943, pp. 407-35.

own war criminals¹, although the US courts martial in the Philippines were a significant and informative exception² as was the occurrence of the “Leipzig” and Turkish trials after the First World War. Lastly, during the Second World War there was a signalled intent from the outset to ensure the prosecution of war criminals³ and, parallel to international prosecutions, the principle of domestic prosecutions of war criminals was maintained⁴. Accordingly, as well as the important IMT prosecutions, domestic trials took place during the Second World War (notably in the USSR)⁵ and immediately after the Second World War⁶, all concerning alleged war crimes committed during that war, certain trials being notable for their comprehensive treatment of relevant principles of the laws and customs of war, particularly as regards the necessity of a fair trial of combatants and civilians suspected of war crimes.

210. The Court has noted the detailed and conflicting submissions of the parties and the third parties on the question of the lawfulness of Latvia’s incorporation into the USSR in 1940 and, consequently, on whether the acts on 27 May 1944 had any nexus to an international armed conflict and could therefore be considered as war crimes. The Grand Chamber considers (as did the Chamber, at paragraph 112 of its judgment) that it is not its role to pronounce on the question of the lawfulness of Latvia’s incorporation into the USSR and, in any event in the present case, it is not necessary to do so. While in 1944 a nexus with an international armed conflict was required to prosecute acts as war crimes, that did not mean that only armed forces personnel or nationals of a belligerent State could be so accused. The relevant nexus was a direct connection between the alleged crime and the international armed conflict so that the alleged crime had to be an act in furtherance of war objectives⁷. The domestic courts found that the operation on 27 May 1944 was mounted given the suspicion that certain villagers had cooperated with the German military administration so that it is evident that the impugned events had a direct connection to the USSR/German international armed conflict and were ostensibly carried out in furtherance of the Soviet war objectives.

1. T. Meron, “Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals”, *AJIL*, vol. 100, 2006, p. 558.

2. G. Mettraux, *op. cit.*, pp. 135-50.

3. The St James Declaration 1942 (notably, Article 3); the Diplomatic Notes of the USSR 1941-42 and the USSR Decree of 2 November 1942; the Moscow Declaration 1943; and the Potsdam Agreement 1945.

4. The UNWCC established in 1943; the London Agreement 1945 (Article 6); the judgment of the IMT Nuremberg; and the Nuremberg Principles (Principle II).

5. See paragraphs 106 to 110 above (“Prosecution of war crimes by the USSR”, including the “Krasnodar” and “Kharkov” trials) and paragraph 114 above (*ex parte Quirin*).

6. See paragraphs 123 to 129 above.

7. Lachs, *op. cit.*, pp. 100 et seq., and the *Hostages* case, cited at paragraphs 125 to 128 above.

211. The Court understands individual command responsibility to be a mode of criminal liability for dereliction of a superior's duty to control, rather than one based on vicarious liability for the acts of others. The notion of criminal responsibility for the acts of subordinates is drawn from two long-established customary rules: a combatant, in the first place, must be commanded by a superior and, secondly, must obey the laws and customs of war (see paragraph 200 above)¹. Individual criminal responsibility for the actions of subordinates was retained in certain trials prior to the Second World War², in codifying instruments and State declarations during and immediately after that war³, and it was retained in (national and international) trials of crimes committed during the Second World War⁴. It has since been confirmed as a principle of customary international law⁵ and is a standard provision in the constitutional documents of international tribunals⁶.

212. Finally, where international law did not provide for a sanction for war crimes with sufficient clarity, a domestic tribunal could, having found an accused guilty, fix the punishment on the basis of domestic criminal law⁷.

213. Accordingly, the Court considers that by May 1944 war crimes were defined as acts contrary to the laws and customs of war and that international law had defined the basic principles underlying, and an extensive range of acts constituting, those crimes. States were at least permitted (if not required) to take steps to punish individuals for such crimes, including on the basis of command responsibility. Consequently, during and after the Second World War, international and national tribunals prosecuted soldiers for war crimes committed during the Second World War.

1. See *Re Yamashita* and the *Trial of Takashi Sakai*, cited at paragraph 129 above.

2. "German War Trials: Judgment in the Case of Emil Müller", *AJIL*, vol. 16, no. 4, 1922, pp. 684-96.

3. The St James Declaration 1942 (Article 3); the Moscow Declaration 1943; the Potsdam Agreement 1945; the London Agreement 1945 (Preamble); the Charter of the IMT Nuremberg (Article 6); and the Charter of the IMT Tokyo (Article 5 (c)).

4. See the *Trial of Takashi Sakai*, cited at paragraph 129 above; Control Council Law No. 10 (Article II § 2) applied in the *Hostages* case; and *Re Yamashita*, cited at paragraph 129 above.

5. *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-A, judgment of 20 February 2001, § 195, Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY); D. Sarooshi, "Command Responsibility and the Blaškić Case", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, no. 2, 2001, p. 460; and *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-T, judgment of 3 March 2000, Trial Chamber of the ICTY, § 290.

6. The Statute of the ICTY (Article 7 § 3); the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Article 6); the Rome Statute of the International Criminal Court (Article 25); and the Statute of the Special Court for Sierra Leone (Article 6).

7. The Lieber Code 1863 (Article 47); the Oxford Manual 1880 (Article 84); Lauterpacht, *op. cit.*, p. 62; and Lachs, *op. cit.*, pp. 63 et seq.

(c) **Specific war crimes of which the applicant was convicted**

214. The Court will therefore examine whether there was a sufficiently clear and contemporary legal basis for the specific war crimes for which the applicant was convicted, and in so doing it will be guided by the following general principles.

215. The Court observes the declaration of the ICJ in the *Corfu Channel*¹ case where the obligations to notify the existence of a minefield in territorial waters and to warn approaching warships were based, not on the relevant Hague Convention of 1907 (VIII) which applied in time of war, but on “general and well-recognised principles”, the first of which was described as “elementary considerations of humanity” which were even more exacting in peace than in war. In its later *Nuclear Weapons* advisory opinion², the ICJ referred to the two “cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law”. The first, referred to above, was the principle of distinction which aimed at the “protection of the civilian population and objects” and the second was the “obligation to avoid unnecessary suffering to combatants”³. Relying expressly on the Martens Clause, the ICJ noted that the Hague and Geneva Conventions had become “intransgressible principles of international customary law” as early as the judgment of the IMT Nuremberg. This was because, according to the ICJ, a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict were fundamental to “the respect of the human person” and to “elementary considerations of humanity”. Those principles, including the Martens Clause, constituted legal norms against which conduct in the context of war was to be measured by courts⁴.

216. The Court notes, in the first place, that the domestic criminal courts relied mainly on provisions of the 1949 Geneva Convention (IV) (see paragraphs 60-62 above) to convict the applicant for the ill-treatment, wounding and killing of the villagers. It considers, having regard notably to Article 23 (c) of the Hague Regulations, that, even if the deceased villagers were considered combatants or civilians who had participated in hostilities, *jus in bello* in 1944 considered the circumstances of their murder and ill-

1. *Corfu Channel* case, judgment of 9 April 1949, *ICJ Reports* 1949, p. 4, at p. 22. See also the *US Field Manual: Rules of Land Warfare*, 1940, (the description of the “Basic principles”).

2. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cited above, §§ 74-87.

3. *Ibid.*, §§ 74-87. More specifically, see the Lieber Code 1863 (Articles 15 and 16); the St Petersburg Declaration 1868 (Preamble); the Oxford Manual 1880 (Preface and Article 4); and the 1907 Hague Convention (IV) (Preamble).

4. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cited above, at § 87; *Prosecutor v. Kupreškić and Others*, IT-95-16-T, judgment of 14 January 2000, Trial Chamber of the ICTY, §§ 521-36; and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, advisory opinion of 7 July 2004, *ICJ Reports* 2004, at § 157.

treatment a war crime since those acts violated a fundamental rule of the laws and customs of war protecting an enemy rendered *hors de combat*. For this protection to apply, a person had to be wounded, disabled or unable for another reason to defend him/herself (including not carrying arms), a person was not required to have a particular legal status, and a formal surrender was not required¹. As combatants, the villagers would also have been entitled to protection as prisoners of war under the control of the applicant and his unit and their subsequent ill-treatment and summary execution would have been contrary to the numerous rules and customs of war protecting prisoners of war (noted at paragraph 202 above). Accordingly, the ill-treatment, wounding and killing of the villagers constituted a war crime.

217. Secondly, the Court finds that the domestic courts reasonably relied on Article 23 (b) of the Hague Regulations to found a separate conviction as regards treacherous wounding and killing. The concepts of treachery and perfidy were closely linked at the relevant time so that the wounding or killing was considered treacherous if it was carried out while unlawfully inducing the enemy to believe they were not under threat of attack by, for example, making improper use of an enemy uniform. As noted at paragraphs 16 and 201 above, the applicant and his unit were indeed wearing German *Wehrmacht* uniforms during the operation in Mazie Bati. Article 23 (b) of the Hague Regulations clearly applies if the villagers are considered “combatants” and could also apply if they were considered “civilians who had participated in hostilities”. In this latter respect, the text of Article 23 (b) referred to killing or wounding treacherously “individuals belonging to the hostile nation or army”, which could have been interpreted as including any persons under some form of control of a hostile army including the civilian population of an occupied territory.

218. Thirdly, the Latvian courts relied on Article 16 of the 1949 Geneva Convention (IV) to hold that burning a pregnant woman to death constituted a war crime in breach of the special protection afforded to women. That women, especially pregnant women, should be the object of special protection during war was part of the laws and customs of war as early as the Lieber Code 1863 (Articles 19 and 37). It was further developed through “Geneva law” on prisoners of war (women were considered especially vulnerable in this situation)². The Court considers these expressions of “special protection”, understood in conjunction with the protection of the

1. See, *inter alia*, the Lieber Code 1863 (Article 71); the St Petersburg Declaration 1868; the Draft Brussels Declaration 1874 (Articles 13 (c) and 23); the Oxford Manual 1880 (Article 9 (b)); and the Hague Regulations (Article 23 (c)). See also the *Trial of Major Waller*, cited at paragraph 98 above, and Article 41 of the Protocol Additional 1977.

2. See, in particular, Article 3 of the 1929 Geneva Convention.

Martens Clause (see paragraphs 86-87 and 215 above), sufficient to find that there was a plausible legal basis for convicting the applicant of a separate war crime as regards the burning to death of Mrs Krupniks. The Court finds this view confirmed by the numerous specific and special protections for women included immediately after the Second World War in the Geneva Conventions (I), (II) and (IV) of 1949, notably in Article 16 of the last-mentioned Convention.

219. Fourthly, the domestic courts relied on Article 25 of the Hague Regulations which prohibited attacks against undefended localities. This provision was part of a group of similar provisions in international law (including Article 23 (g) of the Hague Regulations) which forbade destruction of private property not “imperatively demanded by the necessities of war”¹. There was no evidence domestically, and it was not argued before the Court, that burning the farm buildings in Mazie Bati was so imperatively required.

220. Fifthly, although various provisions of the 1907 Hague Convention (IV), the 1949 Geneva Convention (IV) and the 1977 Protocol Additional were invoked domestically as regards pillaging (stealing of clothes and food), there was no positive domestic finding that any such stealing had taken place.

221. Finally, the Court would add that, even if it was considered that the villagers had committed war crimes (whichever legal status they retained), the applicant and his unit would have been entitled under customary international law in 1944 only to arrest the villagers, ensure that they had a fair trial and only then to carry out any punishment (see paragraph 204 above). As the respondent Government remarked, in the applicant’s version of events to the Chamber (see paragraphs 21-24 above) and repeated to the Grand Chamber (see paragraph 162 above), the applicant in fact describes what he ought to have done (arrested the villagers for trial). In any event, whether or not any Partisan trial had taken place (see paragraph 132 of the Chamber judgment), a trial with the accused villagers *in absentia*, without their knowledge or participation, followed by their execution, would not qualify as a fair one.

222. Since the Court considers that the above-mentioned acts of the applicant were capable of amounting to war crimes in 1944 (see *Streletz*,

1. The Lieber Code 1863 (Articles 15, 16 and 38); the Draft Brussels Declaration 1874 (Article 13 (g)); the Oxford Manual 1880 (Article 32 (b)); the Hague Regulations (Article 23 (g)); the International Commission Report 1919; the Charter of the IMT Nuremberg (Article 6 (b)); and Control Council Law No. 10 (Article II). See also the *Trial of Hans Szabados*, cited at paragraph 129 above, and Oppenheim & Lauterpacht, *op. cit.*, at p. 321.

Kessler and Krenz, cited above, § 76), it is not necessary to comment on the remaining charges retained against him.

223. Moreover, the Supreme Court Senate noted that the Criminal Affairs Division had established on the evidence that the applicant had organised, commanded and led the Partisan unit which was intent on, *inter alia*, killing the villagers and destroying farms. That court noted that that was sufficient to result in the command responsibility of the applicant for the acts of the unit, relying on Article 6 of the Charter of the IMT Nuremberg. In particular, those established facts indicated that he was *de jure* and *de facto* in control of the unit. Given the purpose of the mission established domestically, he had the required *mens rea*. Indeed, the applicant's own submission to the Grand Chamber (that his unit could not have arrested the villagers given, *inter alia*, the unit's combat duties and the situation; see paragraph 162 above) is entirely consistent with the above-mentioned facts established by the Criminal Affairs Division. Having regard to the applicant's command responsibility, it is not necessary to address the question of whether the domestic courts could properly have found that the applicant had personally committed any of the acts in Mazie Bati on 27 May 1944 (see paragraph 141 of the Chamber judgment).

224. Finally, the Court would clarify two final points.

225. The respondent Government argued that the applicant's actions could not be considered lawful belligerent reprisals, to which argument neither the applicant nor the Government of the Russian Federation substantively responded. The domestic courts found that the applicant led the operation in Mazie Bati as a "reprisal", but they clearly did not accept any such defence. The Court sees no basis to question the domestic courts' rejection of this defence (whether the villagers were considered "combatants" or "civilians who had participated in hostilities")¹.

226. As regards paragraph 134 of the Chamber judgment, the Grand Chamber would agree with the respondent Government that it is not a defence to a charge of war crimes to argue that others also committed war crimes, unless those actions by others were of such nature, breadth and consistency as to constitute evidence of a change in international custom.

227. In conclusion, even assuming that the deceased villagers could be considered to have been "civilians who had participated in hostilities" or "combatants" (see paragraph 194 above), there was a sufficiently clear legal basis, having regard to the state of international law in 1944, for the

1. The Oxford Manual 1880 (Article 84); the Draft Tokyo Convention 1934 (Articles 9 and 10); the *US Field Manual: Rules of Land Warfare*, 1940; the *Hostages* case and the *Trial of Eikichi Kato*, cited at paragraphs 125 to 129 above, as well as *Kupreškić and Others*, cited above. See also Oppenheim & Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 446-50.

applicant's conviction and punishment for war crimes as the commander of the unit responsible for the attack on Mazie Bati on 27 May 1944. The Court would add that, if the villagers had been considered "civilians", *a fortiori* they would have been entitled to even greater protection.

5. *Were the charges of war crimes statute-barred?*

228. The Government of the Russian Federation maintained that any prosecution of the applicant was statute-barred at the latest in 1954, having regard to the maximum limitation period for which section 14 of the 1926 Criminal Code provided. The Latvian Government considered that his prosecution had not been statute-barred and the applicant relied on the Chamber judgment.

229. The applicant was convicted under section 68-3 of the 1961 Criminal Code; section 6-1 of that Code stated that there was no limitation period for, *inter alia*, war crimes and both sections were inserted into the Criminal Code in 1993. The Supreme Court Senate also cited with approval the 1968 Convention (see paragraphs 130-32 above). The parties essentially disputed therefore whether the applicant's prosecution (on the basis that there was no limitation period for the relevant offences) amounted to an *ex post facto* extension of a national limitation period which would have applied in 1944 and whether, consequently, that prosecution amounted to a retrospective application of the criminal law (see *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII).

230. The Court observes that, had the applicant been pursued for war crimes in Latvia in 1944, Chapter IX on "Military crimes" in the 1926 Criminal Code, of itself, would not have covered the above-described relevant war crimes (the applicant and the Government of the Russian Federation agreed): a domestic court would therefore have had to rely upon international law to found the charges of war crimes (see paragraphs 196 and 208 above). Equally, section 14 of the 1926 Criminal Code, with its limitation periods applicable to crimes foreseen by that Code only, could have had no application to war crimes sourced under international law and there was no provision in that Code saying that its prescription provisions could have had any such application. On the contrary, the Court notes that the 1926 Criminal Code was conceived of as a system to pursue "dangerous social acts" which could harm the established socialist order¹, the terminology in the Official Notes to section 14 illustrating this. In such circumstances, a

1. The USSR Fundamental Principles of Criminal Law and Procedure, 1924; and M. Ancel, "*Les Codes Pénaux Européens*", vol. IV, (Paris: CFDC), 1971.

domestic prosecution for war crimes in 1944 would have required reference to international law, not only as regards the definition of such crimes, but also as regards the determination of any applicable limitation period.

231. However, international law in 1944 was silent on the subject. Previous international declarations¹ on the responsibility for, and obligation to prosecute and punish, war crimes did not refer to any applicable limitation periods². While Article II (5) of Control Council Law No. 10 addressed the issue as regards war crimes committed on German territory prior to and during the Second World War, neither the Charters of the IMT Nuremberg/Tokyo, nor the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Geneva Conventions of 1949 nor the Nuremberg Principles contained any provisions concerning the prescriptibility of war crimes (as confirmed by the Preamble to the 1968 Convention).

232. The essential question to be determined by the Court is whether at any point prior to the applicant's prosecution, such action had become statute-barred by international law. It follows from the previous paragraph that in 1944 no limitation period was fixed by international law as regards the prosecution of war crimes. Neither have developments in international law since 1944 imposed any limitation period on the war crimes charges against the applicant³.

233. In sum, the Court concludes, firstly, that any prescription provisions in domestic law were not applicable (see paragraph 230 above) and, secondly, that the charges against the applicant were never prescribed under international law (see paragraph 232 above). It therefore concludes that the prosecution of the applicant had not become statute-barred.

6. Could the applicant have foreseen that the relevant acts constituted war crimes and that he would be prosecuted?

234. The applicant further maintained that he could not have foreseen that the impugned acts constituted war crimes, or have anticipated that he would be subsequently prosecuted.

1. Including the St James Declaration 1942; the Moscow Declaration 1943; and the Charters of the IMTs Nuremberg and Tokyo.

2. Preamble to the 1968 Convention.

3. United Nations Commission on Human Rights, *Question of the Non-Applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes against Humanity: Study Submitted by the Secretary-General*, UN Doc. E/CN.4/906, 1966, at p. 104; the 1968 Convention; Robert H. Miller, "The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity", *AJIL*, vol. 65, no. 3, July 1971, pp. 476-501, and further references therein; the 1974 Convention; the Rome Statute of the International Criminal Court; and R. Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law* (The Hague: TMC Asser Press), 2001, pp. 346-82.

In the first place, he underlined that in 1944 he was a young soldier in a combat situation behind enemy lines and detached from the above-described international developments, in which circumstances he could not have foreseen that the acts for which he was convicted could have constituted war crimes. Secondly, he argued that it was politically unforeseeable that he would be prosecuted: his conviction following the restoration of independence of Latvia in 1991 was a political exercise by the Latvian State rather than any real wish to fulfil international obligations to prosecute war criminals.

235. As to the first point, the Court considers that, in the context of a commanding officer and the laws and customs of war, the concepts of accessibility and foreseeability must be considered together.

The Court notes that the scope of the concept of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. Persons carrying on a professional activity must proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation and can be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails (see *Pessino v. France*, no. 40403/02, § 33, 10 October 2006).

236. As to whether the qualification of the impugned acts as war crimes, based as it was on international law exclusively, could be considered to be sufficiently accessible and foreseeable to the applicant in 1944, the Court notes that it has previously found that the individual criminal responsibility of a private soldier (a border guard) was defined with sufficient accessibility and foreseeability by, *inter alia*, a requirement to comply with international fundamental human rights instruments, which instruments did not, of themselves, give rise to individual criminal responsibility and one of which had not been ratified by the relevant State at the material time (see *K.-H. W. v. Germany*, cited above, §§ 92-105). The Court considered that even a private soldier could not show total, blind obedience to orders which flagrantly infringed not only domestic law, but internationally recognised human rights, in particular the right to life, a supreme value in the international hierarchy of human rights (*ibid.*, § 75).

237. It is true that the 1926 Criminal Code did not contain a reference to the international laws and customs of war (as in *K.-H. W. v. Germany*) and that those international laws and customs were not formally published in the USSR or in the Latvian SSR (as in *Korbely*, cited above, §§ 74-75). However, this cannot be decisive. As is clear from the conclusions at paragraphs 213 and 227 above, international laws and customs of war in 1944 were sufficient, of themselves, to found individual criminal responsibility.

238. Moreover, the Court notes that in 1944 those laws constituted detailed *lex specialis* regulations fixing the parameters of criminal conduct in a time of war, primarily addressed to armed forces and, especially, commanders. The present applicant was a sergeant in the Soviet Army assigned to the reserve regiment of the Latvian Division: at the material time, he was a member of a commando unit and in command of a platoon whose primary activities were military sabotage and propaganda. Given his position as a commanding military officer, the Court is of the view that he could have been reasonably expected to take such special care in assessing the risks that the operation in Mazie Bati entailed. The Court considers that, having regard to the flagrantly unlawful nature of the ill-treatment and killing of the nine villagers in the established circumstances of the operation on 27 May 1944 (see paragraphs 15-20 above), even the most cursory reflection by the applicant would have indicated that, at the very least, the impugned acts risked being counter to the laws and customs of war as understood at that time and, notably, risked constituting war crimes for which, as commander, he could be held individually and criminally accountable.

239. For these reasons, the Court deems it reasonable to find that the applicant could have foreseen in 1944 that the impugned acts could be qualified as war crimes.

240. As to his second submission, the Court notes the declarations of independence of 1990 and 1991, the immediate accession by the new Republic of Latvia to various human rights instruments (including the 1968 Convention in 1992) and the subsequent insertion of section 68-3 into the 1961 Criminal Code in 1993.

241. It points out that it is legitimate and foreseeable for a successor State to bring criminal proceedings against persons who have committed crimes under a former regime and that successor courts cannot be criticised for applying and interpreting the legal provisions in force at the material time during the former regime, but in the light of the principles governing a State subject to the rule of law and having regard to the core principles on which the Convention system is built. It is especially the case when the matter at issue concerns the right to life, a supreme value in the Convention and international hierarchy of human rights and which right Contracting Parties have a primary Convention obligation to protect. As well as the obligation on a State to prosecute drawn from the laws and customs of war, Article 2 of the Convention also enjoins the States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction and implies a primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences which endanger life (see

Streletz, Kessler and Krenz, §§ 72 and 79-86, and *K.-H. W. v. Germany*, §§ 66 and 82-89, both cited above). It is sufficient for present purposes to note that the above-cited principles are applicable to a change of regime of the nature which took place in Latvia following the declarations of independence of 1990 and 1991 (see paragraphs 27-29 and 210 above).

242. As to the applicant's reliance on the support of the Soviet authorities since 1944, the Court considers that this argument has no relevance to the legal question of whether it was foreseeable that the impugned acts of 1944 would constitute war crimes.

243. Accordingly, the applicant's prosecution (and later conviction) by the Republic of Latvia, based on international law in force at the time of the impugned acts and applied by its courts, cannot be considered unforeseeable.

244. In the light of all of the above considerations, the Court concludes that, at the time when they were committed, the applicant's acts constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability by the laws and customs of war.

D. The Court's conclusion

245. For all of the above reasons, the Court considers that the applicant's conviction for war crimes did not constitute a violation of Article 7 § 1 of the Convention.

246. It is not therefore necessary to examine the applicant's conviction under Article 7 § 2 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the applicant's request to consider the complaints declared inadmissible by the Chamber;
2. *Holds* by fourteen votes to three that there has been no violation of Article 7 of the Convention;

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 17 May 2010.

Michael O'Boyle
Registrar

Jean-Paul Costa
President

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

- (a) joint concurring opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Spielmann and Jebens;
- (b) dissenting opinion of Judge Costa, joined by Judges Kalaydjieva and Poalelungi.

J.-P.C.
M.O'B.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES ROZAKIS, TULKENS, SPIELMANN AND JEBENS

1. While we fully agree with the majority in this case that the applicant's complaints cannot lead to a finding of a violation of Article 7 of the Convention, we depart from their reasoning on a specific point, concerning their conclusions on the Government of the Russian Federation's claim that the prosecution of the applicant amounted to a retrospective application of the criminal law.

2. Indeed, the Government of the Russian Federation, intervening in the present case, maintained that any prosecution of the applicant was statute-barred at the latest in 1954, having regard to the maximum limitation period for which section 14 of the 1926 Criminal Code provided. According to the Government of the Russian Federation, the applicant was convicted under section 68-3 of the 1961 Criminal Code, and section 6-1 of that Code stated that there was no limitation period for, *inter alia*, war crimes. Under these circumstances, the Government of the Russian Federation – and the applicant – contended that the latter's prosecution amounted to an *ex post facto* extension of a national limitation period which would have applied in 1944, and, consequently, amounted to a retrospective application of the criminal law (see paragraphs 228 and 229 of the judgment).

3. The answer of the Court is given in paragraphs 230 and 233, which essentially deny that the basis of the applicant's responsibility in 1944 – had the applicant been prosecuted for war crimes in Latvia in 1944 – was the 1926 Criminal Code (with its prescriptibility provision). The Court considered that, having regard to the way in which that Criminal Code was worded, “a domestic prosecution for war crimes in 1944 would have required reference to international law, not only as regards the definition of such crimes, but also as regards the determination of any applicable limitation period”. However, the Court continued:

“... international law in 1944 was silent on the subject. Previous international declarations on the responsibility for, and obligation to prosecute and punish, war crimes did not refer to any applicable limitation periods ... [N]either the Charters of the IMT Nuremberg/Tokyo, nor the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Geneva Conventions of 1949 nor the Nuremberg Principles contained any provisions concerning the prescriptibility of war crimes (as confirmed by the Preamble to the 1968 Convention).”

The absence of any reference in the post-war instruments to the question of prescriptibility led the Court to the conclusion that international law, by being silent on the matter, recognised that the applicant's crimes were imprescriptible; that in 1944 no limitation period had been fixed

by international law as regards the prosecution of war crimes; and that subsequent developments did not indicate that international law since 1944 had imposed any limitation period on the war crimes of which the applicant had been convicted.

4. We believe that the answer given by the Court to this particular claim is not the correct one. The mere silence of international law does not suffice to prove that the consent and the intentions of the international community in 1944 were clear as far as the imprescriptibility of war crimes was concerned, particularly if one takes into account that before Nuremberg and Tokyo, the state of international criminal law concerning individual responsibility for war crimes had not yet attained a degree of sophistication and completeness permitting the conclusion that the technical and procedural issues as to the application of that law had been unequivocally determined. Basically, one could say that up to 1944 general international law – as a combination of existing general international agreements and State practice – had resolved the issue of individual responsibility (and not only State responsibility), and that only the post-war period fine-tuned procedural issues, such as the question of the statute of limitations for war crimes.

5. Yet, it seems to us that the Court incorrectly dealt with the issue of the imprescriptibility of the applicant's war crimes in 1944 as a separate aspect of the requirements of Article 7. The Court, in its effort to address an argument raised by the parties, has left the impression that the link made by the latter between the (im)prescriptibility of war crimes and the retrospective nature of the law governing such crimes was correct, and has simply focused its efforts on showing that in the circumstances of the case the crimes in question were already imprescriptible.

6. This is not the right approach. The right approach, to our mind, is that Article 7 of the Convention and the principles it enshrines require that in a rule-of-law system anyone considering carrying out a particular act should be able, by reference to the legal rules defining crimes and the corresponding penalties, to determine whether or not the act in question constitutes a crime and what penalty he or she faces if it is carried out. Hence no one can speak of retrospective application of substantive law, when a person is convicted, even belatedly, on the basis of rules existing at the time of the commission of the act. Considering, as the Court leaves one to believe, that the procedural issue of the statute of limitations is a constituent element of the applicability of Article 7, linked to the question of retrospective application and sitting alongside, with equal force, the conditions of the existence of a crime and a penalty, can lead to unwanted results which could undermine the very spirit of Article 7.

7. There should, of course, be an answer to the parties' arguments concerning the statute of limitations, seen as a purely technical issue more appropriately intertwined with the fairness of proceedings, and with Article 6 of the Convention. And this is, to our mind, that while, admittedly, the question of prescriptibility was not necessarily resolved in 1944 – although this did not afford the applicant the possibility of taking advantage of such a lacuna – the ensuing developments, after the Second World War, have nevertheless clearly demonstrated that the international community not only consolidated its position in strongly condemning heinous war crimes, but also gradually formulated detailed rules – including procedural ones – dealing with the way in which such crimes should be dealt with by international law. These developments constitute an uninterrupted chain of legal productivity, which leaves little room to consider that the international system was not prepared to pursue the condemnation of crimes committed during the war; at that stage, of course, the silence on the issue of prescriptibility was deafening. This can also be established from the adoption of the 1968 Convention, which “affirmed” the imprescriptibility of these crimes. It is exactly this chain of events which has allowed the Latvian government to prosecute and punish the applicant for the crimes he committed.

DISSENTING OPINION OF JUDGE COSTA JOINED BY JUDGES KALAYDJIEVA AND POALELUNGI

(Translation)

1. We have concluded, like the Chamber but unlike the majority of the Grand Chamber, that Article 7 of the Convention has been breached by the respondent State on account of the applicant's prosecution and conviction for war crimes. We shall attempt to set out our position on this issue.

2. A preliminary observation needs to be made in relation to the very structure of Article 7 of the Convention.

3. As is well known, the first of the two paragraphs of this Article lay down in general terms the principle that offences and penalties must be defined by law, which implies, in particular, that they should not be retrospective; the second paragraph (in a sense, a *lex specialis*) provides for an exception to that principle in cases where the act or omission, at the time when it was committed, was criminal according to "the general principles of law recognised by civilised nations". (This expression is exactly the same as the one used in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, which clearly inspired it.)

4. The Grand Chamber rightly observed in paragraph 186 of the judgment, citing *Tess v. Latvia* ((dec.), no. 34854/02, 12 December 2002), that the two paragraphs of Article 7 must be interpreted in a concordant manner. Similarly, the judgment was correct in our opinion in concluding, in paragraphs 245 and 246, that since the applicant's conviction did not constitute a violation of Article 7 § 1, it was not necessary to examine the conviction under Article 7 § 2. In fact, the lines of reasoning pursued must not only be concordant, but they are closely linked. If we reject the legal basis for the offence under national law, we must have regard to international treaty law or customary international law. And if that does not provide a sufficient basis either, Article 7 as a whole will be breached.

5. With regard to the facts, as our colleague Egbert Myjer observed in his concurring opinion appended to the Chamber judgment finding a violation, it is in principle not the Court's task to substitute its view for that of the domestic courts, except in cases of manifest arbitrariness. The Court is not a fourth-instance body, or indeed an international criminal tribunal. It is not called upon to retry the applicant for the events that occurred on 27 May 1944 in Mazie Bati. A final decision delivered by the Court on 20 September 2007 dismissed the applicant's complaint of a violation of his right to a fair trial under Article 6 of the Convention. The discussion

of the merits of the case was therefore limited to Article 7, as the Grand Chamber noted in paragraph 184 of the judgment. That being so, however, the Court must, without taking the place of the domestic courts, review the application of the Convention provisions in question, in other words ensure that the criminal penalties imposed on the applicant were prescribed by law and were not retrospective. It is, moreover, apparent that in relation to the seriousness of the charges against the applicant, those penalties were not very severe, in view of the fact that he was aged, infirm and harmless (see paragraph 39 of the judgment); however, the clemency shown towards the accused has no direct bearing on the merits of the complaint of a breach of Article 7 of the Convention.

6. The first question to consider is that of national law. At the time of the events, the 1926 Soviet Criminal Code, which became applicable in Latvian territory by a decree of 6 November 1940 (see paragraph 41 of the judgment), did not contain any provisions on war crimes as such. The Code was replaced on 6 January 1961 by the 1961 Criminal Code, after the events in issue, and a Law passed on 6 April 1993, after Latvia had regained its independence in 1991, inserted provisions on war crimes into the 1961 Criminal Code, permitting the retrospective application of the criminal law in respect of such crimes and exempting them from limitation (sections 6-1, 45-1 and 68-3 inserted into the 1961 Criminal Code – see paragraphs 48 to 50 of the judgment). In these circumstances, it is difficult to find a legal basis existing in national law at the time of the events and, if we are correct in our understanding of the judgment, in particular paragraphs 196 to 227, the majority found such a legal basis only by reference to international law, even after taking into account the enactment of the 1993 Law (see paragraph 196 especially). This was also the approach taken by the domestic courts, at least by the Supreme Court Senate in its judgment of 28 September 2004, the final decision in the case at national level. The decision was chiefly based on Article 6 (b) of the Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg, and on the 1968 United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity (for the reasoning of the Supreme Court Senate's decision, see paragraph 40 of the judgment).

7. The question of the legal basis in international law, however, is much more complex. It raises a large number of problematic issues: whether such a legal basis actually existed, whether, if appropriate, the charges of war crimes against the applicant were statute-barred or not subject to statutory limitation, and lastly, whether the prosecution of the applicant (from 1998 onwards) and his conviction (in the final instance in 2004) were foreseeable, and could have been foreseen by him.

8. In our view, a distinction must be made between international law as in force at the material time and as it subsequently emerged and gradually became established, mainly from the time of the Nuremberg trial, which began in November 1945, and was, and continues to be, of vital importance in many respects.

9. The judgment, to its great credit, contains a lengthy and careful analysis of international humanitarian law, and especially *jus in bello*, prior to 1944. It is true that both treaty law and customary law in this field developed in particular as a result of the Lieber Code 1863 and subsequently the 1907 Hague Convention (IV) and Regulations. Reference may also be made to the declaration, or “Martens Clause”, inserted into the Preamble to the 1899 Hague Convention (II) and reproduced in the Preamble to the 1907 Hague Convention (IV) (see paragraphs 86 and 87 of the judgment).

10. However, we are not persuaded, even when viewing them in 2010 through the prism of the many subsequent positive developments, that those instruments could, in 1944, have formed a sufficiently sound and acknowledged legal basis for war crimes to be regarded as having been precisely defined at that time, and for their definition to have been foreseeable. As Egbert Myjer rightly notes in his concurring opinion cited above, not all crimes committed during wars can be considered “war crimes”; the criminal law must be rigorous, and the Court has often observed that it must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy, since this would run counter to the *nullum crimen, nulla poena sine lege* principle (see, for example, *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 52, Series A no. 260-A). The applicant was prosecuted, tried and convicted more than half a century after the events in question, on the basis of a criminal law alleged to have existed at that time – a state of affairs that is clearly problematic.

11. Admittedly, paragraphs 97 to 103 of the judgment also refer to practical examples from before the Second World War of prosecutions for violations of the laws of war (US courts martial for the Philippines, the “Leipzig” trials and the prosecutions of Turkish officers). These isolated and embryonic examples by no means indicate the existence of a sufficiently established body of customary law. We are more inclined to share the view expressed by Professor Georges Abi-Saab and Mrs Rosemary Abi-Saab in their chapter entitled “Les crimes de guerre” (“War crimes”) in the collective work *Droit international pénal* (Paris: Pedone, 2000), edited by Professors Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux and Alain Pellet (p. 269):

“13. Thus, until the end of the Second World War, the criminalisation of breaches of the rules of *jus in bello*, in other words the definition of war crimes and the penalties attached to them, was left to the belligerent State and its domestic law (although this

power could be exercised only by reference to and within the limits of the rules of *jus in bello*, and was sometimes exercised by virtue of a treaty obligation). A leap in quality occurred when international law directly defined war crimes and no longer left the definition to the domestic law of individual States.”

(The authors then cite the Nuremberg trial as the starting-point of this “leap in quality”.)

12. Before reaching a conclusion on the law and practice prior to the events in issue in the present case, it should be pointed out that unfortunately, the many atrocities committed, particularly during the two world wars, did not generally result in prosecution and punishment, until Nuremberg, precisely, changed the situation. This bears out the opinion of Professor and Mrs Abi-Saab, as quoted above.

13. With regard to “Nuremberg” (the Charter, the trial and the Principles), it should be noted at the outset that the whole process began more than a year after the events of the present case. The London Agreement setting up the International Military Tribunal (IMT) dates from 8 August 1945. The Charter of the IMT Nuremberg, annexed to the London Agreement, empowered it to try and to punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, had committed certain crimes, including war crimes. Article 6 (b) of the Charter provided the first legal definition of war crimes, and as has been noted in paragraph 6 of this opinion, the national courts took the view that these provisions applied to the applicant. The judgment of the IMT Nuremberg asserts that the classification of such crimes does not result solely from Article 6 (b) of the Charter, but also from pre-existing international law (in particular, the 1907 Hague Convention (IV) and the 1929 Geneva Convention); however, the question arises whether this declaratory sentence, which is clearly retrospective in effect, should be construed as having *erga omnes* effect for the past or whether its scope should, on the contrary, be limited to the IMT’s general jurisdiction *ratione personae*, or even to its jurisdiction solely in respect of persons tried by it. This question is crucial, for while the applicant was indeed prosecuted for acts he had allegedly committed or been an accomplice to, he was clearly not acting in the interests of the “European Axis countries” as he was fighting against them. If we rule out the possibility of applying the criminal law extensively and by analogy, it is difficult to accept without some hesitation that the “Nuremberg Principles” may serve as a legal basis here.

14. Historically, then, as is again noted by Egbert Myjer in his opinion cited above, it was the Nuremberg trial “which for the first time made it clear to the outside world that anyone who might commit similar crimes in future could be held personally responsible”. Accordingly, we consider

that it was not until after the facts of the present case that international law laid down the rules of *jus in bello* with sufficient precision. The fact that the Nuremberg trial punished *ex post facto* the persons brought before the IMT does not mean that all crimes committed during the Second World War could be covered retrospectively, for the purposes of Article 7 § 2 of the Convention, by the definition of war crimes and the penalties attached to them. The “general principles of law recognised by civilised nations” were, in our opinion, clearly set forth at Nuremberg, and not before – unless one were to assume on principle that they pre-existed. If so, from what point did they exist? The Second World War? The First? The War of Secession and the Lieber Code? Is it not, with all due respect, somewhat speculative to determine the matter in a judgment delivered at the start of the twenty-first century? This is a question worth asking.

15. *A fortiori*, neither the four Geneva Conventions of 12 August 1949 nor the United Nations Convention of November 1968 on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, which came into force on 11 November 1970, appear to provide a legal basis retrospectively for the proceedings instituted against the applicant in 1998, especially as under national law, prosecution of the offence had been statute-barred since 1954 (see paragraph 18 below).

16. All these considerations lead us to conclude that, at the material time, neither domestic nor international law was sufficiently clear in relation to war crimes, nor the distinction between war crimes and ordinary crimes, however serious such crimes may have been. And the acts carried out on 27 May 1944 (regardless of their perpetrators and/or accomplices) were indeed extremely serious, to judge from the facts as established by the domestic courts.

17. As well as being unclear, was the applicable law also, and perhaps in the alternative, still in force or did a limitation period apply, thus precluding the institution of proceedings against the applicant for war crimes, and *a fortiori* his conviction as a result of such proceedings?

18. In our opinion, the applicant’s prosecution had been statute-barred since 1954, under the domestic law in force, because the 1926 Criminal Code provided for a limitation period of ten years from the commission of the offence. Only when the Law of 6 April 1993 was passed – almost fifty years after the events – was the (1961) Criminal Code amended so that the statutory limitation of criminal liability did not apply to persons found guilty of war crimes. We therefore consider that the non-applicability of this limitation in the applicant’s case entailed retrospective application of the criminal law, which in our view is not normally compatible with Article 7.

19. The majority admittedly conclude (see paragraphs 232 and 233 of the judgment) that in 1944 no limitation period was fixed by *international* law as regards the prosecution of war crimes. Firstly, though, as stated above, we consider that the acts in issue could not be classified as war crimes in 1944 in the absence of a sufficiently clear and precise legal basis, and, secondly, prosecution in respect of those acts was statute-barred from 1954. We are therefore not persuaded by this reasoning, which amounts to finding that the non-applicability of statutory limitations to criminal offences is the rule and limitation the exception, whereas in our view, the reverse should be true. Exempting the most serious crimes from limitation is a clear sign of progress, as it curbs impunity and permits punishment. International criminal justice has developed significantly, particularly since the setting up of *ad hoc* international tribunals, followed by the International Criminal Court. However, without a clear basis in law it is difficult to decide *ex post facto* that a statutory limitation should not apply.

20. Lastly, and perhaps most importantly, we need to consider the *foreseeability*, in 1944, of a prosecution brought in 1998, on the basis of an instrument dating from 1993, for acts committed in 1944. Could the applicant have foreseen at that time that more than half a century later, those acts could be found by a court to constitute a basis for his conviction, for a crime which, moreover, was not subject to statutory limitation?

21. We do not wish to enter into the debate on the foreseeability of the historical and legal changes occurring after, and sometimes a long time after, the events (the Nuremberg trial, the Geneva Conventions of 1949, the 1968 United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, the 1993 Law passed following the restoration of Latvia's independence in 1991). We would simply note that the applicant's conviction was based on international law. In that regard, the analogy drawn in the judgment (paragraph 236) with *K.-H.W. v. Germany* ([GC], no. 37201/97, 22 March 2001) does not seem decisive to us either. That case concerned facts occurring in 1972 which were punishable under the national legislation applicable at that time, and the Court found that they should also be assessed from the standpoint of international law – that is, however, as existing in 1972 and not 1944. Similarly, in *Korbely v. Hungary* ([GC], no. 9174/02, ECHR 2008), the facts, dating back to 1956, were in any event subsequent to the Geneva Conventions of 1949 in particular.

22. All in all, we would emphasise that the aim here is not to retry the applicant, to determine his individual responsibility as perpetrator, instigator or accomplice, or to confirm or refute the national courts' assessment of the facts. Nor is there any question of minimising the seriousness of the

acts carried out on 27 May 1944 in Mazie Bati. What is at issue is the interpretation and application of Article 7 of the European Convention on Human Rights. This Article is not inconsequential but is extremely important, as is illustrated in particular by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 of the Convention.

23. In conclusion, we consider that, in respect of Article 7:

(a) the legal basis of the applicant's prosecution and conviction was not sufficiently clear in 1944;

(b) it was not reasonably foreseeable at that time either, particularly by the applicant himself;

(c) prosecution of the offence was, moreover, statute-barred from 1954 under the applicable domestic legislation;

(d) and, as a consequence, the finding that the applicant's acts were not subject to statutory limitation, thus resulting in his conviction, amounted to retrospective application of the criminal law to his detriment.

For all these reasons, we consider that Article 7 has been breached.

KONONOV c. LETTONIE
(Requête n° 36376/04)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 17 MAI 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**Condamnation en vertu d'une législation introduite en 1993 pour des crimes de guerre commis durant la Seconde Guerre mondiale****Article 7**

Nullum crimen sine lege – Condamnation en vertu d'une loi introduite en 1993 pour des crimes de guerre commis durant la Seconde Guerre mondiale – Existence d'une base légale pour les crimes au moment de leur commission – Condamnation fondée sur le droit international – Règlement de La Haye de 1907 – Crimes de guerre – Violation des droits de « civils ayant pris part aux hostilités » ou de « combattants » – Délai de prescription fixé par rapport au droit international – Prévisibilité – Lois et coutumes internationales de la guerre suffisantes pour fonder la responsabilité pénale individuelle – Responsabilité du commandement – Obligation pour les commandants d'apprécier les risques avec un soin particulier – Légitimité et prévisibilité des poursuites par un Etat successeur

*

* *

En juillet 1998, le requérant fut mis en examen pour crimes de guerre à raison d'un incident survenu plus de cinquante ans plus tôt, durant la Seconde Guerre mondiale, lorsqu'il était membre d'un commando soviétique composé de partisans rouges. Les accusations furent fondées sur l'article 68 § 3 du code pénal de 1961 de la République socialiste soviétique de Lettonie. Introduite par le Conseil suprême letton le 6 avril 1993, après le rétablissement de l'indépendance de la Lettonie, cette disposition traitait des crimes de guerre. La chambre des affaires pénales de la Cour suprême lettone reconnut le requérant coupable de divers crimes de guerre et le condamna, compte tenu de son âge et de son infirmité, à un an et huit mois d'emprisonnement. D'après les faits établis par les juridictions lettones, le 27 mai 1944, le requérant avait dirigé une unité de partisans rouges portant l'uniforme de la *Wehrmacht* au cours d'une expédition punitive dans le village de Mazie Bati (alors sous administration militaire allemande), dont certains habitants étaient soupçonnés d'avoir dénoncé un autre groupe de partisans rouges aux Allemands. Après avoir trouvé des fusils et des grenades fournis par les Allemands, les partisans avaient mis le feu à des bâtiments et tué neuf villageois, parmi lesquels trois femmes – dont une en fin de grossesse. Les villageois qui avaient été tués n'étaient pas armés; aucun n'avait tenté de fuir ou opposé une forme quelconque

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

de résistance aux partisans. D'après le requérant, les victimes de l'attaque étaient des collaborateurs que son unité avait été chargée par un tribunal militaire *ad hoc* organisé au sein du détachement des partisans rouges de ramener en vue de leur jugement. Il soutint qu'il n'avait pas personnellement dirigé l'opération et qu'il n'était pas entré dans le village.

Dans sa requête à la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant se plaignait que les actes qui lui étaient reprochés n'étaient pas constitutifs d'une infraction au regard du droit interne ou du droit international au moment où ils avaient été commis. Il soutenait qu'il n'était en 1944 qu'un jeune soldat placé dans une situation de combat derrière les lignes ennemies et que, dans ces conditions, il ne pouvait prévoir que ces actes s'analyseraient en des crimes de guerre. En outre, il aurait été imprévisible qu'il serait ultérieurement poursuivi. Sa condamnation après le rétablissement de l'indépendance de la Lettonie en 1991 aurait été un acte politique de la part de l'Etat letton et elle n'aurait pas répondu à un véritable souhait de ce pays de respecter son obligation internationale de poursuivre les criminels de guerre.

Article 7 : cette disposition n'exige pas que la Cour se prononce sur la responsabilité pénale individuelle du requérant, cette appréciation incombant en premier lieu aux juridictions internes. Sa fonction consiste à examiner s'il existait une base légale suffisamment claire, compte tenu de l'état du droit au 27 mai 1944, pour condamner le requérant, si les poursuites contre le requérant ont été prescrites dans l'intervalle et, enfin, si les crimes pour lesquels le requérant a finalement été condamné étaient définis en droit avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité. Les faits étant en litige, la Cour a entamé son analyse en supposant, ce qui est particulièrement favorable au requérant, que les villageois décédés n'étaient pas des citoyens ordinaires, mais qu'ils relevaient de la catégorie des combattants ou des « civils ayant pris part aux hostilités ».

a) *Existait-il en 1944 une base juridique pour les crimes?* – Le requérant a été condamné sur le fondement de l'article 68 § 3 du code pénal de 1961, disposition introduite par le Conseil suprême le 6 avril 1993. Tout en donnant certains exemples d'actes constitutifs de crimes de guerre, cette disposition renvoyait aux « conventions juridiques pertinentes » pour une définition précise des crimes de guerre. La condamnation du requérant était donc fondée sur le droit international et non sur le droit national.

Ayant examiné la situation en droit international en 1944, la Cour note que, après une longue période de codification remontant au milieu du XIX^e siècle, le Statut du tribunal militaire international (« TMI ») de Nuremberg a défini de manière non limitative les crimes de guerre engageant la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs. La doctrine reconnaissait à l'époque que le droit international, en particulier la Convention et le Règlement de La Haye de 1907, définissait déjà les crimes de guerre et exigeait que des poursuites fussent engagées contre leurs auteurs. Le Statut du TMI de Nuremberg n'était donc pas une législation pénale *ex*

post facto. Tout au long de cette période de codification, les lois et coutumes de la guerre furent surtout appliquées par les juridictions pénales et militaires nationales, les poursuites internationales revêtant un caractère exceptionnel. Par conséquent, l'avènement de la responsabilité internationale des Etats fondée sur les traités et conventions n'avait pas supprimé l'obligation que le droit coutumier faisait peser sur les Etats de poursuivre et punir les individus s'étant rendus coupables de violations des lois et coutumes de la guerre. Tant le droit international que le droit national servaient de base aux poursuites et à la détermination de la responsabilité au niveau national. En particulier, lorsque le droit national ne définissait pas les éléments constitutifs d'un crime de guerre, le tribunal national pouvait se fonder sur le droit international pour étayer son raisonnement. Dès lors, la Cour considère qu'en mai 1944 les crimes de guerre étaient définis comme des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre, que le droit international exposait les principes fondamentaux sous-jacents à cette incrimination et qu'il donnait une large série d'exemples d'actes constitutifs de crimes de guerre. Les Etats avaient pour le moins l'autorisation (sinon l'obligation) de prendre des mesures pour punir les individus coupables de tels crimes, y compris sur la base du principe de la responsabilité des commandants.

La Cour a examiné ensuite, à la lumière de deux « principes cardinaux » du droit humanitaire – « protéger la population civile et les biens de caractère civil » et ne « pas causer de maux superflus aux combattants » – s'il existait à l'époque une base légale suffisamment claire pour les crimes de guerre spécifiques pour lesquels le requérant a été condamné. Ces crimes ont inclus l'infliction aux villageois de mauvais traitements, de blessures puis de la mort, l'infliction de blessures et de la mort par trahison, le meurtre d'une femme enceinte qui fut brûlée vive et les attaques de localités non défendues.

Quant à la première de ces infractions, eu égard notamment à l'article 23 c) du Règlement de La Haye de 1907, les mauvais traitements et le meurtre des villageois étaient contraires à la règle fondamentale qui protégeait un ennemi hors de combat – qui ne portait pas d'armes en l'espèce. Un tel individu ne devait pas nécessairement jouir d'un statut juridique particulier ni s'être formellement rendu. Comme combattants, les villageois auraient par ailleurs eu droit à une protection en tant que prisonniers de guerre tombés au pouvoir du requérant et de son unité, et leur traitement et leur exécution sommaire ultérieure auraient été contraires aux nombreuses règles et coutumes de la guerre protégeant les prisonniers de guerre. Quant à la deuxième infraction, c'est à bon droit que les juridictions nationales se sont appuyées sur l'article 23 b) du Règlement de La Haye de 1907 pour fonder une condamnation distincte pour infliction de blessures et de la mort par trahison pour avoir fait croire à l'ennemi par des procédés illicites (port de l'uniforme allemand) qu'il n'était pas sous la menace d'une attaque. En outre, la condamnation du requérant pour la troisième infraction (meurtre d'une femme enceinte qui fut brûlée vive) reposait sur une base légale plausible, compte tenu de la protection

particulière accordée aux femmes en temps de guerre par des instruments aussi anciens que les Instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (« le Code Lieber »). Enfin, en ce qui concerne la quatrième infraction, l'article 23 g) du Règlement de La Haye de 1907 proscrivait les attaques de localités non défendues lorsqu'elles n'étaient pas « impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ». Rien n'indique que cette exception s'appliquait en l'espèce. Dès lors, la Cour est convaincue que ces infractions étaient constitutives de crimes de guerre. En tant que personne qui avait organisé, commandé et dirigé l'unité de partisans responsable de l'attaque, le requérant assumait la responsabilité du commandement pour ces actes.

En conclusion, à supposer même que l'on puisse considérer que les villageois décédés étaient des « civils ayant participé aux hostilités » ou des « combattants », la condamnation et la sanction infligées au requérant pour des crimes de guerre commis en sa qualité de commandant de l'unité responsable de l'attaque menée à Mazie Bati reposaient sur une base légale suffisamment claire eu égard à l'état du droit international en 1944. Si les villageois avaient été considérés comme des « civils » ils auraient eu droit par le fait même à une protection encore supérieure.

b) *Les accusations étaient-elles prescrites ?* – Des poursuites pour crimes de guerre au niveau national en 1944 auraient exigé le recours au droit international, non seulement pour la définition de ces crimes, mais également pour la détermination du délai de prescription applicable. Par conséquent, aucun délai de prescription national n'était applicable. La question essentielle est donc de savoir si, à quelque moment que ce soit avant l'engagement des poursuites contre le requérant, pareilles poursuites devaient être réputées prescrites en vertu du droit international. En 1944, le droit international était silencieux en la matière et dans son évolution depuis lors il n'a jamais fixé aucun délai de prescription. Il s'ensuit que les poursuites dirigées contre le requérant n'étaient pas prescrites.

c) *Prévisibilité* – Les lois et coutumes internationales de la guerre étaient en soi suffisantes en 1944 pour fonder la responsabilité pénale individuelle du requérant, si bien que le fait que le droit interne ne renfermait aucune référence aux lois et coutumes de la guerre à l'époque ne saurait être décisif. Ces lois constituaient une *lex specialis* détaillée fixant les paramètres du comportement criminel en temps de guerre, qui s'adressait avant tout aux forces armées et, en particulier, aux commandants. Étant donné sa position de commandant militaire, on pouvait raisonnablement attendre du requérant qu'il appréciait avec un soin particulier les risques que comportait l'opération de Mazie Bati. Eu égard au caractère manifestement illégal des mauvais traitements et de la mort infligée aux villageois, même la réflexion la plus superficielle du requérant aurait indiqué à l'intéressé que les actes en cause risquaient d'être jugés constitutifs de crimes de guerre pour lesquels, en sa qualité de commandant, il pourrait voir sa responsabilité pénale individuelle engagée. La Cour rejette l'argument du requérant selon lequel il était politiquement imprévisible qu'il serait poursuivi, puisqu'il est légitime et prévisible qu'un Etat succédant à un

autre engage des poursuites contre des personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur. On ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat successeur d'appliquer et d'interpréter à la lumière des normes régissant tout Etat de droit, en tenant compte des principes fondamentaux sur lesquels repose le mécanisme de la Convention, les dispositions légales qui étaient en vigueur à l'époque des faits sous le régime antérieur, en particulier lorsque le droit à la vie se trouve en jeu. Ces principes sont applicables à un changement de régime de la nature de celui intervenu en Lettonie après l'indépendance.

En conséquence, à l'époque où ils ont été commis, les actes du requérant étaient constitutifs d'infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les lois et coutumes de la guerre.

Conclusion: non-violation (quatorze voix contre trois).

Jurisprudence citée par la Cour

X. c. Belgique, n° 268/57, décision de la Commission du 20 juillet 1957, Annuaire I
Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140

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

Coëme et autres c. Belgique, n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII

Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II

K.-H.W. c. Allemagne [GC], n° 37201/97, 22 mars 2001

K. et T. c. Finlande [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII

Tess c. Lettonie (déc.), n° 34854/02, 12 décembre 2002

Pessino c. France, n° 40403/02, 10 octobre 2006

Jorgic c. Allemagne, n° 74613/01, CEDH 2007-III

Korbely c. Hongrie [GC], n° 9174/02, CEDH 2008

Šilih c. Slovénie [GC], n° 71463/01, 9 avril 2009

En l'affaire Kononov c. Lettonie,

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,
Ireneu Cabral Barreto,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
Sverre Erik Jebens,
Dragoljub Popović,
Päivi Hirvelä,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Mihai Poalelungi,
Nebojša Vučinić, *juges*,
Alan Vaughan Lowe, *juge ad hoc*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 20 mai 2009 et 24 février 2010,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 36376/04) dirigée contre la République de Lettonie et dont un ressortissant de la Fédération de Russie, M. Vassili Kononov (« le requérant »), a saisi la Cour le 27 août 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M^e M. Ioffe, avocat exerçant à Riga. Le gouvernement letton (« le gouvernement défendeur » ou « le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} I. Reine. Le gouvernement de la Fédération de Russie, qui a exercé son droit d'intervention conformément à l'article 36 § 1 de la Convention, l'a été par le représentant de la Fédération de Russie auprès de la Cour, M. G. Matiouchkine.

3. Le requérant alléguait en particulier que la condamnation pour crimes de guerre qu'il avait subie pour avoir participé à une expédition militaire le 27 mai 1944 était contraire à l'article 7 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 20 septembre 2007, après une audience consacrée à sa recevabilité et à son bien-fondé (article 54 § 3 du règlement), elle a été déclarée partiellement recevable par une chambre de ladite section composée de Boštjan M. Zupančič, président, Corneliu Bîrsan, Elisabet Fura-Sandström, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Davíd Thór Björgvinsson, Ineta Ziemele, juges, et de Santiago Quesada, greffier de section.

5. Le 24 juillet 2008, la chambre a rendu un arrêt dans lequel elle concluait, par quatre voix contre trois, qu'il y avait eu violation de l'article 7 de la Convention et qu'il y avait lieu d'octroyer une satisfaction équitable au requérant.

6. Le 24 octobre 2008, le gouvernement défendeur a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre (article 43 de la Convention). Le 6 janvier 2009, un collègue de la Grande Chambre a fait droit à cette demande (article 73 du règlement).

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement. Ineta Ziemele, juge élue au titre de la Lettonie, s'est ensuite déportée (article 28 du règlement) et le gouvernement défendeur a désigné Alan Vaughan Lowe, professeur de droit international public à l'université d'Oxford, pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement). Boštjan M. Zupančič, président de l'ancienne troisième section, s'est lui aussi déporté et Nebojša Vučinić, juge suppléant, l'a remplacé.

8. Par une lettre du 6 avril 2009, le président de la Grande Chambre a autorisé le gouvernement lituanien à soumettre des observations écrites sur l'affaire (article 44 § 3 a) du règlement). Le gouvernement de la Fédération de Russie a de son côté exercé son droit d'intervenir dans la procédure devant la Grande Chambre (article 44 du règlement).

9. Le requérant et le gouvernement défendeur ont chacun déposé un mémoire sur le fond de l'affaire et les gouvernements de la Fédération de Russie et de la République de Lituanie ont présenté des observations écrites.

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 20 mai 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement défendeur*

M^{mes} I. Reine,
K. Inkuša,

agent,

- M. W. Schabas, *conseils;*
- *pour le requérant*
 M. M. Ioffe, *conseil,*
 M^{me} M. Zakarina,
 M. Y. Larine, *conseillers;*
- *pour le gouvernement de la Fédération de Russie*
 MM. G. Matiouchkine, *représentant du gouvernement,*
 M. Mikhaylov,
 P. Smirnov, *conseillers.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Ioffe, M^{me} Reine, M. Schabas et M. Matiouchkine.

11. Le président de la Grande Chambre ayant autorisé le requérant à verser des observations supplémentaires au dossier le jour de l'audience, le gouvernement défendeur et le gouvernement de la Fédération de Russie ont par la suite déposé des observations en réponse.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

12. Le requérant est né en 1923 dans le district de Ludza, en Lettonie. Il posséda la nationalité lettone jusqu'à ce qu'un décret spécial lui octroie la nationalité russe en 2000.

A. Les événements antérieurs au 27 mai 1944

13. En août 1940, la Lettonie devint une partie de l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS) sous le nom de « République socialiste soviétique de Lettonie » (« RSS de Lettonie »). Le 22 juin 1941, l'Allemagne attaqua l'URSS. Devant l'avancée des forces allemandes, l'armée soviétique dut quitter la région balte et se replier en Russie.

14. Le requérant, qui vivait alors dans une région frontalière, suivit le mouvement. Le 5 juillet 1941, toute la Lettonie se trouva envahie par les forces allemandes. Après son arrivée en URSS, le requérant fut mobilisé comme soldat dans l'armée soviétique en 1942 et affecté au régiment de réserve de la division lettone. De 1942 à 1943, il suivit une formation spéciale aux missions de sabotage, où il apprit à organiser et à mener des opérations de commando derrière les lignes ennemies. A la fin de cet entraînement, il fut promu au grade de sergent. En juin 1943, il fut parachuté, avec

une vingtaine d'autres soldats, sur le territoire biélorusse, alors occupé par l'Allemagne, près de la frontière avec la Lettonie, et donc de sa région natale. Il devint membre d'un commando soviétique composé de « partisans rouges » (combattants soviétiques qui menaient une guérilla contre les forces allemandes). En mars 1944, il fut placé par ses deux supérieurs directs à la tête d'un peloton qui, d'après lui, avait principalement pour objectifs de saboter des installations militaires, des lignes de communication et des points de ravitaillement allemands, de faire dérailler des trains et de diffuser de la propagande politique au sein de la population locale. Il aurait par la suite été responsable du déraillement de seize trains militaires et de la destruction de quarante-deux cibles militaires allemandes.

B. Les événements du 27 mai 1944, tels qu'établis par les juridictions internes

15. En février 1944, l'armée allemande découvrit et anéantit un groupe de partisans rouges, dirigé par le commandant Tchougounov, qui s'était caché dans la grange de Meikuls Krupniks, dans le village de Mazie Bati. L'administration militaire allemande avait fourni à quelques hommes de Mazie Bati un fusil et deux grenades chacun. Soupçonnant les villageois d'avoir espionné pour le compte des Allemands et de leur avoir livré les hommes de Tchougounov, le requérant et les membres de son unité décidèrent de mener une action de représailles.

16. Le 27 mai 1944, armés et portant l'uniforme de la *Wehrmacht* pour ne pas éveiller les soupçons, ils pénétrèrent dans le village de Mazie Bati. Les habitants s'apprêtaient à fêter la Pentecôte. L'unité se divisa en plusieurs petits groupes, qui attaquèrent chacun une maison, sur les ordres du requérant.

17. Plusieurs partisans firent irruption chez le paysan Modests Krupniks, saisirent les armes qu'ils trouvèrent dans sa maison et lui ordonnèrent de sortir dans la cour. Comme il les suppliait de ne pas le tuer sous les yeux de ses enfants, ils le firent courir en direction de la forêt, puis l'abattirent de plusieurs coups de feu. Modests Krupniks fut laissé, grièvement blessé, à la lisière de la forêt, où il décéda le lendemain matin.

18. Deux autres groupes de partisans rouges attaquèrent les maisons de deux autres paysans, Meikuls Krupniks et Ambrozs Buļš. Le premier, appréhendé alors qu'il prenait son bain, fut sévèrement battu. Après avoir saisi les armes trouvées chez les deux villageois, les partisans les déposèrent dans la maison de Meikuls Krupniks, où ils tirèrent plusieurs rafales de balles sur Ambrozs Buļš ainsi que sur Meikuls Krupniks et sa mère. Ces deux derniers furent grièvement blessés. Les partisans arrosèrent ensuite la maison et toutes les dépendances d'essence et y mirent le feu. La femme

de Meikuls Krupniks, enceinte de neuf mois, parvint à s'échapper, mais les partisans la rattrapèrent et la jetèrent par la fenêtre à l'intérieur de la maison en flammes. Le lendemain matin, les survivants retrouvèrent les restes des corps calcinés des quatre victimes; le cadavre de M^{me} Krupniks fut identifié d'après le squelette carbonisé du bébé qui gisait à ses côtés.

19. Un quatrième groupe de partisans fit irruption chez Vladislavs Šķirmants, alors que celui-ci était sur son lit avec son fils âgé d'un an. Après avoir découvert un fusil et deux grenades cachés au fond d'un placard, les partisans firent sortir Vladislavs Šķirmants dans la cour. Ils verrouillèrent alors la porte de l'extérieur afin d'empêcher M^{me} Šķirmants de suivre son mari, puis emmenèrent celui-ci dans un coin reculé de la cour et l'abattirent. Un cinquième groupe attaqua la maison de Juliāns Šķirmants. Après y avoir trouvé et saisi un fusil et deux grenades, les partisans emmenèrent Juliāns Šķirmants dans la grange, où ils l'exécutèrent. Un sixième groupe s'en prit à la maison de Bernards Šķirmants. Les partisans saisirent les armes qu'ils découvrirent chez lui, le tuèrent, blessèrent sa femme et mirent le feu à tous les bâtiments de la ferme. La femme de Bernards Šķirmants fut brûlée vive avec le cadavre de son mari.

20. Le parquet affirma également que les partisans avaient pillé le village (volant des vêtements et de la nourriture), mais ni la chambre des affaires pénales de la Cour suprême (« la chambre des affaires pénales ») ni le sénat de la Cour suprême n'évoquèrent ce point, leurs décisions ne mentionnant que la saisie des armes.

C. La version du requérant

21. Devant la chambre, le requérant a contesté les faits tels qu'ils avaient été établis par les tribunaux internes et les a exposés comme suit.

22. Tous les villageois décédés étaient des collaborateurs et des traîtres qui avaient livré le peloton du commandant Tchougounov (qui comportait des femmes et un enfant en bas âge) aux Allemands en février 1944. Trois femmes – la mère de Meikuls Krupniks, son épouse et celle de Bernards Šķirmants – avaient assuré au peloton de Tchougounov que la *Wehrmacht* était loin, mais Bernards Šķirmants avait envoyé Meikuls Krupniks alerter les forces allemandes. Une fois arrivés, les soldats allemands avaient mis le feu à la grange (où se cachait le peloton) en la mitraillant avec des balles incendiaires. Les membres du peloton qui avaient tenté de s'échapper avaient été abattus. La mère de Meikuls Krupniks avait dépouillé les cadavres de leurs manteaux. Le commandement militaire allemand avait récompensé les villageois concernés en leur offrant du bois de chauffage, du sucre, de l'alcool et de l'argent. Meikuls Krupniks et Bernards Šķirmants étaient des *Schutzmänner* (auxiliaires de la police allemande).

23. Environ une semaine avant les événements du 27 mai 1944, le requérant et tous les hommes de son peloton avaient été convoqués par leur commandant. Celui-ci les avait informés qu'ils étaient chargés de l'exécution de la sentence condamnant les habitants de Mazie Bati impliqués dans la trahison du groupe de Tchougounov qui avait été prononcée par un tribunal militaire *ad hoc*. Plus précisément, ils devaient « amener les six *Schutzmänner* de Mazie Bati aux fins de leur jugement ». Le requérant ayant refusé de diriger l'opération (comme les villageois le connaissaient depuis son enfance, il craignait pour la sécurité de ses parents, qui résidaient dans le village voisin), le commandant avait confié la mission à un autre partisan, et c'est ce dernier qui avait donné les ordres.

24. Le 27 mai 1944, le requérant avait suivi les hommes de son unité. Il n'était pas entré dans le village, mais s'était caché derrière un buisson d'où il pouvait observer la maison de Modests Krupniks. Peu après, il avait entendu des cris et des coups de feu et aperçu de la fumée. Un quart d'heure plus tard, les partisans étaient revenus seuls. L'un d'eux était blessé au bras ; un autre portait six fusils, dix grenades et un grand nombre de cartouches qui avaient été saisis chez les villageois. Les hommes du requérant lui avaient expliqué plus tard qu'ils n'avaient pas pu exécuter leur mission parce que « les villageois s'étaient enfuis en leur tirant dessus et les Allemands étaient arrivés ». L'unité du requérant n'avait pas pillé Mazie Bati. Lorsque les partisans étaient revenus à leur base, le commandant les avait sévèrement réprimandés pour n'avoir pas ramené les personnes recherchées.

D. Les événements ultérieurs

25. En juillet 1944, l'Armée rouge entra en Lettonie et le 8 mai 1945 le territoire letton passa sous le contrôle des forces soviétiques.

26. Après la fin des hostilités, le requérant demeura en Lettonie. Il fut décoré de l'ordre de Lénine, la plus haute distinction soviétique, pour ses exploits militaires. En novembre 1946, il adhéra au Parti communiste de l'Union soviétique. En 1957, il sortit diplômé de la grande école du ministère de l'Intérieur de l'URSS. Par la suite et jusqu'à sa retraite en 1988, il travailla comme agent dans différentes branches de la police soviétique.

27. Le 4 mai 1990, le Conseil suprême de la RSS de Lettonie adopta la Déclaration sur le rétablissement de l'indépendance de la République de Lettonie, déclarant illégitime et nulle l'incorporation de la Lettonie à l'URSS en 1940 et redonnant force de loi aux dispositions fondamentales de la Constitution lettone de 1922. Le même jour, il adopta la Déclaration relative à l'adhésion de la République de Lettonie aux instruments internationaux en matière de droits de l'homme. L'« adhésion » proclamée par ladite déclaration signifiait l'acceptation unilatérale et solennelle des

valeurs consacrées par les textes en question. Plus tard, la Lettonie signa et ratifia selon la procédure établie la plupart des textes conventionnels visés par la déclaration.

28. Le 21 août 1991, après deux tentatives avortées de coup d'Etat, le Conseil suprême adopta une loi constitutionnelle concernant le statut étatique de la République de Lettonie et proclamant l'indépendance absolue et immédiate du pays.

29. Le 22 août 1996, le Parlement letton adopta la Déclaration sur l'occupation de la Lettonie. Aux termes de ce texte, l'annexion du territoire letton par l'URSS en 1940 s'analysait en une « occupation militaire » et en une « incorporation illégale ». Quant à la reprise par l'URSS de ce territoire à la fin de la Seconde Guerre mondiale, elle fut qualifiée de « rétablissement d'un régime d'occupation ».

E. La condamnation du requérant

1. La première instruction préliminaire et le procès

30. En juillet 1998, le centre de documentation sur les conséquences du totalitarisme basé en Lettonie transmet un dossier d'enquête (sur les événements du 27 mai 1944) au parquet général letton. En août 1998, le requérant fut mis en examen pour crimes de guerre. En octobre 1998, il fut traduit devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du centre de Riga, qui ordonna son placement en détention provisoire. En décembre 1998, le parquet rédigea l'acte final d'accusation et renvoya le dossier devant le tribunal régional de Riga.

31. Le procès se déroula devant le tribunal régional de Riga le 21 janvier 2000. Le requérant plaida non coupable. Il réitéra sa version des faits survenus le 27 mai 1944, réaffirmant avec force que toutes les victimes de l'attaque étaient des *Schutzmäänner* armés. Il nia toute implication personnelle dans les événements litigieux. Quant aux nombreux documents (notamment des articles de presse) attestant le contraire, il expliqua qu'il avait à l'époque délibérément consenti à une distorsion des faits historiques afin d'en tirer gloire et d'obtenir ainsi certains avantages personnels.

32. Le tribunal régional estima que le dossier renfermait de nombreuses preuves de la culpabilité de l'intéressé et que celui-ci avait perpétré des actes prohibés par le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, par la quatrième Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (« la quatrième Convention de La Haye de 1907 ») et par la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949

(«la quatrième Convention de Genève de 1949»). Il reconnut le requérant coupable d'infractions réprimées par l'article 68 § 3 du code pénal letton de 1961 et le condamna à une peine de six ans d'emprisonnement ferme. Tant le requérant que le parquet interjetèrent appel.

33. Par un arrêt du 25 avril 2000, la chambre des affaires pénales de la Cour suprême annula ce jugement et renvoya le dossier au parquet général pour un complément d'information. Elle estima que la motivation du jugement comportait des lacunes et, en particulier, que la juridiction de première instance était restée en défaut de répondre clairement à des questions décisives, notamment celles de savoir si Mazie Bati se trouvait en «territoire occupé» à l'époque pertinente, si le requérant et ses victimes pouvaient être considérés respectivement comme «combattants» et «non-combattants», et si le fait que l'administration militaire allemande avait armé les villageois aurait entraîné l'assimilation de ceux-ci à des «prisonniers de guerre» en cas d'arrestation. Elle considéra en outre que le parquet aurait dû consulter des experts en histoire et en droit pénal international. Enfin, elle ordonna la libération immédiate du requérant.

34. Par un arrêt du 27 juin 2000, le sénat de la Cour suprême rejeta le pourvoi du ministère public, tout en annulant l'observation de la chambre concernant la nécessité d'une expertise, estimant que les questions de droit relevaient de la seule compétence des juges.

2. La deuxième instruction préliminaire et le procès

35. Le 17 mai 2001, après une autre enquête, le requérant fut de nouveau inculpé en vertu de l'article 68 § 3 du code pénal de 1961.

36. La cause fut entendue par le tribunal régional de Latgale, qui rendit son jugement le 3 octobre 2003. Il acquitta le requérant des charges de crimes de guerre, mais le déclara coupable de brigandage, infraction punissable de trois à quinze ans d'emprisonnement en vertu de l'article 72 du code pénal de 1961.

Après avoir analysé la situation dans laquelle la Lettonie s'était trouvée du fait des événements historiques de 1940 et de l'invasion allemande, le tribunal régional conclut que le requérant ne pouvait pas être assimilé à un «représentant des forces d'occupation», qu'il avait au contraire lutté pour la libération du pays contre les forces d'occupation de l'Allemagne nazie. La Lettonie ayant été incorporée à l'URSS, le comportement du requérant devait être analysé sous l'angle des lois soviétiques. En outre, l'intéressé n'avait raisonnablement pu s'attendre à ce qu'on le qualifiât un jour de «représentant des forces d'occupation soviétique». Quant à l'opération de Mazie Bati, le tribunal reconnut que les villageois avaient collaboré avec l'administration militaire allemande et livré le groupe des partisans rouges

de Tchougounov à la *Wehrmacht*. L'attaque du village avait donc été menée en exécution du jugement rendu par le tribunal militaire *ad hoc* organisé au sein du détachement des partisans rouges. Le tribunal accepta également que la mort des six hommes de Mazie Bati avait pu passer pour nécessaire et justifiée par des considérations d'ordre militaire. En revanche, cette justification ne s'étendait ni au meurtre des trois femmes ni à l'incendie des bâtiments du village, actes dont le requérant était responsable en tant que chef de l'unité. Par conséquent, dès lors qu'ils avaient agi au-delà de ce que prescrivait le jugement du tribunal militaire *ad hoc*, le requérant et ses hommes avaient commis un acte de brigandage dont ils étaient entièrement responsables mais qui, en revanche, était prescrit.

37. Les deux parties interjetèrent appel de ce jugement devant la chambre des affaires pénales. Invoquant, entre autres, l'article 7 § 1 de la Convention, le requérant demandait son acquittement complet, s'estimant victime d'une application rétroactive de la loi. Le ministère public, quant à lui, reprochait aux juges de première instance plusieurs erreurs graves de fait et de droit : le tribunal régional n'avait pas considéré que l'incorporation de la Lettonie à l'URSS était contraire tant à la Constitution lettone de 1922 qu'aux dispositions du droit international, qu'elle était donc illégitime, et que la République de Lettonie avait continué d'exister *de jure*. Dès lors, le comportement du requérant en 1944 aurait pu et aurait dû être analysé au regard du droit letton et international, et non au regard des lois soviétiques. En outre, le parquet critiquait la manière dont le tribunal régional avait évalué les preuves dans l'affaire. D'après lui, le tribunal s'était fondé sur une série d'assertions émanant du requérant qui n'étaient corroborées par aucun élément de preuve, et qui en outre étaient contredites par la teneur des preuves. Étaient notamment visées les affirmations suivantes : les villageois de Mazie Bati étaient des collaborateurs armés de l'administration militaire allemande, ils avaient aidé la *Wehrmacht* à anéantir les partisans de Tchougounov, un « tribunal » *ad hoc* de partisans avait été constitué au sein du détachement dont relevait le requérant, et le vrai but de l'opération de Mazie Bati avait été non pas d'exécuter sommairement les villageois mais de les arrêter.

38. Par un arrêt du 30 avril 2004, la chambre des affaires pénales fit droit à l'appel du parquet, annula le jugement du tribunal régional de Latgale et déclara le requérant coupable de l'infraction réprimée par l'article 68 § 3 du code pénal de 1961. Après avoir analysé les preuves, elle s'exprima ainsi :

« (...) Ainsi, V. Kononov et les partisans du groupe spécial qu'il commandait ont volé les armes qui avaient été remises aux villageois aux fins de leur défense personnelle et ont tué neuf civils du village, parmi lesquels six – notamment trois femmes, dont une

en fin de grossesse – ont été brûlés vifs; ils ont également incendié les bâtiments de deux fermes.

En attaquant ces neuf civils du village de Mazie Bati, qui ne participaient pas aux combats, en les tuant et en volant leurs armes, V. Kononov et les partisans qu'il commandait (...) ont commis une violation grossière des lois et coutumes de la guerre énoncées par :

– le point b) du premier alinéa de l'article 23 de la Convention de La Haye du [18] octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, obligatoire pour toutes les nations civilisées, qui interdit de tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la population civile; l'article 25 [de ladite Convention], qui interdit d'attaquer, par quelque moyen que ce soit, des villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus; et le premier alinéa de l'article 46 [de ladite Convention], aux termes duquel l'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée doivent être respectés;

– l'article 3 § 1, point a), de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (...), selon lequel sont prohibées à l'égard des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; le point d) [du même alinéa], aux termes duquel (...) sont interdites les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés; l'article 32, qui prohibe le meurtre, la torture et toute autre brutalité contre les personnes protégées; et l'article 33, en vertu duquel aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement, et les peines collectives, toute mesure d'intimidation, le pillage et les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et de leurs biens sont interdits;

– l'article 51 § 2 du premier Protocole additionnel à la Convention [susmentionnée] relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté le 8 juin 1977 (...), selon lequel ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques et sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile. Le paragraphe 4, point a), [du même article], qui interdit les attaques sans discrimination qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé; le paragraphe 6 [du même article], qui interdit les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles. L'article 75 § 2, point a) (...), aux termes duquel sont prohibées les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment le meurtre, la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale, les mutilations, et le point d) [du même paragraphe], qui interdit les peines collectives.

En agissant avec une cruauté et une brutalité particulières et en brûlant vive la villageoise (...) enceinte, V. Kononov et ses hommes ont ouvertement bafoué les lois et coutumes de la guerre énoncées par le premier alinéa de l'article 16 de la Convention de

Genève (...), en vertu duquel les femmes enceintes doivent être l'objet d'une protection et d'un respect particuliers.

De même, en brûlant les maisons [d'habitation] et les autres bâtiments des villageois (...) Meikuls Krupniks et Bernardas Šķirmants, V. Kononov et les partisans qui l'accompagnaient ont agi au mépris des dispositions de l'article 53 de cette même convention, lequel prohibe la destruction des biens immobiliers, sauf dans les cas où elle serait rendue absolument nécessaire par les opérations militaires, ainsi que de l'article 52 du premier Protocole additionnel [aux Conventions de Genève] selon lequel les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles.

(...)

Eu égard à ce qui précède, les actes perpétrés par V. Kononov et ses hommes doivent être qualifiés de crime de guerre au sens du deuxième alinéa, point b), de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, en vertu duquel l'assassinat, la torture des personnes civiles dans les territoires occupés, le pillage des biens privés, la destruction sans motif des villages, la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires constituent des violations des lois et coutumes de la guerre, c'est-à-dire des crimes de guerre.

Les actes perpétrés par V. Kononov et ses hommes doivent également être qualifiés d'infractions graves au sens de l'article 147 de la (...) Convention de Genève (...)

Partant (...), V. Kononov a commis le crime réprimé par l'article 68 § 3 du code pénal (...)

Il ressort des pièces du dossier qu'après la guerre les membres survivants des familles des [personnes] tuées ont été impitoyablement persécutés et soumis à diverses représailles. Après le rétablissement de l'indépendance de la Lettonie, toutes les personnes tuées ont été réhabilitées; leurs certificats de réhabilitation mentionnent qu'elles n'[ont] pas commis de « crimes contre la paix [ou] l'humanité, d'infractions pénales (...) » et qu'elles n'[ont] pas participé (...) aux répressions politiques (...) du régime nazi » (...).

En application de l'article 43 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (...), selon lequel les combattants, c'est-à-dire les personnes qui ont le droit de participer directement aux hostilités, sont les membres des forces armées d'une partie à un conflit, il y a lieu de considérer que V. Kononov tombe sous le coup [de la disposition régissant] le crime de guerre [en question].

Pendant la Seconde Guerre mondiale, V. Kononov était membre des forces armées d'une partie belligérante, [à savoir de] l'URSS et il a activement participé aux opérations militaires organisées par celle-ci.

V. Kononov avait été envoyé en mission spéciale en Lettonie avec l'ordre bien précis d'agir derrière les lignes ennemies [et] d'y organiser des explosions.

Le peloton dirigé par V. Kononov ne saurait passer pour un groupement de volontaires, puisqu'il avait été organisé et dirigé par les forces armées de l'une des parties belligérantes (l'URSS); cela est confirmé par les pièces du dossier. De même, au moment du crime dont il est accusé, V. Kononov agissait également en sa qualité de

combattant, dirigeant un groupe de personnes armées qui avait le droit de participer aux opérations militaires en tant que partie intégrante des forces armées d'une partie belligérante. (...)

V. Kononov a combattu sur le territoire letton occupé par l'URSS, et ni le fait qu'il y avait alors une double occupation (l'Allemagne étant l'autre puissance occupante) ni le fait que l'URSS faisait partie de la coalition antihitlérienne n'affectent la qualité de criminel de guerre de V. Kononov. (...)

La chambre des affaires pénales considère que tous les villageois de Mazie Bati qui ont été tués doivent être considérés comme des personnes civiles au sens de l'article 68 § 3 du code pénal (...) et des dispositions du droit international.

Aux termes de l'article 50 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (...), est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 43 dudit protocole et à l'article 4A de la convention.

Les attributs décrits par les dispositions précitées, qui sont propres à [certaines] catégories de personnes et qui excluent celles-ci de la définition des personnes civiles, ne s'appliquent pas aux villageois qui ont été tués.

Le fait que ceux-ci eussent obtenu des armes et des munitions ne leur conférait pas la qualité de combattants et l'on ne saurait y voir une volonté de leur part d'effectuer de quelconques opérations militaires.

(...)

Il est établi (...) que le groupe de partisans de Tchougounov a été anéanti par un détachement militaire allemand; cela est du reste confirmé par les documents du quartier général de reconnaissance (...)

Le dossier ne contient pas de preuves susceptibles de démontrer que les villageois eussent participé à cette opération.

Le fait que Meikuls Krupniks eût informé les Allemands de la présence de partisans dans sa grange ne l'exclut pas de la catégorie des personnes civiles.

M. Krupniks vivait sur un territoire occupé par l'Allemagne, et la présence de partisans [rouges] dans sa ferme en temps de guerre était sans doute dangereuse pour lui et pour sa famille. (...)

Le fait que les villageois avaient des armes chez eux et qu'ils montaient [régulièrement] la garde la nuit ne signifie pas qu'ils participaient aux opérations militaires, mais atteste qu'ils craignaient réellement de subir des attaques.

Tout citoyen, que ce soit en temps de guerre ou en temps de paix, a le droit de se défendre lui-même et de défendre les membres de sa famille si leurs vies se trouvent menacées.

Il ressort du dossier que les partisans rouges, y compris le groupe de Tchougounov, usaient de la violence contre les civils, et que la population craignait pour sa sécurité.

La victime [K.] a déclaré que les partisans rouges pillaient les maisons et qu'ils s'emparaient souvent de la nourriture.

Le comportement criminel des partisans a été relevé dans les rapports des officiers supérieurs [S.] et [Č.], suivant lesquels les intéressés perpétraient des pillages, des meurtres et d'autres crimes contre la population locale. Beaucoup de personnes avaient l'impression que les partisans ne combattaient guère, mais se livraient au maraudage. (...)

Il ressort du dossier que des villageois qui ont été tués à Mazie Bati en 1943 et 1944, [seuls] faisaient partie de la garde nationale lettone [*aizsargi*] Bernards Šķirmants et [sa femme]. Les archives ne contiennent pas de renseignements relatifs à la participation des autres victimes à cette organisation ou à une quelconque autre (...)

La chambre des affaires pénales estime que le fait que les personnes susmentionnées participaient aux activités de la garde nationale lettone ne permet pas de les qualifier de combattants, puisqu'il n'a pas été établi (...) qu'elles eussent participé à des opérations militaires organisées par les forces armées d'une partie belligérante.

Il a été établi (...) qu'aucune formation militaire allemande ne se trouvait au village de Mazie Bati et que les villageois tués étaient de simples agriculteurs qui n'exerçaient aucune activité à caractère militaire.

Au moment des événements [litigieux], ces villageois se trouvaient chez eux et se préparaient à célébrer la Pentecôte. Parmi ceux qui furent tués figuraient des hommes – qui étaient armés – mais également des femmes, dont une était en fin de grossesse et était donc spécialement protégée (...) par la Convention de Genève [de 1949].

C'est sans hésitation que la chambre des affaires pénales a conclu que les personnes tuées étaient des civils. Quand bien même la chose ne lui serait pas apparue évidente, le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève [de 1977] précise qu'en cas de doute, toute personne doit être considérée comme civile. (...)

La Lettonie n'ayant pas adhéré à la Convention de La Haye de 1907, les dispositions de cet instrument ne peuvent servir de fondement à [un constat de] violation.

Les crimes de guerre sont interdits, et les personnes en ayant commis doivent être condamnées dans n'importe quel pays, dès lors que la répression des actes en question fait partie intégrante du droit international, ce indépendamment de la question de savoir si les parties au conflit sont ou non parties à tel ou tel traité international. (...)»

39. La chambre des affaires pénales exclut deux chefs d'accusation qui n'avaient pas été prouvés d'une manière convaincante, à savoir ceux relatifs aux meurtres et tortures que le requérant était supposé avoir perpétrés lui-même. Elle déclara l'intéressé coupable d'un crime grave et, constatant qu'il était âgé, infirme et inoffensif, le condamna à un an et huit mois d'emprisonnement ferme, peine qu'il fut réputé avoir purgée.

40. Par un arrêt du 28 septembre 2004, le sénat de la Cour suprême rejeta le pourvoi du requérant dans les termes suivants :

« (...) Pour conclure que V. Kononov était un combattant et qu'il a commis le crime en question sur un territoire occupé par l'URSS, la chambre des affaires pénales s'est fondée sur les décisions des organes représentatifs supérieurs de la République de Lettonie, sur les conventions internationales pertinentes et sur d'autres éléments de preuve, vérifiés et appréciés conformément aux règles de la procédure pénale et pris dans leur ensemble.

Dans la Déclaration du Conseil suprême (...) du 4 mai 1990 sur le rétablissement de l'indépendance de la République de Lettonie, il a été reconnu que l'ultimatum du 16 juin 1940 adressé au gouvernement de la République de Lettonie par l'ex-URSS stalinienne devait être qualifié de crime international, dès lors que la Lettonie se trouvait sous occupation et que son pouvoir souverain avait été aboli. [Cependant,] la République de Lettonie avait continué d'exister en tant que sujet de droit international, comme l'avaient reconnu plus de cinquante Etats du monde entier (...)

(...)

Après avoir analysé le bien-fondé de l'arrêt, (...) le sénat estime que, pour autant que la chambre des affaires pénales a considéré que V. Kononov tombait sous le coup de l'article 68 § 3 du code pénal (...) les actes de l'intéressé ont été correctement qualifiés, dès lors qu'en qualité de belligérant combattant sur le territoire letton occupé par l'URSS il a violé les lois et coutumes de la guerre en planifiant et dirigeant une opération militaire de représailles contre des civils, à savoir contre les paisibles habitants du village de Mazie Bati, dont neuf furent tués (...) et dont les biens furent volés [ou] brûlés.

Comme l'a relevé (à juste titre) la cour d'appel, ni le fait que pendant la Seconde Guerre mondiale le territoire letton a subi deux occupations successives par deux Etats (dont l'Allemagne; une «double occupation» selon la cour d'appel) ni le fait que l'URSS appartenait à la coalition antihitlérienne n'affectent la qualité de responsable d'un crime de guerre devant être attribuée à V. Kononov.

S'agissant du moyen (...) selon lequel la cour [d'appel] a violé les dispositions de l'article 6 du code pénal (...) relatives à l'applicabilité temporelle de la loi pénale en déclarant V. Kononov coupable du crime de guerre en question, le [sénat] estime qu'il doit être rejeté pour les motifs suivants.

Il ressort de l'arrêt que la cour d'appel a appliqué les traités, à savoir la Convention de Genève du 12 août 1949 (...) et [son] Protocole additionnel du 8 juin 1977 (...), au crime de guerre reproché à V. Kononov, indépendamment des dates auxquelles ils sont entrés en vigueur. [Cela est conforme] à la Convention des Nations unies du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. [La cour d'appel a indiqué] que la République de Lettonie, occupée par l'URSS, n'avait pu adopter plus tôt une décision [en ce sens]. En renvoyant au principe d'imprescriptibilité, la cour s'est conformée aux obligations découlant des traités internationaux et a décidé de déclarer pénalement responsables les personnes coupables des crimes en question, indépendamment de l'époque où ils avaient été perpétrés.

Considérant que l'arrêt attaqué qualifie la violation des lois et coutumes de guerre reprochée à V. Kononov de crime de guerre au sens du deuxième alinéa, point b), de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (...) et que (...) conformément à la Convention des Nations unies du 26 novembre 1968 susmentionnée (...) les crimes de guerre (...) sont imprescriptibles, (...) le sénat estime que c'est à bon droit que les actes en question ont été jugés relever de l'article 68 § 3 du code pénal (...)

Le sénat estime que rien (...) ne permet de dire (...) que la Déclaration du Conseil suprême du 4 mai 1990 sur le rétablissement de l'indépendance de la République de Lettonie et la Déclaration du Parlement du 22 août 1996 sur l'occupation de la Lettonie n'étaient que de simples textes politiques sur lesquels la cour d'appel ne pouvait fonder son jugement et qui ne pouvaient se voir attribuer rétroactivement force contraignante.

Le [sénat] considère que les deux déclarations constituent des actes étatiques à caractère constitutionnel dont la légalité ne prête pas à controverse.

Dans son arrêt, qu'elle a rendu après avoir évalué les preuves examinées à l'audience, [la cour d'appel] a constaté que V. Kononov, en sa qualité de combattant, avait organisé, commandé et dirigé une action militaire de partisans, qui avait consisté, à titre de représailles, à massacrer la population civile du village de Mazie Bati et à piller et détruire les fermes des paysans. Cela étant, elle a, à juste titre, considéré que les actes individuels perpétrés par les membres du groupe du requérant (...) ne pouvaient passer pour de simples excès de la part des intéressés.

Conformément aux principes du droit pénal régissant la responsabilité des groupes organisés, les membres [d'un groupe] sont complices de l'infraction, indépendamment du rôle joué par eux dans sa commission.

Ce principe de la responsabilité des membres d'un groupe organisé est reconnu par le troisième alinéa de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, aux termes duquel les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'exécution d'un plan concerté sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan.

Par conséquent, est dénué de fondement le moyen de cassation selon lequel la cour d'appel aurait, sans aucune preuve, reconnu V. Kononov coupable d'actes perpétrés par les membres du groupe spécial de partisans qu'il dirigeait en usant d'un critère de « responsabilité objective », sans examiner son attitude subjective à l'égard des éventuelles conséquences. (...) »

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le code pénal de 1926

41. Par un décret du 6 novembre 1940, le Conseil suprême de la RSS de Lettonie remplaça le code pénal letton alors en vigueur par le code pénal soviétique de 1926, dont l'applicabilité fut ainsi étendue au territoire letton

(« le code pénal de 1926 »). Les dispositions pertinentes de ce texte telles qu'elles étaient en vigueur pendant la Seconde Guerre mondiale étaient ainsi libellées :

Article 2

« Le présent code est applicable à tous les citoyens de la R.S.F.S.R. [République socialiste fédérative soviétique de Russie] ayant commis des actes socialement dangereux sur le territoire de la R.S.F.S.R., ou en dehors du territoire de l'URSS s'ils sont interpellés sur le territoire de la R.S.F.S.R. »

Article 3

« La responsabilité des citoyens des autres républiques socialistes fédératives soviétiques pour des infractions commises sur le territoire de la R.S.F.S.R., ou en dehors du territoire de l'URSS si les intéressés ont été interpellés et livrés à un tribunal ou à un organe d'enquête sur le territoire de la R.S.F.S.R., est déterminée conformément aux lois de la R.S.F.S.R.

La responsabilité des citoyens des républiques socialistes fédératives pour des infractions commises sur le territoire de l'Union est déterminée conformément aux lois du lieu où l'infraction a été commise. »

Article 4

« La responsabilité des étrangers pour des infractions commises sur le territoire de l'URSS est déterminée conformément aux lois du lieu où l'infraction a été commise. »

42. Le chapitre IX du code pénal de 1926 intitulé « Infractions militaires » renfermait les dispositions suivantes, pertinentes en l'espèce :

Article 193 § 1

« Sont considérées comme des infractions militaires les infractions commises par des militaires au service de l'Armée rouge des ouvriers et des paysans et de la Marine rouge des ouvriers et des paysans, par des personnes affectées aux équipes d'entretien ou par des personnes appelées à servir dans les détachements territoriaux dans le cadre des conscriptions périodiques, [lorsque ces infractions] portent atteinte à l'ordre établi du service militaire et que, eu égard à leur caractère et à leur portée, elles ne peuvent pas être commises par des citoyens qui ne sont pas au service de l'armée ou de la marine. (...) »

Article 193 § 3

« L'inexécution par un militaire d'un ordre légitime donné pendant le combat entraîne l'application de mesures de protection de la société sous la forme d'un emprisonnement de trois ans au minimum.

Si pareille inexécution engendre des conséquences néfastes pour les opérations de combat, elle entraîne l'application de la mesure ultime de protection de la société [à savoir la peine de mort].

(...) »

Article 193 § 17

« Le maraudage, c'est-à-dire le fait, pendant les combats, de dépouiller des civils de leurs biens, sous la menace d'armes ou sous le prétexte que la réquisition de ces biens est nécessaire à des fins militaires, ou le fait de dépouiller des morts et des blessés de leurs effets personnels à des fins d'enrichissement, entraîne l'application de la mesure ultime de protection de la société, assortie de la confiscation de tous les biens.

En présence de circonstances atténuantes, la peine est réduite, sans pouvoir être inférieure à trois ans d'emprisonnement en isolement strict. »

Article 193 § 18

« Les actes illicites de violence commis par des militaires en temps de guerre ou pendant les combats entraînent l'application de mesures de protection de la société sous la forme d'un emprisonnement en isolement strict de trois ans au minimum.

En présence de circonstances aggravantes, la mesure ultime de protection de la société est appliquée. »

43. Le texte de l'article 14 (et des notes l'accompagnant) du code pénal de 1926 était ainsi libellé :

« Il ne peut pas y avoir de poursuites pénales :

a) dans le cas d'une infraction emportant une peine de plus de cinq ans d'emprisonnement ou pour laquelle la loi prévoit une peine d'emprisonnement d'un an au minimum, lorsque dix ans se sont écoulés depuis la commission de l'infraction ;

b) dans le cas d'une infraction emportant une peine d'emprisonnement de un à cinq ans ou pour laquelle la loi prévoit une peine d'emprisonnement de six mois au minimum, lorsque cinq ans se sont écoulés depuis la commission de l'infraction ;

c) dans le cas d'une autre infraction, lorsque trois ans se sont écoulés depuis la commission de l'infraction.

La prescription s'applique lorsqu'il n'y a eu ni acte procédural ni mesure d'instruction dans l'affaire pendant toute la période en question et que l'auteur de l'infraction n'a commis, au cours de la période prévue par le présent article, aucune autre infraction relevant de la même catégorie ou présentant un degré de gravité au moins égal.

Note 1 – En ce qui concerne les poursuites pour crimes contre-révolutionnaires, l'application de la prescription est laissée dans chaque cas à la discrétion du tribunal. Toutefois, si celui-ci juge la prescription inapplicable, il doit obligatoirement commuer la peine de mort par fusillade en une déclaration qualifiant l'intéressé d'ennemi des travailleurs, assortie de la déchéance de la citoyenneté de l'URSS et du bannissement à vie du territoire de l'URSS, ou bien en une peine d'emprisonnement dont la durée ne peut être inférieure à deux ans.

Note 2 – En ce qui concerne les poursuites pénales dirigées contre des personnes ayant activement lutté contre la classe ouvrière et contre le mouvement révolutionnaire dans le cadre de l'exercice de fonctions élevées ou secrètes sous le régime tsariste ou au service des gouvernements contre-révolutionnaires lors de la Guerre civile [russe], tant

l'application de la prescription que la commutation de la peine de mort par fusillade sont laissées à la discrétion du tribunal.

Note 3 – Les délais de prescription fixés par le présent article ne s'appliquent pas aux actes passibles, en vertu du présent code, de poursuites administratives. Pareils actes ne peuvent entraîner l'application de mesures de contrainte que dans un délai d'un mois à compter de leur commission.»

B. Le code pénal de 1961

44. Le 6 janvier 1961, le Conseil suprême de la RSS de Lettonie remplaça le code pénal de 1926 par le code pénal de 1961, qui entra en vigueur le 1^{er} avril 1961. Les articles pertinents en l'espèce du nouveau code se lisaient ainsi :

Article 72 [modifié par la loi du 15 janvier 1998]

«Constitue une infraction passible d'une peine de trois à quinze ans d'emprisonnement (...), ou de la peine de mort (...) le fait d'organiser des bandes armées dans le but d'attaquer des entreprises de l'Etat, des entreprises privées, les autorités, des organisations ou des particuliers, ou de participer à de telles bandes ou à des attaques perpétrées par elles.»

Article 226

«Les infractions prévues par le présent code sont considérées comme des infractions militaires lorsqu'elles sont commises par des membres du personnel militaire (...) et portent atteinte à l'ordre établi du service militaire. (...)»

Article 256 [abrogé par la loi du 10 septembre 1991]

«Constitue une infraction passible d'une peine de trois à dix ans d'emprisonnement ou de la peine de mort le fait de marauder, de détruire illégalement des biens, de commettre des actes de violence à l'égard de la population d'une région en proie à des hostilités ou de saisir illégalement des biens sous prétexte de nécessité militaire.»

45. Aux termes de l'article 45 du code pénal de 1961, l'application de la prescription aux crimes emportant la peine de mort n'était pas automatique, mais relevait de la discrétion du tribunal.

46. Après le rétablissement de l'indépendance de la Lettonie, le code pénal de 1961 demeura en vigueur (avec quelques amendements).

47. Par une loi du 6 avril 1993, le Conseil suprême inséra dans la partie spéciale du code pénal de 1961 un chapitre 1 § a nouveau, qui renfermait des dispositions réprimant des actes tels que le génocide, les crimes contre l'humanité ou contre la paix, les crimes de guerre et la discrimination raciale.

48. Une disposition de ce nouveau chapitre (l'article 68 § 3) traitait des crimes de guerre. Elle se lisait ainsi :

«Quiconque est reconnu coupable d'un crime de guerre tel que défini par les conventions juridiques pertinentes, c'est-à-dire d'une violation des lois et coutumes de la guerre par la voie de meurtres, d'actes de torture, de pillages commis au détriment de la population civile d'un territoire occupé, d'otages ou de prisonniers de guerre, par la voie d'une déportation de ces personnes ou de leur assujettissement à des travaux forcés, ou par la voie d'une destruction injustifiée de villes et d'installations est passible de la réclusion à perpétuité ou d'une peine de trois à quinze ans d'emprisonnement.»

49. La même loi inséra également dans le code pénal de 1961 un article 6 § 1 qui permettait l'application rétroactive du droit pénal pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre :

«Les personnes s'étant rendues coupables de crimes contre l'humanité, de génocide, de crimes contre la paix ou de crimes de guerre peuvent être condamnées quelle que soit l'époque à laquelle elles ont perpétré leurs crimes.»

50. Fut également inséré un article 45 § 1 qui excluait la prescription pour lesdits crimes :

«La prescription de la responsabilité pénale ne s'applique pas aux personnes s'étant rendues coupables de crimes contre l'humanité, de génocide, de crimes contre la paix ou de crimes de guerre.»

C. Le code pénal de 1998

51. Le 1^{er} avril 1999, le code pénal de 1961 a été remplacé par le code pénal de 1998. Ce dernier reprenait en substance les articles 6 § 1, 45 § 1 et 68 § 3 de l'ancien code.

III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

52. A l'époque considérée, les lois de la guerre se dégageaient non seulement de traités, mais aussi «d'us et de coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires¹».

A. Le «droit de Genève» (1864-1949) sur le traitement des personnes et des biens au pouvoir de l'ennemi

1. *La Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* («*la Convention de Genève de 1864*»)

53. La première Convention de Genève (ultérieurement remplacée) énonçait les normes minimales applicables aux «militaires blessés ou

1. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, édité à Nuremberg, Allemagne, 1947, Tome XXII, p. 494.

malades», qui devaient être «recueillis et soignés», sans distinction de nationalité.

2. La Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne (« la Convention de Genève de 1906 »)

54. Cette convention conférait une protection et le statut de prisonniers de guerre aux combattants malades et blessés tombés au pouvoir de l'ennemi.

« Article premier

Les militaires et les autres personnes officiellement attachées aux armées, qui seront blessés ou malades, devront être respectés et soignés, sans distinction de nationalité, par le belligérant qui les aura en son pouvoir.

(...)

Article 2

Sous réserve des soins à leur fournir en vertu de l'article précédent, les blessés ou malades d'une armée tombés au pouvoir de l'autre belligérant sont prisonniers de guerre (...)»

3. La Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne (« la Convention de Genève de 1929 »)

55. Cette convention (remplacée par la première Convention de Genève de 1949) était basée sur les expériences de la Première Guerre mondiale. Elle ne renfermait pas de clause de participation générale. Ses articles 1 et 2 étaient ainsi libellés :

« Article premier

Les militaires et les autres personnes officiellement attachées aux armées qui seront blessés ou malades devront être respectés et protégés en toutes circonstances ; ils seront traités avec humanité et soignés, sans distinction de nationalité, par le belligérant qui les aura en son pouvoir.

(...)

Article 2

Sous réserve des soins à leur fournir en vertu de l'article précédent, les blessés et les malades d'une armée tombés au pouvoir de l'autre belligérant seront prisonniers de guerre (...)»

4. La Convention relative au traitement des prisonniers de guerre (« la Convention de 1929 sur les prisonniers de guerre »)

56. Cette convention fournissait un vaste ensemble de règles concernant le traitement des prisonniers de guerre. Elle avait pour vocation de remédier

aux insuffisances, apparues au cours de la Première Guerre mondiale, des dispositions pertinentes de la Convention et du Règlement de La Haye de 1907 (paragraphe 85-91 ci-dessous). Elle reconnaissait que pour bénéficier du statut de prisonnier de guerre, il fallait avoir la qualité de combattant régulier, telle que définie par le Règlement de La Haye de 1907. Elle introduisait des garanties pour les prisonniers de guerre et exigeait qu'ils fussent traités avec humanité. Les femmes faisaient l'objet d'une protection spéciale. Les dispositions pertinentes en l'espèce étaient ainsi libellées :

«Article premier

La présente Convention s'appliquera, sans préjudice des stipulations du Titre VII :

1) à toutes les personnes visées par les articles I^{er}, 2 et 3 du Règlement annexé à la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907, et capturées par l'ennemi ;

2) à toutes les personnes appartenant aux forces armées des parties belligérantes, capturées par l'ennemi au cours d'opérations de guerre maritimes ou aériennes, sous réserve des dérogations que les conditions de cette capture rendraient inévitables. Toutefois, ces dérogations ne devront pas porter atteinte aux principes fondamentaux de la présente Convention ; elles prendront fin dès le moment où les personnes capturées auront rejoint un camp de prisonniers de guerre.

Article 2

Les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont capturés.

Ils doivent être traités, en tout temps, avec humanité et être protégés notamment contre les actes de violence, les insultes et la curiosité publique.

Les mesures de représailles à leur égard sont interdites.

Article 3

Les prisonniers de guerre ont droit au respect de leur personnalité et de leur honneur. Les femmes seront traitées avec tous les égards dus à leur sexe.

Les prisonniers conservent leur pleine capacité civile.

(...)

Article 46

Les prisonniers de guerre ne pourront être frappés par les autorités militaires et les tribunaux de la Puissance détentrice d'autres peines que celles qui sont prévues pour les mêmes faits à l'égard des militaires des armées nationales.

(...)

Article 51

La tentative d'évasion, même s'il y a récidive, ne sera pas considérée comme une circonstance aggravante dans le cas où le prisonnier de guerre serait déféré aux tribunaux pour des crimes ou délits contre les personnes ou contre la propriété commis au cours de cette tentative.

Après une évasion tentée ou consommée, les camarades de l'évadé qui auront coopéré à l'évasion ne pourront encourir de ce chef qu'une punition disciplinaire.»

5. *Le projet de Convention internationale concernant la condition et la protection des civils de nationalités ennemies qui se trouvent sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par lui (« le projet de Convention de Tokyo de 1934 »)*

57. Ce projet de convention visait à améliorer la protection des civils ennemis se trouvant sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par lui. L'éclatement de la Seconde Guerre mondiale empêcha son examen, qui devait avoir lieu lors d'une conférence en 1940. Il constitua par la suite une base de discussion pour la quatrième Convention de Genève de 1949 et mérite d'être cité pour sa définition par la négative des civils (conforme au Manuel d'Oxford de 1880) et pour la distinction qu'il établissait entre combattants et civils :

[Traduction reprise du site Internet du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)]

Article premier

« Les civils ennemis, dans le sens de la présente Convention, sont les personnes qui réunissent les deux conditions suivantes :

a) ne pas appartenir aux forces armées terrestres, maritimes et aériennes des belligérants, telles qu'elles sont définies par le droit international, notamment par les articles 1, 2 et 3 du Règlement annexé à la Convention de La Haye, n° IV, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907 ;

b) être ressortissant d'un pays ennemi et se trouver sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par lui. »

58. Ses articles 9 et 10 énonçaient que les « civils ennemis » devaient être protégés contre les actes de violence et interdisaient les mesures de représailles à leur égard.

6. *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (« la troisième Convention de Genève de 1949 »)*

59. Cette Convention se lisait ainsi en ses passages pertinents en l'espèce :

Article 5

« La présente Convention s'appliquera aux personnes visées à l'article 4 dès qu'elles seront tombées au pouvoir de l'ennemi et jusqu'à leur libération et leur rapatriement définitifs.

S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent. »

7. *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (« la quatrième Convention de Genève de 1949 »)*

60. L'article 16 de cette convention offrait une protection particulière aux femmes enceintes :

« Les blessés et les malades, ainsi que les infirmes et les femmes enceintes seront l'objet d'une protection et d'un respect particuliers.

Pour autant que les exigences militaires le permettront, chaque Partie au conflit favorisera les mesures prises pour rechercher les tués ou blessés, venir en aide aux naufragés et autres personnes exposées à un grave danger et les protéger contre le pillage et les mauvais traitements. »

61. L'article 32 assurait aux personnes se trouvant au pouvoir de l'ennemi une protection spécifique contre les mauvais traitements et l'article 33 interdisait les peines collectives, le pillage et les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées.

62. L'article 53 interdisait de détruire des biens mobiliers ou immobiliers appartenant à des personnes privées, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires.

B. Les lois et coutumes de la guerre avant la Seconde Guerre mondiale

1. *Les Instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (« le Code Lieber de 1863 »)*

63. Le Code Lieber est considéré comme la première tentative de codification des lois et coutumes de la guerre. Bien que destinées aux seules forces américaines, ses dispositions correspondaient aux lois et coutumes de la guerre qui existaient à l'époque, et elles ont fortement influencé les codifications ultérieures.

64. Les articles 15 et 38 énonçaient que la nécessité militaire admettait les captures et destructions de personnes et de biens (voir également l'article 16 du même code ci-après) :

[Traduction reprise du site Internet du CICR]

Article 15

«La nécessité militaire admet que l'on tue ou blesse directement tout ennemi «armé» et toute autre personne dont la mise hors de combat se trouve inévitable dans les engagements armés de la guerre; elle permet de capturer tout ennemi armé et tout ennemi de quelque importance pour le gouvernement ennemi ou représentant un danger particulier pour le capteur; elle permet toutes destruction de biens et obstruction de voies et canaux de trafic, commerce ou communication, et toute suppression de subsistances ou moyens d'existence à l'ennemi; l'appropriation, en pays ennemi, de tout produit nécessaire à la subsistance et à la sécurité de l'armée, ainsi que toute ruse n'impliquant pas rupture d'un engagement exprès, qu'il s'agisse d'engagements contractés au cours de la guerre ou d'engagements résultant de l'état actuel du droit de la guerre. Ceux qui prennent les armes l'un contre l'autre dans une guerre publique ne cessent pas d'être, pour autant, des êtres moraux, responsables vis-à-vis l'un de l'autre et de Dieu.»

Article 38

«Les biens privés, à moins de crimes ou infractions graves de leurs propriétaires, ne peuvent être saisis qu'en raison d'impérieuses nécessités militaires, pour l'entretien ou tout autre usage de l'armée des Etats-Unis.

(...)»

65. L'article 16 posait une norme générale quant à la conduite à adopter pendant un conflit armé et interdisait les actes de perfidie :

«La nécessité militaire n'admet pas la cruauté, c'est-à-dire le fait d'infliger la souffrance pour elle-même ou par vengeance, ni l'acte de blesser ou mutiler si ce n'est en combat, ni la torture pour obtenir des renseignements. Elle n'admet d'aucune manière l'usage du poison, ni la dévastation systématique d'une contrée. Elle admet la ruse, mais repousse les actes de perfidie; et, en général, la nécessité militaire ne comprend aucun acte d'hostilité qui accroisse, sans nécessité, les difficultés du retour à la paix.»

66. Les articles 19 et 37 prévoyaient une protection spéciale pour les femmes dans le contexte d'un conflit armé :

Article 19

«Le commandement, toutes les fois que les circonstances le permettent, informe l'ennemi de son intention de bombarder une place, de telle manière que les non-combattants et spécialement les femmes et les enfants puissent être évacués (...)»

Article 37

«Les Etats-Unis reconnaissent et protègent, dans les pays ennemis occupés par eux, la religion et la moralité, la propriété strictement privée, la personne des habitants, spécialement celle des femmes et le caractère sacré des relations de famille. Les infractions seront rigoureusement punies.

(...)»

67. L'article 22 énonçait le principe de la distinction entre combattants et civils :

« Néanmoins, de même que la civilisation a progressé durant les derniers siècles, de même a progressé de façon continue, spécialement dans la guerre sur terre, la distinction entre la personne privée des ressortissants d'un pays ennemi et le pays ennemi lui-même avec ses hommes en armes. Le principe a été reconnu, de plus en plus, que le citoyen non armé doit être épargné quant à sa personne, ses biens, son honneur, autant que les exigences de la guerre le permettent. »

68. L'article 44 énumérait une série d'infractions et les peines sévères encourues par tout soldat qui s'en rendait coupable :

« Toute violence délibérée commise contre les personnes dans le pays envahi, toute destruction de biens non ordonnée par un officier qualifié, tous vol, pillage ou mise à sac, même après la prise d'une place de vive force, tous viol, blessure, mutilation ou mise à mort de ses habitants, sont interdits sous peine de mort ou de toute autre peine grave proportionnée à la gravité de l'offense. Tout soldat, officier ou sous-officier, se livrant à de telles violences et désobéissant à un supérieur qui lui ordonne de s'en abstenir, peut légalement être mis à mort sur place par ce supérieur. »

69. L'article 47 se référait aux peines prévues par les codes pénaux nationaux :

« Les crimes punissables par tous les codes pénaux, tels qu'incendies volontaires, assassinat, mutilation, voies de fait, attaques à main armée, vol, vol de nuit et avec effraction, escroquerie, faux et viol, s'ils sont commis par un militaire américain en pays ennemi contre les habitants de ce pays ne sont pas seulement punissables comme dans son propre pays, mais, dans tous les cas qui ne sont pas punis de mort, ils seront passibles de la peine supérieure. »

70. Le Code Lieber illustrait les deux grands droits reconnus à tout « combattant » : le statut de prisonnier de guerre (article 49) et l'immunité de poursuites pour certains actes qui seraient considérés comme criminels pour un civil (article 57) :

Article 49

« Est prisonnier de guerre tout belligérant armé ou attaché à l'armée ennemie, en service actif, tombé aux mains du capteur, soit en combattant, soit après avoir été blessé, sur le champ de bataille ou à l'hôpital, par reddition individuelle ou capitulation.

Tous soldats à quelque arme qu'ils appartiennent ; tous hommes faisant partie de la levée en masse du pays ennemi, toutes personnes attachées à l'armée pour ses opérations et faisant directement acte de guerre, excepté celles désignées ci-dessous, tous soldats ou officiers hors de combat sur le champ de bataille ou en tout autre lieu, s'ils sont capturés ; tous ennemis ayant jeté leurs armes et demandant quartier, sont prisonniers de guerre et, comme tels, soumis aux rigueurs comme admis aux privilèges de prisonnier de guerre. »

Article 57

« Dès qu'un homme est armé par un gouvernement souverain et prête, comme soldat, le serment de fidélité, il est un belligérant ; le fait de le tuer, le blesser ou commettre envers lui tous autres actes de guerre ne constitue pas un crime ni une infraction individuels. Nul belligérant n'a le droit de déclarer que ses adversaires d'une certaine classe, couleur ou condition, dûment organisés comme soldats, ne seront pas traités par lui en belligérants. »

71. La notion de « levée en masse » était traitée à l'article 51 :

« Si les habitants d'une partie du pays envahi non encore occupée par l'ennemi ou ceux du pays tout entier, à l'approche de l'armée ennemie, se soulèvent en masse, répondant à un appel dûment autorisé, afin de résister à l'envahisseur, ils sont traités comme belligérants et, en cas de capture, sont prisonniers de guerre. »

72. L'article 59 disposait que les violations des lois et coutumes de la guerre engageaient la responsabilité pénale de leurs auteurs :

« Tout prisonnier de guerre demeure responsable des crimes qu'il a commis avant sa capture contre l'armée ou le peuple de la partie qui l'a capturé et pour lesquels il n'a pas été puni par ses propres autorités.

Tous les prisonniers de guerre sont passibles de mesures de rétorsion. »

73. Les articles 63 à 65 interdisaient le port de l'uniforme ennemi en tant qu'acte de perfidie et enlevaient à ceux qui se livraient à une telle conduite la protection des lois et coutumes de la guerre :

« Article 63

Les troupes qui combattent sous l'uniforme de leurs ennemis sans marque distinctive claire, apparente et uniforme de leur identité, ne peuvent espérer de quartier.

Article 64

Si l'armée américaine capture des bagages contenant des uniformes ennemis et que le commandement juge opportun de distribuer ceux-ci pour être portés par ses hommes, on adoptera une marque ou un signe apparent quelconque afin de distinguer le soldat américain de l'ennemi.

Article 65

L'usage de l'insigne national, du drapeau, ou de tout autre emblème de nationalité de l'ennemi pour tromper l'ennemi, au combat, est un acte de perfidie qui fait perdre tout droit à la protection des lois de la guerre. »

74. Conjointement avec l'article 49, l'article 71 décrivait un statut particulier, celui des personnes que le droit international désignerait ultérieurement par l'expression « hors de combat » :

Article 71

« Quiconque blesse intentionnellement l'ennemi déjà réduit complètement à l'impuissance, le tue ou ordonne de le tuer ou encourage ses soldats à le tuer, sera mis

à mort, si sa culpabilité est démontrée, soit qu'il appartienne à l'armée des Etats-Unis ou qu'il soit un ennemi capturé après avoir commis son crime.»

75. Les articles 76 et 77 énonçaient l'obligation de traiter les prisonniers de guerre avec humanité et sans excès en cas de tentative d'évasion. Ces dispositions se lisaient ainsi :

« Article 76

Les prisonniers de guerre recevront une nourriture saine et abondante, autant que possible, et seront traités avec humanité.

(...)

Article 77

Le prisonnier qui cherche à s'échapper peut être tué d'une balle ou de toute autre manière, lors de sa fuite, mais ni la mort ni aucune autre peine ne peut lui être infligée simplement pour sa tentative d'évasion, tentative que le droit de la guerre ne considère pas comme un crime. De plus strictes mesures de sécurité seront prises après une tentative infructueuse d'évasion.

(...)»

76. L'article 101 interdisait d'infliger des blessures par trahison (acte qui était assimilé à l'époque à l'infliction de blessures par perfidie) :

« Bien que la ruse soit admise à la guerre comme procédé juste et nécessaire de mener les hostilités et soit conforme à l'honneur en temps de guerre, le droit commun de la guerre va jusqu'à permettre de punir de la peine capitale les tentatives clandestines et traîtresses de nuire à l'ennemi quand elles sont spécialement dangereuses et qu'il est particulièrement difficile de se garder contre elles. »

77. Les articles 88 et 104 traitaient du châtement des espions :

Article 88

« Un espion est une personne qui, en secret, déguisée ou sous une fausse identité, recherche des renseignements avec l'intention de les communiquer à l'ennemi. L'espion est passible de la peine de mort par pendaison par le cou, qu'il ait réussi ou non à obtenir les renseignements ou à les communiquer à l'ennemi. »

Article 104

« L'espion ou le traître de guerre qui, après avoir réussi à rejoindre sa propre armée, sera capturé ultérieurement comme ennemi, n'encourt aucune peine pour ses actes d'espion ou de trahison de guerre, mais il peut être soumis à une surveillance plus étroite comme individu personnellement dangereux. »

2. La Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre (« la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 »)

78. Cette déclaration était le premier accord formel visant à interdire l'utilisation de certaines armes pendant la guerre. Son préambule rappelait trois principes des lois et coutumes de la guerre : le seul but légitime durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi, les moyens pouvant être employés contre les forces ennemies sont limités, et les lois et coutumes de la guerre ne tolèrent pas les violences contre les personnes hors de combat.

3. Le projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre (« le projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 »)

79. Cette déclaration ne fut pas adoptée à la Conférence diplomatique tenue à Bruxelles en 1874, mais l'important exercice de codification qu'elle représentait laissa lui aussi des traces. Ses dispositions pertinentes se lisaient ainsi :

« Qui doit être reconnu comme partie belligérante: des combattants et des non-combattants

Article 9

Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes :

1. D'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
2. D'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
3. De porter les armes ouvertement, et
4. De se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre.

Dans les pays où les milices constituent l'armée ou en font partie, elles sont comprises sous la dénomination d'« armée ».

Article 10

La population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de s'organiser conformément à l'article 9, sera considérée comme belligérante si elle respecte les lois et coutumes de la guerre.

(...)

Article 12

Les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants un pouvoir illimité quant aux choix des moyens de nuire à l'ennemi.

Article 13

D'après ce principe sont notamment « interdits » :

(...)

- b. Le meurtre par trahison d'individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ;
- c. Le meurtre d'un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ;
- d. La déclaration qu'il ne sera pas fait de quartier ;
- e. L'emploi d'armes, de projectiles ou de matières propres à causer des maux superflus, ainsi que l'usage des projectiles prohibés par la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 ;
- f. L'abus du pavillon parlementaire, du pavillon national ou des insignes militaires et de l'uniforme de l'ennemi, ainsi que des signes distinctifs de la Convention de Genève ;
- g. Toute destruction ou saisie de propriétés ennemies qui ne serait pas impérieusement commandée par la nécessité de guerre.

(...)

Article 20

L'espion pris sur le fait sera jugé et traité d'après les lois en vigueur dans l'armée qui l'a saisi.

(...)

Article 23

Les prisonniers de guerre sont des ennemis légaux et désarmés.

Ils sont au pouvoir du Gouvernement ennemi, mais non des individus ou des corps qui les ont capturés. Ils doivent être traités avec humanité.

Tout acte d'insubordination autorise à leur égard les mesures de rigueur nécessaires.

Tout ce qui leur appartient personnellement, les armes exceptées, reste leur propriété.

(...)

Article 28

Les prisonniers de guerre sont soumis aux lois et règlements en vigueur dans l'armée au pouvoir de laquelle ils se trouvent.

Contre un prisonnier de guerre en fuite il est permis, après sommation, de faire usage des armes. Repris, il est passible de peines disciplinaires ou soumis à une surveillance plus sévère.

Si, après avoir réussi à s'échapper, il est de nouveau fait prisonnier, il n'est passible d'aucune peine pour sa fuite antérieure. »

4. *Le manuel des lois de la guerre sur terre de 1880 (« le Manuel d'Oxford de 1880 »)*

80. Le Manuel d'Oxford de 1880, inspiré par le projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 et rédigé par l'Institut de droit international, avait pour but d'aider les gouvernements à élaborer leurs législations nationales sur les lois et coutumes de la guerre. Les dispositions ici pertinentes en étaient ainsi libellées :

« Article premier

L'état de guerre ne comporte des actes de violence qu'entre les forces armées des Etats belligérants.

Les personnes qui ne font pas partie d'une force armée belligérante doivent s'abstenir de tels actes.

Cette règle implique une distinction entre les individus dont se compose « la force armée » et les autres ressortissants d'un Etat. Une définition est donc nécessaire pour bien établir ce qu'il faut entendre par « force armée ».

Article 2

La force armée d'un Etat comprend :

1. L'armée proprement dite, y compris les milices ;
2. Les gardes nationales, landsturm, corps francs et autres corps qui réunissent les trois conditions suivantes :
 - a) Etre sous la direction d'un chef responsable ;
 - b) Avoir un uniforme ou un signe distinctif, fixe et reconnaissable à distance, porté par les personnes qui font partie du corps ;
 - c) Porter les armes ouvertement ;
3. Les équipages des navires et autres embarcations de guerre ;
4. Les habitants du territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prennent les armes spontanément et ouvertement pour combattre les troupes d'invasion, même s'ils n'ont pas eu le temps de s'organiser.

Article 3

Toute force armée belligérante est tenue de se conformer aux lois de la guerre.

(...)

Article 4

Les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants une liberté illimitée quant aux moyens de nuire à l'ennemi.

Ils doivent s'abstenir notamment de toute rigueur inutile, ainsi que de toute action déloyale, injuste ou tyrannique.

(...)

Article 8

Il est interdit :

(...)

b) D'attenter traîtreusement à la vie d'un ennemi, par exemple en soudoyant des assassins ou en feignant de se rendre ;

c) D'attaquer l'ennemi en dissimulant les signes distinctifs de la force armée ;

d) D'user indûment du pavillon national, des insignes militaires, ou de l'uniforme de l'ennemi, du pavillon parlementaire, ainsi que des signes tutélaires prescrits par la Convention de Genève (...)

(...)

Article 9

Il est interdit :

(...)

b) De mutiler ou de tuer un ennemi qui s'est rendu à discrétion ou qui est hors de combat et de déclarer d'avance qu'on ne fera pas de quartier, même si l'on n'en réclame pas pour soi-même.

(...)

e) Qui peut être fait prisonnier de guerre ?

Article 21

Les individus qui font partie des forces armées belligérantes, s'ils tombent au pouvoir de l'ennemi, doivent être traités comme prisonniers de guerre, conformément aux articles 61 et suivants.

(...)»

81. Les articles 23 à 26, constituant la partie intitulée « Des espions », se rapportaient au traitement de ceux-ci :

« Article 23

Les individus capturés comme espions ne peuvent exiger d'être traités comme des prisonniers de guerre.

Mais

Article 24

On ne doit pas considérer comme espions les individus, appartenant à l'une des forces armées belligérantes et non déguisés, qui ont pénétré dans la zone d'opérations de l'ennemi, – non plus que les messagers porteurs de dépêches officielles, accomplissant ouvertement leur mission et les aéronautes (article 21).

Pour prévenir les abus auxquels donnent lieu trop souvent, en temps de guerre, les accusations d'espionnage, il importe de proclamer bien haut que

Article 25

Aucun individu accusé d'espionnage ne doit être puni avant que l'autorité judiciaire ait prononcé sur son sort.

D'ailleurs, il est admis que

Article 26

L'espion qui réussit à sortir du territoire occupé par l'ennemi n'encourt, s'il tombe plus tard au pouvoir de cet ennemi, aucune responsabilité pour ses actes antérieurs.»

82. L'article 32 b) interdisait notamment de détruire des propriétés publiques ou privées si cette destruction n'était pas commandée par une impérieuse nécessité de guerre.

83. Le chapitre III traitait du régime de la captivité des prisonniers de guerre. Il décrivait la base légale de la détention de ceux-ci (précisant que la captivité n'était ni une peine ni un acte de vengeance), énonçait que les prisonniers de guerre devaient être traités avec humanité (article 63) et qu'il était possible de faire usage des armes contre un prisonnier fugitif (article 68).

84. La troisième partie du Manuel définissait les sanctions applicables aux infractions aux règles énoncées dans le Manuel et indiquait les circonstances restreintes dans lesquelles un belligérant pouvait légitimement exercer des représailles si le coupable présumé ne pouvait être appréhendé :

« Si des infractions aux règles qui précèdent ont été commises, les coupables doivent être punis, après jugement contradictoire, par celui des belligérants au pouvoir duquel ils se trouvent. Donc,

Article 84

Les violateurs des lois de la guerre sont passibles des châtiments spécifiés dans la loi pénale.

Mais ce mode de répression n'est applicable que lorsqu'on peut atteindre le coupable. Dans le cas contraire, la loi pénale est impuissante, et, si la partie lésée juge le méfait assez grave pour qu'il soit urgent de rappeler l'ennemi au respect du droit, il ne lui reste d'autre ressource que d'user de représailles à son égard.

Les représailles sont une exception douloureuse au principe général d'équité d'après lequel un innocent ne doit pas souffrir pour un coupable, et à celui qui veut que chaque belligérant se conforme aux lois de la guerre, même sans réciprocité de la part de l'ennemi. Mais cette dure nécessité est tempérée par les restrictions suivantes :

Article 85

Les représailles sont formellement interdites dans le cas où le dommage dont on a lieu de se plaindre a été réparé.

Article 86

Dans les cas graves où des représailles apparaissent comme une nécessité impérieuse, leur mode d'exercice et leur étendue ne doivent jamais dépasser le degré de l'infraction commise par l'ennemi. Elles ne peuvent s'exercer qu'avec l'autorisation du commandant en chef. Elles doivent respecter, dans tous les cas, les lois de l'humanité et de la morale. »

5. La quatrième Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (« la Convention de La Haye de 1907 ») et le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre qui s'y trouvait annexé (« le Règlement de La Haye de 1907 »)

85. La première Conférence internationale de la paix tenue à La Haye en 1899 avait abouti à l'adoption de quatre conventions, dont la deuxième Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et le Règlement qui s'y trouvait annexé. Après la deuxième Conférence internationale de la paix tenue à La Haye en 1907, ces instruments furent remplacés par la Convention de La Haye de 1907 et le Règlement de La Haye de 1907. Ces textes se fondaient sur le projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 et sur le Manuel d'Oxford de 1880.

86. Le préambule à la Convention de La Haye de 1907 se lisait ainsi :

« Considérant que, tout en recherchant les moyens de sauvegarder la paix et de prévenir les conflits armés entre les nations, il importe de se préoccuper également du cas où l'appel aux armes serait amené par des événements que leur sollicitude n'aurait pu détourner ;

Animés du désir de servir encore, dans cette hypothèse extrême, les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation ;

Estimant qu'il importe, à cette fin, de réviser les lois et coutumes générales de la guerre, soit dans le but de les définir avec plus de précision, soit afin d'y tracer certaines limites destinées à en restreindre autant que possible les rigueurs ;

Ont jugé nécessaire de compléter et de préciser sur certains points l'œuvre de la première Conférence de la Paix qui, s'inspirant, à la suite de la Conférence de Bruxelles de 1874, de ces idées recommandées par une sage et généreuse prévoyance, a adopté des dispositions ayant pour objet de définir et de régler les usages de la guerre sur terre.

Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations.

Il n'a pas été possible toutefois de concerter dès maintenant des stipulations s'étendant à toutes les circonstances qui se présentent dans la pratique ;

D'autre part, il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissées à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées.

En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.

Elles déclarent que c'est dans ce sens que doivent s'entendre notamment les articles 1 et 2 du Règlement adopté.»

87. Le huitième alinéa de la citation ci-dessus est connu sous le nom de « clause de Martens ». Une clause analogue avait déjà été insérée dans le préambule de la deuxième Convention de La Haye de 1899 ; elle fut reprise en substance dans chacune des quatre Conventions de Genève de 1949 ainsi que dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (paragraphes 134-142 ci-dessous).

88. L'article 2 de la Convention de La Haye de 1907 renfermait une clause de solidarité « *si omnes* » en vertu de laquelle la Convention et le Règlement de La Haye de 1907 n'étaient applicables qu'entre les puissances contractantes et que si tous les belligérants étaient parties à la Convention. Toutefois, le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg confirma ultérieurement qu'en 1939 la Convention et le Règlement de La Haye de 1907 devaient être considérés comme déclaratoires des lois et coutumes de la guerre (paragraphes 118 et 207 ci-après).

89. Les autres dispositions de la Convention de La Haye de 1907 pertinentes en l'espèce énonçaient :

« Article premier

Les Puissances contractantes donneront à leurs forces armées de terre des instructions qui seront conformes au Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la présente Convention.

(...)

Article 3

La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.»

90. Les articles 1 et 2 du Règlement de La Haye de 1907 étaient ainsi libellés :

«Article premier

Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes :

1. d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
2. d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
3. de porter les armes ouvertement et
4. de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre.

Dans les pays où les milices ou des corps de volontaires constituent l'armée ou en font partie, ils sont compris sous la dénomination d'« armée ».

Article 2

La population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de s'organiser conformément à l'article premier, sera considérée comme belligérante si elle porte les armes ouvertement et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre. »

91. Le chapitre II (articles 4 à 20) du Règlement de La Haye de 1907 posait les règles d'identification des prisonniers de guerre, l'obligation de traiter ces prisonniers avec humanité (article 4) et celle de ne faire usage que des mesures de rigueur nécessaires en cas d'insubordination (article 8). Le Règlement comportait par ailleurs les dispositions suivantes :

«Article 22

Les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi.

Article 23

Outre les prohibitions établies par des conventions spéciales, il est notamment interdit :

(...)

- b. de tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ;
- c. de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ;

(...)

e. d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus ;

f. d'user indûment du pavillon parlementaire, du pavillon national ou des insignes militaires et de l'uniforme de l'ennemi, ainsi que des signes distinctifs de la Convention de Genève ;

g. de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ;

h. de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice, les droits et actions des nationaux de la Partie adverse.

(...)

Article 29

Ne peut être considéré comme espion que l'individu qui, agissant clandestinement ou sous de faux prétextes, recueille ou cherche à recueillir des informations dans la zone d'opérations d'un belligérant, avec l'intention de les communiquer à la Partie adverse.

(...)

Article 30

L'espion pris sur le fait ne pourra être puni sans jugement préalable.

Article 31

L'espion qui, ayant rejoint l'armée à laquelle il appartient, est capturé plus tard par l'ennemi, est traité comme prisonnier de guerre et n'encourt aucune responsabilité pour ses actes d'espionnage antérieurs.»

6. *Le Rapport de la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et de la mise en œuvre des sanctions (« le Rapport de la Commission internationale de 1919 »)*

92. Cette commission fut chargée par la Conférence de paix de Paris d'établir un rapport consacré, notamment, aux faits concernant les violations des lois et des coutumes de la guerre par les forces de l'Empire allemand et ses alliés (notamment des responsables turcs), au degré de responsabilité des membres des forces ennemies pour ces crimes, et à la constitution et à la procédure d'un tribunal chargé de connaître de telles violations. Ce rapport, achevé en 1919, dressait une liste d'environ neuf cents criminels de guerre présumés et, s'appuyant sur la clause de Martens de la Convention de La Haye de 1907, proposait d'inculper, entre autres, des responsables

turcs de « crimes contre les lois de l'humanité ». Il comprenait en outre une liste non exhaustive de trente-deux infractions commises durant la guerre et considérées comme contraires aux conventions et coutumes en vigueur : entre autres, meurtres et massacres, infliction de tortures aux civils, imposition de sanctions collectives, dévastation et destruction injustifiées de biens et infliction de mauvais traitements aux blessés et prisonniers de guerre.

93. En ce qui concerne la responsabilité pénale individuelle, la Commission déclara :

[Traduction du greffe]

« Sont passibles de poursuites pénales toutes les personnes appartenant aux pays ennemis, indépendamment de leur situation et de leur rang, chefs d'Etat compris, qui se sont rendus coupables d'infractions aux lois et coutumes de la guerre ou aux lois de l'humanité. »

7. *Le Traité de Versailles de 1919*

94. Ce traité comportait un certain nombre de dispositions en vertu desquelles les criminels de guerre, y compris l'empereur d'Allemagne, devaient être jugés et punis au niveau international. Les dispositions relatives aux poursuites ne furent jamais appliquées : l'extradition de l'empereur fut refusée et l'idée d'un procès international pour les autres criminels de guerre présumés fut abandonnée au profit d'un procès organisé par l'Allemagne elle-même. L'article 229 prévoyait également la possibilité de traduire les auteurs d'actes criminels contre les ressortissants d'une des puissances alliées et associées devant les tribunaux militaires de cette puissance.

8. *Le Traité de Sèvres de 1920*

95. Le Traité de Sèvres (l'accord de paix entre les Alliés et la Turquie après la Première Guerre mondiale) renfermait des dispositions (articles 226 à 230) similaires à celles du Traité de Versailles concernant la poursuite par les Alliés devant des tribunaux militaires de responsables turcs accusés de violations des lois et coutumes de la guerre. Jamais ratifié, ce traité fut finalement remplacé par une déclaration relative à l'amnistie signée à Lausanne le 24 juillet 1923 par la France, le Royaume-Uni, la Grèce, l'Italie, le Japon, la Roumanie et la Turquie qui prévoyait que la Grèce et la Turquie accordaient « une amnistie pleine et entière (...) pour tous crimes et délits commis (...) en connexion évidente avec les événements politiques survenus pendant cette période » (1^{er} août 1914-20 novembre 1922).

9. *Le projet de Convention pour la protection des populations civiles contre les nouveaux engins de guerre (« le projet de Convention d'Amsterdam de 1938 »)*

96. Ce projet de convention, élaboré par l'Association de droit international, ne fut jamais adopté par les Etats. Sa définition par la négative de la population civile cadrait avec la définition donnée dans le Manuel d'Oxford de 1880 :

Article 1

« La population civile d'un Etat ne fera pas l'objet d'actes de guerre. Rentrent dans la « population civile », au sens de la présente Convention, tous ceux qui ne participent pas directement ou indirectement à la défense du territoire, tous les individus qui ne se trouvent pas enrôlés dans un des services de combat de cet Etat. »

C. La pratique avant la Seconde Guerre mondiale

1. *Les cours martiales américaines de 1899 à 1902, Philippines¹*

97. En 1901 et 1902, les cours martiales américaines jugèrent un certain nombre de militaires américains accusés, entre autres, de violations des lois de la guerre durant la campagne américaine de contre-insurrection menée aux Philippines, et notamment d'exécutions extrajudiciaires. Peu nombreuses, les conclusions des *Judges Advocate General* et des organes de contrôle renfermaient des commentaires sur les lois et coutumes de la guerre relativement à des questions telles que la responsabilité des officiers de commandement et le traitement des prisonniers de guerre. Ces commentaires ont joué un rôle dans les codifications ultérieures. Les procès en question constituent un des premiers exemples de poursuites engagées au niveau national contre des militaires nationaux accusés d'avoir commis contre l'ennemi des crimes violant les lois de la guerre.

98. Au procès du commandant Waller, l'organe de contrôle s'exprima comme suit :

[Traduction du greffe]

« [L]es lois de la guerre et l'esprit de l'époque ne tolèrent pas qu'un officier puisse, au gré de sa volonté, donner la mort à des prisonniers sans défense remis à sa garde. Toute autre vue participe de la sauvagerie et méconnaît l'exigence raisonnable des nations civilisées en vertu de laquelle la guerre doit être menée avec le moins de cruauté et d'injustice possible. »

1. G. Mettraux, « *US Courts-Martial and the Armed Conflict in the Philippines (1899-1902): Their Contribution to the National Case Law on War Crimes* », *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), pp. 135-150, et les affaires qui y sont citées.

99. Dans l'affaire du commandant Glenn, le *Judge Advocate* souligna que, même si les soldats américains opéraient dans une situation difficile contre des bandes isolées d'insurgés pratiquant la guérilla au mépris flagrant des règles de la guerre civilisée, ils n'étaient pas dégagés de leur « obligation d'adhérer aux règles de la guerre dans les efforts déployés (...) pour la répression de l'insurrection et la restauration de l'ordre public. »

100. Au procès du lieutenant Brown, accusé du meurtre d'un prisonnier de guerre, le *Judge Advocate* nota qu'il existait un « état de guerre » aux Philippines et que la culpabilité de l'accusé devait donc être déterminée non sous l'angle de la loi locale (*lex loci*) mais sous celui du droit international, ce qui, en l'occurrence, signifiait les lois et les coutumes de la guerre.

2. Les procès de Leipzig

101. A la suite du Traité de Versailles, l'Allemagne engagea des procédures devant la Cour suprême de Leipzig. Les Alliés présentèrent quarante-cinq affaires (sur les quelque neuf cents dossiers qui avaient été mentionnés dans le Rapport de la Commission internationale de 1919), qui portaient sur le traitement de prisonniers de guerre et de blessés ainsi que sur un ordre de torpillage d'un navire-hôpital britannique. Douze procès eurent lieu en 1921. Ils se terminèrent par six acquittements et six condamnations à des peines symboliques. Les Alliés décidèrent de ne pas soumettre d'autres affaires aux tribunaux allemands.

102. Les condamnations s'appuyaient essentiellement sur le droit militaire allemand, mais elles comportaient des références explicites au droit international, comme dans le cas de la décision *Llandovery Castle*:

[Traduction du greffe]

« Le mitraillage des embarcations était contraire au droit des nations. Dans le cadre de la guerre sur terre, il est interdit de tuer des ennemis non armés ([Règlement de La Haye de 1907] article 23 c); de même, dans le cadre de la guerre sur mer, il est interdit de tuer des naufragés s'étant réfugiés sur des chaloupes. (...) Comme le sénat l'a déjà souligné, toute violation du droit des nations en guerre est une infraction punissable dans la mesure où, généralement, une peine est attachée à l'acte. Le fait, dans le contexte d'une guerre, de tuer des ennemis n'est conforme à la volonté de l'Etat en guerre (dont les lois quant à la légalité ou l'illégalité des homicides sont décisives) que dans la mesure où il est compatible avec les conditions et restrictions imposées par le droit des nations. (...) La règle de droit international ici en cause est simple et universellement connue. Il ne peut y avoir de doute quant à son applicabilité. Le tribunal doit en l'espèce reconnaître Patzig coupable d'avoir tué au mépris du droit international.¹ »

1. Jugement dans l'affaire Lieutenants Dithmar et Boldt, navire-hôpital *Llandovery Castle*, 16 juillet 1921.

3. *Les poursuites menées contre des agents de la Turquie*

103. Le Royaume-Uni déploya des efforts considérables pour poursuivre des officiers turcs pour mauvais traitements à l'égard de prisonniers de guerre ainsi que pour d'autres crimes commis pendant la Première Guerre mondiale. Considérant que les crimes en cause ne « relevaient pas du droit local » mais étaient régis par « les coutumes de la guerre et les règles du droit international », il était favorable à ce que ces poursuites fussent menées devant des cours martiales britanniques créées dans les territoires occupés¹. Un certain nombre de cours martiales furent établies en 1919, mais en raison de développements internes à la Turquie elles ne purent fonctionner. Des cours martiales turques furent aussi constituées et, bien que les inculpations fussent fondées sur le code pénal turc, les condamnations prononcées par elles s'appuyaient sur les notions d'« humanité » et de « civilisation ». Ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, le traité de Lausanne de 1923 mit fin à ces poursuites.

D. La répression des crimes de guerre durant la Seconde Guerre mondiale

1. *La Déclaration sur les crimes de guerre allemands, signée par les représentants de neuf pays occupés (« la Déclaration de Saint James de 1942 »)*

104. En novembre 1940, les représentants des gouvernements polonais et tchèque en exil formulèrent des allégations de violations des lois de la guerre par les troupes allemandes. Pour le premier ministre britannique, la répression des crimes de guerre faisait partie de l'effort de guerre, et il en était du reste ainsi pour tous les Etats occupés par l'Allemagne, et pour la Chine s'agissant des forces d'occupation japonaises². En 1942, les représentants des pays occupés par les forces de l'Axe adoptèrent à Londres la Déclaration de Saint James sur les crimes de guerre et leur châtimeur. Le préambule de ce texte rappelait que le droit international, et en particulier la Convention de La Haye de 1907, ne permettait aux belligérants dans les pays occupés ni les violences contre les civils, ni le mépris des lois en vigueur, ni le renversement des institutions nationales. La Déclaration se poursuivait ainsi :

[Traduction reprise du document « Le châtimeur des crimes de guerre » publié par le Bureau d'informations Inter-allié à Londres]

1. V. N. Dadrian, « *Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications* », *Yale Journal of International Law*, 14, 1989, pp. 221-334.

2. *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, éd. His Majesty's Stationery, Londres, 1948, p. 91.

« [Les soussignés]

1. affirment que les violences ainsi exercées contre les populations civiles n'ont rien de commun ni avec la notion de l'acte de guerre, ni avec celle du crime politique, telles que les conçoivent les nations civilisées,

(...)

3. placent parmi les buts principaux de guerre le châtement, par les voies d'une justice organisée, des coupables ou responsables de ces crimes, qu'ils les aient ordonnés, perpétrés, ou qu'ils y aient participé,

4. décident de veiller dans un esprit de solidarité internationale à ce que a) les coupables et responsables, à quelque nationalité qu'ils appartiennent, soient recherchés, livrés à la justice et jugés, b) les sentences prononcées soient exécutées.»

105. A la suite de cette déclaration fut établie en 1943 la Commission des Nations unies sur les crimes de guerre (« UNWCC »), qui devait réunir des preuves sur les crimes de guerre et dont les dossiers devaient servir à justifier la poursuite des accusés par les autorités militaires¹. A la fin de son mandat, la Commission avait réussi à réunir 8 178 dossiers concernant des personnes soupçonnées de crimes de guerre. Elle adopta intégralement la liste des infractions figurant dans le Rapport de la Commission internationale de 1919 (paragraphe 92 ci-dessus) et l'adapta, en fonction des besoins, à la situation de la Seconde Guerre mondiale.

2. *La poursuite des crimes de guerre par l'URSS*

106. Dès début novembre 1941, l'URSS informa tous les pays avec lesquels elle entretenait des relations diplomatiques des crimes de guerre commis, en particulier, par l'Allemagne nazie dans les territoires occupés². Afin de recenser les crimes reprochés aux forces allemandes et d'établir l'identité des coupables en vue de leur renvoi devant la justice fut créée par un décret daté du 2 novembre 1942 la Commission extraordinaire de l'Etat pour l'établissement et l'instruction des crimes perpétrés par les envahisseurs germano-fascistes et leurs complices et du préjudice causé par eux aux citoyens, aux kolkhozes, aux associations, aux entreprises de l'Etat et aux institutions de l'URSS. Les travaux de cette commission furent utilisés ultérieurement dans les procès de Krasnodar et de Kharkov (paragraphe 107 et 109 ci-dessous).

107. Les premiers procès de citoyens soviétiques (collaborateurs et auxiliaires des forces allemandes) se tinrent à Krasnodar en juillet 1943. Les

1. C. Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », in H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 635-659, pp. 640 et suiv.

2. Voir, notamment, les notes diplomatiques des 7 novembre 1941, 6 janvier 1942 et 27 avril 1942.

accusés furent reconnus coupables par les juridictions pénales soviétiques de meurtre et de haute trahison en vertu du code pénal soviétique.¹

108. Par la suite, le Royaume-Uni, les États-Unis d'Amérique et l'URSS adoptèrent la Déclaration de Moscou de 1943, qui représente l'un des principaux textes de la Seconde Guerre mondiale concernant la poursuite des criminels de guerre. Ce texte confirmait la légitimité des juridictions nationales dans leur action répressive contre les criminels de guerre et l'intention de continuer les poursuites après la guerre. Il se lisait ainsi en ses passages pertinents en l'espèce :

[Traduction reprise de A. de La Pradelle, *La Paix moderne*, 1947, p. 445]

« (...) les susdites trois puissances alliées, parlant au nom et dans l'intérêt des trente-deux nations unies, proclament solennellement ce qui suit, et donnent avertissement de leur proclamation :

lorsqu'un armistice sera accordé à un gouvernement formé en Allemagne, quel qu'il soit, les officiers et soldats allemands et les membres du parti nazi qui ont été responsables, ou qui ont donné leur consentement aux atrocités, massacres et exécutions dont il a été question, seront renvoyés dans les pays où ils auront perpétré leurs abominables forfaits, pour y être jugés et châtiés conformément aux lois de ces pays libérés et des gouvernements libres qui y seront formés.

(...)

Ainsi les Allemands qui ont pris part aux fusillades en masse des officiers polonais, à l'exécution d'otages français, hollandais, belges, norvégiens et de paysans crétois, ou qui ont pris part aux massacres effectués en Pologne et dans les territoires de l'Union soviétique actuellement arrachés à l'ennemi, ces Allemands sauront qu'ils seront ramenés sur la scène de leurs crimes et jugés sur place par les peuples qu'ils auront martyrisés.

Que ceux qui n'ont pas jusqu'à présent trempé leurs mains dans le sang innocent sachent ce qui les attend s'ils deviennent eux-mêmes des coupables. Car il est certain que les trois puissances alliées les poursuivront jusqu'au bout de la terre et les remettront aux mains de leurs accusateurs pour que justice soit faite.

La déclaration ci-dessus ne préjuge pas du cas des criminels de guerre allemands dont les crimes ont été commis sans qu'il soit possible de les localiser géographiquement. Ceux-là seront punis par une décision commune des gouvernements alliés. »

109. Cette dernière disposition envisageait la poursuite des criminels de guerre allemands par l'Union soviétique. Le premier procès eut lieu à Kharkov en décembre 1943². Le présidium du Soviet suprême avait édicté

1. G. Ginsburgs, « *The Nuremberg Trial: Background* », in G. Ginsburgs et V. N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, pp. 9-37, pp. 20 et suiv.

2. I.F. Kladov, *The People's Vendict: A Full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov German Atrocity Trials*, London, New York [etc.] Hutchinson & Co., Ltd., 1944, pp. 113 et suiv.

en 1943 un décret indiquant les peines applicables. L'acte d'accusation reprochait aux intéressés d'avoir gazé des milliers d'habitants de Kharkov et de sa région, commis des atrocités sur des civils, incendié des villages, exterminé des femmes, des personnes âgées et des enfants, et brûlé vifs et torturé des blessés et des prisonniers de guerre. Le ministère public s'appuya sur les règles de la guerre énoncées dans des conventions internationales (la Convention et le Règlement de La Haye de 1907 et la Convention de Genève de 1929, notant que l'Allemagne les avait toutes deux ratifiées) et sur les principes universellement reconnus du droit international. L'acte d'accusation se référait non seulement à la responsabilité du gouvernement et du commandement allemands, mais également à la responsabilité individuelle des accusés (référence aux procès de Leipzig). Après avoir reconnu leur propre responsabilité et celle de leurs supérieurs hiérarchiques, les trois accusés furent condamnés à la pendaison. Les procès, dont le caractère équitable a pu être mis en question plus tard, furent largement médiatisés. L'Union soviétique attendit la fin de la guerre pour reprendre de tels procès; il s'en tint également à Kiev, Minsk, Riga, Leningrad, Smolensk, Briansk, Velikie Louki et Nikolaev¹.

110. Dès que les territoires bulgares furent libérés par les forces allemandes, le tribunal du peuple bulgare condamna, en décembre 1944, onze Bulgares pour crimes de guerre, en application de la Déclaration de Moscou de 1943².

3. *La poursuite des crimes de guerre par les Etats-Unis d'Amérique*

a) **Le Manuel des armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique : Règlement de la guerre sur terre, 1^{er} octobre 1940**

111. Très complet, ce manuel fut élaboré par le ministère américain de la Guerre en 1940 et diffusé aux forces en campagne. Il renfermait tant des règles coutumières de la guerre que des règles découlant de traités auxquels les Etats-Unis d'Amérique étaient parties et interprétait les règles des conflits armés applicables aux forces militaires américaines à l'époque. Il décrivait les « Principes fondamentaux » comme suit :

[Traduction des passages du manuel cités ci-dessous effectuée par le greffe]

« Les règles ou lois non écrites de la guerre, ainsi qu'il est convenu de les appeler, renferment trois principes fondamentaux interdépendants qui inspirent toutes les

1. G. Ginsburgs, *op. cit.*, pp. 28 et suiv.

2. G. Ginsburgs, « *Moscow and International Legal Cooperation in the Pursuit of War Criminals* », 21 *Review of Central and East European Law*, 1995, n° 1, pp. 1-40, p. 10.

autres règles ou lois de la guerre civilisée, écrites et non écrites, et constituent le guide général de conduite lorsqu'aucune règle plus précise n'est applicable :

a) le principe de nécessité militaire, en vertu duquel, sous réserve des principes d'humanité et de chevalerie, un belligérant est autorisé à exercer tout degré et tout type de contrainte nécessaire pour obtenir la soumission totale de l'ennemi en perdant le moins possible de temps, de vies humaines et d'argent ;

b) le principe d'humanité, qui interdit le recours à tout type ou degré de violence non réellement nécessaire aux fins de la guerre ; et

c) le principe de chevalerie, qui condamne et interdit le recours à des moyens, procédés et comportements déshonorants. »

112. Le paragraphe 8 du manuel disposait :

« Division générale de la population ennemie – La population ennemie est divisée, en temps de guerre, en deux grandes catégories : les forces armées et la population pacifique. Les deux catégories ont des droits, devoirs et incapacités distincts, et nul ne peut appartenir simultanément aux deux catégories. »

113. Le manuel poursuivait ainsi :

« Détermination du statut des troupes capturées – La détermination du statut des troupes capturées relève de l'autorité militaire supérieure ou des tribunaux militaires. Les exécutions sommaires ne sont plus envisagées par les lois de la guerre. Il incombe à l'officier de maintenir les individus capturés en détention et de laisser l'autorité compétente apprécier s'il s'agit de combattants réguliers, de combattants irréguliers, de déserteurs, etc.

Participation aux hostilités d'individus n'appartenant pas aux forces armées – Les individus qui prennent les armes et s'engagent dans les hostilités sans remplir les conditions prévues par les lois de la guerre pour être reconnus comme belligérants sont passibles d'un châtement en tant que criminels de guerre s'ils sont capturés par la partie lésée.

Droit à un procès – Un individu ne peut être puni pour une infraction aux lois de la guerre qu'en application d'une sentence prononcée à l'issue d'un procès ayant conclu à sa culpabilité mené devant un tribunal ou une commission militaires ou tout autre organe compétent désigné par le belligérant. »

b) L'affaire *Ex parte Quirin* (1942, 317 U.S. 1)

114. En 1942, huit saboteurs nazis se rendirent aux Etats-Unis, où ils furent capturés, puis jugés par une commission militaire secrète pour, entre autres, des infractions aux lois de la guerre (notamment port de vêtements civils pour franchir par la tromperie les lignes ennemies et commettre des actes de sabotage et d'espionnage et « d'autres actes hostiles »). Leurs avocats introduisirent une action en *habeas corpus*, qui aboutit à la Cour suprême. Celle-ci s'exprima ainsi :

[Traduction du greffé]

« Par un accord et une pratique universels, les lois de la guerre établissent une distinction entre les forces armées et les populations pacifiques des nations belligérantes et entre les combattants réguliers et les combattants irréguliers. Les combattants réguliers peuvent être capturés et détenus comme prisonniers de guerre par les forces militaires ennemies. Les combattants irréguliers peuvent également être capturés et détenus, mais ils peuvent en outre être jugés et punis par des tribunaux militaires pour les actes rendant leur belligérance illégitime. L'espion qui franchit secrètement et sans uniforme les lignes armées d'une nation belligérante en temps de guerre dans le but de recueillir des renseignements militaires et de les communiquer à l'ennemi, ou le combattant ennemi qui, sans porter d'uniforme, franchit secrètement les lignes pour faire la guerre en portant atteinte à la vie ou aux biens, sont des exemples familiers de belligérants qui sont généralement considérés comme n'ayant pas droit au statut de prisonnier de guerre, mais comme étant des contrevenants aux lois de la guerre soumis au jugement et à la sanction des tribunaux militaires. »

E. Les procès tenus devant les tribunaux militaires internationaux (« TMI ») après la Seconde Guerre mondiale pour des actes commis durant cette guerre

1. L'Accord de Potsdam de 1945

115. L'Accord de Potsdam concernait l'occupation et la reconstruction de l'Allemagne et d'autres nations après la capitulation de l'Allemagne en mai 1945. Il fut rédigé et adopté par l'URSS, les Etats-Unis et le Royaume-Uni lors de la Conférence de Potsdam, qui eut lieu du 17 juillet au 2 août 1945. Concernant la poursuite des criminels de guerre, il énonçait :

[Traduction reprise dans *Notes et études documentaires*, n° 664, La Documentation française]

« Les trois gouvernements ont pris note des échanges de vues qui ont eu lieu au cours des dernières semaines à Londres, entre les représentants britanniques, américains et français, en vue d'aboutir à un accord sur les méthodes de jugement des principaux criminels de guerre dont les crimes, d'après la Déclaration de Moscou d'octobre 1943, n'ont pas de localisation géographique particulière. Les trois gouvernements réaffirment leur intention d'appliquer à ces criminels une justice rapide et sûre ; ils espèrent que les négociations de Londres aboutiront à un prompt accord à cet égard et ils considèrent comme particulièrement important que le procès de ces grands criminels de guerre commence à une date aussi prochaine que possible. La première liste des accusés sera publiée avant le 1^{er} septembre. »

2. *L'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (« Accord de Londres de 1945 »)*

116. Après la capitulation sans conditions de l'Allemagne, les puissances alliées signèrent en 1945 l'Accord de Londres, dont le passage pertinent en l'espèce était ainsi libellé :

« Considérant que les Nations unies ont, à diverses reprises, proclamé leur intention de traduire en justice les criminels de guerre ;

Considérant que la Déclaration publiée à Moscou le 30 octobre 1943 sur les atrocités allemandes en Europe occupée a spécifié que les officiers et soldats allemands et les membres du parti nazi qui sont responsables d'atrocités et de crimes, ou qui ont pris volontairement part à leur accomplissement, seront renvoyés dans les pays où leurs forfaits abominables ont été perpétrés, afin qu'ils puissent être jugés et punis conformément aux lois de ces pays libérés et des gouvernements libres qui y seront établis ;

Considérant que cette déclaration était faite sous réserve du cas des grands criminels, dont les crimes sont sans localisation géographique précise et qui seront punis par une décision commune des gouvernements alliés ;

(...)

Article premier

Un Tribunal militaire international sera établi, après consultation avec le Conseil de contrôle en Allemagne, pour juger les criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation géographique précise, qu'ils soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes ou à ce double titre.

Article 2

La constitution, la juridiction et les fonctions du Tribunal militaire international sont prévues dans le Statut annexé au présent Accord, ce Statut formant partie intégrale de l'Accord.

(...)

Article 4

Aucune disposition du présent Accord ne porte atteinte aux principes fixés par la Déclaration de Moscou en ce qui concerne le renvoi des criminels de guerre dans les pays où ils ont commis leurs crimes.

(...)

Article 6

Aucune disposition du présent Accord ne porte atteinte à la juridiction ou à la compétence des tribunaux nationaux ou des tribunaux d'occupation déjà établis, ou

qui seront créés, dans les territoires alliés ou en Allemagne pour juger les criminels de guerre.»

3. *Le Statut du TMI de Nuremberg*

117. Annexé à l'Accord de Londres de 1945, le Statut de ce tribunal dressait notamment une liste non exhaustive de violations des lois et coutumes de la guerre dont les «dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices» étaient responsables et énonçait les peines applicables :

«Article premier

En exécution de l'Accord signé le 8 août 1945 par le gouvernement provisoire de la République française et les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, un Tribunal militaire international (dénommé ci-après «le Tribunal») sera créé pour juger et punir de façon appropriée et sans délai, les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe.

(...)

Article 6

Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'article 1^{er} ci-dessus pour le jugement et le châtimement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants.

Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle :

(...)

b) *Les Crimes de Guerre* : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;

(...)

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan.

(...)

Article 8

Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige.

(...)

Article 27

Le Tribunal pourra prononcer contre les accusés convaincus de culpabilité la peine de mort ou tout autre châtement qu'il estimera être juste.

Article 28

En plus de toute peine qu'il aura infligée le Tribunal aura le droit d'ordonner à l'encontre du condamné la confiscation de tous biens volés et leur remise au Conseil de contrôle en Allemagne.»

4. *Le jugement du TMI de Nuremberg*¹

118. Le jugement soulignait le caractère coutumier de la Convention et du Règlement de La Haye de 1907 :

«Le Statut lie le Tribunal quant à la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité. Mais, dès avant le Statut, les crimes de guerre énumérés par l'article 6 b) tenaient du droit international leur qualification de crimes de guerre. Ils étaient prévus par les articles 46, 50, 52 et 56 de la Convention de La Haye de 1907, et par les articles 2, 3, 4, 46 et 51 de la Convention de Genève de 1929. Il n'est pas douteux que la violation de ces textes constitue un crime, entraînant un châtement.

On a prétendu écarter, en l'occurrence, la Convention de La Haye. On s'est prévalu, à cet effet, de la clause de «participation générale» (article 2) (...)

Or plusieurs des nations qui participèrent à la dernière guerre n'avaient pas signé la Convention [de La Haye].

Le Tribunal juge inutile de trancher cette question. Les règles de la guerre terrestre contenues dans la Convention [de La Haye] réalisaient certes un progrès du droit international. Mais il résulte de ses termes mêmes que ce fut une tentative «pour réviser les lois générales et les coutumes de la guerre», dont l'existence était ainsi reconnue. En 1939, ces règles, contenues dans la Convention [de La Haye], étaient admises par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre auxquelles l'article 6 b) du Statut se réfère.»

119. Dans sa partie intitulée «Le Statut devant le droit», le jugement précisait au sujet des crimes contre la paix :

1. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946, édité à Nuremberg, Allemagne, 1947.*

«La Convention de La Haye de 1907 proscrivait l'emploi dans la conduite de la guerre, de certaines méthodes. Elle visait le traitement inhumain des prisonniers, l'usage illégal du drapeau parlementaire, d'autres pratiques du même ordre. Le caractère illicite de ces méthodes avait été dénoncé longtemps avant la signature de la convention ; mais c'est depuis 1907 qu'on les considère comme des crimes passibles de sanctions en tant que violant les lois de la guerre. Nulle part, cependant, la Convention de La Haye ne qualifie ces pratiques de criminelles ; elle ne prévoit aucune peine ; elle ne porte mention d'aucun tribunal chargé d'en juger et punir les auteurs. Or, depuis nombre d'années, les tribunaux militaires jugent et punissent des personnes coupables d'infractions aux règles de la guerre sur terre établies par la Convention de La Haye. (...) En interprétant le Pacte [Briand-Kellogg], il faut songer qu'à l'heure actuelle, le droit international n'est pas l'œuvre d'un organisme législatif commun aux Etats. Ses principes résultent d'accords, tels que le Pacte [Briand-Kellogg], où il est traité d'autres choses que de matières administratives, et de procédure. Indépendamment des traités, les lois de la guerre se dégagent d'us et coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires. Ce droit n'est pas immuable, il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant. Souvent, les traités ne font qu'exprimer et préciser les principes d'un droit déjà en vigueur.»

5. *Le Statut du TMI de Tokyo de 1946*

120. Ce Statut fut approuvé par une déclaration unilatérale du Commandement suprême des forces alliées le 19 janvier 1946. Son article 5, en son passage pertinent en l'espèce, se lisait ainsi :

[Traduction du greffe]

«Le Tribunal sera compétent pour juger et punir les criminels de guerre des pays d'Extrême-Orient qui auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, des infractions incluant des crimes contre la paix.

Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle :

(...)

b) *les crimes de guerre conventionnels* : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre ;

c) (...) les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toute personne en exécution de ce plan.»

6. *Le jugement du TMI de Tokyo de 1948*

121. A propos du Statut de la Convention de La Haye de 1907, le jugement du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient du 12 novembre 1948 indique :

[Traduction du greffe]

« (...) L'effectivité en tant qu'obligations conventionnelles directes de certaines conventions signées à La Haye le 18 octobre 1907 a été considérablement affaiblie par l'incorporation dans les textes en question d'une clause dite « de participation générale », en vertu de laquelle la convention ne serait obligatoire que dans les cas où tous les belligérants y seraient parties. Sur un plan strictement juridique, l'effet de cette clause est de priver certaines des conventions de leur force obligatoire en tant qu'obligation conventionnelle directe, soit dès le début d'une guerre, soit au cours de celle-ci, à compter du moment où une Puissance non signataire, aussi insignifiante soit-elle, rejoint les rangs des belligérants. Bien que l'obligation d'observer les dispositions de la convention considérée comme un traité contraignant puisse être écartée par l'effet de la « clause de participation générale » ou autrement, la convention reste un bon reflet du droit coutumier des nations que le Tribunal doit prendre en considération conjointement avec tous les autres éléments de preuve disponibles pour déterminer le droit coutumier à appliquer dans chaque situation concrète. (...) »

7. Les Principes de Nuremberg

122. Vers le milieu des années 1950, la Commission du droit international adopta les sept Principes de Nuremberg, qui résumaient les « principes du droit international consacrés par le Statut et le jugement du TMI de Nuremberg » :

« Principe I

Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement.

Principe II

Le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis.

(...)

Principe IV

Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir.

Principe V

Toute personne accusée d'un crime de droit international a droit à un procès équitable, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit.

Principe VI

Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international.

(...)

b) Crimes de guerre :

Les violations des lois et coutumes de la guerre qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

(...)

Principe VII

La complicité d'un crime contre la paix, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, tels qu'ils sont définis dans le principe 6, est un crime de droit international. »

F. Les poursuites pour crimes de guerre intentées au niveau national après la Seconde Guerre mondiale à raison d'actes commis durant cette guerre

1. *La loi n° 10 du Conseil de contrôle allié – Le châtimeut des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité (« La loi n° 10 du Conseil de contrôle ») et « l'affaire des otages »*

123. La loi n° 10 du Conseil de contrôle fut édictée en décembre 1945 par le Conseil de contrôle allié en Allemagne en vue de la création dans ce pays d'une base juridique uniforme pour les poursuites judiciaires contre les criminels de guerre (autres que ceux traduits devant le TMI de Nuremberg). L'article I énonçait que la Déclaration de Moscou de 1943 et l'Accord de Londres de 1945 devenaient partie intégrante de la loi. L'article II 5) était ainsi libellé :

[Traduction reprise de H. Meyrowitz, *La Répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Annexe III, citant le *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, pp. 50 et suiv.]

« Dans aucun procès ou aucune poursuite pour un des crimes précités, l'accusé n'aura le droit d'invoquer le bénéfice d'une prescription accomplie durant la période du 30 janvier 1933 au 1^{er} juillet 1945. (...) »

124. Cette loi reconnaissait également comme constitutifs de crimes de guerre des actes presque identiques à ceux visés à l'article 6 b) du Statut du TMI de Nuremberg, et elle disposait qu'une personne était considérée

comme ayant commis un crime de guerre, qu'elle eût agi en qualité d'auteur ou de complice, si elle avait ordonné ou favorisé son accomplissement, si elle y avait consenti, si elle avait participé à des plans ou à des entreprises à cet effet ou si elle avait été membre d'une organisation ou d'un groupe impliqué dans l'accomplissement du crime en question. Les châtimens étaient également prévus.

125. Dans l'affaire des otages (*Wilhelm List*)¹, les accusés étaient appelés à répondre de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale. Il leur était reproché d'avoir mis en place un système de meurtres par représailles dans les territoires occupés et d'avoir exécuté sommairement des soldats italiens qui s'étaient rendus. Selon le jugement prononcé dans cette affaire, les crimes énoncés dans le Statut du TMI de Nuremberg et dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle étaient déclaratoires des lois et coutumes de la guerre existantes.

126. Le jugement comportait le passage suivant concernant l'exécution de francs-tireurs :

[Traduction du greffe]

« [List était] autorisé à pacifier le pays à l'aide de la force militaire; il était habilité à punir les francs-tireurs qui avaient attaqué ses troupes ou saboté ses moyens de transport et de communication; [...] cela signifie, bien entendu, que les membres capturés de ces groupes irréguliers n'avaient pas droit à être traités comme des prisonniers de guerre. Les accusés ne peuvent se voir reprocher aucun crime pour avoir tué les membres capturés des forces de résistance, puisqu'il s'agissait de francs-tireurs. »

127. Au sujet de la nécessité militaire, le jugement s'exprimait ainsi :

[Traduction du greffe]

« La nécessité militaire permet à un belligérant, dans le respect du droit de la guerre, d'exercer toute la contrainte nécessaire pour obtenir la soumission totale de l'ennemi en perdant le moins possible de temps, de vies humaines et d'argent. D'une manière générale, cette notion autorise un occupant à prendre les mesures nécessaires à la sécurité de ses forces et au succès des opérations menées par lui. Elle lui permet d'éliminer des ennemis armés et d'autres personnes dont les conflits armés de la guerre rendent l'élimination accessoirement inévitable; elle l'autorise à capturer des ennemis armés et d'autres personnes présentant un danger particulier, mais elle ne lui permet pas de tuer des habitants innocents pour assouvir une soif de vengeance ou de meurtre. Pour être légitime, la destruction de biens doit être impérativement exigée par les nécessités de la guerre. La destruction considérée comme une fin en soi est contraire au droit international. Il doit exister un lien raisonnable entre la destruction de biens et la réduction des forces ennemies. »

1. *The United States of America v. Wilhelm List et al.*, UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals* («LRTWC»), Volume VIII, 1949 («affaire des otages»).

128. Après avoir précisé que l'absence de déclaration de guerre officielle entre l'Allemagne et l'Italie jetait des doutes sérieux sur le point de savoir si les officiers italiens exécutés auraient dû ou non se voir reconnaître le statut de prisonniers de guerre, le tribunal, regardant au-delà de cette question, conclut que leur exécution sommaire était « illégale et totalement injustifiée ».

2. *Les autres procès tenus au niveau national*

129. Après 1945, divers tribunaux nationaux, notamment des tribunaux civils et militaires australiens, britanniques, canadiens, chinois, français et norvégiens, engagèrent des poursuites pour crimes de guerre à raison d'actes commis pendant la Seconde Guerre mondiale¹. Ces affaires avaient toutes trait à des infractions aux lois et coutumes de la guerre. Dans beaucoup d'entre elles fut soulignée la nécessité de tenir des procès équitables avant de punir les auteurs présumés de crimes de guerre. Dans certains jugements, il fut précisé qu'il était légitime pour un tribunal national de se référer aux lois et coutumes internationales de la guerre. D'autres renvoyaient aux règles sur les destructions inutiles de biens appartenant à des civils ou le port illégal de l'uniforme de l'ennemi. Dans un certain nombre de cas, les juges retinrent la responsabilité individuelle des commandants.

G. Les conventions ultérieures

1. *La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (« la Convention de 1968 »)*

130. Cette convention, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en novembre 1968, trouve son origine dans le souci d'éviter que des

1. *Trial of Sergeant-Major Shigeru Ohashi and Six Others*, Australian Military Court, 1946, LRTWC, Volume V; *Trial of Yamamoto Chusaburo*, British Military Court, 1946, LRTWC, Volume III; *Trial of Captain Eikichi Kato*, Australian Military Court, 1946, LRTWC, Volume I; *Trial of Captain Eitaro Shinohara and Two Others*, Australian Military Court, 1946, LRTWC, Volume V; *Re Yamashita* 327 U.S. 1 (1946); Procès de Karl-Hans Hermann Klinge, Cour suprême norvégienne, 1946, LRTWC, Volume III; Procès de Franz Holstein et vingt-trois autres, Tribunal militaire français, 1947, LRTWC, Volume VIII; *Trial of Otto Skorzeny and Others*, American Military Tribunal, 1947, LRTWC, Volume IX; *The Dostler Case*, US Military Commission 1945, LRTWC Volume I; *The Almelo Trial*, British Military Court, 1945, LRTWC Volume I; *The Dreierwalde case*, British Military Court, 1946, LRTWC, Volume I; Affaire Abbaye Ardenne, Tribunal militaire canadien, 1945, LRTWC, Volume IV; Procès de Carl Bauer, Ernst Schrameck et Herbert Falten, Tribunal militaire français, 1945, LRTWC, Volume VIII; *Trial of Takashi Sakai*, Tribunal militaire chinois, 1946, LRTWC, Volume III; Procès de Hans Szabados, Tribunal militaire permanent français, 1946, LRTWC, Volume IX; *Trial of Franz Schonfeld and Nine Others*, British Military Court, 1946, LRTWC, Volume XI (les dates sont celles du procès ou du prononcé du jugement).

criminels de guerre présumés (de la Seconde Guerre mondiale) non encore arrêtés pussent échapper aux poursuites avec le passage du temps.

131. Entrée en vigueur le 11 novembre 1970, la Convention de 1968 fut ratifiée par l'Union soviétique en 1969 et par la Lettonie le 14 avril 1992. Son passage pertinent en l'espèce se lit comme suit :

«Préambule

(...)

Constatant que dans aucune des déclarations solennelles, actes et conventions visant la poursuite et la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité il n'a été prévu de limitation dans le temps,

Considérant que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité comptent au nombre des crimes de droit international les plus graves,

Convaincus que la répression effective des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité est un élément important de la prévention de ces crimes, de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, propre à encourager la confiance, à stimuler la coopération entre les peuples et à favoriser la paix et la sécurité internationales,

Constatant que l'application aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité des règles de droit interne relatives à la prescription des crimes ordinaires inquiète profondément l'opinion publique mondiale car elle empêche que les personnes responsables de ces crimes soient poursuivies et châtiées,

Reconnaissant qu'il est nécessaire et opportun d'affirmer en droit international, au moyen de la présente Convention, le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et d'en assurer l'application universelle (...)

132. L'article premier de la Convention de 1968 dispose :

«Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis :

a) Les crimes de guerre, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, notamment les « infractions graves » énumérées dans les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de guerre ;

(...)

2. *La Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (« la Convention de 1974 »)*

133. Cette convention s'applique aux crimes commis avant son adoption et non encore prescrits. Signée par deux Etats seulement au moment de

son dépôt (France et Pays-Bas), elle est entrée en vigueur en 2003 après la troisième ratification (Belgique). Ni l'URSS ni la Lettonie ne l'ont ratifiée.

3. *Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (« le Protocole additionnel de 1977 »)*

134. Ce Protocole aux Conventions de Genève avait pour but de développer et de réaffirmer une bonne partie des lois et coutumes de la guerre, eu égard à l'ancienneté de bon nombre des textes sur lesquels lesdites conventions se fondaient (notamment la Convention de La Haye de 1907). Beaucoup de ses dispositions ne font que réénoncer des lois et coutumes de la guerre existantes, d'autres sont de nature constitutive.

135. Les deux premières « règles fondamentales » de la guerre se trouvent décrites à l'article 35 du texte :

« 1. Dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.

2. Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.

(...)»

136. L'article 39 dispose :

« 1. Il est interdit d'utiliser, dans un conflit armé, les drapeaux ou pavillons, symboles, insignes ou uniformes militaires d'Etats neutres ou d'autres Etats non parties au conflit.

2. Il est interdit d'utiliser les drapeaux ou pavillons, symboles, insignes ou uniformes militaires des Parties adverses pendant des attaques ou pour dissimuler, favoriser, protéger ou entraver des opérations militaires.

(...)»

137. L'article 41 confirme la protection des personnes hors de combat :

« 1. Aucune personne reconnue, ou devant être reconnue, eu égard aux circonstances, comme étant hors de combat, ne doit être l'objet d'une attaque.

2. Est hors de combat toute personne :

a) qui est au pouvoir d'une Partie adverse,

b) qui exprime clairement son intention de se rendre, ou

c) qui a perdu connaissance ou est autrement en état d'incapacité du fait de blessures ou de maladie et en conséquence incapable de se défendre, à condition que, dans tous les cas, elle s'abstienne de tout acte d'hostilité et ne tente pas de s'évader.

(...)»

138. L'article 48 reconnaît le principe de distinction :

« En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires. »

139. L'article 50 dispose qu'est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas aux forces armées. Cette disposition est ainsi libellée :

« 1. Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A 1), 2), 3), et 6) de la III^e Convention et à l'article 43 du présent Protocole¹. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile.

2. La population civile comprend toutes les personnes civiles.

3. La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité. »

140. L'article 51 traite de la protection accordée aux civils :

« 1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes, qui s'ajoutent aux autres règles du droit international applicable, doivent être observées en toutes circonstances.

2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.

3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

(...)»

141. L'article 52 réitère la règle coutumière selon laquelle un bien de caractère civil (qui n'est pas un objectif militaire) ne doit pas être l'objet d'attaques. Son paragraphe 3 énonce :

« En cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire. »

142. L'article 75 offre une protection aux personnes qui sont au pouvoir d'une partie belligérante et qui ne bénéficient pas d'un statut spécialement protecteur (celui de prisonnier de guerre par exemple) en vertu des lois et coutumes de la guerre.

1. Les dispositions auxquelles renvoie ce texte concernent le droit au statut de prisonnier de guerre et définissent la notion de forces armées.

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

143. Invoquant l'article 7 de la Convention, le requérant se plaint d'avoir fait l'objet d'une application rétroactive du droit pénal. Il plaide que les actes pour lesquels il a été condamné n'étaient pas constitutifs d'une infraction au moment de leur commission en 1944 et que le paragraphe 2 de l'article 7 n'était pas applicable, les faits incriminés étant selon lui étrangers au champ d'application de cette disposition. L'article 7 de la Convention énonce :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

A. L'arrêt de la chambre

144. La chambre a examiné le grief du requérant sur le terrain de l'article 7 § 1 de la Convention. Elle a estimé que l'article 68 § 3 du code pénal de 1961 était basé sur le droit international plutôt que sur le droit interne et que les textes internationaux pertinents étaient la Convention et le Règlement de La Haye de 1907. Elle a relevé que la quatrième Convention de Genève de 1949 et le Protocole additionnel de 1977 avaient été adoptés postérieurement aux actes litigieux, commis le 27 mai 1944, et étaient dépourvus d'effet rétroactif. Elle a indiqué que les principes de la Convention de La Haye de 1907 étaient largement reconnus, qu'ils revêtaient un caractère universel et qu'ils constituaient les règles coutumières fondamentales du *jus in bello* en 1944, et que dans ces conditions ils s'appliquaient aux actes reprochés au requérant.

145. Examinant s'il existait une base juridique plausible pour condamner le requérant pour crimes de guerre et si l'intéressé pouvait à l'époque raisonnablement prévoir que le comportement de son unité le 27 mai 1944 le rendrait coupable de tels crimes, la chambre a noté que le secteur de Mazie Bati était en proie à des attaques menées notamment par les forces auxiliaires lettones au service de l'administration allemande.

146. Elle a ensuite examiné le statut juridique des villageois et établi une distinction entre les hommes et les femmes qui avaient péri. En ce qui

concerne les hommes, elle a considéré que le requérant avait légitimement pu les prendre pour des collaborateurs de l'armée allemande et que, même s'ils ne remplissaient pas tous les critères de la définition de combattant, le *jus in bello* ne permettait pas de les qualifier automatiquement de « civils » *a contrario*. Le statut juridique des villageois ayant ainsi été précisé et le requérant étant un « combattant », la chambre a estimé qu'il n'avait pas été démontré que l'attaque du 27 mai 1944 était en soi contraire aux lois et coutumes de la guerre codifiées par le Règlement de La Haye de 1907 ni par conséquent qu'elle pouvait fonder la condamnation de l'intéressé en tant que commandant de l'unité.

147. En ce qui concerne les femmes qui avaient été tuées au cours de l'opération, la chambre a considéré que si elles avaient collaboré avec l'administration allemande la conclusion ci-dessus s'appliquait, et que si leur mort était résultée d'un excès de pouvoir on ne pouvait y voir une violation du *jus in bello* et l'action publique relativement aux actes en question était définitivement prescrite depuis 1954 en vertu du droit interne. Pour la chambre, il était contraire au principe de prévisibilité de punir le requérant près d'un demi-siècle après l'expiration du délai de prescription.

148. Enfin, la chambre a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 7 § 2 de la Convention. Elle a en effet considéré que même si cette disposition était applicable, l'opération menée le 27 mai 1944 ne pouvait passer pour « criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

B. Les thèses défendues devant la Grande Chambre

1. Le gouvernement défendeur

149. Le gouvernement défendeur conteste le raisonnement et la conclusion de la chambre.

150. Il soutient que les actes du requérant revêtaient au moment de leur commission un caractère criminel tant d'après le droit international que d'après le droit national et que dans ces conditions l'affaire devait effectivement être examinée sous l'angle de l'article 7 § 1 de la Convention. Il considère que la Cour a pour rôle, en vertu de cet article, d'établir s'il existait une disposition juridique suffisamment claire et accessible incriminant certains actes et, en particulier, si les juridictions lettones étaient en droit de se fonder sur l'article 68 § 3 du code pénal de 1961 et, ce faisant, de s'appuyer sur les éléments pertinents du droit international. Il soutient à cet égard que l'incrimination pouvait résulter du droit national ou international, écrit comme non écrit, et que l'article 7 de la Convention

n'exclut pas une clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire, pourvu que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction. Pareil développement du droit pénal serait d'autant plus important dans le cas d'un Etat de droit démocratique succédant à un régime totalitaire et assumant l'obligation de poursuivre les criminels de l'ancien régime.

151. Le Gouvernement considère toutefois que la chambre a outrepassé son rôle subsidiaire en s'appuyant sur une base factuelle s'écartant de celle établie par les juridictions internes, qu'elle aurait pourtant jugé avoir agi en conformité avec l'article 6. En effet, en procédant à une nouvelle appréciation des faits, la chambre aurait négligé certaines circonstances cruciales ayant entouré les événements du 27 mai 1944 tels qu'ils auraient été établis par la chambre des affaires pénales et confirmés par le sénat de la Cour suprême, notamment quant à la réalité d'un jugement d'un tribunal de partisans qui aurait condamné les villageois de Mazie Bati. Pareil jugement aurait de toute manière été illégal car rendu par défaut, au mépris des principes les plus fondamentaux d'un procès équitable. Le gouvernement défendeur a soumis à la Grande Chambre des lettres du parquet général datées de février 2008 (concernant l'existence du tribunal de partisans, le rôle de Mazie Bati et de ses habitants dans la défense allemande et les motifs de la distribution d'armes aux villageois) qu'il avait déjà présentées devant la chambre.

152. Observations détaillées à l'appui, le gouvernement défendeur soutient que la Cour doit tenir compte du contexte historique et politique général des événements qui se sont produits avant et après la Seconde Guerre mondiale et, notamment, de ce que l'occupation soviétique de la Lettonie en 1940 était illégale et que, bien qu'interrompue par l'occupation allemande, tout aussi illégale, de 1941 à 1944, elle a perduré jusqu'au rétablissement de l'indépendance du pays au début des années 1990. Durant l'occupation soviétique, la Lettonie n'aurait pas pu exercer ses pouvoirs souverains, et elle se serait ainsi trouvée dans l'incapacité d'assumer ses obligations internationales. Indépendamment de la peur que la population locale aurait éprouvée devant les partisans rouges, le requérant dénaturerait la réalité en plaidant que les événements survenus le 27 mai 1944 à Mazie Bati doivent s'analyser en un incident de guerre civile étranger au conflit armé international qui opposait les puissances de l'Axe à l'URSS notamment.

153. Tout en admettant que la Cour est bien compétente pour appliquer les principes pertinents du droit international, le gouvernement défendeur conteste l'application faite du droit international par la chambre. Celle-ci aurait négligé ou mal appliqué plusieurs sources importantes du droit international et certains principes en découlant, notamment les critères permettant de définir les civils et l'exigence d'un traitement humain de

ceux-ci, le principe de la conservation du droit à la protection humanitaire internationale en cas de perte du statut de civil, les limites fixées aux nécessités militaires et l'interdiction des actes de perfidie. Se référant amplement aux conventions et déclarations de l'époque ainsi qu'au Statut et au jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, le gouvernement défendeur soutient que le requérant était manifestement coupable de crimes de guerre au sens où cette notion était interprétée en 1944.

154. Tout en reconnaissant que le principe de la distinction n'était pas encore parfaitement établi en 1944, il plaide qu'il était clair que les villageois de Mazie Bati étaient des « civils » : même lorsque des personnes étaient armées, même lorsqu'elles sympathisaient avec la force d'occupation nazie et même lorsqu'elles appartenaient à une organisation de maintien de l'ordre, elles conservaient selon lui leur statut de personnes civiles. En tout état de cause, quand bien même les villageois auraient perdu ce statut et auraient dû être considérés comme des « combattants », rien, pour le Gouvernement, n'autorisait à exécuter sommairement ou à assassiner des personnes hors de combat en l'absence d'un procès équitable (dont il n'y aurait aucune preuve en l'espèce) ayant établi que les intéressés étaient bien impliqués dans la commission d'une infraction pénale. De surcroît, les actes en cause n'auraient pas été des actes licites de « représailles légales de belligérants », puisque, entre autres, pareils actes étaient interdits à l'égard des prisonniers de guerre depuis l'adoption de la Convention de Genève de 1929 et que, par ailleurs, nul n'aurait jamais laissé entendre que les villageois – qu'il y aurait lieu de considérer comme des civils – eussent eux-mêmes commis des crimes de guerre.

155. Le Gouvernement ajoute qu'en 1944 (comme par la suite), les actes du requérant étaient constitutifs d'infractions en droit interne. Les dispositions du code pénal de 1926 (adopté en 1940 par un décret du Conseil suprême de la RSS de Lettonie, demeuré en vigueur jusqu'en 1991 et réintroduit en 1993) auraient réprimé et puni les violations des règles et coutumes de la guerre, et elles auraient été suffisamment claires et accessibles. L'ambiguïté ayant existé de septembre 1991 à avril 1993 serait sans importance d'un point de vue pratique, compte tenu de l'obligation internationale sous-jacente pour la Lettonie de poursuivre et de juger les auteurs de telles violations sur la base du droit international alors en vigueur.

156. Peu importerait que le requérant lui-même ait été ou non l'auteur des actes litigieux, puisqu'il aurait assumé la responsabilité du commandement.

157. Par ailleurs, sa condamnation ne se serait pas heurtée à une quelconque prescription, eu égard, entre autres, à l'article 14 (et aux notes l'accompagnant) du code pénal de 1926, à l'article 45 du code pénal de

1961 et à l'article 1 de la Convention de 1968, dont la Cour européenne des droits de l'homme aurait reconnu l'effet rétroactif.

158. Eu égard à ce qui précède, il aurait été clairement et objectivement mesurable en 1944 que les actes en cause étaient criminels, et il n'y aurait pas lieu de démontrer que le requérant était au fait de chaque élément de leur qualification juridique précise. D'ailleurs, l'autre version des événements donnée par l'intéressé (à savoir qu'il avait cherché à arrêter les villageois à la suite de leur condamnation par un tribunal composé de partisans) serait révélatrice en ce qu'elle indiquerait qu'il était effectivement conscient à l'époque du caractère criminel du comportement litigieux (les villageois ayant été tués et non arrêtés). La condamnation du requérant aurait elle aussi été objectivement prévisible, eu égard notamment aux déclarations formulées par certains États durant la Seconde Guerre mondiale et aux poursuites menées aux niveaux international et national durant la guerre et immédiatement après, processus auxquels les autorités soviétiques auraient activement participé. Le fait que le requérant eût été considéré comme un héros soviétique pendant de nombreuses années ne serait pas pertinent, l'élément clé étant le point de savoir s'il était raisonnablement prévisible en 1944 que les actes perpétrés seraient considérés comme des crimes de guerre, et non que la situation politique qui aurait fortuitement été la sienne ultérieurement lui eût permis de se soustraire aux poursuites. Soutenir que d'autres commettaient des crimes de guerre ne constituerait pas non plus un moyen de défense permettant de se dégager de toute responsabilité pénale individuelle, sauf à considérer que cette dérogation aux principes par d'autres États est suffisante pour établir un changement dans la pratique et la coutume internationales.

159. A titre subsidiaire, le Gouvernement arguë que les actes du requérant constituaient des infractions «d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», au sens de l'article 7 § 2 de la Convention. Cette disposition aurait également été rédigée pour lever tout doute concernant la validité des poursuites exercées par les tribunaux militaires internationaux après la Seconde Guerre mondiale. Or les pratiques internationale et nationale ultérieures ayant confirmé la validité universelle des tribunaux militaires internationaux et de leurs principes, le rôle de l'article 7 § 2 serait maintenant caduc. Que ces «principes généraux» constituent une source primaire ou une source secondaire du droit international, on les aurait tirés des systèmes nationaux pour combler les lacunes du droit international positif et coutumier. Faute de consensus sur le degré d'exhaustivité requis de l'examen des systèmes nationaux censé permettre de conclure à l'existence de tels principes, le gouvernement défendeur a passé en revue les ordres juridiques qui, en 1944, s'étaient déjà

prononcés sur la question des crimes de guerre ainsi que les codes pénaux letton et soviétique. Constatant que les juridictions nationales qui avaient conclu à des violations des lois et coutumes de la guerre s'étaient inspirées de principes de droit international établis, il soutient que les actes commis par le requérant étaient criminels d'après les principes généraux de droit reconnus, de sorte que les juridictions nationales compétentes en l'espèce étaient selon lui en droit d'appliquer ces principes.

2. *Le requérant*

160. Le requérant souscrit au raisonnement et aux conclusions de la chambre, soutenant qu'il ne s'était rendu coupable d'aucune infraction au regard du droit national, du droit international ou des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

161. Il récuse l'argument du gouvernement défendeur selon lequel la chambre a outrepassé sa compétence et mal apprécié certains faits. En réalité, ce serait le Gouvernement qui aurait présenté de manière inexacte et déformée devant la Grande Chambre les faits tels qu'établis par la chambre.

162. Il réitère devant la Grande Chambre sa version des circonstances ayant entouré le décès, en février 1944, des membres du groupe de partisans du commandant Tchougounov. Ceux-ci, réfugiés dans la grange de Meikuls Krupniks, auraient été livrés par ruse à la *Wehrmacht* par les villageois décédés au cours de l'opération ultérieure : les villageois auraient prétendu les protéger, mais auraient averti de leur présence les forces armées allemandes qui se trouvaient dans les environs. Le lendemain, les soldats allemands seraient arrivés et, après avoir recueilli de plus amples renseignements auprès de trois femmes dans le village, ils auraient tué tous les membres du groupe de Tchougounov. Certaines femmes, dont la mère de Meikuls Krupniks, auraient dépouillé les cadavres de leurs vêtements. Les villageois en question auraient reçu de l'administration militaire allemande du bois de chauffage, du sucre, de l'alcool et de l'argent à titre de récompense. Un villageois capturé par d'autres partisans aurait par la suite donné le nom de ceux qui avaient dénoncé le groupe du commandant Tchougounov.

Le requérant redit avoir agi sur décision d'un tribunal *ad hoc* de partisans, dont l'existence serait attestée. Ce tribunal aurait enquêté, identifié les villageois de Mazie Bati supposés avoir trahi le groupe du commandant Tchougounov et les aurait condamnés à mort. L'unité du requérant aurait été chargée d'amener les personnes condamnées devant ce tribunal. L'intéressé explique devant la Grande Chambre que, en raison des conditions du combat qui prévalaient à l'époque, son unité n'avait été en mesure ni d'arrêter les villageois et de les maintenir prisonniers (ils auraient représenté

un obstacle et un danger mortel pour les partisans) ni de les ramener devant le tribunal des partisans.

163. Le requérant estime que ses droits protégés par l'article 7 § 1 ont été méconnus. Les garanties consacrées par cette disposition revêtaient une importance capitale, et il faudrait les interpréter et les appliquer de façon à assurer une protection effective contre des poursuites et des procès arbitraires. L'article 7 § 2 n'entrerait pas en ligne de compte, les infractions alléguées ne tombant pas sous l'empire de cette disposition.

164. Quant à la définition de la notion de crime de guerre, le requérant s'appuie essentiellement sur la Convention et le Règlement de La Haye de 1907 ainsi que sur le Statut et le jugement du TMI de Nuremberg; il écarte les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel de 1977 au motif que ces textes sont postérieurs aux événements. Dès lors que l'on entendrait par crime de guerre un crime commis contre la population civile par un occupant sur un territoire occupé, les actes litigieux ne pourraient, pour les motifs énoncés ci-dessous, passer pour de tels crimes au regard du droit international ou des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

165. Premièrement, les villageois concernés n'auraient pas été des civils. Les lettres du parquet général de février 2008 seraient inexactes, inadéquates et incorrectes en ce qu'elles laisseraient entendre que c'était à lui, l'accusé, d'étayer ses moyens de défense, alors que ce serait au ministère public qu'il incomberait de prouver les accusations. Le requérant a toutefois soumis à la Grande Chambre de nouveaux documents (datant des années 1940 et des archives de l'Etat letton) censés selon lui établir un certain nombre de choses: Mazie Bati aurait figuré sur le plan des postes de défense allemands; l'administration nazie ayant interdit aux «civils» de porter les armes et les Allemands ayant fourni des armes aux villageois de Mazie Bati, il serait manifeste que le village avait participé aux opérations militaires et avait constitué un centre de la défense allemande; les villageois défunts (notamment les membres des familles de Bernards Šķirmants, Ambroz Buļš et Meikuls Krupniks) auraient fait partie des *aizsargi* (garde nationale lettone), et les *aizsargi* auraient régulièrement participé à des meurtres de Juifs et de partisans en Lettonie. En outre, Bernards Šķirmants et Meikuls Krupniks auraient été des *Schutzmänner* (auxiliaires de la police allemande).

En résumé, les villageois auraient été soit des *aizsargi*, soit des *Schutzmänner*. Ils auraient donc été armés par l'administration militaire allemande et auraient été en service actif pour celle-ci: en livrant le groupe du commandant Tchougounov, ils auraient commis non pas un acte de défense légitime, mais un acte de collaboration. Dès lors qu'il aurait été impossible de considérer ces villageois comme faisant partie de la population civile, ils

seraient devenus une cible militaire légitime. Composé de combattants, le peloton du requérant aurait été en droit de les punir.

166. Deuxièmement, le requérant soutient que depuis 1940 la Lettonie était légalement une république de l'URSS et que prétendre le contraire, c'est aller à l'encontre de la vérité historique et du bon sens. La déclaration du 4 mai 1990 et sa condamnation auraient eu pour but de stigmatiser comme illégale l'annexion de la Lettonie en 1940 et n'auraient pas été motivées par le souci de la Lettonie de respecter ses obligations internationales de poursuivre les criminels de guerre. Le 27 mai 1944, le requérant aurait été un combattant défendant le territoire de son Etat contre l'Allemagne et contre des citoyens soviétiques qui selon lui collaboraient activement avec l'Allemagne (il s'appuie à cet égard sur le jugement du tribunal régional de Latgale). Faute de pouvoir considérer que l'URSS était à l'époque une puissance occupante, on ne pourrait voir en lui l'auteur d'un crime de guerre. Il serait historiquement inexact d'assimiler, comme le feraient les gouvernements letton et lituanien, l'incorporation légale de la Lettonie à l'URSS en 1940 à l'occupation allemande de 1941. En 1944, les Lettons n'auraient eu que deux options : être anti-Allemands ou être anti-Soviétiques. Le requérant aurait quant à lui choisi de combattre les forces nazies aux côtés de l'URSS pour libérer la Lettonie, tandis que les villageois auraient lutté contre eux de concert avec les Nazis.

167. Troisièmement, le code pénal de 1926 n'aurait pas comporté de chapitre relatif aux crimes de guerre, et ce serait à tort que le gouvernement défendeur invoque les « infractions militaires » définies au chapitre IX de ce code, les incriminations en question visant des actes portant atteinte à l'ordre établi du service militaire et devant être distinguées des « crimes de guerre ». Le requérant ajoute qu'en réalité le code pénal de 1926 prévoyait que l'inexécution d'un ordre engageait la responsabilité pénale de la personne récalcitrante (article 193 § 3).

168. Le requérant soutient en outre qu'il ne pouvait tout simplement pas prévoir qu'il serait poursuivi pour crimes de guerre. Son procès aurait été sans précédent : c'était la première fois, d'après lui, qu'un soldat ayant lutté contre les puissances de l'Axe était accusé autant d'années (près de cinquante) plus tard. Il n'aurait été âgé que de dix-neuf ans lorsque, dans le contexte de divers accords internationaux et de conflits armés dont il n'aurait porté aucune responsabilité, il avait combattu en tant que membre de la coalition anti-hitlérienne. Il affirme que le 27 mai 1944 il avait pensé (il invoque à cet égard le jugement du tribunal régional de Latgale) qu'il défendait la Lettonie en tant que partie intégrante de l'URSS et n'aurait jamais pu imaginer que des décennies plus tard la Lettonie considérerait qu'elle avait été occupée illégalement par l'URSS et que ses actes seraient

tenus pour criminels. Il approuve la conclusion de la chambre selon laquelle il lui était impossible de prévoir qu'il serait condamné en vertu du droit interne.

169. Enfin, le requérant estime que la Grande Chambre devrait réexaminer les griefs tirés des articles 3, 5, 6, 13, 15 et 18 que la chambre a déclarés irrecevables dans sa décision du 20 septembre 2007.

3. Les gouvernements intervenants

a) Le gouvernement de la Fédération de Russie

170. Le gouvernement de la Fédération de Russie souscrit au raisonnement et à la conclusion de la chambre.

171. D'après lui, il faut examiner l'affaire sous l'angle du premier paragraphe de l'article 7 et il n'y a pas lieu de la considérer sur le terrain du deuxième paragraphe de cette disposition. La responsabilité pénale d'une personne ne pourrait être engagée sur le fondement des « principes généraux » visés à l'article 7 § 2, sauf dans les circonstances tout à fait exceptionnelles de la période ayant suivi la Seconde Guerre mondiale. Ces principes pourraient présenter quelque utilité comme source des normes du droit pénal international, mais leur pertinence aurait diminué avec le développement du droit international conventionnel. En effet, l'existence d'un corps de droit international régissant la responsabilité pénale des individus serait relativement récente et ce ne serait que dans les années 1990, avec la création des tribunaux pénaux internationaux, qu'un régime de droit pénal international se serait développé.

172. Le gouvernement de la Fédération de Russie estime que les actes reprochés au requérant n'étaient pas constitutifs d'une infraction d'après le droit national ou international en 1944 et que l'intéressé a donc été condamné en violation de l'article 7 § 1. Les juridictions nationales auraient en fait commis un certain nombre d'erreurs.

173. Premièrement, elles auraient appliqué les mauvaises normes juridiques à l'affaire. Ni le code pénal de 1961 ni les nouvelles dispositions introduites en 1993 n'auraient été en vigueur en 1944, ni d'ailleurs, eu égard au nouveau code pénal adopté en 1998, en 2000 et en 2004. L'article 14 du code pénal de 1926, adopté par la Lettonie après qu'elle fut devenue une république de l'URSS, aurait fixé un délai de prescription de dix ans et n'aurait comporté aucune disposition concernant les crimes de guerre.

174. Deuxièmement, à supposer que la Convention et le Règlement de La Haye de 1907 fissent partie du droit international coutumier en 1944, on ne pourrait y voir une base valable pour les poursuites dirigées contre le requérant. La responsabilité individuelle n'aurait été définie que par le

Statut du TMI de Nuremberg et, même alors, elle n'aurait été applicable qu'aux poursuites dirigées contre les criminels de guerre de l'Axe.

Quand bien même le Statut du TMI de Nuremberg devrait être considéré comme le fruit d'un processus de codification, le requérant ne serait pas coupable de crimes de guerre. En effet, cet instrument n'aurait été applicable que dans le cadre du conflit armé entre l'Allemagne et l'URSS et non relativement aux actes entre compatriotes. Or en 1944 la Lettonie aurait été *de jure* partie de l'URSS et les villageois (bien que *de facto* sous les ordres de l'Allemagne) auraient été *de jure* des citoyens soviétiques. En conséquence, tant le requérant que les villageois auraient été des ressortissants soviétiques. Contrairement aux gouvernements letton et lituanien, le gouvernement de la Fédération de Russie estime que la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas compétente pour réévaluer des faits historiques et, notamment, l'incorporation de la Lettonie à l'URSS en 1940. Il invoque «les instruments contraignants pertinents de droit international» (dans lesquels la souveraineté de l'URSS sur l'ensemble de ses territoires aurait été reconnue) et les conférences ayant suivi la Seconde Guerre mondiale (et au cours desquelles l'ordre postérieur à la Seconde Guerre mondiale aurait été établi en accord avec les Etats-Unis et le Royaume-Uni). Eu égard aux critères appliqués en droit international pour définir la notion d'«occupation», on ne pourrait considérer que l'URSS était en 1944 une puissance occupante en Lettonie.

Le gouvernement de la Fédération de Russie considère que le requérant et les villageois décédés étaient des combattants et que le Statut du TMI de Nuremberg n'implique donc pas que les actes litigieux fussent constitutifs de crimes de guerre. Il conteste les arguments du gouvernement défendeur et du gouvernement lituanien relatifs au statut juridique des villageois. Eu égard au principe de distinction et aux critères de définition de la notion de combattant (décrits notamment à l'article 1 du Règlement de La Haye de 1907), le requérant aurait été un combattant formé, armé et agissant en exécution d'un jugement rendu au nom de l'administration militaire soviétique par un tribunal *ad hoc* de partisans. Les villageois auraient été des membres armés d'une milice collaborant activement avec l'administration militaire allemande. Collaborateurs volontaires, ils auraient activement participé aux hostilités et auraient donc rempli tous les critères pour être qualifiés de combattants (à tout le moins de combattants ennemis irréguliers) et auraient donc constitué des cibles militaires légitimes. Enfin, aucun des instruments internationaux ultérieurs (Conventions de Genève de 1949 et Protocole additionnel de 1977) n'entrerait en ligne de compte, faute de pouvoir s'appliquer rétroactivement.

175. Troisièmement, le principe général de l'imprescriptibilité des crimes de guerre ne vaudrait pas pour les actes commis par le requérant en 1944, les crimes de guerre n'étant devenus des crimes « internationaux » qu'avec la création des TMI après la Seconde Guerre mondiale. Il ne s'appliquerait donc qu'aux actes commis ultérieurement (sauf pour les criminels de guerre des puissances de l'Axe). Quant à la Convention de 1968, elle ne serait pas applicable car il y aurait lieu de considérer, comme indiqué ci-dessus, que le requérant avait agi contre d'autres citoyens soviétiques et que ses actes ne pouvaient dès lors être constitutifs de crimes de guerre.

176. Pour toutes les raisons susmentionnées, le requérant n'aurait pas pu prévoir qu'il serait poursuivi pour crimes de guerre à raison des actes commis le 27 mai 1944. De surcroît, en tant que citoyen de l'Union soviétique, il n'aurait pu prévoir que quarante ans plus tard, tout en résidant sur le même territoire, il se retrouverait habiter dans un autre Etat (la Lettonie), qui érigerait en infractions des actes pour lesquels il n'aurait pas été pénalement responsable en 1944.

177. Enfin, le gouvernement de la Fédération de Russie conteste, entre autres, les éléments de fait soulevés par le gouvernement letton devant la Grande Chambre. Peu importerait que la chambre eût ou non outrepassé sa compétence (concernant l'appréciation des faits et l'interprétation juridique). Le gouvernement de la Fédération de Russie estime que si la Grande Chambre se fonde sur les faits établis par les juridictions nationales et procède à une lecture, et non à une interprétation, des normes nationales et internationales pertinentes, elle peut parvenir à une conclusion identique à celle de la chambre. D'après lui, des décisions et intérêts politiques ne peuvent modifier la qualification juridique des actes du requérant.

b) Le gouvernement lituanien

178. Le gouvernement lituanien aborde deux questions.

179. La première a trait au statut juridique des Etats baltes durant la Seconde Guerre mondiale et à d'autres points connexes du droit international. Au rebours de ce qui est dit au paragraphe 118 de l'arrêt de la chambre, le gouvernement lituanien considère qu'il y a lieu de prendre cet aspect en compte, notamment pour déterminer ce qu'était le statut juridique des belligérants présents dans les Etats baltes à l'époque en cause. En fait, la Cour européenne des droits de l'homme aurait déjà reconnu que les trois Etats baltes avaient perdu leur indépendance à la suite du Pacte Molotov-Ribbentrop (le Traité germano-soviétique de non-agression de 1939 et son Protocole secret, le Traité germano-soviétique de délimitation et d'amitié de 1939 et son Protocole secret et, enfin, le troisième Protocole secret germano-soviétique du 10 janvier 1941) : ce Pacte constituerait un fait

historique incontesté, un accord illégal conclu en vue de l'agression, entre autres, des Etats baltes, et il aurait conduit à l'occupation illégale de ces Etats par les forces soviétiques. De fait, l'invasion soviétique des Etats baltes en juin 1940 aurait été un acte d'agression au sens de la Convention de Londres de 1933 de définition de l'agression et de la Convention bilatérale de 1933 entre la Lituanie et l'URSS sur la définition de l'agression. Le consentement involontaire des Etats baltes face à l'agression soviétique n'aurait pas rendu cet acte d'agression légal.

L'Union soviétique elle-même aurait quelques années auparavant considéré l'*Anschluss* comme un crime international. Qui plus est, en 1989 elle aurait reconnu (résolution sur l'appréciation politique et juridique du Traité germano-soviétique de non-agression de 1939) l'illégalité de son agression contre les Etats baltes. Deux conclusions s'imposeraient donc : l'URSS n'aurait obtenu aucun droit souverain sur les Etats baltes, de sorte que ceux-ci n'auraient jamais fait légitimement partie de l'URSS au regard du droit international et, de surcroît, les Etats baltes auraient continué d'exister en tant que sujets de droit international après l'agression de 1940 par l'URSS, laquelle aurait abouti à l'occupation illégale des Etats baltes.

Le gouvernement lituanien soutient que, si l'on applique ce qui précède aux faits de l'espèce, les Etats baltes ont été agressés tant par l'URSS que par l'Allemagne nazie : le jugement du TMI de Nuremberg aurait défini l'agression d'une manière telle que les deux agresseurs devraient être traités de la même façon. Les citoyens baltes n'auraient eu aucune raison de ressentir une sympathie particulière pour l'un ou l'autre des occupants, et ils auraient en réalité éprouvé une peur rationnelle devant chacun des deux agresseurs (à cet égard, le gouvernement lituanien conteste le point de vue exprimé au paragraphe 130 de l'arrêt de la chambre, les crimes commis par l'Union soviétique dans les Etats baltes constituant selon lui un fait historique clairement établi), de sorte qu'un certain degré de collaboration avec l'ennemi dans un esprit de légitime défense ne devrait pas être traité différemment d'un agresseur à l'autre. Les ressortissants des Etats baltes, qui auraient conservé leur nationalité balte en vertu du droit international, ne pourraient être considérés comme ayant été des citoyens soviétiques ; ils auraient plutôt été des habitants d'un Etat occupé mus par le souci d'obtenir la protection nécessaire des deux forces belligérentes d'occupation.

180. La deuxième question concernerait la qualification, en droit international humanitaire et pénal, des actions punitives menées par les forces soviétiques contre la population locale des Etats baltes et, en particulier, le point de savoir si ces populations pouvaient passer pour des « combattants ».

A cet égard, outre la Convention et le Règlement de La Haye de 1907, il y aurait lieu de prendre en compte un certain nombre d'instruments,

en particulier la quatrième Convention de Genève de 1949 et le Protocole additionnel de 1977. L'existence d'une distinction fondamentale entre, d'une part, les forces armées (les belligérants) et, d'autre part, la population pacifique (les civils), et l'immunité de cette dernière contre les attaques militaires (le gouvernement lituanien invoque à cet égard la clause de Martens, paragraphes 86-87 ci-dessus) auraient constitué des principes de base du droit international humanitaire tel qu'il existait en 1944. Le gouvernement lituanien estime que les villageois concernés ne répondaient pas aux critères définissant les combattants et qu'ils n'étaient donc pas une cible militaire légitime. A supposer même qu'ils eussent collaboré dans une certaine mesure avec les forces allemandes, ils n'en auraient pas moins dû continuer, selon lui, à jouir de la protection accordée aux civils dès lors qu'ils ne pouvaient passer pour des combattants. En juger autrement reviendrait à laisser les populations civiles à la merci de commandants des forces belligérantes, qui pourraient décider arbitrairement que les personnes en question sont des combattants et constituent donc des cibles militaires légitimes. Quant au meurtre des femmes, en l'absence d'une participation de celles-ci aux hostilités en tant que combattantes, il aurait été absolument injustifié car contraire aux considérations d'humanité les plus élémentaires, aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique. A cet égard, le gouvernement lituanien conteste en particulier le point de vue exprimé par la chambre aux paragraphes 141 et 142 de son arrêt.

181. Le gouvernement lituanien soutient donc que les actions punitives menées par les forces soviétiques contre les populations locales des Etats baltes occupés s'analysent en des crimes de guerre au regard tant du droit international positif et coutumier que des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. D'après lui, les poursuites menées contre les auteurs de ces actions n'ont pas violé l'article 7 de la Convention.

C. Appréciation de la Grande Chambre

1. La demande du requérant tendant au réexamen de griefs déclarés irrecevables par la chambre

182. Dans sa décision du 20 septembre 2007, la chambre a déclaré recevable le grief tiré de l'article 7 de la Convention et irrecevables les griefs formulés sur le terrain des articles 3, 5 (combiné avec l'article 18), 6 § 1, 13 et 15. Le requérant soutient que la Grande Chambre doit réexaminer les griefs déclarés irrecevables.

183. La Grande Chambre observe que la décision de la chambre déclarant les griefs susmentionnés irrecevables est définitive: elle n'est donc pas saisie de cette partie de la requête (*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).

184. Partant, la Grande Chambre examinera la partie de la requête retenue par la chambre, à savoir le grief fondé sur l'article 7 de la Convention.

2. *Les principes généraux se dégageant de la Convention*

185. La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en cas de guerre ou d'autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, condamnations et sanctions arbitraires. L'article 7 ne se borne donc pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé: il consacre aussi, d'une manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

La notion de « droit » (*law*) utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, celle-ci englobant le droit écrit comme non écrit et impliquant des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité. En ce qui concerne la prévisibilité, la Cour rappelle que, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique de certains Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, 22 mars 2001, *K.-H.W. c. Allemagne* [GC], n° 37201/97,

§ 85, 22 mars 2001, *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, §§ 101-109, CEDH 2007-III, et *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, §§ 69-71, 19 septembre 2008).

186. Enfin, les deux paragraphes de l'article 7 sont liés, et ils doivent faire l'objet d'une interprétation concordante (*Tess c. Lettonie* (déc.), n° 34854/02, 12 décembre 2002). Compte tenu de l'objet de l'affaire et du fait que les lois et coutumes de la guerre telles qu'appliquées avant et pendant la Seconde Guerre mondiale sont invoquées, la Cour juge utile de rappeler qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention que le second paragraphe de l'article 7 a pour but de préciser que cet article n'affecte pas les lois qui, dans les circonstances tout à fait exceptionnelles de la fin de la Seconde Guerre mondiale, ont été adoptées pour réprimer, entre autres, les crimes de guerre; dès lors, il ne vise aucune condamnation juridique ou morale de ces lois (*X. c. Belgique*, n° 268/57, décision de la Commission du 20 juillet 1957, Annuaire 1, p. 241). Quoi qu'il en soit, la Cour relève en outre que la définition des crimes de guerre figurant à l'article 6 b) du Statut du TMI de Nuremberg était regardée comme l'expression codifiée des lois et coutumes internationales de la guerre telles qu'elles étaient interprétées en 1939 (paragraphes 118 ci-dessus et 207 ci-dessous).

187. La Cour considérera l'affaire d'abord sous l'angle de l'article 7 § 1 de la Convention. Cette disposition n'exige pas qu'elle se prononce sur la responsabilité pénale individuelle du requérant, cette appréciation incombant en premier lieu aux juridictions internes. Sa fonction au regard de l'article 7 § 1 est en fait double: elle doit premièrement examiner s'il existait une base légale suffisamment claire, compte tenu de l'état du droit au 27 mai 1944, pour condamner le requérant pour crimes de guerre, et deuxièmement rechercher si cette incrimination était définie en droit avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité pour que l'intéressé pût savoir, le 27 mai 1944, quels actes et omissions étaient de nature à engager sa responsabilité pénale à ce titre et régler sa conduite en conséquence (*Streletz, Kessler et Krenz*, § 51, *K.-H. W. c. Allemagne*, § 46; et *Korbely*, § 73, tous précités).

3. Les faits à prendre en compte

188. Avant de se pencher sur les deux questions susmentionnées, la Cour examinera les désaccords sur les faits qui opposent les parties et les tiers intervenants.

189. Elle rappelle tout d'abord qu'elle ne doit pas, en principe, se substituer aux juridictions internes. Elle a pour tâche, aux termes de l'article 19 de la Convention, d'assurer le respect par les Etats contractants

des engagements résultant pour eux de la Convention. Eu égard au caractère subsidiaire du système de la Convention, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, § 45, série A n° 140, *Streletz, Kessler et Krenz*, précité, § 49, et *Jorgic*, précité, § 102) et si l'appréciation à laquelle se sont livrées les juridictions nationales est manifestement arbitraire.

190. La chambre a conclu par une décision définitive que le procès du requérant avait été conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 182-184 ci-dessus). Dans le cadre du grief fondé sur l'article 7, la Grande Chambre, à l'instar de la chambre, ne voit aucune raison de contester la description factuelle des événements du 27 mai 1944 qui figure dans les décisions internes pertinentes, à savoir l'arrêt de la chambre des affaires pénales du 30 avril 2004 et la décision le confirmant rendue par le sénat de la Cour suprême.

191. Les faits établis par les juridictions internes relativement aux événements du 27 mai 1944 ont été résumés ci-dessus (paragraphe 15-20 ci-dessus). La Grande Chambre en extraira les éléments clés suivants. Lorsque l'unité du requérant entra dans Mazie Bati, les villageois n'étaient pas engagés dans des hostilités mais se préparaient à célébrer la Pentecôte, et tous les villageois tués furent trouvés par les partisans à leur domicile (un dans son bain et un autre dans son lit). Si des armes et des munitions fournies par l'administration militaire allemande furent découvertes au domicile des villageois décédés, aucun de ceux-ci ne portait ces armes ou d'autres au moment des événements. La chambre (paragraphe 127 de son arrêt) a jugé ce dernier fait dénué d'importance, mais, pour les raisons exposées ci-après, la Grande Chambre l'estime pertinent. Par ailleurs, le requérant soutient devant la Grande Chambre qu'aucun villageois ne fut brûlé vif, mais les tribunaux internes ont établi que quatre personnes, dont trois femmes, avaient péri dans l'incendie des bâtiments de la ferme. Enfin, aucun des villageois tués n'avait tenté de fuir ou opposé une forme quelconque de résistance aux partisans. Avant leur exécution, tous étaient donc non armés, non résistants et sous le contrôle de l'unité du requérant.

192. Les tribunaux internes ont rejeté certaines assertions factuelles du requérant. Ils jugèrent non établi que les villageois décédés eussent livré le groupe du commandant Tchougounov aux forces allemandes, concluant plutôt que Meikuls Krupniks avait dénoncé le groupe en question aux Allemands au motif que la présence des intéressés dans sa grange mettait

sa famille en danger. Les archives n'indiquaient pas que les victimes étaient des *Schutzmänner* (auxiliaires de la police allemande); il en ressortait uniquement que Bernards Šķirmants et sa femme faisaient partie des *aizsargi* (garde nationale lettone). Les tribunaux internes ne purent pas non plus établir précisément pourquoi les villageois avaient reçu des armes de l'administration militaire allemande (à titre de récompense pour avoir livré l'unité du commandant Tchougounov, ou en qualité de *Schutzmänner*, en qualité d'*aizsargi* ou en une autre qualité).

193. Tant les parties que le gouvernement de la Fédération de Russie ont poursuivi la controverse au sujet de ces points devant la Cour, le requérant soumettant à la Grande Chambre des éléments nouveaux provenant des archives de l'Etat letton. La Grande Chambre note que les points controversés concernent le degré de participation des villageois décédés aux hostilités (soit par la dénonciation de l'unité du commandant Tchougounov à l'administration militaire allemande, soit en qualité de *Schutzmänner*, en qualité d'*aizsargi* ou en une autre qualité auxiliaire) et, par conséquent, leur statut juridique et le droit à protection pouvant y être attaché. Les tribunaux internes ont estimé que les villageois étaient des « civils », point de vue que partage le gouvernement letton. Après s'être penchée sur certaines des conclusions factuelles formulées par les juridictions internes, la chambre a considéré que les hommes du village étaient des « collaborateurs » et elle a émis des hypothèses différentes pour les femmes. Le requérant, comme le gouvernement de la Fédération de Russie, qualifie les villageois de « combattants ».

194. Compte tenu des différentes thèses en présence, la Grande Chambre, quant à elle, entamera son analyse en supposant, ce qui est particulièrement favorable au requérant, que les villageois décédés relevaient de la catégorie des « civils ayant pris part aux hostilités » (en communiquant ainsi qu'il est allégué des informations à l'administration allemande, acte qualifiable de « trahison de guerre »¹) ou qu'ils avaient le statut de « combattants » (à raison de l'un quelconque des rôles allégués d'auxiliaires).

195. Elle considère que les villageois n'étaient pas des francs-tireurs, compte tenu de la nature de leurs activités censées avoir abouti à l'attaque litigieuse et du fait que, au moment des événements, ils ne participaient pas à des hostilités². Elle ajoute que la notion de levée en masse ne trouve pas

1. L. Oppenheim et H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law, vol. II: Disputes, War, and Neutrality*, 6th ed., Longmans Green and Co., London, 1947, p. 454, cité et retenu dans l'affaire *Trial of Sergeant-Major Shigeru Ohasbi and Six Others*, citée au paragraphe 129 ci-dessus.

2. Voir l'affaire des otages, citée aux paragraphes 125-128 ci-dessus.

à s'appliquer en l'espèce, dès lors que Mazie Bati était déjà sous occupation allemande au moment des événements en question¹.

4. *Existait-il en 1944 une base juridique suffisamment claire pour les crimes pour lesquels le requérant a été condamné ?*

196. Le requérant a été condamné sur le fondement de l'article 68 § 3 du code pénal de 1961, disposition introduite par le Conseil suprême le 6 avril 1993. Tout en donnant certains exemples d'actes constitutifs de violations des lois et coutumes de la guerre, cette disposition renvoyait aux « conventions juridiques pertinentes » pour une définition précise des crimes de guerre (paragraphe 48 ci-dessus). La condamnation du requérant pour crimes de guerre était donc fondée sur le droit international et non sur le droit national, et elle doit, de l'avis de la Cour, être examinée principalement sous cet angle.

197. La Cour rappelle que c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et aux tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne. Son rôle se limite donc à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, et *Korbely*, précité, § 72).

198. Toutefois, la Grande Chambre considère avec la chambre que la Cour doit jouir d'un pouvoir de contrôle plus large lorsque le droit protégé par une disposition de la Convention, en l'occurrence l'article 7, requiert l'existence d'une base légale pour l'infliction d'une condamnation et d'une peine. L'article 7 § 1 exige de la Cour qu'elle recherche si la condamnation du requérant reposait à l'époque sur une base légale. En particulier, elle doit s'assurer que le résultat auquel ont abouti les juridictions internes compétentes (condamnation pour crimes de guerre en vertu de l'article 68 § 3 de l'ancien code pénal) était en conformité avec l'article 7 de la Convention, peu important à cet égard qu'elle adopte une approche et un raisonnement juridiques différents de ceux développés par les juridictions internes. L'article 7 deviendrait sans objet si l'on accordait un pouvoir de contrôle moins large à la Cour. Aussi la Grande Chambre ne se prononcera-t-elle pas sur les diverses voies suivies par les juridictions internes inférieures, notamment celle empruntée par le tribunal régional de Latgale dans sa décision d'octobre 2003, sur laquelle le requérant s'appuie fortement, mais qui a été annulée par la division des affaires pénales. Il lui

1. Code Lieber (article 51), projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (article 10), Manuel d'Oxford de 1880 (article 2 § 4) et Règlement de La Haye de 1907 (article 2).

faut simplement déterminer si la décision rendue par la chambre des affaires pénales et confirmée par le sénat de la Cour suprême était compatible avec l'article 7 (*Streletz, Kessler et Krenz*, précité, §§ 65-76).

199. En somme, la Cour doit rechercher si, compte tenu de l'état du droit international en 1944, la condamnation du requérant reposait sur une base suffisamment claire (voir, *mutatis mutandis*, *Korbely*, précité, § 78).

a) Portée du statut juridique du requérant et des villageois

200. Pour les parties, comme pour les tiers intervenants et pour la chambre, le requérant peut se voir attribuer le statut juridique de « combattant ». Vu son engagement militaire en URSS et sa qualité de commandant de l'unité de partisans rouges qui était entrée à Mazie Bati (paragraphe 14 ci-dessus), il était en principe un combattant, eu égard aux critères régissant ce statut en droit international qui s'étaient cristallisés avant l'adoption du Règlement de La Haye de 1907¹, qui avaient été codifiés par ce règlement² et qui faisaient sans conteste partie du droit international en vigueur en 1939³.

201. La Grande Chambre observe qu'il n'a pas été contesté au niveau national et qu'il ne l'est pas davantage devant elle que le requérant et son unité portaient l'uniforme de la *Wehrmacht* au cours de l'attaque menée contre les villageois, de sorte que l'un des critères susmentionnés n'était pas rempli dans leur cas. Il pourrait en découler que le requérant avait perdu son statut de combattant⁴ (et de ce fait le droit d'attaquer⁵).

De surcroît, le port de l'uniforme ennemi durant le combat pouvait en soi être constitutif d'une infraction⁶. Si les tribunaux nationaux n'ont pas accusé le requérant d'un crime de guerre distinct à raison de ce fait, il reste toutefois que cet élément n'est pas sans incidence sur les autres crimes de guerre reprochés à l'intéressé (notamment ceux de meurtre et infliction de blessures par trahison, voir le paragraphe 217 ci-dessous). La

1. Code Lieber de 1863 (articles 49, 57 et 63-65), projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (article 9) et Manuel d'Oxford de 1880 (article 2).

2. Article premier du Règlement de La Haye de 1907 (paragraphe 90 ci-dessus).

3. Le TMI de Nuremberg jugea que le Règlement de La Haye de 1907 devait être considéré comme représentant, en tout cas en 1939, l'expression codifiée des lois et coutumes de la guerre (paragraphe 88 et 118 ci-dessus et 207 ci-dessous).

4. Code Lieber de 1863 (article 65).

5. Code Lieber de 1863 (article 57).

6. Voir, notamment, le Code Lieber de 1863 (articles 16, 63, 65 et 101), le projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (article 13 b) et f)), le Manuel d'Oxford de 1880 (article 8 b) et d)) et le Règlement de La Haye de 1907 (article 23 b) et f)). Voir également l'affaire *Trial of Otto Skorzeny and Others*, citée au paragraphe 129 ci-dessus, qui reprend et retient la définition donnée par L. Oppenheim et H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 335.

Cour admettra donc que le requérant et les membres de son unité étaient des « combattants ». L'une des hypothèses admises par elle concernant les villageois décédés est qu'ils pourraient eux aussi être considérés comme des « combattants » (paragraphe 194 ci-dessus).

202. Quant aux droits attachés au statut de combattant, le *jus in bello* reconnaissait en 1944 aux combattants qui étaient capturés, qui se rendaient ou qui étaient mis hors de combat le droit au statut de prisonnier de guerre, et les prisonniers de guerre avaient droit à un traitement humain¹. Il était donc contraire au *jus in bello* en vigueur en 1944 d'infliger des mauvais traitements à un prisonnier de guerre ou de l'exécuter sommairement², le recours aux armes étant cependant autorisé lorsque, par exemple, un prisonnier de guerre tentait de s'évader ou d'attaquer ceux qui l'avaient capturé³.

203. Quant à la protection accordée aux « civils ayant pris part aux hostilités » – l'autre hypothèse retenue concernant les villageois décédés – la Cour note qu'en 1944 la distinction entre combattants et civils (et entre les protections qui leur étaient octroyées) était l'un des fondements des lois et coutumes de la guerre, la Cour internationale de Justice (« CIJ ») ayant décrit cette distinction comme étant l'un des deux « principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire⁴ ». Il se dégage de dispositions conventionnelles et de déclarations antérieures qu'en 1944 les « civils » étaient définis par opposition aux combattants⁵. Par ailleurs, en vertu du droit international coutumier en vigueur en 1944, les civils ne pouvaient être attaqués que lorsqu'ils participaient directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation⁶.

1. Voir le « droit de Genève » (paragraphe 53-62 ci-dessus), le code Lieber de 1863 (articles 49, 76 et 77), le projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (articles 23 et 28), le Manuel d'Oxford de 1880 (article 21 et chapitre III), le Règlement de La Haye de 1907 (chapitre II et, notamment, l'article 4), le Rapport de la Commission internationale de 1919, le Statut du TMI de Nuremberg (article 6 b)), et la loi n° 10 sur le Conseil de contrôle allié (article II).

2. Affaire des otages, *Re Yamashita* et *Trial of Takashi Sakai*, cités aux paragraphes 125-129 ci-dessus.

3. Projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (article 28), Manuel d'Oxford de 1880 (article 68) et Règlement de La Haye de 1907 (article 8).

4. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil CIJ 1996, §§ 74-87.

5. Code Lieber de 1863 (article 22), Manuel d'Oxford de 1880 (article 1), projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (article 9) et projets de Conventions de Tokyo et d'Amsterdam de 1934 et 1938 (article 1 des deux textes). Voir également le Manuel des armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique : Règlement de la guerre sur terre, § 8, 1^{er} octobre 1940, et *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

6. *Ex Parte Milligan* 71 U.S. 2 (1866) ; L. Oppenheim et H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 277 (« (...) le principe selon lequel les personnes privées ennemies ne devaient être ni tuées ni attaquées est devenu une règle coutumière universellement reconnue du droit des gens au XVIII^e siècle. Dans la mesure où ces personnes ne participent pas au combat, elles ne peuvent pas être directement attaquées, tuées ou blessées »).

204. Enfin, lorsque des civils ayant pris part aux hostilités étaient soupçonnés de s'être rendus coupables de violations du *jus in bello* (par exemple, de trahison de guerre par communication de renseignements à l'administration militaire allemande, paragraphe 194 ci-dessus), ils pouvaient être arrêtés, jugés – dans le cadre d'un procès équitable – et punis par une juridiction militaire ou civile pour les actes en question, mais leur exécution sommaire, sans procès, était contraire aux lois et coutumes de la guerre¹.

b) Les crimes de guerre engageaient-ils la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs en 1944 ?

205. En 1944, on entendait par crime de guerre une violation des lois et coutumes de la guerre².

206. La Cour note ci-après les principales étapes de la codification des lois et coutumes de la guerre et de l'évolution du principe de la responsabilité pénale individuelle jusques et y compris la fin de la Seconde Guerre mondiale.

207. Si la notion de crimes de guerre est connue depuis des siècles, les actes constitutifs de crimes de guerre susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur ont commencé à faire l'objet d'une codification solide au milieu du XIX^e siècle. Le Code Lieber de 1863 (paragraphe 63-77 ci-dessus) définissait un certain nombre d'infractions aux lois et coutumes de la guerre et précisait les sanctions qui s'y attachaient, et plusieurs de ses dispositions³ retenaient le principe d'une responsabilité pénale individuelle. D'origine américaine, ce code a constitué la première codification moderne des lois et coutumes de la guerre, et il a joué un rôle dans les conférences de codification ultérieures, notamment la conférence de Bruxelles tenue en

1. Concernant le droit à un procès avant l'imposition d'un châtiment pour des crimes de guerre, voir l'affaire des otages. Concernant le droit de juger des prisonniers de guerre pour des crimes de guerre, voir la Convention de Genève de 1929 (article 46). Quant au droit pour des espions présumés de bénéficier d'un procès, voir le projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (article 20), le Manuel d'Oxford de 1880 (articles 23-26), le Règlement de La Haye de 1907 (articles 29-31) et le Manuel des armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique: Règlement de la guerre sur terre, 1940, p. 60. Concernant le droit à un procès en cas d'accusations de trahison de guerre, voir le Manuel des armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique: Règlement de la guerre sur terre, 1940, p. 59. Concernant la pratique en vigueur à l'époque, voir *Ex parte Quirin*, les procès de Krasnodar ainsi que les procès de Shigeru Ohashi et autres, Yamamoto Chusaburo, Eikichi Kato et Eitaro Shinohara et autres (cités aux paragraphes 106-110, 114 et 129 ci-dessus).

2. Voir, en particulier, le titre de la Convention de La Haye de 1907, l'article 6 b) du Statut du TMI de Nuremberg, l'article 5 b) du Statut du TMI de Tokyo et les jugements de ces tribunaux. Voir également L. Oppenheim et H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 451; et M. Lachs, *War Crimes, An Attempt to Define the Issues*, Stevens & Sons London, 1945, pp. 100 et suiv.

3. Notamment les articles 47, 59 et 71.

1874 (paragraphe 79 ci-dessus). Le Manuel d'Oxford de 1880 proscrivait quant à lui une multitude d'actes contraires aux lois et coutumes de la guerre et énonçait expressément que «les violeurs des lois de la guerre [étaient] passibles des châtements spécifiés dans la loi pénale». Ces premières codifications, et en particulier le projet de Déclaration de Bruxelles, ont à leur tour inspiré la Convention et le Règlement de La Haye de 1907. Ce sont ces deux derniers instruments qui ont été les plus marquants dans le processus de codification. En 1907, ils étaient déclaratifs des lois et coutumes de la guerre : ils définissaient notamment des notions clés pertinentes (combattants, levée en masse, hors de combat), énuméraient en détail les infractions aux lois et coutumes de la guerre et assuraient, par le biais de la clause de Martens, une protection résiduelle aux populations et aux belligérants dans les cas non couverts par l'une de leurs dispositions. Ces textes posaient en principe la responsabilité des Etats, qui devaient donner à leurs forces armées des instructions conformes au Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre et verser une indemnité en cas de violation par des membres de leurs forces des dispositions dudit Règlement.

L'impact qu'avait eu la Première Guerre mondiale sur la population civile a entraîné l'insertion dans les Traités de Versailles et de Sèvres de dispositions sur la responsabilité, le jugement et le châtement des criminels de guerre présumés. Les travaux de la Commission internationale de 1919 (après la Première Guerre mondiale) et de l'UNWCC (durant la Seconde Guerre mondiale) ont beaucoup contribué à la consolidation du principe de la responsabilité pénale individuelle dans le droit international. Le «droit de Genève» (notamment les conventions de 1864, 1906 et 1929, paragraphes 53-62 ci-dessus) protégeait les victimes de la guerre et fournissait des garanties aux membres des forces armées réduits à l'impuissance et aux personnes ne prenant pas part aux hostilités. Le droit de La Haye et celui de Genève sont étroitement liés, le second complétant le premier.

Le Statut du TMI de Nuremberg définissait de manière non limitative les crimes de guerre engageant la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs. Dans son jugement, le tribunal émit l'opinion que les règles humanitaires qui figuraient dans la Convention et le Règlement de La Haye de 1907 étaient «admisses par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre» qui étaient applicables en 1939 et que les violations de ces textes constituaient des crimes dont les auteurs devaient être punis. La doctrine reconnaissait à l'époque que le droit international définissait déjà les crimes de guerre et

exigeait que des poursuites fussent engagées contre leurs auteurs¹. Le Statut du TMI de Nuremberg n'était donc pas une législation pénale *ex post facto*. Quant aux Principes de Nuremberg, dégagés ultérieurement du Statut et du jugement du TMI de Nuremberg, ils réitéraient la définition de la notion de crimes de guerre qui avait été énoncée dans le Statut et le principe selon lequel tout auteur d'un acte constitutif d'un crime de droit international est responsable de ce chef et passible d'un châtement².

208. Tout au long de cette période de codification, les lois et coutumes de la guerre furent surtout appliquées par les juridictions pénales et militaires nationales, les poursuites internationales par le biais des TMI revêtant un caractère exceptionnel. Le jugement du TMI de Nuremberg reconnu du reste explicitement que les juridictions internes continuaient d'avoir un rôle à jouer en la matière. Par conséquent, l'avènement de la responsabilité internationale des Etats fondée sur les traités et conventions³ n'avait pas supprimé l'obligation que le droit coutumier faisait peser sur les Etats de poursuivre et punir, par l'entremise de leurs juridictions pénales et militaires, les individus s'étant rendus coupables de violations des lois et coutumes de la guerre. Tant le droit international que le droit national (celui-ci incluant les normes internationales transposées) servaient de base aux poursuites et à la détermination de la responsabilité au niveau national. En particulier, lorsque le droit national ne définissait pas les éléments constitutifs d'un crime de guerre, le tribunal national pouvait se fonder sur le droit international pour étayer son raisonnement, sans enfreindre les principes *nullum crimen* et *nulla poena sine lege*⁴.

209. Quant à la pratique de ces tribunaux nationaux, la Cour relève que si la répression des crimes de guerre était prévue par les ordres juridiques et les manuels militaires de bon nombre d'Etats avant la Première Guerre mondiale, très peu de ces Etats poursuivaient leurs propres criminels de

1. H. Lauterpacht, « *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes* », 21 BYIL, 1944, pp. 58-95, pp. 65 et suiv., et H. Kelsen, « *The rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals* », *The Judge Advocate Journal* 2, 1945, pp. 8-12, p. 10.

2. Voir également l'article 2 b) de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié et l'affaire des otages, citée aux paragraphes 125-128 ci-dessus.

3. Voir, par exemple, l'article 3 de la Convention de La Haye de 1907.

4. Traité de Versailles (article 229), Déclaration de Moscou de 1943 et procès de Kharkov, Accord de Londres de 1945 (article 6) et Principes de Nuremberg (II). Voir également les cours martiales américaines tenues aux Philippines, notamment le procès du Lieutenant Brown, l'affaire *Llandoverly Castle* et le procès de Karl Hans Herman Klinge, cités aux paragraphes 97-100, 102 et 129 ci-dessus, H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 65, H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 10-11, M. Lachs, *op. cit.*, p. 8, p. 22, pp. 60 et suiv., et G. Manner, « *The Legal Nature and Punishment of Criminal Acts of Violence contrary to the Laws of War* », *AJIL* vol. 37, n° 3, juillet 1943, pp. 407-435.

guerre¹, les cours martiales américaines tenues aux Philippines constituant une exception notable et instructive², tout comme les procès de Leipzig et les procès turcs organisés après la Première Guerre mondiale. Enfin, la volonté de poursuivre les auteurs de crimes de guerre commis à l'occasion de la Seconde Guerre mondiale s'est manifestée très tôt après le déclenchement de celle-ci³ et, parallèlement aux poursuites internationales, le principe d'une poursuite des criminels de guerre devant les juridictions internes fut maintenu⁴. C'est ainsi qu'outre les poursuites devant le TMI de Nuremberg, des procès internes concernant des crimes de guerre commis pendant la Seconde Guerre mondiale eurent lieu dans différents pays, notamment en URSS⁵, pendant la Seconde Guerre mondiale et immédiatement après son dénouement⁶. Certains de ces procès méritent d'être signalés en ce qu'ils ont traité de manière approfondie des principes pertinents des lois et coutumes de la guerre, en particulier concernant l'obligation d'accorder un procès équitable aux combattants et aux civils soupçonnés de crimes de guerre.

210. La Grande Chambre a pris note des observations détaillées et contradictoires formulées par les parties et les tiers intervenants sur la question de la légalité de l'incorporation de la Lettonie à l'URSS en 1940 et, par conséquent, sur le point de savoir si les actes commis le 27 mai 1944 présentaient un lien avec un conflit armé international et pouvaient ainsi passer pour des crimes de guerre. Elle considère (comme la chambre au paragraphe 112 de son arrêt) qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la question de la légalité de l'incorporation de la Lettonie à l'URSS et qu'en tout état de cause pareille appréciation ne s'impose pas en l'espèce. S'il était nécessaire en 1944 d'établir l'existence d'un lien avec un conflit armé international pour engager des poursuites du chef de crimes de guerre, cela ne signifie pas que seuls les membres des forces armées ou les ressortissants d'un Etat partie au conflit pouvaient faire l'objet de telles poursuites. Ce qui était requis, c'était un lien direct entre le crime allégué et le conflit armé international. Autrement dit, le crime allégué devait être un acte accompli aux fins des objectifs de la guerre⁷. En l'espèce, les tribunaux internes ont

1. T. Meron, « *Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals* », AJIL vol.100, 2006, p. 558.

2. G. Mettraux, *op. cit.*, pp. 135-150.

3. Déclaration de Saint James de 1942 (notamment l'article 3); Notes diplomatiques de l'URSS de 1941-1942 et décret de l'URSS du 2 novembre 1942; Déclaration de Moscou de 1943 et Accord de Potsdam.

4. Création de l'UNWCC en 1943, Accord de Londres de 1945 (article 6), jugement du TMI de Nuremberg et Principes de Nuremberg (Principe II).

5. Paragraphes 106-110 ci-dessus (« La poursuite des crimes de guerre par l'URSS », notamment les procès de Krasnodar et de Kharkov) et paragraphe 114 ci-dessus (*Ex parte Quirin*).

6. Paragraphes 123-129 ci-dessus.

7. M. Lachs, *op. cit.*, pp. 100 et suiv., l'affaire des otages, citée aux paragraphes 125-128 ci-dessus.

estimé que l'opération du 27 mai 1944 avait été organisée au motif que certains villageois étaient soupçonnés d'avoir coopéré avec l'administration allemande. Il est donc évident que les événements litigieux avaient un lien direct avec le conflit armé international entre l'URSS et l'Allemagne et que les actes en question avaient été ostensiblement accomplis aux fins des objectifs de guerre soviétiques.

211. La Cour voit dans le principe de la responsabilité individuelle des commandants un mode de responsabilité pénale qui permet de sanctionner un supérieur ayant manqué à son devoir d'exercer son autorité, et non un mode de responsabilité reposant sur le fait d'autrui. La notion de responsabilité pénale pour les actes de subordonnés découle de deux règles coutumières établies de longue date qui veulent, premièrement, qu'un combattant soit commandé par un supérieur et, deuxièmement, qu'il obéisse aux lois et coutumes de la guerre (paragraphe 200 ci-dessus)¹. La responsabilité pénale individuelle pour les actes accomplis par des subordonnés fut retenue dans certains procès menés avant la Seconde Guerre mondiale², dans certains instruments de codification, dans des déclarations faites par des Etats pendant et immédiatement après cette guerre³ et dans des procès (nationaux et internationaux) pour des crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale⁴. Cette responsabilité a depuis été confirmée comme principe du droit international coutumier⁵ et elle est systématiquement inscrite dans les Statuts des tribunaux internationaux⁶.

212. Enfin, lorsque le droit international ne définissait pas avec une clarté suffisante les sanctions s'attachant à tel ou tel crime de guerre, un tribunal national pouvait, après avoir jugé un accusé coupable, fixer la peine sur la base du droit pénal interne⁷.

1. *Re Yamashita* et procès de Takashi Sakai, cités au paragraphe 129 ci-dessus.

2. *German War Trials: Judgment in the Case of Emil Müller*, AJIL vol. 16 n° 4, 1922, pp. 684-696.

3. Déclaration de Saint James de 1942 (article 3), Déclaration de Moscou de 1943, Accord de Potsdam, Accord de Londres de 1945 (préambule), Statut du TMI de Nuremberg (article 6) et Statut du TMI de Tokyo (article 5 c)).

4. Procès de Takashi Sakai, cité au paragraphe 129 ci-dessus, loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (article 2 § 2) appliquée dans *l'affaire des otages*, et affaire *Re Yamashita* précitée.

5. Le Procureur c. Delalić et autres, IT-96-21-A, jugement du 20 février 2001, § 195, Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), D. Sarooshi, *Command Responsibility and the Blaškić Case*, International and Comparative Law Quarterly vol. 50, n° 2, 2001, p. 460; Le Procureur c. Blaškić, IT-95-14-T, jugement du 3 mars 2000, § 290, Chambre de première instance du TPIY.

6. Article 7 § 3 du Statut du TPIY, article 6 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda, article 25 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et article 6 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

7. Code Lieber (article 47), Manuel d'Oxford de 1880 (article 84), H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 62, et M. Lachs, *op. cit.*, pp. 63 et suiv.

213. Dès lors, la Cour considère qu'en mai 1944 les crimes de guerre étaient définis comme des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre, que le droit international exposait les principes fondamentaux sous-jacents à cette incrimination et qu'il donnait une large série d'exemples d'actes constitutifs de crimes de guerre. Les Etats avaient pour le moins l'autorisation (sinon l'obligation) de prendre des mesures pour punir les individus coupables de tels crimes, y compris sur la base du principe de la responsabilité des commandants. C'est ainsi que des tribunaux internationaux et nationaux ont, pendant et après la Seconde Guerre mondiale, poursuivi des soldats pour des crimes de guerre commis durant ce conflit.

c) Les crimes de guerre pour lesquels le requérant a été condamné

214. La Cour examinera donc s'il existait à l'époque une base légale suffisamment claire pour les crimes de guerre spécifiques pour lesquels le requérant a été condamné. Pour ce faire, elle se fondera sur les principes généraux décrits ci-dessous.

215. Elle rappelle que, dans *l'Affaire du Déroit de Corfou*¹, la CIJ a déclaré que les obligations de faire connaître l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales et d'en avertir les navires s'en approchant étaient fondées non pas sur la huitième Convention de La Haye de 1907, qui était applicable en temps de guerre, mais sur certains « principes généraux et bien reconnus », tels que, en premier lieu, « des considérations élémentaires d'humanité », plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre. Dans l'avis consultatif *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* rendu par elle ultérieurement², la CIJ s'est référée aux deux « principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire » : le premier, mentionné ci-dessus, était le principe de distinction, destiné à « protéger la population civile et les biens de caractère civil », et, le second, qui précisait qu'« il ne [fallait] pas causer des maux superflus aux combattants »³. S'appuyant expressément sur la clause de Martens, la CIJ a fait remarquer que c'était sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés étaient si fondamentales pour « le respect de la personne humaine » et pour des « considérations élémentaires d'humanité » que les Conventions de La Haye et de Genève étaient devenues « des principes intransgressibles du

1. *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, Recueil CIJ 1949, pp. 4-22. Voir également le Manuel des armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (description des « principes fondamentaux »).

2. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis précité, §§ 74-87.

3. *Ibidem*. Voir, plus particulièrement, le Code Lieber de 1863 (articles 15 et 16), la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 (préambule), le Manuel d'Oxford de 1880 (préface et article 4), la Convention de La Haye de 1907 (préambule).

droit international coutumier» dès le procès de Nuremberg. Ces principes, y compris la clause de Martens, constituaient pour elle des normes juridiques à l'aune desquelles les tribunaux devaient apprécier les actes accomplis dans un contexte de guerre¹.

216. La Cour note premièrement que les juridictions pénales nationales se sont principalement fondées sur les dispositions de la quatrième Convention de Genève de 1949 (paragraphe 60-62 ci-dessus) pour condamner le requérant pour avoir infligé aux villageois des mauvais traitements, des blessures, puis la mort. Elle estime, eu égard notamment à l'article 23 c) du Règlement de La Haye de 1907, que, même à admettre que les villageois décédés étaient des combattants ou des civils ayant participé aux hostilités, il se dégageait du *jus in bello* tel qu'il existait en 1944 que les actes en question étaient contraires à une règle fondamentale des lois et coutumes de la guerre qui protégeait les ennemis hors de combat et donc constitutifs d'un crime de guerre. Pour bénéficier de cette protection, un individu devait être blessé, réduit à l'impuissance ou être incapable de se défendre pour une autre raison (et ne pas porter d'armes), il ne devait pas nécessairement jouir d'un statut juridique particulier ni s'être formellement rendu². Comme combattants, les villageois auraient par ailleurs eu droit à une protection en tant que prisonniers de guerre tombés au pouvoir du requérant et de son unité, et leur traitement et leur exécution sommaire ultérieure auraient été contraires aux nombreuses règles et coutumes de la guerre protégeant les prisonniers de guerre (paragraphe 202 ci-dessus). Dès lors, l'infliction aux villageois de mauvais traitements, de blessures, puis de la mort était constitutive d'un crime de guerre.

217. Deuxièmement, la Cour estime que c'est à bon droit que les juridictions nationales se sont appuyées sur l'article 23 b) du Règlement de La Haye de 1907 pour fonder une condamnation distincte pour infliction de blessures et de la mort par trahison. A l'époque des faits, la trahison et la perfidie étaient des notions proches, et les blessures ou la mort étaient réputées avoir été infligées par trahison si l'auteur avait fait croire à l'ennemi par des procédés illicites, par exemple le port indu de l'uniforme ennemi, qu'il n'était pas sous la menace d'une attaque. Ainsi que la Cour l'a noté aux paragraphes 16 et 201 ci-dessus, le requérant et son unité portaient

1. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis précité, § 87, Le Procureur c. Kupreškić et autres, IT-95-16-T, jugement du 14 janvier 2000, §§ 521-536, Chambre de première instance du TPIY, et Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 7 juillet 2004, Recueil CIJ 2004, § 157.

2. Voir, notamment, le Code Lieber de 1863 (article 71), la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, le projet de Déclaration de Bruxelles (articles 13 c) et 23), le Manuel d'Oxford de 1880 (article 9 b)), le Règlement de La Haye de 1907 (article 23 c)). Voir également *le procès du Commandant Waller*, cité au paragraphe 98 ci-dessus, et l'article 41 du Protocole additionnel de 1977.

effectivement l'uniforme allemand durant l'opération conduite à Mazie Bati. L'article 23 b) était manifestement applicable si les villageois étaient considérés comme des « combattants » et il pouvait aussi s'appliquer s'ils étaient considérés comme des civils ayant participé aux hostilités. Cette disposition interdisait de tuer ou de blesser par trahison « des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie », expression qui pouvait être interprétée comme englobant toutes les personnes soumises d'une manière ou d'une autre au pouvoir d'une armée hostile, y compris la population civile d'un territoire occupé.

218. Troisièmement, les tribunaux lettons se sont appuyés sur l'article 16 de la quatrième Convention de Genève de 1949 pour conclure que le fait d'avoir brûlé vive une femme enceinte, au mépris de la protection spéciale accordée aux femmes, était constitutif d'un crime de guerre. Énoncé par des instruments aussi anciens que le Code Lieber de 1863 (articles 19 et 37), le principe selon lequel les femmes, *a fortiori* lorsqu'elles sont enceintes, doivent faire l'objet d'une protection particulière en temps de guerre faisait partie des lois et coutumes de la guerre à l'époque pertinente. Il a été renforcé par le « droit de Genève » sur les prisonniers de guerre (en raison de la vulnérabilité particulière des femmes se trouvant dans cette situation)¹. La Cour estime que ces différentes expressions de la « protection spéciale » accordée aux femmes, combinées avec la protection prévue par la clause de Martens (paragraphe 86-87 et 215 ci-dessus), sont suffisantes pour conclure que la condamnation du requérant pour un crime de guerre distinct à raison du meurtre de M^{me} Krupniks, qui fut brûlée vive, reposait sur une base légale plausible. Elle voit une confirmation de ce point de vue dans les nombreuses protections spéciales spécifiquement accordées aux femmes immédiatement après la Seconde Guerre mondiale dans les première, deuxième et quatrième Conventions de Genève de 1949, notamment à l'article 16 de la quatrième Convention.

219. Quatrièmement, les juridictions internes se sont fondées sur l'article 25 du Règlement de La Haye de 1907, qui proscrivait les attaques de localités non défendues. Cet article s'inscrivait dans un ensemble de dispositions analogues du droit international (notamment l'article 23 g) du Règlement de La Haye de 1907), qui interdisaient les destructions de biens privés non « impérieusement commandées par les nécessités de la guerre »².

1. Voir, en particulier, l'article 3 de la Convention de Genève de 1929.

2. Code Lieber de 1863 (articles 15, 16 et 38), projet de Déclaration de Bruxelles de 1874 (article 13 g)), Manuel d'Oxford de 1880 (article 32 b)), Règlement de La Haye de 1907 (article 23 g)), Rapport de la Commission Internationale de 1919, article 6 b) du Statut du TMI de Nuremberg et loi n° 10 sur le Conseil de contrôle allié (article 2). Voir également le procès de Hans Szabados, cité ci-dessus, et L. Oppenheim et H. Lauterpacht, op. cit., p. 321.

Il n'a pas été prouvé au niveau national, ni d'ailleurs soutenu devant la Cour, que l'incendie de la ferme à Mazie Bati eût été ainsi commandé.

220. Cinquièmement, si diverses dispositions de la Convention de La Haye de 1907, de la quatrième Convention de Genève de 1949 et du Protocole additionnel de 1977 ont été invoquées au niveau national en ce qui concerne les accusations de pillage (vols de vêtements et de nourriture), les juridictions internes n'ont pas conclu formellement que pareils vols eussent été commis.

221. Enfin, la Cour ajoutera que, même à admettre que les villageois (quelque statut juridique qu'on leur attribue) aient commis des crimes de guerre, en 1944 le droit international coutumier n'autorisait le requérant et son unité qu'à arrêter les villageois et, après seulement le prononcé d'une condamnation à l'issue d'un procès équitable, à exécuter le châtement infligé (paragraphe 204 ci-dessus). Ainsi que le gouvernement défendeur l'a fait observer, dans la version des événements qu'il a fournie devant la chambre (paragraphe 21-24 ci-dessus) et qu'il réitère devant la Grande Chambre (paragraphe 162 ci-dessus), le requérant décrit en réalité ce qu'il aurait dû faire (arrêter les villageois en vue de leur jugement). Quoi qu'il en soit, qu'un tribunal de partisans ait prononcé ou non un jugement (paragraphe 132 de l'arrêt de la chambre), on ne saurait qualifier d'équitable un procès tenu en l'absence des villageois accusés, à leur insu ou sans leur participation, et suivi de leur exécution.

222. Estimant que les actes susmentionnés commis par le requérant pouvaient s'analyser en crimes de guerre en 1944 (*Streletz, Kessler et Krenz*, précité, § 76), la Cour juge qu'il n'y a pas lieu d'aborder les autres accusations retenues contre lui.

223. En outre, le sénat de la Cour suprême a noté que la chambre des affaires pénales avait établi, sur la base de preuves, que le requérant avait organisé, commandé et dirigé l'unité de partisans qui, entre autres, avait tué les villageois et détruit les fermes, et que ces actes avaient été prémédités. S'appuyant sur l'article 6 du Statut du TMI de Nuremberg, il a jugé ces éléments suffisants pour faire peser sur le requérant la responsabilité du commandement pour les actes de l'unité. En particulier, les faits établis indiquaient que l'intéressé avait dirigé *de jure* et *de facto* l'unité. Compte tenu du but de la mission, tel qu'établi au niveau interne, le requérant avait l'intention criminelle (*mens rea*) requise. D'ailleurs, les propres observations de l'intéressé devant la Grande Chambre (selon lesquelles son unité n'aurait pas pu arrêter les villageois, étant donné notamment sa mission et la situation de combat, paragraphe 162 ci-dessus) cadrent pleinement avec les faits susmentionnés établis par la chambre des affaires pénales. Eu égard à la

responsabilité qui incombait au requérant en sa qualité de commandant, il n'y a pas lieu de rechercher si les juridictions internes auraient légitimement pu conclure que le requérant avait personnellement commis un des actes perpétrés à Mazie Bati le 27 mai 1944 (paragraphe 141 de l'arrêt de la chambre).

224. Enfin, la Cour tient à clarifier deux derniers points.

225. Le gouvernement défendeur soutient que les actes du requérant ne peuvent passer pour des représailles légales d'un belligérant. Ni le requérant ni le gouvernement de la Fédération de Russie n'ont répondu en substance à cet argument. Les juridictions internes ont certes considéré que l'intéressé avait mené l'opération de Mazie Bati à titre de «représailles», mais il est clair que si la légalité de ces représailles a été plaidée devant elles, elles n'ont pas accepté ce moyen. La Cour ne voit aucune raison de remettre en cause l'appréciation portée par les tribunaux internes à cet égard (que l'on considère les villageois comme des combattants ou des civils ayant participé aux hostilités)¹.

226. Quant au paragraphe 134 de l'arrêt de la chambre, la Grande Chambre estime, avec le gouvernement défendeur, que l'on ne peut se défendre d'une accusation de crimes de guerre en plaidant que d'autres ont aussi commis pareils crimes, à moins que ces actes imputés aux autres aient revêtu un caractère, une ampleur et une régularité propres à attester un changement dans la coutume internationale.

227. En conclusion, à supposer même que l'on puisse considérer que les villageois décédés étaient des «civils ayant pris part aux hostilités» ou des «combattants» (paragraphe 194 ci-dessus), la condamnation et la sanction infligées au requérant pour des crimes de guerre commis en sa qualité de commandant de l'unité responsable de l'attaque menée à Mazie Bati le 27 mai 1944 reposaient sur une base légale suffisamment claire eu égard à l'état du droit international en 1944. La Cour ajoute que si les villageois avaient été considérés comme des «civils» ils auraient eu droit par le fait même à une protection encore supérieure.

5. Les accusations de crimes de guerre étaient-elles prescrites ?

228. Le gouvernement de la Fédération de Russie soutient que les poursuites contre le requérant étaient prescrites au moins depuis 1954, eu égard au délai de prescription maximum prévu par l'article 14 du code

1. Manuel d'Oxford de 1880 (article 84), projet de Convention de Tokyo de 1934 (articles 9 et 10), Manuel des armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique: Règlement de la guerre sur terre, 1940, Affaire des otages et procès de Eikichi Kato, cités aux paragraphes 125-129 ci-dessus, et affaire Le Procureur Kupreškić et autres, précitée. Voir également L. Oppenheim et H. Lauterpach, *op. cit.*, pp. 446-450.

pénal de 1926. Le gouvernement letton estime quant à lui qu'il n'y avait pas prescription, et le requérant, pour sa part, s'appuie sur l'arrêt de la chambre.

229. Le requérant a été condamné sur le fondement de l'article 68 § 3 du code pénal de 1961 ; l'article 6 § 1 du même code énonçait que les crimes de guerre, entre autres, étaient imprescriptibles, et les deux dispositions avaient été insérées dans le code pénal en 1993. Le sénat de la Cour suprême a également cité la Convention de 1968 (paragraphe 130-132 ci-dessus) à l'appui de son raisonnement. Le point essentiel en litige entre les parties est donc de savoir si les poursuites intentées contre le requérant (sur la base de l'imprescriptibilité des infractions en cause) s'analysent ou non en une extension *ex post facto* du délai de prescription qui aurait été applicable au niveau national en 1944 et s'il faut y voir ou non, en conséquence, une application rétroactive du droit pénal (*Coëme et autres c. Belgique*, n^{os} 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII).

230. La Cour observe que si le requérant avait été poursuivi pour crimes de guerre en Lettonie en 1944, les faits visés n'auraient pas été couverts (le requérant et le gouvernement de la Fédération de Russie partagent ce point de vue) par le chapitre IX sur les crimes militaires qui figurait dans le code pénal de 1926 : un tribunal national aurait donc dû s'appuyer sur le droit international pour fonder de telles accusations (paragraphe 196 et 208 ci-dessus). De même, l'article 14 du code pénal de 1926, qui prévoyait des délais de prescription uniquement pour les infractions punies par ce code, n'était pas applicable aux crimes de guerre réprimés par le droit international et rien dans ce code n'indiquait que les dispositions en matière de prescription pouvaient s'appliquer à de tels crimes. Au contraire, la Cour note que le code pénal de 1926 était conçu comme un système permettant de poursuivre « les actes socialement dangereux » de nature à porter atteinte à l'ordre socialiste établi¹, ce qu'illustre la terminologie des notes accompagnant l'article 14. Dans ces conditions, des poursuites pour crimes de guerre au niveau national en 1944 auraient exigé le recours au droit international, non seulement pour la définition de ces crimes, mais également pour la détermination du délai de prescription applicable.

231. Toutefois, en 1944, le droit international était silencieux en la matière. Dans aucune déclaration internationale antérieure² sur la responsabilité pour crimes de guerre et l'obligation de les poursuivre et

1. Les principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale de l'URSS, 1924, et M. Ancel, *Les Codes pénaux européens*, tome IV, Paris, CFDC, 1971.

2. Notamment la Déclaration de Saint James de 1942, la Déclaration de Moscou de 1943, et les Statuts des TMI de Nuremberg et de Tokyo.

de les réprimer il n'avait été prévu de délais de prescription¹. Si l'article II § 5 de la loi n° 10 du Conseil de contrôle traitait la question relativement aux crimes de guerre commis sur le territoire allemand avant et pendant la Deuxième Guerre mondiale, les Statuts des TMI de Nuremberg et de Tokyo, la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, les Conventions de Genève de 1949 et les Principes de Nuremberg ne prévoyaient rien concernant la prescriptibilité des crimes de guerre (comme le confirme le préambule de la Convention de 1968).

232. La question essentielle devant être tranchée par la Cour est donc de savoir si, à quelque moment que ce soit avant l'engagement des poursuites contre le requérant, pareilles poursuites devaient être réputées prescrites en vertu du droit international. Il ressort du paragraphe précédent qu'en 1944 aucun délai de prescription n'était fixé par le droit international relativement à la poursuite des crimes de guerre, et dans son évolution postérieure à 1944 le droit international n'a jamais comporté de normes en vertu desquelles les crimes de guerre reprochés au requérant auraient été prescrits².

233. En résumé, la Cour estime, premièrement, qu'aucune des dispositions du droit interne relatives à la prescription n'était applicable (paragraphe 230 ci-dessus) et, deuxièmement, que les accusations portées contre le requérant n'ont jamais été prescrites en vertu du droit international (paragraphe 232 ci-dessus). Elle conclut donc que les poursuites dirigées contre le requérant n'étaient pas prescrites.

6. Le requérant pouvait-il prévoir que les actes en cause s'analyseraient en des crimes de guerre et qu'il serait poursuivi ?

234. Le requérant soutient en outre qu'il ne pouvait pas prévoir que les actes litigieux seraient jugés comme constitutifs de crimes de guerre et qu'il serait poursuivi ultérieurement.

Il plaide premièrement qu'il n'était en 1944 qu'un jeune soldat placé dans une situation de combat derrière les lignes ennemies et détaché du contexte international décrit ci-dessus et que, dans ces conditions, il ne pouvait prévoir que les actes pour lesquels il a été condamné s'analyseraient en des crimes de guerre. Il soutient deuxièmement qu'il était politiquement imprévisible qu'il serait poursuivi : sa condamnation après le rétablissement

1. Préambule à la Convention de 1968.

2. Commission des droits de l'homme des Nations unies, Question de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre, UN doc. E/CN.4/906, 1966, p. 100, p. 104; Convention de 1968; R. H. Miller, « *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* », AJIL vol. 65, n° 3, juillet 1971, pp. 476-501, avec d'autres références; Convention de 1974; Statut du Tribunal pénal international; et R. Kok « *Statutory Limitations in International Criminal Law* », Cambridge University Press, 2001, pp. 357-382.

de l'indépendance de la Lettonie en 1991 aurait été un acte politique de la part de l'Etat letton et elle n'aurait pas répondu à un véritable souhait de ce pays de respecter son obligation internationale de poursuivre les criminels de guerre.

235. Concernant le premier point, la Cour estime qu'eu égard au contexte, qui est celui du comportement d'un officier commandant au regard des lois et coutumes de la guerre, les notions d'accessibilité et de prévisibilité doivent être examinées conjointement.

Elle rappelle en outre que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. Les professionnels doivent faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte (*Pessino c. France*, n° 40403/02, § 33, 10 octobre 2006).

236. Quant au point de savoir si l'on peut considérer que, nonobstant le fait qu'elle était exclusivement fondée sur le droit international, la qualification des actes litigieux en crimes de guerre était suffisamment accessible et prévisible pour le requérant en 1944, la Cour rappelle qu'elle a précédemment estimé que la responsabilité pénale individuelle d'un simple soldat (garde-frontière) était définie avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par, notamment, l'obligation de respecter les instruments internationaux des droits de l'homme, même si ceux-ci, dont un n'avait du reste pas été ratifié par l'Etat en cause à l'époque des faits, ne permettaient pas d'inférer une responsabilité pénale individuelle du requérant (*K.-H. W.c. Allemagne*, précité, §§ 92-105). La Cour considère que même un simple soldat ne saurait complètement et aveuglément se référer à des ordres violant de manière flagrante non seulement les propres principes légaux de son pays, mais aussi les droits de l'homme sur le plan international et, surtout, le droit à la vie, qui est la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme (*ibidem*, § 75).

237. Il est vrai que (à la différence de l'affaire *K.-H. W. c. Allemagne*) le code pénal de 1926 ne renfermait aucune référence aux lois et coutumes internationales de la guerre et que (à la différence de l'affaire *Korbely*, précitée, §§ 74-75) ces lois et coutumes internationales n'avaient pas fait l'objet d'une publication officielle en URSS ou en RSS de Lettonie. Toutefois, cet aspect ne saurait être décisif. Il ressort en effet clairement des conclusions formulées aux paragraphes 213 et 227 ci-dessus que les lois et coutumes internationales de la guerre étaient en soi suffisantes en 1944 pour fonder la responsabilité pénale individuelle du requérant.

238. La Cour note en outre qu'en 1944 ces lois constituaient une *lex specialis* détaillée fixant les paramètres du comportement criminel en temps de guerre, qui s'adressait avant tout aux forces armées et, en particulier, aux commandants. Le requérant en l'espèce était sergent dans l'armée soviétique, et il était affecté au régiment de réserve de la division lettone : à l'époque des faits, il était membre d'une unité de commando et à la tête d'un peloton qui avait pour activités principales le sabotage militaire et la propagande. Etant donné sa position de commandant militaire, la Cour estime qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il apprécîât avec un soin particulier les risques que comportait l'opération de Mazie Bati. Elle considère, eu égard au caractère manifestement illégal des mauvais traitements et de la mort infligés aux neuf villageois dans les circonstances, établies, de l'opération menée le 27 mai 1944 (paragraphes 15-20 ci-dessus), que même la réflexion la plus superficielle du requérant aurait indiqué à l'intéressé qu'à tout le moins les actes en cause risquaient d'enfreindre les lois et coutumes de la guerre telles qu'elles étaient interprétées à l'époque et, spécialement, d'être jugés constitutifs de crimes de guerre pour lesquels, en sa qualité de commandant, il pourrait voir sa responsabilité pénale individuelle engagée.

239. Pour ces motifs, la Cour juge raisonnable de conclure que le requérant pouvait prévoir en 1944 que les actes litigieux seraient qualifiés de crimes de guerre.

240. Quant au second point soulevé par le requérant, la Cour note que la Lettonie a proclamé son indépendance en 1990 et 1991, que la nouvelle République de Lettonie a immédiatement adhéré aux divers instruments de protection des droits de l'homme (notamment à la Convention de 1968 en 1992) et qu'en 1993 elle a inséré l'article 68 § 3 dans le code pénal de 1961.

241. Elle rappelle qu'il est légitime et prévisible qu'un Etat succédant à un autre engage des poursuites contre des personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur, et l'on ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat successeur d'appliquer et d'interpréter à la lumière des normes régissant tout Etat de droit, en tenant compte des principes fondamentaux sur lesquels repose le mécanisme de la Convention, les dispositions légales qui étaient en vigueur à l'époque des faits sous le régime antérieur. Cela vaut en particulier lorsque la question litigieuse concerne le droit à la vie, valeur suprême dans la Convention et dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, que les Etats contractants ont l'obligation primordiale de protéger en application de la Convention. Tout comme les lois et coutumes de la guerre font obligation aux Etats d'engager des poursuites, l'article 2 de la Convention astreint les Etats à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction, ce qui implique le devoir primordial d'assurer le droit à

la vie en mettant en place une législation pénale dissuadant les individus de commettre des atteintes contre la vie des personnes (*Streletz, Kessler et Krenz*, §§ 72 et 79-86, et *K.-H.W.c. Allemagne*, §§ 66 et 82-89, tous deux précités). Il suffit, aux fins de la présente espèce, de noter que les principes susmentionnés sont applicables à un changement de régime de la nature de celui intervenu en Lettonie après les déclarations d'indépendance de 1990 et 1991 (paragraphe 27-29 et 210 ci-dessus).

242. Quant à l'appui des autorités soviétiques dont le requérant aurait toujours bénéficié après 1944, la Cour estime que cet argument est sans rapport avec la question juridique de savoir si l'intéressé pouvait prévoir en 1944 que les actes litigieux seraient jugés constitutifs de crimes de guerre.

243. En conséquence, la Cour considère que les poursuites dirigées contre le requérant (et la condamnation ultérieure de l'intéressé) par la République de Lettonie sur le fondement du droit international en vigueur à l'époque de la commission des actes litigieux n'étaient pas imprévisibles.

244. A la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour conclut que, à l'époque où ils ont été commis, les actes du requérant étaient constitutifs d'infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les lois et coutumes de la guerre.

D. Conclusion de la Cour

245. Pour tous les motifs exposés ci-dessus, la Cour estime que la condamnation du requérant pour crimes de guerre n'a pas emporté violation de l'article 7 § 1 de la Convention.

246. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette condamnation sous l'angle de l'article 7 § 2 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, la demande du requérant tendant à l'examen des griefs déclarés irrecevables par la chambre ;
2. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention ;

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 17 mai 2010.

Michael O'Boyle
Greffier

Jean-Paul Costa
Président

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

- opinion concordante commune aux juges Rozakis, Tulkens, Spielmann et Jebens;
- opinion dissidente du juge Costa, à laquelle se rallient les juges Kalaydjieva et Poalelungi.

J.-P. C.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE
AUX JUGES ROZAKIS, TULKENS, SPIELMANN ET JEBENS

(Traduction)

1. Si nous suivons pleinement la majorité lorsqu'elle estime que les griefs du requérant ne peuvent pas donner lieu à un constat de violation de l'article 7 de la Convention, il est un point particulier de son raisonnement auquel nous ne pouvons souscrire : celui relatif à sa conclusion au sujet de l'argument du gouvernement de la Fédération de Russie suivant lequel il faudrait voir dans les poursuites dirigées contre l'intéressé une application rétroactive du droit pénal.

2. En effet, le gouvernement de la Fédération de Russie, partie intervenante dans la présente affaire, considérait que, compte tenu du délai de prescription maximum prévu par l'article 14 du code pénal letton de 1926, les poursuites contre le requérant étaient prescrites au moins depuis 1954. Il notait que le requérant avait été condamné sur le fondement de l'article 68 § 3 du code pénal de 1961 et que l'article 6 § 1 de ce code énonçait que les crimes de guerre, entre autres, étaient imprescriptibles. Dès lors, il soutenait, tout comme l'intéressé, que les poursuites intentées contre le requérant s'analysaient en une extension *ex post facto* du délai de prescription qui aurait été applicable au niveau national en 1944 et, par conséquent, en une application rétroactive du droit pénal (paragraphe 228 et 229 de l'arrêt).

3. La réponse de la Cour est donnée dans les paragraphes 230 à 233 de l'arrêt qui expliquent, en substance, que ce n'est pas le code pénal de 1926 (qui intégrait une disposition relative à la prescriptibilité) qui aurait constitué le fondement de la responsabilité du requérant en 1944 si l'intéressé avait été poursuivi pour crimes de guerre en Lettonie en 1944. S'appuyant sur la manière dont le code en question était libellé, la Cour indique que :

« [D]es poursuites pour crimes de guerre au niveau national en 1944 auraient exigé le recours au droit international, non seulement pour la définition de ces crimes, mais également pour la détermination du délai de prescription applicable. »

Toutefois, elle poursuit ainsi :

« [E]n 1944, le droit international était silencieux en la matière. Dans aucune déclaration internationale antérieure sur la responsabilité pour crimes de guerre et l'obligation de les poursuivre et de les réprimer il n'avait été prévu de délais de prescription (...) les Statuts des [Tribunaux militaires internationaux] de Nuremberg et de Tokyo, la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, les Conventions de Genève de 1949 et les Principes de Nuremberg ne

prévoient rien concernant la prescriptibilité des crimes de guerre (comme le confirme le préambule de la Convention de 1968).»

L'absence de toute évocation de la question de la prescriptibilité dans les instruments adoptés après la guerre amène la Cour à conclure que les crimes commis par le requérant étaient imprescriptibles en vertu du droit international, qui était silencieux en la matière: en 1944 aucun délai de prescription n'était fixé par le droit international relativement à la poursuite des crimes de guerre et, dans son évolution postérieure à 1944, le droit international n'a jamais comporté de normes en vertu desquelles les crimes de guerre reprochés au requérant auraient été prescrits.

4. A notre sens, la réponse donnée par la Cour sur ce point particulier n'est pas la bonne. Le simple silence du droit international ne suffit pas à prouver que le consentement et les intentions de la communauté internationale en 1944 étaient claires relativement à l'imprescriptibilité des crimes de guerre, en particulier si l'on tient compte du fait qu'avant Nuremberg et Tokyo l'état du droit pénal international concernant la responsabilité individuelle pour crimes de guerre n'avait pas encore atteint un degré de sophistication et d'exhaustivité permettant de conclure que les questions techniques et procédurales relatives à l'application de ce droit avaient été clairement tranchées. En substance, on pourrait dire qu'en 1944 le droit international général – appréhendé comme une combinaison des accords internationaux généraux existants et de la pratique des Etats – avait résolu la question de la responsabilité individuelle (et pas seulement celle de la responsabilité des Etats), et que ce n'est qu'après la guerre que furent précisées les questions procédurales, telles que celle de la prescriptibilité des crimes de guerre.

5. Pourtant, il nous semble que la Cour a traité à tort la question de l'imprescriptibilité des crimes de guerre du requérant en 1944 comme un aspect distinct des exigences de l'article 7. L'impression créée par cette réponse donnée à un argument soulevé par les parties est que le lien établi par celles-ci entre (im)prescriptibilité des crimes de guerre et rétroactivité du droit les régissant est légitime, et que la Cour s'est bornée à chercher à démontrer que, dans les circonstances de l'espèce, les crimes reprochés étaient déjà imprescriptibles.

6. Ce n'est pas la bonne approche. Le point de départ, selon nous, réside dans le fait que l'article 7 de la Convention et les principes qu'il consacre exigent que, dans un ordre juridique fondé sur l'Etat de droit, un justiciable qui envisage d'accomplir un acte déterminé puisse, en se reportant aux normes définissant les incriminations et les sanctions correspondantes, déterminer le caractère infractionnel ou non de cet acte et la peine qu'il risque de se voir infliger s'il l'accomplit. Partant, on ne peut parler d'application rétroactive du droit matériel lorsqu'une personne est condamnée, même tardivement,

sur le fondement de dispositions qui étaient en vigueur au moment de la commission de l'acte. Considérer, comme la Cour le laisse entendre, que la question procédurale de la prescriptibilité fait partie intégrante de l'applicabilité de l'article 7, qu'elle est liée à la question de l'application rétroactive et qu'elle a le même poids que la condition d'existence d'une incrimination et d'une peine peut aboutir à des résultats indésirables de nature à affaiblir l'esprit même de l'article 7.

7. Il fallait, bien sûr, répondre aux arguments des parties concernant la prescriptibilité, mais en envisageant celle-ci comme une question purement technique, davantage liée à l'équité de la procédure et à l'article 6 de la Convention. A notre sens, s'il est vrai que la question de la prescriptibilité n'était pas forcément résolue en 1944 – bien que le requérant ne puisse pas tirer avantage d'une telle lacune – il reste que l'évolution ultérieure, après la Seconde Guerre mondiale, démontre clairement que la communauté internationale a non seulement consolidé sa position en condamnant vigoureusement les crimes de guerre haineux, mais a progressivement formulé des règles détaillées – notamment procédurales – régissant la façon dont ces crimes devraient être traités par le droit international. Ces développements constituent une chaîne continue de production juridique, qui laisse peu de place à l'idée que l'ordre juridique international n'était pas prêt à poursuivre et condamner les crimes commis durant la guerre. Certes, à ce stade, le silence sur la question de la prescriptibilité était total, comme le démontre aussi l'adoption de la Convention de 1968, qui « proclamait » l'imprescriptibilité de ces crimes. C'est précisément cette série d'événements qui a permis à l'Etat letton de poursuivre et de punir le requérant pour ses crimes.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE COSTA,
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES KALAYDJIEVA ET POALELUNGI

1. Nous avons considéré, à l'instar de la majorité de la chambre et contrairement à la majorité de la Grande Chambre, que l'article 7 de la Convention a été méconnu par l'Etat défendeur du fait de la poursuite et de la condamnation du requérant pour crimes de guerre. Nous allons nous efforcer d'exposer notre position sur ce point.

2. Une observation préliminaire s'impose, qui se rattache à la structure même de l'article 7 de la Convention.

3. Comme on le sait, le premier des deux paragraphes de cet article pose de façon générale le principe de la légalité des délits et des peines, qui implique notamment leur non-rétroactivité; le second paragraphe (*lex specialis* en quelque sorte) déroge au précédent, lorsque l'action ou l'omission était, au moment où elle a été commise, criminelle d'après « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». (Cette dernière expression est celle-là même qui est utilisée à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, qui l'a évidemment inspirée.)

4. La Grande Chambre a, à juste titre, rappelé au paragraphe 186 de l'arrêt, en citant la décision *Tess c. Lettonie* ((déc.), n° 34854/02, du 12 décembre 2002), qu'il faut interpréter de façon concordante les deux paragraphes de l'article 7. De même, l'arrêt a eu à notre sens raison, aux paragraphes 245 et 246, de conclure que, puisque la condamnation du requérant n'emportait pas violation de l'article 7 § 1, il n'y avait pas lieu d'examiner cette condamnation sous l'angle de l'article 7 § 2. En réalité, les raisonnements à suivre, non seulement doivent être concordants, mais ils sont étroitement liés. Il faut en effet, si on écarte la base juridique de l'incrimination selon le droit national, recourir au droit international conventionnel ou coutumier. Et si celui-ci n'offre pas non plus un fondement suffisant, l'article 7 est méconnu dans son ensemble.

5. En ce qui concerne les faits, ainsi que notre collègue Egbert Myjer l'a rappelé dans son opinion concordante jointe à l'arrêt de violation de la chambre, en principe et sauf arbitraire avéré, notre Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes. Elle n'est pas une juridiction de quatrième instance, ni d'ailleurs une juridiction pénale internationale. Elle n'a pas à rejurer le requérant pour les faits survenus le 27 mai 1944 à Mazie Bati. Une décision de la Cour, rendue le 20 septembre 2007, qui revêt un caractère définitif, a écarté le grief tiré par le requérant de la violation de son droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention. Le débat sur le fond de l'affaire se circonscrit donc à l'article 7, comme le dit

la Grande Chambre au paragraphe 184 de l'arrêt. Mais à cet égard, et sans se substituer aux juridictions internes, la Cour doit exercer son contrôle sur l'application qui a été faite de ces dispositions conventionnelles, donc sur la légalité et la non-rétroactivité des sanctions pénales infligées au requérant. On sait d'ailleurs que, eu égard à la gravité des chefs d'accusation retenus, ces sanctions n'ont pas été très lourdes, à cause de l'âge du requérant, et du fait qu'il était infirme et inoffensif (paragraphe 39 de l'arrêt); mais la clémence à l'égard de l'accusé est sans influence directe sur le bien-fondé du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Convention.

6. La première question est celle du droit national. A l'époque des faits, le code pénal soviétique de 1926, rendu applicable au territoire letton par un décret du 6 novembre 1940 (paragraphe 41 de l'arrêt), ne prévoyait pas l'incrimination de crimes de guerre en tant que tels. Ce code a été remplacé le 6 janvier 1961 par le code pénal de 1961, postérieur aux faits, et c'est une loi du 6 avril 1993, adoptée après la restauration en 1991 de l'indépendance de la Lettonie, qui a ajouté au code de 1961 des dispositions réprimant les crimes de guerre, permettant l'application rétroactive du droit pénal contre ces crimes et les déclarant imprescriptibles (articles 6 § 1, 45 § 1 et 68 § 3 ajoutés au code de 1961, paragraphes 48-50 de l'arrêt). Il est dans ces conditions difficile de trouver une base juridique nationale existant à l'époque des faits et, si nous comprenons bien l'arrêt, et notamment ses paragraphes 196 à 227, ce n'est que par le biais du renvoi au droit international que la majorité trouve cette base juridique, même en tenant compte de l'intervention de la loi de 1993 (voir en particulier le paragraphe 196 de l'arrêt). Cette approche est d'ailleurs aussi celle des juridictions internes, du moins du sénat de la Cour suprême dans son arrêt du 28 septembre 2004, qui est la dernière décision interne définitive. Cette décision se fonde en effet, à titre principal, sur l'article 6, deuxième alinéa point b), du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, ainsi que sur la Convention des Nations unies de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (pour l'analyse de la décision du sénat de la Cour suprême, voir le paragraphe 40 de l'arrêt).

7. La question de la base juridique en droit international est cependant beaucoup plus complexe. Elle soulève en effet de nombreuses difficultés: celle de l'existence même de cette base juridique, celle, le cas échéant, de la prescription ou au contraire de l'imprescriptibilité des accusations de crimes de guerre portées contre le requérant, celle, enfin, de la prévisibilité et de la possibilité de prévision, par le requérant, des poursuites qui furent engagées contre lui (à partir de 1998) et des condamnations prononcées à son encontre (en dernier ressort en 2004).

8. Il faut, nous semble-t-il, distinguer le droit international tel qu'il existait au moment des faits, et celui qui s'est dégagé et progressivement affirmé postérieurement, essentiellement à partir du procès de Nuremberg qui commença en novembre 1945, et qui a revêtu et revêt une importance à bien des égards capitale.

9. L'arrêt procède, et il faut le saluer, à une analyse longue et minutieuse du droit international humanitaire, et spécialement du *jus in bello*, avant 1944. Il est exact que ce droit s'est développé, à la fois sur le plan conventionnel et sur le plan coutumier, notamment à partir des instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (« le Code Lieber de 1863 »), puis de la Convention et du Règlement de La Haye de 1907. On peut aussi faire référence à la déclaration, ou « clause » de Martens, insérée dans le préambule de la deuxième Convention de La Haye de 1899 et reprise dans celui de la Convention de La Haye de 1907 (paragraphes 86 et 87 de l'arrêt).

10. Nous ne sommes toutefois pas convaincus, même en les regardant en 2010, à l'aune d'une longue et positive évolution ultérieure, que ces textes aient pu fonder, en 1944, une base juridique suffisamment solide et reconnue pour que les crimes de guerre soient considérés comme définis à cette époque avec précision, et que leur incrimination ait pu être prévisible. Comme le note à bon droit le juge Myjer dans son opinion concordante précitée, tous les crimes commis pendant les guerres ne sont pas des « crimes de guerre » ; le droit pénal doit être rigoureux, et la Cour a souvent relevé qu'on ne peut appliquer la loi pénale au détriment d'un accusé de matière extensive, notamment par analogie, car ce serait contraire au principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* (voir, par exemple, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A). Le requérant a été poursuivi, jugé et condamné plus d'un demi-siècle après les faits, sur la base d'une loi pénale qui aurait existé à l'époque de ceux-ci, ce qui pose à l'évidence problème.

11. Certes, l'arrêt cite aussi, aux paragraphes 97 à 103, des pratiques, antérieures à la Seconde Guerre mondiale, de poursuites pour violations des lois de la guerre (les cours martiales américaines pour les Philippines, les procès de Leipzig, les poursuites menées contre des agents de la Turquie). Ces exemples isolés et embryonnaires sont loin de révéler l'existence d'un droit coutumier suffisamment établi. Nous souscrivons plus volontiers à l'opinion exprimée par le professeur Georges Abi-Saab et M^{me} Rosemary Abi-Saab dans leur chapitre intitulé « Les crimes de guerre » de l'ouvrage collectif *Droit international pénal* (Paris, Pedone, 2000), dirigé par les professeurs Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (p. 269) :

« 13. Ainsi, jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, la pénalisation des violations des règles du *jus in bello*, c'est-à-dire la définition des crimes de guerre et

des pénalités qui s'y rattachent, est laissée à l'Etat belligérant et à son droit interne (bien que cette compétence ne puisse être exercée que par référence et dans les limites des règles du *jus in bello*, et que son exercice soit parfois en exécution d'une obligation conventionnelle). Un saut qualitatif intervient quand le droit international définit directement les crimes de guerre et ne laisse plus cette définition au droit interne des Etats.»

(Les auteurs enchaînent ensuite en faisant partir ce « saut qualitatif » du procès de Nuremberg.)

12. Avant de conclure sur le droit et la pratique antérieurs aux événements en cause dans la présente affaire, rappelons que malheureusement les nombreuses atrocités commises, en particulier au cours des deux guerres mondiales, dans l'ensemble n'ont nullement été poursuivies et réprimées avant que, précisément, les choses ne changent avec Nuremberg. Ceci confirme l'avis, cité ci-dessus, de M. et M^{me} Abi-Saab.

13. En ce qui concerne « Nuremberg » (le Statut, le procès et les principes), rappelons d'entrée de jeu qu'il s'agit d'un processus postérieur aux faits de plus d'un an. L'Accord de Londres qui a créé le Tribunal militaire international date du 8 août 1945. Le Statut du Tribunal, annexé à l'Accord, lui a donné compétence pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis certains crimes, notamment des crimes de guerre. L'article 6 b) du Statut donne, pour la première fois, une définition juridique des crimes de guerre, et l'on a vu plus haut, au paragraphe 6 de la présente opinion, que les juridictions nationales ont considéré ces dispositions comme s'appliquant au requérant. Le jugement du Tribunal affirme que la qualification de tels crimes ne résulte pas seulement de cet article, mais aussi du droit international préexistant (notamment les Conventions de La Haye de 1907 et de Genève de 1929); toutefois, on peut se poser la question de savoir si la portée de cette phrase déclaratoire, clairement rétroactive, doit être entendue pour le passé *erga omnes*, ou au contraire être limitée à la compétence d'ensemble *ratione personae* du Tribunal, ou même à sa compétence quant aux seules personnes jugées par lui lors du procès. Cette question est cruciale, car si le requérant a bien été poursuivi pour des actes qu'il aurait commis ou dont il aurait été complice, il est clair que ce n'était pas pour le compte des « pays européens de l'Axe », contre lesquels il combattait. Si on exclut la possibilité de l'application extensive et par analogie de dispositions pénales, il est difficile d'accepter sans réticences la base juridique tirée des Principes de Nuremberg.

14. Historiquement, comme le note encore dans son opinion précitée le juge Myjer, c'est donc le procès de Nuremberg « qui, pour la première fois, a bien montré au monde extérieur que quiconque commettrait des crimes

analogues à l'avenir pourrait être tenu pour personnellement responsable». C'est par suite après les faits de la cause que le droit international nous semble avoir réglé le *jus in bello* avec suffisamment de précision. Que le procès de Nuremberg ait puni *ex post facto* les accusés traduits devant lui ne veut pas dire que tous les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale pouvaient relever rétroactivement, aux fins de l'article 7 § 2 de la Convention, de l'incrimination de crimes de guerre et des pénalités y afférentes. Les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » ont été, à notre avis, énoncés clairement à Nuremberg, et pas avant. Sauf à postuler par principe qu'ils préexistaient. S'ils préexistaient, à partir de quand ? De la Seconde Guerre mondiale ? De la Première ? De la guerre de Sécession et du Code Lieber ? N'est-il pas, avec tout le respect, quelque peu spéculatif de l'établir dans un arrêt rendu au début du XXI^e siècle ? La question mérite d'être posée.

15. A plus forte raison, ni les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, ni la Convention des Nations unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970, ne semblent pouvoir donner rétroactivement une base légale aux poursuites engagées en 1998 contre le requérant, alors surtout que selon le droit national la prescription était acquise depuis 1954 (paragraphe 18 ci-dessous).

16. Nous concluons de tous ces éléments que, à l'époque des faits, ni le droit national ni le droit international n'étaient suffisamment clairs en ce qui concerne les crimes de guerre, ou quant à la distinction entre crimes de guerre et crimes de droit commun, si graves que ceux-ci aient pu être. Et certainement les actes commis le 27 mai 1944 (quels que fussent leurs auteurs et/ou complices) ont revêtu une extrême gravité si on s'en rapporte aux faits tels qu'ils ont été établis par les juridictions internes.

17. Peu clair, le droit applicable était-il, par ailleurs, et peut-être subsidiairement, toujours en vigueur, ou y avait-il prescription, s'opposant à ce que des poursuites puissent être engagées contre le requérant pour crimes de guerre, et *a fortiori* à ce qu'il puisse être condamné sur la base de ces poursuites ?

18. A notre avis, l'action publique était prescrite depuis 1954, selon le droit national en vigueur, car le code pénal de 1926 prévoyait en matière criminelle une prescription de dix ans depuis la commission de l'infraction. Ce n'est que depuis la loi du 6 avril 1993 – près de cinquante ans après les faits – que le code pénal (de 1961) a été amendé et a édicté l'imprescriptibilité à l'encontre des personnes s'étant rendues coupables de crimes de guerre. Nous pensons que c'est donc par une application rétroactive du droit

pénal que cette imprescriptibilité a été appliquée au requérant, ce qui n'est normalement, à nos yeux, pas compatible avec l'article 7.

19. La majorité estime certes (paragraphe 232 et 233 de l'arrêt) qu'aucun délai de prescription n'était fixé par le droit *international* en 1944 pour les crimes de guerre. Mais d'une part, comme nous l'avons dit, nous considérons que les faits ne pouvaient être qualifiés en 1944 de crimes de guerre faute de base légale suffisamment claire et précise, d'autre part ces faits étaient prescrits dès 1954. Nous ne sommes donc pas convaincus par ce raisonnement, qui implique en somme que l'imprescriptibilité en matière pénale est la règle et la prescription l'exception, alors que, nous semble-t-il, cela devrait être l'inverse. Il est clair que l'imprescriptibilité des crimes les plus graves est un progrès, car il fait reculer l'impunité et permet le châtement. La justice pénale internationale s'est fortement développée, en particulier depuis la création des tribunaux internationaux *ad hoc* puis de la Cour pénale internationale. Mais il est difficile de décider *ex post facto* une imprescriptibilité sans texte clair qui la fonde.

20. Se pose enfin, et peut-être surtout, la question de la *prévisibilité*, en 1944, de poursuites engagées en 1998, sur la base d'un texte de 1993, pour des faits commis en 1944. Le requérant pouvait-il prévoir à cette époque que, plus d'un demi-siècle plus tard, les faits pourraient être qualifiés par un tribunal de manière à fonder sa condamnation, et pour un crime imprescriptible ?

21. Nous ne saurions entrer dans le débat sur la prévisibilité des changements historiques et juridiques postérieurs et parfois très postérieurs aux faits (procès de Nuremberg, Conventions de Genève de 1949, Convention des Nations unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968, loi de 1993 adoptée après la restauration en 1991 de l'indépendance de la Lettonie). Bornons-nous à rappeler que c'est sur la base du droit international que le requérant a été condamné. A cet égard, l'analogie faite par l'arrêt (paragraphe 236) à l'affaire *K.-H. W. c. Allemagne* ([GC], n° 37201/97, 22 mars 2001) ne nous semble pas non plus décisive. Il s'agissait de faits survenus en 1972, punissables selon la législation nationale applicable à l'époque de ces faits, et la Cour a considéré qu'il fallait en outre les apprécier selon le droit international, mais celui existant en 1972 et non en 1944. De même, dans l'arrêt *Korbely c. Hongrie* ([GC], n° 9174/02, CEDH 2008), les faits, survenus en 1956, étaient en tout cas postérieurs, notamment, aux Conventions de Genève de 1949.

22. Au total, nous rappelons qu'il ne s'agit pas de rejurer le requérant, de déterminer sa responsabilité individuelle, en tant qu'auteur, dirigeant ou complice, ou de confirmer ou d'infirmier l'appréciation des faits à laquelle se sont livrées les juridictions nationales. Il ne s'agit pas non plus de minimiser

la gravité des actes perpétrés le 27 mai 1944 à Mazie Bati. Ce qui est en cause, c'est l'interprétation et l'application de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette disposition n'est pas anodine ; elle est très importante, comme le montre en particulier le fait que l'article 7 est non dérogeable en vertu de l'article 15 de la Convention.

23. Nous estimons finalement, au regard de l'article 7, que :

a) la base juridique des poursuites engagées contre le requérant et de sa condamnation n'était pas suffisamment claire en 1944 ;

b) qu'elle n'était pas non plus raisonnablement prévisible à cette époque, en particulier par le requérant lui-même ;

c) que les faits étaient en outre prescrits dès 1954 selon le droit interne applicable ;

d) et par suite que c'est par une application rétroactive du droit pénal au détriment du requérant que ces faits ont été considérés comme imprescriptibles, ce qui a fondé sa condamnation.

Pour toutes ces raisons, l'article 7 a été, à notre avis, violé.

GÄFGEN v. GERMANY
(Application no. 22978/05)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 1 JUNE 2010¹

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

SUMMARY¹**Insufficient redress for threats of physical harm during police interrogation****Article 34**

Victim – Loss of victim status – Insufficient redress for threats of physical harm during police interrogation – Acknowledgment by national authorities of inhuman treatment but without compensation or adequate punishment of offenders

Article 3

Inhuman treatment – Threats of physical harm by police to establish whereabouts of missing child – Absolute nature of Article 3 prohibiting torture, inhuman or degrading treatment

Article 6 § 1

Criminal proceedings – Fair trial – Use in trial of evidence obtained under duress

*

* *

In 2002 the applicant suffocated an 11-year-old boy to death and hid his corpse near a pond. Meanwhile, he sought a ransom from the boy's parents and was arrested shortly after having collected the money. He was taken to a police station where he was questioned about the victim's whereabouts. The next day, the deputy chief police officer ordered one of his subordinate officers to threaten the applicant with physical pain and, if necessary, to subject him to such pain in order to make him reveal the boy's location. Following these orders, the police officer threatened the applicant that he would be subjected to considerable pain by a person specially trained for such purposes. Some ten minutes later, for fear of being exposed to such treatment, the applicant disclosed where he had hidden the victim's body. He was then accompanied by the police to the location, where they found the corpse and further evidence against the applicant, such as the tyre tracks of his car. In the subsequent criminal proceedings, the Regional Court decided that none of his confessions made during the investigation could be used as evidence since they had been obtained under duress contrary to Article 3 of the Convention. At the trial, the

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

applicant again confessed to murder. The Regional Court's findings were based on that confession and on other evidence, including evidence secured as a result of the statements extracted from the applicant during the investigation. The applicant was ultimately convicted and sentenced to life imprisonment and his subsequent appeals were dismissed. The Federal Constitutional Court nonetheless acknowledged that extracting his confession during the investigation constituted a prohibited method of interrogation both under the domestic law and the Convention. In 2004 the two police officers involved in threatening the applicant were convicted of coercion and incitement to coercion while on duty and were given suspended fines of 60 euros (EUR) for 60 days and EUR 90 for 120 days respectively. In 2005 the applicant applied for legal aid in order to bring proceedings against the authorities for compensation for the trauma the investigation methods of the police had caused him. The courts initially dismissed his application, but their decisions were quashed by the Federal Constitutional Court in 2008. At the time of the European Court's judgment, the remitted proceedings were still pending before the Regional Court.

Held

(1) Article 34: The national authorities had acknowledged the breach of the Convention both in the criminal proceedings against the applicant and in the subsequent conviction of the police officers. However, it was necessary to establish whether they had afforded the applicant appropriate and sufficient redress for the violation suffered. Although the criminal proceedings against the police officers, which had lasted some two years and three months, had been sufficiently prompt and expeditious, the officers had been sentenced to very modest and suspended fines since the domestic court took into account a number of mitigating circumstances, including the urgent need to save the victim's life. While the applicant's case could not be compared to other cases involving arbitrary acts of brutality by State agents, imposing almost token fines could not be considered an adequate response to a breach of Article 3. Such punishment, which was manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the Convention, did not have the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of that right in future difficult situations. Moreover, even though both police officers had initially been transferred to posts which no longer involved direct association with the investigation of criminal offences, one of them had later been appointed chief of his section, which raised serious doubts as to whether the authorities' reaction adequately reflected the seriousness of a breach of Article 3. Finally, as to the proceedings for compensation, the applicant's request for legal aid was still pending after over three years. Consequently, no hearing had been held and no judgment given on the merits of his claim. In such circumstances, the domestic courts' failure to decide the merits of the applicant's compensation claim without the requisite expedition brought into question the effectiveness of those proceedings. In conclusion, the Court held that the different measures taken by the domestic authorities had failed to comply fully

with the requirement of redress as established by its case-law. Consequently, the applicant could still claim to be the victim of a violation of his Convention right.

Conclusion: victim status upheld (eleven votes to six).

(2) Article 3: It was uncontested between the parties that the applicant was threatened by the police officer with intolerable pain by a person specially trained for such purposes if he refused to disclose the victim's whereabouts. Since the deputy chief police officer had ordered his subordinates on several occasions to threaten the applicant or, if necessary, to use force against him, his order could not be regarded as a spontaneous act, but as a premeditated and calculated one. The interrogation under the threat of ill-treatment had lasted for about ten minutes in an atmosphere of heightened tension and emotions when the officers believed that the victim's life could still be saved. The applicant was handcuffed and thus in a vulnerable state, so the threat he had received must have caused him considerable fear, anguish and mental suffering. Despite the police officers' motives, the Court reiterated that torture and inhuman or degrading treatment could not be inflicted even in circumstances where the life of an individual was at risk. In conclusion, the method of interrogation to which the applicant had been subjected was found to be sufficiently serious to amount to inhuman treatment prohibited by Article 3.

Conclusion: violation (eleven votes to six).

(3) Article 6: The use of evidence obtained by methods in breach of Article 3 raised serious issues regarding the fairness of criminal proceedings. The Court was therefore called upon to determine whether the proceedings against the applicant as a whole had been unfair because such evidence had been used. At the start of his trial, the applicant was informed that his earlier statements would not be used as evidence against him because they had been obtained by coercion. Nonetheless, he confessed to the crime again during the trial, stressing that he was confessing freely out of remorse and in order to take responsibility for the crime he had committed. The Court therefore had no reason to assume that the applicant would not have confessed if the domestic courts had decided at the outset to exclude the disputed evidence. In the light of these considerations the Court concluded that, in the particular circumstances of the applicant's case, the failure of the domestic courts to exclude the evidence obtained following a confession extracted by means of inhuman treatment had not had a bearing on the applicant's conviction and sentence or on the overall fairness of his trial.

Conclusion: no violation (eleven votes to six).

Article 41: The Court made an award in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, Series A no. 25

Campbell and Cosans v. the United Kingdom, 25 February 1982, Series A no. 48

Eckle v. Germany, 15 July 1982, Series A no. 51

Schenk v. Switzerland, 12 July 1988, Series A no. 140

- Windisch v. Austria*, 27 September 1990, Series A no. 186
Cardot v. France, 19 March 1991, Series A no. 200
Lüdi v. Switzerland, 15 June 1992, Series A no. 238
Tomasi v. France, 27 August 1992, Series A no. 241-A
Funke v. France, 25 February 1993, Series A no. 256-A
Klaas v. Germany, 22 September 1993, Series A no. 269
Ribitsch v. Austria, 4 December 1995, Series A no. 336
Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V
Saunders v. the United Kingdom, 17 December 1996, *Reports* 1996-VI
Aksoy v. Turkey, 18 December 1996, *Reports* 1996-VI
Selçuk and Asker v. Turkey, 24 April 1998, *Reports* 1998-II
Teixeira de Castro v. Portugal, 9 June 1998, *Reports* 1998-IV
Osman v. the United Kingdom, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V
Civet v. France [GC], no. 29340/95, ECHR 1999-VI
Dalban v. Romania [GC], no. 28114/95, ECHR 1999-VI
V. v. the United Kingdom [GC], no. 24888/94, ECHR 1999-IX
Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV
Khan v. the United Kingdom, no. 35394/97, ECHR 2000-V
Akkoç v. Turkey, nos. 22947/93 and 22948/93, ECHR 2000-X
Egmez v. Cyprus, no. 30873/96, ECHR 2000-XII
Heaney and McGuinness v. Ireland, no. 34720/97, ECHR 2000-XII
Keenan v. the United Kingdom, no. 27229/95, ECHR 2001-III
Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova (dec.), no. 45701/99, 7 June 2001
Normann v. Denmark (dec.), no. 44704/98, 14 June 2001
P.G. and J.H. v. the United Kingdom, no. 44787/98, ECHR 2001-IX
Allan v. the United Kingdom, no. 48539/99, ECHR 2002-IX
N.C. v. Italy [GC], no. 24952/94, ECHR 2002-X
İçöz v. Turkey (dec.), no. 54919/00, 9 January 2003
Jensen and Rasmussen v. Denmark (dec.), no. 52620/99, 20 March 2003
Skatka v. Poland (dec.), no. 43425/98, 3 October 2002
Hulki Güneş v. Turkey, no. 28490/95, ECHR 2003-VII
Elçi and Others v. Turkey, nos. 23145/93 and 25091/94, 13 November 2003
M.C. v. Bulgaria, no. 39272/98, ECHR 2003-XII
Azinas v. Cyprus [GC], no. 56679/00, ECHR 2004-III
Krastanov v. Bulgaria, no. 50222/99, 30 September 2004
Jalloh v. Germany (dec.), no. 54810/00, 26 October 2004
Abdülsamet Yaman v. Turkey, no. 32446/96, 2 November 2004
Öneryıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII

- Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, ECHR 2005-VII
- Siliadin v. France*, no. 73316/01, ECHR 2005-VII
- Mikheyev v. Russia*, no. 77617/01, 26 January 2006
- Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, ECHR 2006-II
- Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, ECHR 2006-V
- Örs and Others v. Turkey*, no. 46213/99, 20 June 2006
- Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, ECHR 2006-IX
- Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX
- Söylemez v. Turkey*, no. 46661/99, 21 September 2006
- Göçmen v. Turkey*, no. 72000/01, 17 October 2006
- Matko v. Slovenia*, no. 43393/98, 2 November 2006
- Jasar v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, no. 69908/01, 15 February 2007
- Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, 1 March 2007
- Harutyunyan v. Armenia*, no. 36549/03, ECHR 2007-III
- Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, no. 7888/03, 20 December 2007
- Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, ECHR 2008
- Ali and Aysel Duran v. Turkey*, no. 42942/02, 8 April 2008
- Dedovskiy and Others v. Russia*, no. 7178/03, 15 May 2008
- Çamdereli v. Turkey*, no. 28433/02, 17 July 2008
- Vladimir Romanov v. Russia*, no. 41461/02, 24 July 2008
- Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008
- Levința v. Moldova*, no. 17332/03, 16 December 2008
- Yeter v. Turkey*, no. 33750/03, 13 January 2009
- Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, 10 March 2009

In the case of Gäfgen v. Germany,

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

Jean-Paul Costa, *President*,
Christos Rozakis,
Nicolas Bratza,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Anatoly Kovler,
Ljiljana Mijović,
Renate Jaeger,
Sverre Erik Jebens,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
George Nicolaou,
Luis López Guerra,
Ledi Bianku,
Ann Power,
Nebojša Vučinić, *judges*,

and Erik Fribergh, *Registrar*,

Having deliberated in private on 18 March 2009 and on 24 March 2010,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 22978/05) against the Federal Republic of Germany lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a German national, Mr Magnus Gäfgen (“the applicant”), on 15 June 2005. The applicant was granted legal aid.

2. The applicant alleged that the treatment to which he had been subjected during police interrogation concerning the whereabouts of a boy, J., on 1 October 2002 constituted torture prohibited by Article 3 of the Convention. He claimed that he remained a victim of this violation. He further alleged that his right to a fair trial as guaranteed by Article 6 of the Convention, comprising a right to defend himself effectively and a right not to incriminate himself, had been violated in that evidence which had been obtained in violation of Article 3 had been admitted at his criminal trial.

3. The application was allocated to the Third Section and, subsequently, to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). By a decision of 10 April 2007, it was declared partly admissible by a Chamber of the latter Section, composed of Peer Lorenzen, President, Snejana Botoucharova, Volodymyr Butkevych, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Rait Maruste, Javier Borrego Borrego, Renate Jaeger, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar.

4. On 30 June 2008 a Chamber of the Fifth Section, composed of Peer Lorenzen, President, Rait Maruste, Volodymyr Butkevych, Renate Jaeger, Isabelle Berro-Lefèvre, Mirjana Lazarova Trajkovska, Zdravka Kalaydjieva, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar, delivered its judgment. The Chamber decided unanimously that it was not necessary to rule on the Government's preliminary objection of non-exhaustion of domestic remedies. It held, by six votes to one, that the applicant could no longer claim to be the victim of a violation of Article 3 of the Convention. It further held, by six votes to one, that there had been no violation of Article 6 of the Convention.

5. By submissions dated 19 September 2008, received at the Court's Registry on 26 September 2008, the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73, maintaining his claim that there had been a violation of both Article 3 and Article 6 of the Convention. 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 applicant and the German Government ("the Government") each filed a memorial on the merits and replied in writing to each other's memorials. In addition, third-party comments were received from Mr Friedrich von Metzler and Mrs Sylvia von Metzler, the parents of J., who had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2) and who were represented by Mr E. Kempf and Ms H. Schilling, lawyers practising in Frankfurt am Main. Additional third-party submissions were received from the Redress Trust, a London-based international human rights non-governmental organisation, which had been granted leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 §§ 2 and 3) and which was represented by Ms C. Ferstman, Director, and Mr L. Oette, Adviser. The parties replied to those submissions (Rule 44 § 5).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 March 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms	A. Wittling-Vogel, <i>Ministerialdirigentin</i> , Federal Ministry of Justice,	<i>Agent</i> ,
Mr	J.A. Frowein, Director (emeritus) of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law,	<i>Counsel</i> ,
Mr	M. Bornmann, Public Prosecutor,	
Mr	J. Koch, District Court Judge,	<i>Advisers</i> ;

(b) *for the applicant*

Mr	M. Heuchemer, lawyer,	<i>Counsel</i> ,
Mr	D. Schmitz, lawyer,	
Mr	B. von Becker, lawyer,	
Mr	J. Schulz-Tornau, lawyer,	<i>Advisers</i> ,
Mr	S. Ströhm,	
Mr	M. Bolsinger,	<i>Assistants</i> .

The Court heard addresses by Mr Heuchemer and Mr Frowein as well as their replies to questions put by the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1975 and is currently detained in Schwalmstadt Prison, Germany.

A. The kidnapping of J. and the police investigation

10. J. was the youngest son of a banking family in Frankfurt am Main. He got to know the applicant, a law student, as an acquaintance of his sister.

11. On 27 September 2002 the applicant lured J., aged 11, into his flat in Frankfurt am Main by pretending that the child's sister had left a jacket there. He then killed the boy by suffocating him.

12. Subsequently, the applicant deposited a ransom note at J.'s parents' place of residence stating that J. had been kidnapped and demanding one million euros. The note further stated that if the kidnappers received the

ransom and managed to leave the country, then the child's parents would see their son again. The applicant then drove to a pond located on a private property near Birstein, approximately one hour's drive from Frankfurt, and hid J.'s corpse under a jetty.

13. On 30 September 2002 at around 1 a.m. the applicant picked up the ransom at a tram station. From then on he was under police surveillance. He paid part of the ransom money into his bank accounts and hid the remainder of the money in his flat. That afternoon, he was arrested at Frankfurt am Main airport with the police pinning him face down on the ground.

14. After having been examined by a doctor at the airport's hospital on account of shock and skin lesions, the applicant was taken to the Frankfurt am Main police headquarters. He was informed by detective officer M. that he was suspected of having kidnapped J. and was instructed about his rights as a defendant, notably the right to remain silent and to consult a lawyer. He was then questioned by M. with a view to finding J. Meanwhile, the police, having searched the applicant's flat, found half of the ransom money and a note concerning the planning of the crime. The applicant intimated that the child was being held by another kidnapper. At 11.30 p.m. he was allowed to consult a lawyer, Z., for thirty minutes at his request. He subsequently indicated that F.R. and M.R. had kidnapped the boy and had hidden him in a hut by a lake.

15. Early in the morning of 1 October 2002, before M. came to work, Mr Daschner ("D."), deputy chief of the Frankfurt police, ordered another officer, Mr Ennigkeit ("E."), to threaten the applicant with considerable physical pain, and, if necessary, to subject him to such pain in order to make him reveal the boy's whereabouts. D.'s subordinate heads of department had previously and repeatedly opposed such a measure (see also paragraph 47 below). Detective officer E. thereupon threatened the applicant with subjection to considerable pain at the hands of a person specially trained for such purposes if he did not disclose the child's whereabouts. According to the applicant, the officer further threatened to lock him in a cell with two huge black men who would sexually abuse him. The officer also hit him several times on the chest with his hand and shook him so that, on one occasion, his head hit the wall. The Government disputed that the applicant had been threatened with sexual abuse or had been physically assaulted during the questioning.

16. For fear of being exposed to the measures he was threatened with, the applicant disclosed the whereabouts of J.'s body after approximately ten minutes.

17. The applicant was then driven with M. and numerous other police officers to Birstein. He had refused to go with detective officer E. The police waited for a video camera to be brought to the scene. Then, the applicant, on the communicated order of the police officer in command and while being filmed, pointed out the precise location of the body. The police found J.'s corpse under the jetty at the pond near Birstein as indicated by the applicant. The applicant claimed that he had been obliged to walk without shoes through woods to where he had left the corpse and, on the orders of the police, he had had to point out its precise location. The Government disputed that the applicant had had to walk without shoes.

18. Upon forensic examination of the scene, the police discovered tyre tracks left by the applicant's car near the pond near Birstein. Under questioning by detective officer M. on the return journey from Birstein the applicant confessed to having kidnapped and killed J. He was then taken by the police to various other locations indicated by him where they secured J.'s school exercise books, a backpack, J.'s clothes and a typewriter used for the blackmail letter in containers. An autopsy carried out on J.'s corpse on 2 October 2002 confirmed that J. had died of suffocation.

19. Having returned to the police station, the applicant was then permitted to consult his lawyer, En., who had been instructed to act on his behalf by his mother and who had tried, in vain, to contact and advise the applicant earlier that morning.

20. In a note for the police file dated 1 October 2002, the deputy chief of the Frankfurt police, D., stated that he believed that that morning J.'s life had been in great danger, if he was still alive at all, given his lack of food and the temperature outside. In order to save the child's life, he had therefore ordered the applicant to be threatened by detective officer E. with considerable pain which would not leave any trace of injury. He confirmed that the treatment itself was to be carried out under medical supervision. D. further admitted that he had ordered another police officer to obtain a "truth serum" to be administered to the applicant. According to the note, the threat to the applicant was exclusively aimed at saving the child's life rather than furthering the criminal proceedings concerning the kidnapping. As the applicant had disclosed the whereabouts of J.'s body, having been threatened with pain, no measures had in fact been carried out.

21. A medical certificate issued by a police doctor on 4 October 2002 confirmed that the applicant had a haematoma (7 cm x 5 cm) below his left collarbone, skin lesions and blood scabs on his left arm and his knees and swellings on his feet. A further medical certificate dated 7 October 2002 noted that, following an examination of the applicant on 2 October 2002, two haematomas on the left-hand side of the applicant's chest of a diameter

of around 5 cm and 4 cm were confirmed, together with superficial skin lesions or blood scabs on his left arm, his knees and his right leg and closed blisters on his feet. According to the certificate, these discreet traces of injuries indicated that the injuries had been caused a few days before the examination. The precise cause of the injuries could not be diagnosed.

22. During subsequent questioning by the police on 4 October 2002, by a public prosecutor on 4, 14 and 17 October 2002, and by a district court judge on 30 January 2003 the applicant confirmed the confession he had made on 1 October 2002.

23. In January 2003 the Frankfurt am Main public prosecutor's office opened criminal investigation proceedings against the deputy chief of the Frankfurt police, D., and detective officer E. on the basis of the applicant's allegations that he had been threatened on 1 October 2002.

B. The criminal proceedings against the applicant

1. The proceedings in the Frankfurt am Main Regional Court

(a) The preliminary applications concerning the discontinuation of the proceedings and the inadmissibility of evidence

24. On 9 April 2003, the first day of the hearing, the applicant, represented by counsel, lodged a preliminary application for the proceedings to be discontinued. The basis of his claim was that during interrogation and prior to confessing he had been threatened by detective officer E. with being subjected to severe pain and sexual abuse. He argued that this treatment had been in breach of Article 136a of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 61 below) and Article 3 of the Convention and warranted the discontinuation of the proceedings against him.

25. The applicant also lodged an alternative preliminary application seeking a declaration that, owing to the continuous effect (*Fortwirkung*) of the threat of violence against him on 1 October 2002, all statements which he had made to the investigation authorities should not be relied upon in the criminal proceedings. Moreover, the applicant sought a declaration that on account of the violation of Article 136a of the Code of Criminal Procedure, the use in the criminal proceedings of all items of evidence, such as the child's corpse, which had become known to the investigation authorities because of the confession extracted – the so-called “fruit of the poisonous tree” – was prohibited (*Fernwirkung*).

26. On 9 April 2003, in response to the first preliminary application, the Frankfurt am Main Regional Court dismissed the applicant's application for the discontinuation of the criminal proceedings. The court noted that in the

applicant's submission, detective officer E. had threatened that a specialist was on his way to the police station by helicopter who, without leaving any traces, would inflict on him intolerable pain the likes of which he had never before experienced, if he continued to refuse to disclose J.'s whereabouts. To underpin the threat, E. had imitated the sound of the rotating blades of a helicopter. E. had further threatened that the applicant would be locked up in a cell with two big "Negroes" who would anally assault him. He would wish that he had never been born. The court found as a fact that the applicant had been threatened with the infliction of considerable pain if he refused to disclose the victim's whereabouts. However, the court did not find it established that the applicant had also been threatened with sexual abuse or had been otherwise influenced. The threat to inflict pain upon the applicant had been illegal pursuant to Article 136a of the Code of Criminal Procedure, and also pursuant to Article 1 and Article 104 § 1 of the Basic Law (see paragraphs 59-60 below) and in violation of Article 3 of the Convention.

27. However, notwithstanding this breach of the applicant's constitutional rights, the court found that the criminal proceedings were not, in consequence, barred and could proceed. It found that the use of the investigation methods in question, though prohibited in law, had not so restricted the rights of the defence that the criminal proceedings could not be pursued. In view of the seriousness of the charges against the applicant on the one hand, and the severity of the unlawful conduct during investigation on the other, there had not been such an exceptional and intolerable violation of the rule of law as to bar the continuation of the criminal proceedings.

28. In response to the applicant's second preliminary application, the Frankfurt am Main Regional Court found that, in accordance with Article 136a § 3 of the Code of Criminal Procedure, all confessions and statements hitherto made by the applicant before the police, a public prosecutor and a district court judge were inadmissible as evidence in the criminal proceedings because they had been obtained through the use of prohibited methods of interrogation.

29. The court found that on 1 October 2002 detective officer E. had used prohibited methods of interrogation within the meaning of Article 136a § 1 of the Code of Criminal Procedure by threatening the applicant with intolerable pain if he did not disclose the child's whereabouts. Therefore, any statements which the applicant had made as a consequence of this forbidden investigative measure were inadmissible as evidence. This exclusion of evidence (*Beweisverwertungsverbot*) did not only comprise the statements made immediately after the unlawful threat. It covered

all further statements which the applicant had made to the investigation authorities since that date in view of the continuous effect of the violation of Article 136a of the Code of Criminal Procedure.

30. The procedural irregularity caused by the use of a prohibited method of investigation could only have been remedied if the applicant had been informed before his subsequent questioning that his earlier statements made as a consequence of the threat of pain could not be used as evidence against him. However, the applicant had only been instructed about his right not to testify, without having been informed about the inadmissibility of the evidence that had been improperly obtained. He had therefore not been given the necessary “qualified instruction” (*qualifizierte Belehrung*) before making further statements.

31. However, the court limited the inadmissible evidence to the above-mentioned statements. It went on to dismiss the applicant’s application for a declaration that, on account of the prohibited investigation methods, the use in the criminal proceedings of all items of evidence, such as the child’s corpse, which had become known to the investigation authorities as a consequence of the statements extracted from the applicant ought to be excluded from trial (*Fernwirkung*). The court found as follows:

“... there is no *long-range effect* of the breach of Article 136a of the Code of Criminal Procedure meaning that the items of evidence which have become known as a result of the statement may likewise not be used [as evidence]. The Chamber agrees in this respect with the conciliatory view (*Mittelmeinung*) taken by scholars and in court rulings ... according to which a balancing [of interests] in the particular circumstances of the case had to be carried out, taking into account, in particular, whether there had been a flagrant violation of the legal order, notably of provisions on fundamental rights, and according to which the seriousness of the offence investigated also had to be considered. Balancing the severity of the interference with the defendant’s fundamental rights – in the present case the *threat* of physical violence – and the seriousness of the offence he was charged with and which had to be investigated – the *completed murder* of a child – makes the exclusion of evidence which has become known as a result of the defendant’s statement – in particular the discovery of the dead child and the results of the autopsy – appear disproportionate.”

(b) The Regional Court’s judgment

32. Following the above ruling on the applicant’s preliminary applications lodged on the opening day of the trial, the proceedings continued. The next day, in his statement on the charges, the applicant admitted having killed J., but stated that he had not initially intended to do so. His defence counsel submitted that by confessing, the applicant wanted to take responsibility for his offence notwithstanding the interrogation methods used on 1 October 2002. As the trial proceeded, all further items

of evidence found as a consequence of the applicant's original statement and which the applicant sought to have excluded were adduced. At the close of the trial on 28 July 2003 the applicant admitted that he had also intended from the outset to kill the child. He described his second confession as "the only way to accept his deep guilt" and as the "greatest possible apology for the murder of the child".

33. On 28 July 2003 the Frankfurt am Main Regional Court convicted the applicant, *inter alia*, of murder and kidnapping with extortion causing the death of the victim. It sentenced him to life imprisonment and declared that his guilt was of particular gravity, warranting a maximum sentence (see paragraph 63 below).

34. The court found that at the hearing the applicant had been instructed anew about his right to remain silent and about the fact that none of his earlier statements could be used as evidence against him and had thereby been given the necessary qualified instruction. However, the applicant had, following the qualified instruction, confessed that he had kidnapped and killed J. His statements at the trial concerning the planning of his offence formed the essential, if not the only, basis for the court's findings of fact. They were corroborated by the testimony of J.'s sister, the blackmail letter and the note concerning the planning of the crime found in the applicant's flat. The findings of fact concerning the execution of the crime were exclusively based on the applicant's confession at the trial. Further items of evidence showed that he had told the truth also in this respect. These included the findings of the autopsy as to the cause of the child's death, the tyre tracks left by the applicant's car near the pond where the child's corpse had been found, and the discovery of money from the ransom which had been found in his flat or paid into his accounts.

35. In assessing the gravity of the applicant's guilt, the court observed that he had killed his 11-year-old victim and demanded one million euros in ransom in order to preserve his self-created image of a rich and successful young lawyer. It did not share the views expressed by the public prosecutor's office and the private accessory prosecutors that the applicant's confession "was worth nothing" as the applicant had only confessed to what had in any event already been proven. The fact that the applicant had volunteered a full confession at the trial, even though all his earlier confessions could not be used as evidence pursuant to Article 136a § 3 of the Code of Criminal Procedure, was a mitigating factor. However, even without his confession, the applicant would have been found guilty of kidnapping with extortion causing the death of the victim. The applicant had been kept under police surveillance after he had collected the ransom, which had later been found in his flat or paid into his accounts. Furthermore, it had been proved by the

autopsy on J.'s corpse that the boy had been suffocated, and tyre tracks left by the applicant's car had been detected at the place where J.'s body had been found.

36. The court further observed that in questioning the applicant, methods of interrogation prohibited under Article 136a of the Code of Criminal Procedure had been employed. Whether and to what extent detective officer E. and the deputy chief of the Frankfurt police, D., were guilty of an offence because of these threats had to be determined in the criminal investigations then pending against them. However, their allegedly illegal acts did not mitigate the applicant's own guilt. The misconduct of police officers, belonging to the executive power, could not prevent the judiciary from assessing findings of fact in accordance with the law.

2. *The proceedings in the Federal Court of Justice*

37. On the day following his conviction, the applicant lodged an appeal on points of law with the Federal Court of Justice. He complained that the Regional Court, in its decision of 9 April 2003, had refused his preliminary application to discontinue the criminal proceedings against him. It had further refused to declare that the use in the criminal proceedings of all other items of evidence, such as the child's corpse, which had become known to the investigation authorities because of the statements unlawfully extracted was prohibited. The applicant included a full copy of these applications of 9 April 2003, including the grounds given for them. He further included a copy of the Regional Court's decision of 9 April 2003 dismissing his application for the proceedings to be discontinued and argued in respect of the police's threats of torture against him that, developing the case-law of the Federal Court of Justice, such conduct "leapt beyond" the exclusion of evidence and led to an impediment to the proceedings (*dass ein derartiges Verhalten das Verwertungsverbot "überspringt" und ein Verfahrenshindernis begründet*).

38. In his observations dated 9 March 2004 the Federal Public Prosecutor objected that the applicant's appeal on points of law was manifestly ill-founded. He argued that the use of prohibited methods of interrogation did not lead to an impediment to the criminal proceedings. Article 136a of the Code of Criminal Procedure expressly provided that the use of any of the prohibited methods enumerated entailed only the exclusion of evidence. The applicant had not complained of a breach of Article 136a § 3 of the Code of Criminal Procedure. In any event, there would be no grounds for such a complaint as the Regional Court had only used the applicant's confession at the trial, which he had made after having been informed that his previous statements had not been admitted as evidence.

39. On 21 May 2004 the Federal Court of Justice, without giving further reasons, dismissed the applicant's appeal on points of law as ill-founded.

3. The proceedings in the Federal Constitutional Court

40. On 23 June 2004 the applicant lodged a complaint with the Federal Constitutional Court. Summarising the facts underlying the case and the content of the impugned decisions, he complained under Article 1 § 1 and Article 104 § 1, second sentence, of the Basic Law about the way in which he had been questioned by the police on the morning of 1 October 2002. He argued that he had been threatened with being subjected to torture and sexual abuse if he did not disclose the child's whereabouts. In the circumstances of the case, this treatment amounted to torture within the meaning of Article 3 of the Convention and infringed Article 104 § 1 of the Basic Law. It also violated his absolute right to human dignity under Article 1 of the Basic Law, which lay at the heart of the provisions in question. These unjustifiable human rights violations ought to have been a bar to the criminal proceedings for murder and a prohibition on using the evidence obtained as a consequence of the confession extracted from him by means of prohibited measures.

41. On 14 December 2004 the Federal Constitutional Court, sitting as a panel of three judges, held that the applicant's constitutional complaint was inadmissible.

42. Firstly, in so far as the applicant complained of the failure of the criminal courts to discontinue the proceedings against him, the court found that he had not sufficiently substantiated his complaint. It observed that the Regional Court had already stated that the police's threat to inflict pain on the applicant had violated Article 136a of the Code of Criminal Procedure and Article 3 of the Convention and that the applicant's rights under Article 1 § 1 and Article 104 § 1, second sentence, of the Basic Law had been disregarded.

43. However, the violation of fundamental rights outside the trial did not necessarily warrant the conclusion that the judgment delivered by a criminal court, which was based on the findings made during the trial, breached constitutional law. In the present case, the criminal courts had found that the methods of investigation used by the police had been prohibited, but had differed from the applicant as to the legal consequences that flowed from that finding. They had taken the view that the statements obtained as a result of the measures in question could not be used but that there was no bar to the specific criminal proceedings being pursued.

44. According to the Federal Constitutional Court, the procedural flaw of having used prohibited investigation measures could be regarded as

having been remedied by the criminal courts, because they had prohibited the admission of the statements obtained thereby. Such a prohibition was prescribed by Article 136a § 3 of the Code of Criminal Procedure in order to compensate for a prior infringement of the rights of the person concerned. However, the circumstances in which substantial procedural irregularities might entail a bar to criminal proceedings were not laid down in law. In these circumstances, the applicant had failed to explain why the contested methods of investigation had not only required a prohibition on using the statements obtained thereby as evidence, but should also lead to a bar to criminal proceedings against him.

45. Secondly, the Federal Constitutional Court found that, in so far as the applicant complained that the Regional Court had refused to exclude the use in the proceedings of all items of evidence obtained as a result of the confession extracted under duress, his constitutional complaint was likewise inadmissible. It held that the applicant had failed to raise this issue in the proceedings before the Federal Court of Justice.

46. The decision was served on the applicant's lawyer on 22 December 2004.

C. Subsequent events

1. The criminal proceedings against the police officers

47. On 20 December 2004 the Frankfurt am Main Regional Court delivered judgments against the deputy chief of the Frankfurt police, D., and detective officer E. The court found that on the morning of 1 October 2002 D. had ordered that the applicant was to be questioned while being subjected to pain in the manner set out in his subsequent note for the police file (see paragraph 20 above). By doing so, he had acted against the advice of all his subordinate heads of department entrusted with the investigation into J.'s kidnapping. The heads of department had opposed this measure, which D. had previously ordered on the evening of 30 September 2002 and then twice on the morning of 1 October 2002. The heads of department had resisted the orders, proposing instead further questioning and confrontation of the applicant with J.'s family. D. had then issued an order to detective officer E. directing him to comply with his instructions that the applicant should be threatened with torture and, if necessary, subjected thereto. The subjection to pain was to be carried out under medical supervision, without any traces being left, by another specially trained police officer, who would be brought to the police station by helicopter. A police doctor had agreed to supervise the execution of D.'s order. The court noted that the measure

had been aimed at finding out where the applicant had hidden J., whose life D. believed was at great risk. Therefore, E. had threatened the applicant in the manner ordered by D. and had also informed him that a “truth serum” would be administered. After approximately ten minutes, the applicant confessed that he had hidden J.’s body under a jetty at a pond near Birstein.

48. The Regional Court observed that the method of investigation had not been justified. It rejected the defence of “necessity” because the method in question violated human dignity, as codified in Article 1 of the Basic Law. Respect for human dignity also lay at the heart of Article 104 § 1, second sentence, of the Basic Law and Article 3 of the Convention. The protection of human dignity was absolute, allowing of no exceptions or any balancing of interests.

49. The Frankfurt am Main Regional Court convicted detective officer E. of coercion committed by an official in the course of his duties. However, in terms of penalty, it cautioned the defendant and imposed a suspended fine of 60 euros (EUR) per diem for 60 days, which the defendant would be required to pay if he committed another offence during the probation period. Furthermore, the court convicted the deputy chief of the Frankfurt police, D., of having incited E., a subordinate, to commit coercion in the course of his duties. It also cautioned D. and imposed on him a suspended fine of EUR 120 per diem for 90 days. The applicant had given evidence as a witness in these proceedings.

50. In determining the sentences, the Regional Court considered that there were significant mitigating factors to be taken into account. It took into consideration that the defendants’ sole concern had been to save J.’s life and that they had been under extreme pressure because of their respective responsibilities *vis-à-vis* the superior authority and the public. They had been exhausted at the relevant time and had acted in a very tense and hectic situation. They did not have any previous convictions. Moreover, D. had taken responsibility for his acts by admitting and explaining them in a note for the police file on the same day. The proceedings had lasted a long time and had attracted immense media attention. The defendants had suffered prejudice in their professional career: D. had been transferred to the Hessian Ministry of the Interior, and E. had been prohibited from acting in the prosecution of criminal offences. Furthermore, it was the first time that a conflict situation such as the one in the defendants’ case had been assessed by a German criminal court. The court took into consideration as aggravating factors that D. had not acted spontaneously as he had already directed the use of force on the evening before he had given the order to E. Moreover, by their acts, the defendants had risked compromising the applicant’s conviction for murder. The court further found that the preservation of the

legal order did not warrant the enforcement of the fines imposed. Through the defendants' criminal conviction it had been made clear that an order by a State agent to use force to obtain information was illegal.

51. The judgment became final on 20 December 2004.

52. Subsequently, D. was appointed chief of the Police Headquarters for Technology, Logistics and Administration.

2. The official liability proceedings brought by the applicant

53. On 28 December 2005 the applicant applied to the Frankfurt am Main Regional Court for legal aid for bringing official liability proceedings against the *Land* of Hesse for the payment of compensation. He claimed that he had been traumatised and in need of psychological treatment because of the methods deployed during the police investigation.

54. In its submissions dated 27 March 2006 the Frankfurt am Main police headquarters contested that E.'s conduct when questioning the applicant in the morning of 1 October 2002 was to be legally classified as coercion and amounted to a breach of official duties.

55. On 28 August 2006 the Frankfurt am Main Regional Court dismissed the applicant's application for legal aid and the applicant appealed.

56. On 28 February 2007 the Frankfurt am Main Court of Appeal dismissed the applicant's appeal. Endorsing the reasons given by the Regional Court, it confirmed, in particular, that police officers D. and E., when threatening the applicant, had infringed human dignity, which was inviolable, and had thus breached their official duties. However, the applicant would face difficulties establishing causation between the threats of torture and alleged mental damage allegedly necessitating psychological treatment. The officers' threat was negligible compared to the traumatisation caused by the fact of having killed a child. Moreover, even assuming that the applicant would be able to prove that detective officer E. had shaken him, causing him to hit his head against a wall, or had once hit him on the chest, allegedly causing a haematoma, such physical damage would be too minor to necessitate the payment of compensation. Furthermore, the violation of his human dignity by the threat of torture did not warrant the payment of compensation since the applicant had obtained sufficient satisfaction for this by the exclusion of his statements as evidence and the criminal conviction of the police officers.

57. On 19 January 2008 the Federal Constitutional Court, allowing a constitutional complaint by the applicant, quashed the Court of Appeal's decision and remitted the case to that court. It found that in refusing to grant the applicant legal aid, the Court of Appeal had violated the principle of equal access to court. In particular, that court had speculated that the

applicant would not be able to prove that the threat to torture him had led to mental damage. In addition to that, it was not obvious that the physical injuries the applicant claimed to have suffered in the course of the interrogation, during which he had been handcuffed, could be considered to be of minor importance. Moreover, the question whether the violation of the applicant's human dignity necessitated the payment of damages despite the satisfaction he had already obtained was a difficult legal question on which no precedent existed in a judgment of a court of final instance. It should, therefore, not be determined in an application for legal-aid proceedings.

58. The remitted proceedings are still pending before the Frankfurt am Main Regional Court.

II. RELEVANT DOMESTIC, PUBLIC INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW AND PRACTICE

A. Provisions of domestic law

1. *The Basic Law*

59. Article 1 § 1 of the Basic Law, on the protection of human dignity, reads as follows:

“Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all State authorities.”

60. Article 104 § 1, second sentence, of the Basic Law, on the rights of persons in detention, provides:

“Persons taken into custody may not be subjected to mental or to physical ill-treatment.”

2. *The Code of Criminal Procedure*

61. Article 136a of the Code of Criminal Procedure, on prohibited methods of interrogation (*verbotene Vernehmungsmethoden*), provides:

“1. The freedom of the accused to make decisions and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, the administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only in so far as it is permitted by the law on criminal procedure. Threatening the accused with measures that are not permitted under the law on criminal procedure or holding out the prospect of an advantage that is not contemplated by statute shall be prohibited.

2. Measures which impair the accused's memory or ability to understand and accept a given situation [*Einsichtsfähigkeit*] shall not be permitted.

3. The prohibition under sub-paragraphs 1 and 2 shall apply even if the accused has consented [to the proposed measure]. Statements obtained in breach of this prohibition shall not be used [in evidence], even if the accused has agreed to their use.”

3. *The Criminal Code*

62. According to Article 211 of the Criminal Code, the intentional killing of a person is to be classified as murder if certain aggravating elements are present such as cupidity, treachery or intent to cover up another offence. Murder is punishable by life imprisonment.

63. A declaration by the sentencing court that the defendant’s guilt is of a particular gravity may, *inter alia*, have a bearing on a subsequent decision regarding suspension of the latter part of the defendant’s prison sentence on probation. Article 57a of the Criminal Code states that the court is to suspend the remainder of a life sentence on probation if the convicted person has served fifteen years of his sentence, provided that this can be justified in the interests of public security and the particular gravity of the defendant’s guilt does not warrant the continued execution of the sentence.

B. Provisions of public international law

64. The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (“the United Nations Convention against Torture”), which was adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1984 (Resolution 39/46) and which came into force on 26 June 1987, provides:

Article 1

“1. For the purposes of this Convention, the term ‘torture’ means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

...”

Article 15

“Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.”

Article 16

“1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in Article 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in Articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

...”

C. Practice of the courts of other States and of other human rights monitoring bodies

1. *The legal qualification of threats of torture*

65. Several institutions which monitor observance of the prohibition of torture and of other inhuman or degrading treatment have addressed the question of the scope of that prohibition in the context of threats of subjecting a person to physical harm.

66. The Inter-American Court of Human Rights, in its judgment of 27 November 2003 (*Merits, Reparations and Costs*) in the case of *Maritza Urrutia v. Guatemala* (Series C No. 103), found:

“85. With regard to the treatment that the State officials afforded to Maritza Urrutia while she was unlawfully and arbitrarily detained, the court has considered proven that the alleged victim’s head was covered by a hood, she was kept handcuffed to a bed, in a room with the light on and the radio at full volume, which prevented her from sleeping. In addition, she was subjected to very prolonged interrogations, during which she was shown photographs of individuals who showed signs of torture or had been killed in combat and she was threatened that she would be found by her family in the same way. The State agents also threatened to torture her physically or to kill her or members of her family if she did not collaborate. To this end, they showed her photographs of herself and her family and correspondence from her to her former husband ... Lastly, Maritza Urrutia was obliged to film a video, which was subsequently broadcast by two Guatemalan television channels, in which she made a statement against her will, the contents of which she was forced to ratify at a press conference held after her release ...

92. An international juridical regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, has been developed and, with regard to the latter, it has been recognised that the threat or real danger of subjecting a person to physical harm produces, under determined circumstances, such a degree of moral anguish that it may be considered ‘psychological torture’. ...

...

98. In light of the foregoing, the court declares that the State violated Article 5 of the American Convention [on Human Rights], in relation to Article 1 § 1 thereof, and the obligations established in Articles 1 and 6 of the Inter-American Convention against Torture, to the detriment of Maritza Urrutia.”

67. The United Nations Special Rapporteur for the Commission on Human Rights found in his report of 3 July 2001 to the General Assembly on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (UN Doc. A/56/156) as follows:

“As stated by the Human Rights Committee in its General Comment No. 20 (10 April 1992), on Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Special Rapporteur would like to remind governments that the prohibition of torture relates not only to acts that cause physical pain but also to acts that cause mental suffering to the victim, such as intimidation and other forms of threats.” (paragraph 3)

He pointed out that “the fear of physical torture may itself constitute mental torture” (paragraph 7). Furthermore, the Special Rapporteur was of the opinion that:

“... serious and credible threats, including death threats, to the physical integrity of the victim or a third person can amount to cruel, inhuman or degrading treatment or even to torture, especially when the victim remains in the hands of law enforcement officials.” (paragraph 8)

68. The United Nations Human Rights Committee, in its Views adopted on 29 March 1983 in the case of *Estrella v. Uruguay* (Communication No. 74/1980), found as follows regarding the author of the communication, a concert pianist:

“The author was subjected to severe physical and psychological torture, including the threat that the author’s hands would be cut off by an electric saw, in an effort to force him to admit subversive activities.” (paragraph 8.3)

The Human Rights Committee held that the author had been subjected to torture in violation of Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (paragraph 10).

2. The admission of evidence procured as a result of torture or other prohibited ill-treatment: the exclusionary rule

(a) The States Parties to the Convention

69. Materials before the Court show that there is no clear consensus in the States Parties to the Convention on the scope of the exclusionary rule.

(b) Other human rights monitoring bodies

70. The United Nations Human Rights Committee stated in its General Comment No. 7 on torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 7 of the ICCPR) of 30 May 1982:

“1. ... it follows from Article 7, read together with Article 2 of the Covenant, that States must ensure an effective protection through some machinery of control. Complaints about ill-treatment must be investigated effectively by competent authorities. Those found guilty must be held responsible, and the alleged victims must themselves have effective remedies at their disposal, including the right to obtain compensation. Among the safeguards which may make control effective are ... provisions making confessions or other evidence obtained through torture or other treatment contrary to Article 7 inadmissible in court; ...”

71. General Comment No. 7 was replaced by General Comment No. 20 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment of 10 March 1992. In the latter, it is stated:

“12. It is important for the discouragement of violations under Article 7 that the law must prohibit the use of admissibility in judicial proceedings of statements or confessions obtained through torture or other prohibited treatment.”

72. The United Nations Committee against Torture, which monitors the implementation of the United Nations Convention against Torture, stated in its Concluding Observations on Germany of 11 May 1998 (UN Doc. A/53/44) as follows:

“The Committee recommends that further legislative attention be paid to the strict enforcement of Article 15 of the Convention and that all evidence obtained directly or indirectly by torture be strictly prevented from reaching the cognisance of the deciding judges in all judicial proceedings.” (paragraph 193)

(c) Case-law of the courts of other States

73. The prohibition on using, in any manner prejudicial to the accused, information derived from facts learned as a result of the unlawful acts of State agents (the so-called doctrine of the “fruit of the poisonous tree”) is firmly rooted in the legal tradition of the United States of America (see, for instance, US Supreme Court, no. 82-1651, *Nix v. Williams*, decision of 11 June 1984, 467 US 431 (1984), pp. 441 et seq.; US Supreme Court, no. 82-5298, *Segura v. United States*, decision of 5 July 1984, 468 US 796 (1984), pp. 796-97 and 815; and US Supreme Court, no. 07-513, *Herring v. United States*, decision of 14 January 2009, 555 US ... (2009), part II. A., with further references). The prohibition applies to information obtained from coerced confessions (see, on the issue of coercion, US Supreme Court, no. 50, *Blackburn v. Alabama*, decision of 11 January 1960, 361 US 199 (1960), pp. 205-07, and US Supreme Court, no. 8, *Townsend v. Sain*,

decision of 18 March 1963, 372 US 293 (1963), pp. 293 and 307-09), meaning that if the confession leads to additional evidence, such evidence is also inadmissible in court in addition to the confession itself (compare *Nix*, cited above, p. 441, and *Segura*, cited above, p. 804). The evidence is to be excluded, however, only if the illegality is the proximate cause of the discovery of the evidence. In other words, evidence will be excluded if it can be shown that “but for” the illegal conduct it would not have been found. The exclusionary rule does not apply where the connection between the illegal police conduct and the discovery of the evidence is so remote as to dissipate the taint. This is the case, for example, where the police relied on an independent source to find the evidence (see *Nix*, cited above, pp. 441-44, and *Segura*, cited above, pp. 796-97, 804-05 and 815, with further references) or where the evidence would ultimately or inevitably have been discovered even had no violation of any constitutional provision taken place (see *Nix*, cited above, pp. 441-44).

74. The exclusionary rule is also applied in other jurisdictions. The Supreme Court of Appeal of South Africa found in its recent judgment of 10 April 2008 in the case of *Mthembu v. The State*, case no. 379/2007, [2008] ZASCA 51 as follows:

“Summary: The evidence of an accomplice extracted through torture (including real evidence derived from it) is inadmissible ...

...

33. ... The Hilux and the metal box were real evidence critical to the State’s case against the appellant on the robbery counts. Ordinarily, as I have mentioned, such evidence would not be excluded because it exists independently of any constitutional violation. But these discoveries were made as [a] result of the police having tortured Ramseroop. There is no suggestion that the discoveries would have been made in any event. If they had the outcome of this case might have been different.

34. Ramseroop made his statement to the police immediately after the metal box was discovered at his home following his torture. That his subsequent testimony was given apparently voluntarily does not detract from the fact that the information contained in that statement pertaining to the Hilux and metal box was extracted through torture. ... therefore, there is an inextricable link between his torture and the nature of the evidence that was tendered in court. The torture has stained the evidence irredeemably.

...

36. To admit Ramseroop’s testimony regarding the Hilux and metal box would require us to shut our eyes to the manner in which the police obtained this information from him. More seriously, it is tantamount to involving the judicial process in ‘moral defilement’. This ‘would compromise the integrity of the judicial process (and) dishonour the administration of justice’. In the long term, the admission of torture-induced evidence can only have a corrosive effect on the criminal justice system.

The public interest, in my view, demands its exclusion, irrespective of whether such evidence has an impact on the fairness of the trial.

37. For all these reasons I consider Ramseroop's evidence relating to the Hilux and metal box to be inadmissible. ..."

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

75. The applicant complained that he had been subjected to torture contrary to Article 3 of the Convention in the context of his police interrogation on 1 October 2002. He argued that he was still a victim of that breach of Article 3, which provides:

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

76. The Government contested that view, arguing that the applicant could no longer claim to be the victim of a violation of Article 3.

A. The applicant's victim status

77. Article 34 of the Convention provides, where relevant:

"The Court may receive applications from any person ... claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. ..."

78. The Court considers that in the present case it cannot answer the question whether the applicant subsequently lost his initial status as the victim of a breach of Article 3 of the Convention within the meaning of Article 34 of the Convention without having first established how the applicant was treated in the context of his questioning, and without having assessed the severity of that treatment in the light of Article 3. Thereafter, the adequacy or otherwise of the authorities' response thereto can be considered.

1. Whether the impugned treatment was contrary to Article 3

(a) The Chamber judgment

79. The Chamber considered that the applicant had been threatened by detective officer E. on the instructions of the deputy chief of the Frankfurt am Main police, D., with physical violence causing considerable pain in order to make him disclose J.'s whereabouts. It found that further threats alleged by the applicant or alleged physical injuries inflicted during the interrogation had not been proved beyond reasonable doubt. Having regard

to all the circumstances of the case, the Chamber characterised this threat of violence as inhuman treatment prohibited by Article 3.

(b) The parties' submissions

(i) The applicant

80. The applicant claimed that during his interrogation by detective officer E. on 1 October 2002, he had been subjected to treatment prohibited by Article 3. Detective officer E. had threatened that “intolerable pain the likes of which he had never before experienced” would be inflicted on him if he did not disclose J.’s whereabouts. He had threatened that this pain would be inflicted without leaving any traces and that an officer, specially trained in such techniques, was en route to the police station in a helicopter. To underpin the threat, E. had imitated the sound of the rotating blades of a helicopter and had described the pain of the torture in graphic detail. The applicant alleged that concrete measures had in fact been taken at that time in that a police doctor had subsequently confirmed that she had been prepared to be present during the torture so as to prevent the applicant from losing consciousness or the procedure from leaving any traces.

81. The applicant further alleged that he had been threatened with sexual abuse in that he would be locked up in a cell with two large “Negroes” who would anally assault him. Physical injuries had also been inflicted on him during the interrogation. E. had hit him several times on the chest, causing bruising, and on one occasion had pushed him, causing his head to hit the wall. He produced two medical certificates of 4 and 7 October 2002 issued by police doctors to support this claim (see paragraph 21 above). He claimed that, afterwards, he had been taken to Birstein against his will and had been obliged to walk without shoes through woods to where he had left the corpse and, at the command of the police, he had had to point out its precise location. He had also been forced to disclose other evidence on the return journey from Birstein. He claimed that he had been threatened by the police at a time when they had already been aware that J. was dead and had therefore been forced to incriminate himself solely in order to further the criminal investigations against him.

82. Referring, in particular, to Articles 1 and 15 of the United Nations Convention against Torture (see paragraph 64 above), the applicant argued that the treatment to which he had been subjected in order to force him to confess should be characterised as torture.

(ii) *The Government*

83. As in their submissions before the Chamber, the Government recognised that, regrettably, Article 3 had been violated during the applicant's questioning on 1 October 2002. They stressed, however, that the applicant had only been threatened with severe pain if he did not inform the police about J.'s whereabouts. They contested that there had been additional threats of sexual assault upon the applicant. They further contested that the injuries the applicant had suffered had been caused during the interrogation in question and that he had been forced to walk without shoes at Birstein. He had suffered skin lesions when he was arrested at Frankfurt am Main airport. They underlined that until now, the applicant had claimed that E. had hit him only once on the chest and that his head had only once hit the wall. The domestic courts had not found the additional threats or injuries to have been established.

84. The Government further pointed out that police officers D. and E. had resorted to the method of interrogation in question in order to save the life of J., which they had considered to be at great risk. They had not known that J. had already been killed at that time.

(iii) *The third-party interveners*

(α) J.'s parents

85. J.'s parents endorsed the Government's submissions. They pointed out that the applicant's various injuries, including the injury below his collarbone, were now for the first time alleged to have been inflicted during the interrogation on 1 October 2002. However, the applicant had previously admitted that he had already sustained those injuries during his arrest on 30 September 2002. This admission was contained in a book he had published in 2005 (*Allein mit Gott – der Weg zurück* ("Alone With God – The Way Back"), pp. 57-61), dealing, *inter alia*, with the criminal investigations and the trial against him. In a chapter entitled "The arrest", the applicant reproduced a copy of the medical certificate issued by a police doctor on 4 October 2002 (see paragraph 21 above) in order to show which injuries had been inflicted on him during his arrest on 30 September 2002. That same certificate was now being used by him in order to support his claim that the injuries were sustained during his interrogation. His injuries were not, therefore, connected with his interrogation on 1 October 2002.

(β) The Redress Trust

86. Referring, in particular, to the Convention institutions' findings in *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* ("the Greek case") (nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Commission's report of 5 November 1969, Yearbook 12, p. 461) and in *Akkoç v. Turkey* (nos. 22947/93 and 22948/93, §§ 25 and 116-17, ECHR 2000-X), the Redress Trust stressed that for a particular act to constitute torture it was not necessary for physical injury to be caused. Mental harm in and of itself was a prevalent form of torture. Moreover, the Court had confirmed that a mere threat of conduct prohibited by Article 3 could itself give rise to a violation of that Article (the third party cited *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 26, Series A no. 48). Various international bodies, including, *inter alia*, the Inter-American Court of Human Rights (see paragraph 66 above), the United Nations Special Rapporteur for the Commission on Human Rights (see paragraph 67 above) and the United Nations Human Rights Committee (see paragraph 68 above), had likewise found that a threat of serious physical injury could, depending on the circumstances and the impact on the particular individual, constitute torture or another form of ill-treatment. In any event, making a distinction between torture and other ill-treatment was unnecessary in relation to Article 3 of the Convention since, unlike the United Nations Convention against Torture in Articles 1, 15 and 16 (see paragraph 64 above), the relevant Convention Article did not attach any different legal consequences to torture compared to other forms of prohibited ill-treatment. Referring, *inter alia*, to the case of *Labita v. Italy* ([GC], no. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV), the Redress Trust underlined that the prohibition on torture and other cruel, inhuman and degrading treatment was absolute and afforded no exceptions, justifications or limitations, irrespective of the circumstances of the case or the conduct of the victim.

(c) The Court's assessment

(i) Recapitulation of the relevant principles

87. The Court reiterates that Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V, and *Labita*, cited above, § 119). The Court has confirmed that even in the most

difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned (see *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and *Labita*, cited above, § 119). The nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 (see *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 69, ECHR 1999-IX; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, § 116, ECHR 2006-IX; and *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 127, ECHR 2008).

88. In order for ill-treatment to fall within the scope of Article 3 it must attain a minimum level of severity. 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 (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 162, Series A no. 25, and *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 67, ECHR 2006-IX). Further factors include the purpose for which the treatment was inflicted together with the intention or motivation behind it (compare, *inter alia*, *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, § 64, *Reports* 1996-VI; *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 78, ECHR 2000-XII; and *Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, § 53, 30 September 2004), as well as its context, such as an atmosphere of heightened tension and emotions (compare, for instance, *Selmouni*, cited above, § 104, and *Egmez*, loc. cit.).

89. 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 and mental suffering (see *Labita*, cited above, § 120, and *Ramirez Sanchez*, cited above, § 118). Treatment has been held to be “degrading” when it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance, or when it was such as to drive the victim to act against his will or conscience (see, *inter alia*, *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 110, ECHR 2001-III, and *Jalloh*, cited above, § 68).

90. In determining whether a particular form of ill-treatment should be classified as torture, consideration must be given to the distinction, embodied in Article 3, between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should, by means of such a distinction, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 167; *Aksoy*, cited above, § 63; and *Selmouni*, cited above, § 96). In addition to

the severity of the treatment, there is a purposive element to torture, as recognised in the United Nations Convention against Torture, which in Article 1 defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, *inter alia*, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating (see *Akkoç*, cited above, § 115).

91. The Court further reiterates that a threat of conduct prohibited by Article 3, provided it is sufficiently real and immediate, may fall foul of that provision. Thus, to threaten an individual with torture may constitute at least inhuman treatment (compare *Campbell and Cosans*, cited above, § 26).

92. In assessing the evidence on which to base the decision as to whether there has been a violation of Article 3, the Court adopts the standard of proof “beyond reasonable doubt”. However, such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact (see *Jalloh*, cited above, § 67, and *Ramirez Sanchez*, cited above, § 117). The Court has held, in particular, that where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention (compare *Tomasi v. France*, 27 August 1992, § 110, Series A no. 241-A; *Ribitsch v. Austria*, 4 December 1995, § 34, Series A no. 336; *Aksoy*, cited above, § 61; and *Selmouni*, cited above, § 87).

93. Where allegations are made under Article 3 of the Convention the Court must apply a particularly thorough scrutiny (see *Matko v. Slovenia*, no. 43393/98, § 100, 2 November 2006, and *Vladimir Romanov v. Russia*, no. 41461/02, § 59, 24 July 2008). Where domestic proceedings have taken place, however, it is not the Court’s task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for those courts to assess the evidence before them (see *Klaas v. Germany*, 22 September 1993, § 29, Series A no. 269, and *Jasar v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”*, no. 69908/01, § 49, 15 February 2007). Although the Court is not bound by the findings of domestic courts, in normal circumstances it requires cogent elements to lead it to depart from the findings of fact reached by those courts.

(ii) *Application of these principles to the present case*

(α) The Court’s assessment of the facts

94. In assessing the treatment to which the applicant was subjected on 1 October 2002, the Court notes that it is uncontested between the parties that during the interrogation that morning, the applicant was

threatened by detective officer E., on the instructions of the deputy chief of the Frankfurt am Main police, D., with intolerable pain if he refused to disclose J.'s whereabouts. The process, which would not leave any traces, was to be carried out by a police officer specially trained for that purpose, who was already on his way to the police station by helicopter. It was to be conducted under medical supervision. This was, indeed, established by the Frankfurt am Main Regional Court both in the criminal proceedings against the applicant (see paragraph 26 above) and in the criminal proceedings against the police officers (see paragraph 47 above). Furthermore, it is clear both from D.'s note for the police file (see paragraph 20 above) and from the Regional Court's finding in the criminal proceedings against D. (see paragraph 47 above) that D. intended, if necessary, to carry out that threat with the help of a "truth serum" and that the applicant had been warned that the execution of the threat was imminent.

95. As D. had ordered his subordinate heads of department on several occasions to use force against the applicant, if necessary, before finally ordering E. to threaten the applicant with torture (see paragraph 47 above), his order cannot be regarded as a spontaneous act and a clear element of intention was present. It further appears that the applicant, while detained, was handcuffed in the interrogation room (see paragraph 57 above) and was therefore in a situation of particular vulnerability and constraint. The Court, having regard to the findings of the domestic courts and to the material before it, is persuaded that the police officers resorted to the method of interrogation in question in the belief that J.'s life might be saved.

96. The Court further observes that the applicant alleged that he had also been physically assaulted and injured and threatened with sexual abuse during interrogation. In assessing whether these allegations, which were contested by the Government, have been proven beyond reasonable doubt, the Court finds that in view of the medical certificates furnished by the applicant, his assertion of assault during his interrogation is not wholly without foundation. These certificates indicate that the applicant had indeed sustained bruising to his chest in the days prior to the medical examinations.

97. However, the Court also notes the Government's explanation as to the cause of the applicant's injuries, together with the submissions of J.'s parents on this point. They argued, by reference to the applicant's own statements in his book published in 2005, that all of the injuries, including lesions to his skin, which the applicant had incontestably sustained had been caused during his arrest when he was pinned, face down, on the ground (see paragraphs 13 and 14 above). The Court further notes that the domestic courts did not find any of the applicant's additional allegations to have been

established. It would appear that before the domestic courts, which heard and evaluated the evidence, the applicant had not made the allegations of physical injuries having been sustained during interrogation, at least not to the same extent as the way in which he did before this Court (see, in particular, paragraph 26 above). Moreover, the medical certificates contain no indication as to the probable causation of injuries (see paragraph 21 above).

98. In view of the foregoing, the Court is unable to conclude that the applicant's complaints concerning physical assaults and injuries together with the alleged threat of sexual abuse during interrogation have been established beyond reasonable doubt.

99. The Court further observes that in the applicant's submission, he was again subjected to treatment prohibited by Article 3 in that he was obliged to walk without shoes through woods in Birstein and was directly forced to point out the precise location of the corpse and to disclose other items of evidence. These allegations are likewise contested by the Government. The Court notes that, according to the findings of the domestic authorities, the applicant, following his interrogation, had agreed to accompany the police officers to the pond where he had hidden J.'s corpse (see paragraph 17 above). There is nothing to indicate that the applicant was verbally threatened en route to Birstein by any of the police officers present in order to make him indicate the precise location of the corpse. However, the question as to whether and to what extent the disclosure of evidence by the applicant in Birstein was causally connected to the threats issued at the police station remains a question to be determined under Article 6. In view of the fact that the medical certificates contained a diagnosis of swellings and blisters on the applicant's feet (see paragraph 21 above), the Court finds that his allegation that he had been obliged to walk without shoes is not entirely without foundation. However, the domestic courts, having examined the evidence before them, did not consider this allegation – which the applicant does not appear to have mentioned from the outset in the domestic proceedings either – to have been proven (see, in particular, paragraph 26 above). The cause of the injuries was not established by the examining doctors. In these circumstances, the Court does not consider the applicant's allegations in this regard to have been proven beyond reasonable doubt.

100. In view of the foregoing, the Court considers it established that the applicant was threatened in the morning of 1 October 2002 by the police with being subjected to intolerable pain in the manner set out in paragraphs 94 to 95 above in order to make him disclose J.'s whereabouts.

(β) Legal qualification of the treatment

101. The Court notes the Government's acknowledgment that the treatment the applicant was subjected to by E. violated Article 3 of the Convention. However, having regard to the serious allegations of torture made by the applicant and the Government's claim of loss of victim status, the Court considers it necessary to make its own assessment of whether this treatment can be said to have attained the minimum level of severity to bring it within the scope of Article 3 and, if so, how it is to be classified. Having regard to the relevant factors indicated in the Court's case-law (see paragraphs 88-91 above), it will examine, in turn, the duration of the treatment to which the applicant was subjected, its physical or mental effects on him, whether it was intentional or otherwise, its purpose and the context in which it was inflicted.

102. In so far as the duration of the impugned conduct is concerned, the Court notes that the interrogation under threat of ill-treatment lasted for approximately ten minutes.

103. As to its physical and mental effects, the Court notes that the applicant, who had previously refused to disclose J.'s whereabouts, confessed under threat as to where he had hidden the body. Thereafter, he continued to elaborate in detail on J.'s death throughout the investigation proceedings. The Court therefore considers that the real and immediate threats of deliberate and imminent ill-treatment to which the applicant was subjected during his interrogation must be regarded as having caused him considerable fear, anguish and mental suffering. The applicant, however, did not submit medical certificates to establish any long-term adverse psychological consequences suffered or sustained as a result.

104. The Court further observes that the threat was not a spontaneous act but was premeditated and calculated in a deliberate and intentional manner.

105. As regards the purpose of the threats, the Court is satisfied that the applicant was intentionally subjected to such treatment in order to extract information on J.'s whereabouts.

106. The Court further notes that the threats of deliberate and imminent ill-treatment were made in the context of the applicant being in the custody of law-enforcement officials, apparently handcuffed, and thus in a state of vulnerability. It is clear that D. and E. acted in the performance of their duties as State agents and that they intended, if necessary, to carry out that threat under medical supervision and by a specially trained officer. Moreover, D.'s order to threaten the applicant was not a spontaneous decision, since he had given such an order on a number of earlier occasions and had become

increasingly impatient at the non-compliance of his subordinates with his directions. The threat took place in an atmosphere of heightened tension and emotions in circumstances where the police officers were under intense pressure, believing that J.'s life was in considerable danger.

107. In this connection, the Court accepts the motivation for the police officers' conduct and that they acted in an attempt to save a child's life. However, it is necessary to underline that, having regard to the provision of Article 3 and to its long-established case-law (see paragraph 87 above), the prohibition on ill-treatment of a person applies irrespective of the conduct of the victim or the motivation of the authorities. Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk. No derogation is allowed even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. Article 3, which has been framed in unambiguous terms, recognises that every human being has an absolute, inalienable right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment under any circumstances, even the most difficult. The philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue.

108. Having regard to the relevant factors for characterising the treatment to which the applicant was subjected, the Court is satisfied that the real and immediate threats against the applicant for the purpose of extracting information from him attained the minimum level of severity to bring the impugned conduct within the scope of Article 3. It reiterates that according to its own case-law (see paragraph 91 above), which also refers to the definition of torture in Article 1 of the United Nations Convention against Torture (see paragraphs 64 and 90 above), and according to the views taken by other international human rights monitoring bodies (see paragraphs 66-68 above), to which the Redress Trust likewise referred, a threat of torture can amount to torture, as the nature of torture covers both physical pain and mental suffering. In particular, the fear of physical torture may itself constitute mental torture. However, there appears to be broad agreement, and the Court likewise considers, that the classification of whether a given threat of physical torture amounted to psychological torture or to inhuman or degrading treatment depends upon all the circumstances of a given case, including, notably, the severity of the pressure exerted and the intensity of the mental suffering caused. Contrasting the applicant's case to those in which torture has been found to be established in its case-law, the Court considers that the method of interrogation to which he was subjected in the circumstances of this case was sufficiently serious to amount

to inhuman treatment prohibited by Article 3, but that it did not reach the level of cruelty required to attain the threshold of torture.

2. *Whether the applicant lost his victim status*

(a) **The Chamber judgment**

109. The Chamber considered that the applicant could no longer claim to be the victim of a violation of Article 3. It found that the domestic courts had expressly acknowledged, both in the criminal proceedings against the applicant and in the criminal proceedings against police officers D. and E., that the applicant's treatment during his interrogation by E. had violated Article 3. Moreover, the applicant had been afforded sufficient redress for this breach at national level. The two police officers involved in threatening him had been convicted and punished and had suffered prejudice in their careers. In the circumstances of the present case, these convictions had to be considered sufficient in affording redress in a manner other than by way of monetary compensation. Furthermore, the use of the proscribed methods of investigation had resulted in sanctions in that none of the applicant's pre-trial statements had been admitted as evidence at his trial.

(b) **The parties' submissions**

(i) *The applicant*

110. The applicant argued that he had not lost his status as the victim of a breach of Article 3. The domestic courts had failed to acknowledge clearly a breach of his Convention right in a legally binding manner. They had merely mentioned Article 3 in their decisions dismissing the applicant's applications and complaints.

111. Furthermore, the applicant claimed that he had not received adequate redress for the breach of the prohibition of torture. He had not derived any personal benefit from the convictions of D. and E., who, in any event, had been sentenced to very modest, suspended fines and who had otherwise suffered no disciplinary consequences for their conduct. D. had even been promoted following his conviction. The official liability proceedings, in which the applicant had claimed compensation for the damage resulting from his treatment in breach of Article 3, were still pending before the civil courts and, to date, he had not received any compensation. Furthermore, he argued that the status quo ante could only have been restored by the exclusion, at trial, of all items of evidence which had been obtained as a direct result of the violation of Article 3. This evidence, the admissibility of which had been determined at the outset of his trial, had

secured his conviction and, by implication, the imposition of the maximum applicable penalty. The exclusion only of the pre-trial statements he had made as a result of coercion was not sufficient redress as such statements were not necessary for the prosecution's case against him once the real evidence had been admitted.

(ii) *The Government*

112. The Government asked the Grand Chamber to confirm the Chamber's finding that the applicant had lost his status as the victim of a violation of Article 3. Three German courts – namely the Regional Court and the Federal Constitutional Court in the criminal proceedings against the applicant and the Regional Court in the criminal proceedings against the police officers – had expressly acknowledged the breach of Article 3. These courts had underlined that human dignity was inviolable and that torture was prohibited even if the life of a person were at stake.

113. In the Government's submission, the applicant had also been afforded sufficient redress. The two police officers involved had been convicted in criminal proceedings and sentenced. The Government stressed that for a police officer to be tried and convicted of coercion was a very serious matter. Moreover, both police officers had been removed from their posts. The Government admitted that the applicant had not yet received compensation, but argued that since he had brought official liability proceedings before the domestic courts only after lodging his application with the Court, the fact that those proceedings were still pending could not be taken into consideration as far as the loss of his victim status was concerned. Moreover, the Frankfurt am Main Regional Court had excluded the admissibility not only of the confession of 1 October 2002, but also of all subsequent confessions made by the applicant before the police, the prosecution and a judge prior to his trial. However, the applicant, after having been instructed that his previous confessions could not be used in evidence, had nevertheless made a new full confession on the second day of his trial, before any other evidence had been introduced.

(iii) *The third-party interveners (the Redress Trust)*

114. In the Redress Trust's submission, international jurisprudence had recognised that adequate and sufficient remedies in cases of torture and other prohibited ill-treatment included, in particular, the following forms of reparation which could be relevant cumulatively in a particular case. Firstly, an investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for any ill-treatment was required (it cited, *inter alia*, *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 102, *Reports* 1998-VIII).

Secondly, States were obliged to have an effective criminal justice system capable of effectively punishing those who perpetrated torture and other prohibited ill-treatment and of deterring the commission of future offences. The punishment for a violation of Article 3 should reflect the gravity of the offence and the State's obligation to punish the agents responsible had to be complied with seriously and not as a mere formality (by way of comparison, it cited *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, no. 7888/03, § 63, 20 December 2007). Thirdly, adequate and sufficient remedies for torture and other forms of ill-treatment included effective civil remedies; in particular, compensation for pecuniary and non-pecuniary damage. The Court itself had repeatedly found that a judgment *per se* was not sufficient to constitute just satisfaction in cases of serious violations, such as those of Article 3, and had made an award for non-pecuniary damage (it cited, for instance, *Selçuk and Asker v. Turkey*, 24 April 1998, §§ 117-18, *Reports* 1998-II). Fourthly, a restoration of rights addressing the continuing impact of the torture, such as the exclusion of involuntary confessions, was required. Fifthly, the State had to provide for measures guaranteeing the non-recurrence of the prohibited conduct.

(c) The Court's assessment

(i) Recapitulation of the relevant principles

115. The Court reiterates that it falls, firstly, to the national authorities to redress any violation of the Convention. In this regard, the question whether an applicant can claim to be the victim of the violation alleged is relevant at all stages of the proceedings under the Convention (see, *inter alia*, *Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 61, ECHR 2005-VII, and *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, § 179, ECHR 2006-V). A decision or measure favourable to the applicant is not, in principle, sufficient to deprive him of his status as a "victim" for the purposes of Article 34 of the Convention unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for the breach of the Convention (see, *inter alia*, *Eckle v. Germany*, 15 July 1982, § 66, Series A no. 51; *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 44, ECHR 1999-VI; *Siliadin*, cited above, § 62; and *Scordino (no. 1)*, cited above, § 180).

116. As to the redress which is appropriate and sufficient in order to remedy a breach of a Convention right at national level, the Court has generally considered this to be dependent on all the circumstances of the case, having regard, in particular, to the nature of the Convention violation at stake (compare, for instance, *Scordino (no. 1)*, cited above, § 186). In

cases of wilful ill-treatment by State agents in breach of Article 3, the Court has repeatedly found that two measures are necessary to provide sufficient redress. Firstly, the State authorities must have conducted a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible (see, *inter alia*, *Krastanov*, cited above, § 48; *Çamdereli v. Turkey*, no. 28433/02, §§ 28-29, 17 July 2008; and *Vladimir Romanov*, cited above, §§ 79 and 81). Secondly, an award of compensation to the applicant is required where appropriate (see *Vladimir Romanov*, cited above, § 79, and, *mutatis mutandis*, *Aksoy*, cited above, § 98, and *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 53, 2 November 2004 (both in the context of Article 13)) or, at least, the possibility of seeking and obtaining compensation for the damage which the applicant sustained as a result of the ill-treatment (compare, *mutatis mutandis*, *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 56 (concerning a breach of Article 2); *Çamdereli*, cited above, § 29; and *Yeter v. Turkey*, no. 33750/03, § 58, 13 January 2009).

117. As regards the requirement of a thorough and effective investigation, the Court reiterates that where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention", requires by implication that there should be an effective official investigation. Such an investigation, as with one under Article 2, should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible (see, *inter alia*, *Assenov and Others*, cited above, § 102; *Labita*, cited above, § 131; *Çamdereli*, cited above, §§ 36-37; and *Vladimir Romanov*, cited above, § 81). For an investigation to be effective in practice it is a prerequisite that the State has enacted criminal-law provisions penalising practices that are contrary to Article 3 (compare, *mutatis mutandis*, *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 150, 153 and 166, ECHR 2003-XII; *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 57; and *Çamdereli*, cited above, § 38).

118. With regard to the requirement for compensation to remedy a breach of Article 3 at national level, the Court has repeatedly found that, in addition to a thorough and effective investigation, it is necessary for the State to have made an award of compensation to the applicant, where appropriate, or at least to have given him or her the possibility of seeking and obtaining compensation for the damage he or she sustained as a result of the ill-treatment (see, in detail, the references in paragraph 116 above). The Court has already had occasion to indicate in the context of other Convention Articles that an applicant's victim status may depend on the level of compensation awarded at domestic level, having regard to the

facts about which he or she complains before the Court (see, for instance, *Normann v. Denmark* (dec.), no. 44704/98, 14 June 2001, and *Scordino (no. 1)*, cited above, § 202, in respect of a complaint under Article 6, or *Jensen and Rasmussen v. Denmark* (dec.), no. 52620/99, 20 March 2003, in respect of a complaint under Article 11). This finding applies, *mutatis mutandis*, to complaints concerning a breach of Article 3.

119. In cases of wilful ill-treatment the breach of Article 3 cannot be remedied only by an award of compensation to the victim. This is so because, if the authorities could confine their reaction to incidents of wilful ill-treatment by State agents to the mere payment of compensation, while not doing enough to prosecute and punish those responsible, it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity, and the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice (see, among many other authorities, *Krastanov*, cited above, § 60; *Çamdereli*, cited above, § 29; and *Vladimir Romanov*, cited above, § 78).

(ii) *Application of these principles to the present case*

120. The Court thus has to examine, firstly, whether the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, the breach of the Convention. It notes in this connection that in the criminal proceedings against the applicant, the Frankfurt am Main Regional Court, in its decision dated 9 April 2003, expressly stated that the threat to cause the applicant pain in order to extract a statement from him had not only constituted a prohibited method of interrogation under Article 136a of the Code of Criminal Procedure; the threat had also disregarded Article 3 of the Convention, which underlay that provision of the Code (see paragraph 26 above). Likewise, the Federal Constitutional Court, referring to the Regional Court's finding of a violation of Article 3, observed that the applicant's human dignity and the prohibition on subjecting prisoners to ill-treatment (Article 1 and Article 104 § 1, second sentence, of the Basic Law) had been disregarded (see paragraph 42 above). In addition to that, in its judgment of 20 December 2004 convicting police officers D. and E., the Frankfurt am Main Regional Court found that such methods of investigation could not be justified as an act of necessity because "necessity" was not a defence to a violation of the absolute protection of human dignity under Article 1 of the Basic Law, which also lay at the heart of Article 3 of the Convention (see paragraph 48 above). In view of this, the Grand Chamber, which agrees with the findings of the Chamber in this respect, is satisfied that the domestic courts which were called upon to rule on this issue acknowledged

expressly and in an unequivocal manner that the applicant's interrogation had violated Article 3 of the Convention.

121. In assessing whether the national authorities further afforded the applicant appropriate and sufficient redress for the breach of Article 3, the Court must determine, in the first place, whether they carried out a thorough and effective investigation against those responsible in compliance with the requirements of its case-law. In doing so, the Court has previously taken into account several criteria. Firstly, important factors for an effective investigation, viewed as a gauge of the authorities' determination to identify and prosecute those responsible, are its promptness (compare, *inter alia*, *Selmouni*, cited above, §§ 78-79; *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 59; and *Vladimir Romanov*, cited above, §§ 85 et seq.) and its expedition (compare *Mikhayev v. Russia*, no. 77617/01, § 109, 26 January 2006, and *Dedovskiy and Others v. Russia*, no. 7178/03, § 89, 15 May 2008). Furthermore, the outcome of the investigations and of the ensuing criminal proceedings, including the sanction imposed as well as disciplinary measures taken, have been considered decisive. It is vital in ensuring that the deterrent effect of the judicial system in place and the significance of the role it is required to play in preventing violations of the prohibition of ill-treatment are not undermined (compare *Ali and Ayşe Duran v. Turkey*, no. 42942/02, § 62, 8 April 2008; *Çamdereli*, cited above, § 38; and *Nikolova and Velichkova*, cited above, §§ 60 et seq.).

122. The Court notes in the present case that criminal investigations against police officers D. and E. were opened some three to four months after the applicant's questioning on 1 October 2002 (see paragraph 23 above) and that the officers were convicted in a final judgment some two years and three months after that date. Even though the Court notes that the Frankfurt am Main Regional Court mitigated their sentence in view of, among many other factors, the long duration of the proceedings (see paragraph 50 above), it is prepared to accept that the investigation and the criminal proceedings were, nevertheless, sufficiently prompt and expeditious to meet the standards set by the Convention.

123. The Court further observes that the police officers were found guilty of coercion and incitement to coercion respectively, under the provisions of German criminal law, for their conduct in their interrogation of the applicant which was in contravention of Article 3. However, the Court notes that they were sentenced for this contravention only to very modest and suspended fines. The Court reiterates in this connection that it is not its task to rule on the degree of individual guilt (see *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 116, ECHR 2004-XII, and *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 147, ECHR 2005-VII), or

to determine the appropriate sentence of an offender, those being matters falling within the exclusive jurisdiction of the national criminal courts. However, under Article 19 of the Convention and in accordance with the principle that the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective, the Court has to ensure that a State's obligation to protect the rights of those under its jurisdiction is adequately discharged (see *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 61, with further references). It follows that while the Court acknowledges the role of the national courts in the choice of appropriate sanctions for ill-treatment by State agents, it must retain its supervisory function and intervene in cases of manifest disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed. Otherwise, the State's duty to carry out an effective investigation would lose much of its meaning (see *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 62; compare also *Ali and Ayşe Duran*, cited above, § 66).

124. The Court does not overlook the fact that the Frankfurt am Main Regional Court, in determining D.'s and E.'s sentences, took into consideration a number of mitigating circumstances (see paragraph 50 above). It accepts that the present application is not comparable to other cases concerning arbitrary and serious acts of brutality by State agents which the latter then attempted to conceal, and in which the Court considered that the imposition of enforceable prison sentences would have been more appropriate (compare, for instance, *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 63, and *Ali and Ayşe Duran*, cited above, §§ 67-72). Nevertheless, imposing almost token fines of 60 and 90 daily payments of EUR 60 and EUR 120 respectively, and, furthermore, opting to suspend them, cannot be considered an adequate response to a breach of Article 3, even seen in the context of the sentencing practice in the respondent State. Such punishment, which is manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the Convention, does not have the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations.

125. As to the disciplinary sanctions imposed, the Court notes that during the investigation and trial of D. and E., both were transferred to posts which no longer involved direct association with the investigation of criminal offences (see paragraph 50 above). D. was later transferred to the Police Headquarters for Technology, Logistics and Administration and was appointed its chief (see paragraph 52 above). In this connection, the Court refers to its repeated finding that where State agents have been charged with offences involving ill-treatment, it is important that they should be suspended from duty while being investigated or tried and should be dismissed if convicted (see, for instance, *Abdülsamet Yaman*, cited above,

§ 55; *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 63; and *Ali and Ayşe Duran*, cited above, § 64). Even if the Court accepts that the facts of the present case are not comparable to those at issue in the cases cited herein, it nevertheless finds that D.'s subsequent appointment as chief of a police authority raises serious doubts as to whether the authorities' reaction reflected, adequately, the seriousness involved in a breach of Article 3 – of which he had been found guilty.

126. As to the additional requirement of compensation in order to remedy a breach of Article 3 at national level, the Court observes that the applicant availed himself of the possibility of seeking compensation for the damage sustained as a result of the violation of Article 3. However, his application for legal aid to bring such official liability proceedings, following a remittal, has itself, apparently, been pending for more than three years and, consequently, no hearing has yet been held and no judgment given on the merits of his claim. The Court would observe that, in practice, it has made awards under Article 41 of the Convention in respect of non-pecuniary damage in view of the seriousness involved in a violation of Article 3 (see, among many other authorities, *Selçuk and Asker*, cited above, §§ 117-18).

127. In any event, it considers that appropriate and sufficient redress for a Convention violation can only be afforded on condition that an application for compensation remains itself an effective, adequate and accessible remedy. Excessive delays in an action for compensation, in particular, will render the remedy ineffective (compare, *mutatis mutandis*, *Scordino (no. 1)*, cited above, § 195, in respect of compensation for non-compliance with the “reasonable time” requirement of Article 6). It finds that the domestic courts' failure to decide on the merits of the applicant's compensation claim for more than three years raises serious doubts as to the effectiveness of the official liability proceedings in the circumstances of the present case. The authorities do not appear to be determined to decide on the appropriate redress to be awarded to the applicant and thus have not reacted adequately and efficiently to the breach of Article 3 at issue.

128. The Court further notes that in the applicant's submission, redress for the authorities' breach of Article 3 could only have been granted by also excluding, at his trial, all items of evidence obtained as a direct result of the violation of that Article. It observes that in its case-law as it stands, it has generally considered compliance with the requirements of an investigation and compensation both necessary and sufficient in order for a respondent State to provide adequate redress at national level in cases of ill-treatment by its agents breaching Article 3 (see paragraphs 116-19 above). However, it has also found that the question as to what measures of redress are appropriate and sufficient in order to remedy a breach of a Convention right depends

on all the circumstances of the case (see paragraph 116 above). It would not, therefore, exclude the possibility that in cases in which the deployment of a method of investigation prohibited by Article 3 led to disadvantages for an applicant in criminal proceedings against him, appropriate and sufficient redress for that breach may have to entail, in addition to the above-mentioned requirements, measures of restitution addressing the issue of the continuing impact of that prohibited method of investigation on the trial, in particular the exclusion of evidence obtained by breaching Article 3.

129. In the present case, the Court does not, however, have to determine that issue and does not, therefore, have to examine at this stage whether the prohibited method of interrogation in the investigation proceedings can be said to have had a continuing impact on the applicant's trial and to have entailed disadvantages for him. Having regard to its above findings, it considers that, in any event, the different measures taken by the domestic authorities failed to comply fully with the requirement of redress as established in its case-law. The respondent State therefore did not afford the applicant sufficient redress for his treatment in breach of Article 3.

130. It follows that the applicant may still claim to be the victim of a violation of Article 3 within the meaning of Article 34 of the Convention.

B. Compliance with Article 3

131. The Court refers to its above finding (see paragraphs 94-108) that while being interrogated by the police on 1 October 2002 the applicant was threatened with torture in order to make him disclose J.'s whereabouts and that this method of interrogation constituted inhuman treatment as prohibited by Article 3.

132. There has therefore been a violation of Article 3 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

133. The applicant further submitted that his right to a fair trial had been violated, in particular, by the admission and use of evidence that had been obtained only as a result of the confession extracted from him in breach of Article 3. Article 6 provides in its relevant parts as follows:

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

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing ...”

A. Scope of the case before the Grand Chamber

134. The Court notes that before the Grand Chamber, the applicant also repeated his complaint under Article 6 that he had been deliberately refused contact with his defence counsel on 1 October 2002 until all the evidence against him had been secured. According to its case-law, the “case” referred to the Grand Chamber is the application as it has been declared admissible by the Chamber (see, *inter alia*, *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII; *Göç v. Turkey* [GC], no. 36590/97, § 36, ECHR 2002-V; and *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 66, ECHR 2004-XI). As the Chamber, in its decision on admissibility of 10 April 2007, found that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as required by Article 35 § 1 of the Convention in respect of the complaint concerning consultation of his defence counsel, the Grand Chamber has no jurisdiction to examine it.

B. The Government’s preliminary objection

135. The Government objected that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as required by Article 35 § 1 of the Convention in respect of his remaining complaint under Article 6. He had not properly raised before the domestic courts his complaints about the failure to discontinue the criminal proceedings against him and the failure to exclude the use in those proceedings of items of evidence obtained as a result of the prohibited methods of investigation.

1. The Chamber judgment

136. The Chamber did not consider it necessary to rule on the Government’s preliminary objection, which it had joined to the merits of the complaint under Article 6, as it found that there had been no violation of Article 6 (see paragraph 86 of the Chamber judgment).

2. The parties’ submissions

(a) The Government

137. The Government objected before the Grand Chamber that the applicant had failed to exhaust domestic remedies for the same reasons as those they had relied on in the proceedings before the Chamber. They submitted, firstly, as regards the applicant’s claim that his criminal trial had been unfair as it should have been discontinued on account of the threats against him, that the Federal Constitutional Court had declared his constitutional complaint inadmissible for failure to provide sufficient

substantiation. It had been up to the applicant to explain why constitutional law did not only require the exclusion of the statements made during the questioning by the police, but also the discontinuation of the proceedings.

138. Secondly, the applicant had not exhausted domestic remedies in so far as he complained about the refusal to exclude the admission of certain items of evidence in the proceedings. As confirmed by the Federal Constitutional Court, he had failed to substantiate in detail in the proceedings before the Federal Court of Justice, as required by the applicable rules on procedure, that he was also challenging the use of the evidence found in Birstein, which was a completely different claim compared to his application to discontinue the proceedings. In particular, the applicant had not corrected the Federal Public Prosecutor's statement of 9 March 2004 which contained the latter's evaluation of the scope of the appeal on points of law to the effect that the applicant had not alleged a violation of Article 136a § 3 of the Code of Criminal Procedure.

(b) The applicant

139. The applicant contested this view and argued that he had exhausted domestic remedies. In his appeal before the Federal Court of Justice, he had lodged the broadest possible application, aimed at discontinuing the criminal proceedings because of the manner in which evidence had been obtained. His broad appeal had included the narrower application regarding the inadmissibility of the real evidence obtained as a result of the confession extracted from him. In lodging his appeal, he had included full copies of his preliminary applications of 9 April 2003. His appeal on points of law had been dismissed without the Federal Court of Justice furnishing any reasons.

140. The applicant further stressed that in his subsequent complaint to the Federal Constitutional Court, he had substantiated his claim fully, explaining in detail and with reference to leading decisions of that court how the failure to discontinue the proceedings and to exclude the impugned items of evidence had breached his rights under Articles 1 and 104 of the Basic Law.

3. The Court's assessment

141. The Grand Chamber has jurisdiction to examine the preliminary objection as the Government previously raised that same objection before the Chamber in their observations on the admissibility of the application (see paragraph 84 of the Chamber judgment), in accordance with Rules 54 and 55 of the Rules of Court (see *N.C. v. Italy* [GC], no. 24952/94, § 44, ECHR 2002-X; *Azinas v. Cyprus* [GC], no. 56679/00, §§ 32 and 37, ECHR 2004-III; and *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 41, ECHR 2006-II).

142. The Court reiterates that the purpose of Article 35 is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to it (see, *inter alia*, *Civet v. France* [GC], no. 29340/95, § 41, ECHR 1999-VI). While Article 35 § 1 of the Convention must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism, it does not require merely that applications should be made to the appropriate domestic courts and that use should be made of effective remedies designed to challenge decisions already given. It normally requires also that the complaints intended to be brought subsequently before the Court should have been made to those same courts, at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law (see, among other authorities, *Cardot v. France*, 19 March 1991, § 34, Series A no. 200, and *Elçi and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, §§ 604 and 605, 13 November 2003).

143. Consequently, domestic remedies have not been exhausted when an appeal is not accepted for examination because of a procedural mistake by the applicant. However, non-exhaustion of domestic remedies cannot be held against him if, in spite of his failure to observe the forms prescribed by law, the competent authority has nevertheless examined the substance of the appeal (compare, *inter alia*, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova* (dec.), no. 45701/99, 7 June 2001; *Skatka v. Poland* (dec.), no. 43425/98, 3 October 2002; *Jalloh v. Germany* (dec.), no. 54810/00, 26 October 2004; and *Vladimir Romanov*, cited above, § 52).

144. The Court observes that the applicant complained before it that his criminal trial had been unfair owing to the admission into trial of items of evidence obtained as a direct result of confessions extracted from him. He raised this issue, specifically, before the Regional Court, in particular in his preliminary application of 9 April 2003 seeking a declaration that the use in the criminal proceedings of all items of evidence which had become known to the investigation authorities because of the statements unlawfully extracted was prohibited (see paragraph 25 above). The Court notes that in his appeal on points of law to the Federal Court of Justice, the applicant referred to that application and submitted a full copy of it to that court (see paragraph 37 above). The Federal Court of Justice itself dismissed his appeal as ill-founded without giving reasons for its decision. In these circumstances, the Court is persuaded that, in accordance with the requirements of its case-law, the applicant raised the substance of his complaint under Article 6 in the proceedings before the Federal Court of Justice. In particular, it cannot speculate as to whether the Federal Public Prosecutor's possibly different interpretation of the scope of the applicant's appeal was adopted by that

court. As the applicant again argued before the Federal Constitutional Court that the use of the unconstitutional methods of investigation should have entailed a prohibition on the admission of the impugned items of evidence at his trial (see paragraph 40 above), the Court finds that he raised the substance of his complaint under Article 6 throughout the proceedings before the domestic courts.

145. The Court further observes that the applicant, in addition, argued before the Regional Court, the Federal Court of Justice and the Federal Constitutional Court that the criminal proceedings against him ought to have been discontinued because of the use of unconstitutional methods of investigation (see paragraphs 24, 37 and 40 above). As with his application mentioned above (see paragraph 144), this request concerned the legal consequences in a criminal trial of the use of evidence obtained by prohibited methods of interrogation in pre-trial investigation proceedings. The Federal Constitutional Court declared his constitutional complaint on this account inadmissible for failure to substantiate it sufficiently. The Court notes, however, that in its decision, the Federal Constitutional Court confirmed that the police officers' threat to inflict pain on the applicant in the investigation proceedings had violated human dignity and the prohibition on subjecting the applicant to ill-treatment, as enshrined in the Basic Law. That court further held that the procedural flaw of having applied unconstitutional methods of investigation had been sufficiently remedied by the criminal courts by the exclusion from trial of the statements made under threat and had not, in addition, required the discontinuation of the criminal proceedings (see paragraphs 42-44 above). The Court considers that through these observations, the Constitutional Court examined, at least partly, the substance of the applicant's constitutional complaint concerning the discontinuation of the criminal proceedings against him. Therefore, non-exhaustion of domestic remedies cannot be held against him in this respect either.

146. The Court finds that the applicant thus provided the domestic courts with the opportunity to put right the alleged violation and concludes that the Government's objection of non-exhaustion of domestic remedies must be dismissed.

C. Compliance with Article 6 of the Convention

1. The Chamber judgment

147. The Chamber held that there had been no violation of Article 6 §§ 1 and 3. It observed that the Regional Court had excluded the use at

trial of all pre-trial statements made by the applicant to the investigation authorities owing to the continuous effects of the prohibited methods of interrogation in the investigation proceedings. The domestic court had, however, used some items of evidence secured as an indirect result of the statements extracted from the applicant. The Chamber considered that there was a strong presumption that the use of items of evidence obtained as the fruit of a confession extracted by means contrary to Article 3 rendered a trial as a whole unfair in the same way as the use of the extracted confession itself. However, in the particular circumstances of the case, it had been the applicant's new confession at the trial which had been the essential basis for his conviction. Other items of evidence, including the impugned real evidence, had been of an accessory nature only and had been relied upon merely to prove the veracity of that confession.

148. The Chamber was not persuaded that the applicant had no longer had any defence option left to him but to confess at the trial in view of the admission of the impugned items of evidence. In the domestic proceedings, in which he had been assisted by counsel, he had confirmed that he had volunteered his confession out of remorse. The fact that his confessions at the trial had differed could be seen as a variation in his defence strategy. The applicant had also taken the opportunity to challenge the impugned real evidence at his trial, and the Chamber acknowledged that the Regional Court had weighed up all the interests involved in deciding to admit that evidence.

149. In view of these elements, the Chamber concluded that the use of the impugned items of evidence had not rendered the applicant's trial as a whole unfair.

2. The parties' submissions

(a) The applicant

150. In the applicant's submission, the admission of real evidence obtained in breach of Article 3 had rendered his criminal trial unfair in violation of Article 6. Once that evidence had been admitted, he had been deprived, entirely, of his right to defend himself. He had also been deprived of the protection afforded by the principle against self-incrimination. He claimed that the evidence recovered in Birstein and on the return journey therefrom had been obtained by the police order directly forcing him to point out its precise whereabouts. He had been obliged to walk, without shoes, through woods to the place where he had hidden J.'s corpse. The fact that his directions as to where he had hidden the corpse and its consequent discovery had been recorded on videotape demonstrated that the events at

Birstein had not been about the child's rescue but about the recovery of evidence in a manner aimed at securing his conviction.

151. The applicant argued that the impugned real evidence had been decisive in, and not merely accessory to, securing his conviction. Though other charges would have been possible, the self-incriminating evidence obtained as a result of his extracted confession was wholly necessary for the charge of and conviction for murder. There had been no other hypothetical clean path which would have led the police to this evidence at the relevant time. Whether they would ever have found it was a matter of pure speculation.

152. As the trial court at the outset of the trial had rejected his application to exclude the evidence obtained in violation of Article 3, the outcome of the trial had, at that point, effectively, been determined. Every possible defence strategy, such as relying on the right to remain silent or alleging that J. had been killed accidentally or volunteering at an early stage a full confession in the hope of mitigation of sentence, had become ineffective. He had partially confessed on the second day of the trial and had only admitted to having killed J. intentionally at the end of the trial after all the impugned items of evidence which he had sought to have excluded had been adduced. Indeed, even the prosecution and the accessory prosecutors, in opposing any possibility of mitigation of sentence, had pointed out that he had only confessed to what had already been proven.

153. The applicant further submitted that, regardless of whether the method of interrogation was to be classified as torture or as inhuman treatment, the Convention (he referred, in particular, to the Court's judgment in *Jalloh*, cited above) and provisions of public international law (in particular, Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 15 and 16 of the United Nations Convention against Torture) warranted the exclusion of all evidence obtained by means of a violation of the absolute prohibition of torture and inhuman treatment. Contrary to the view taken by the domestic courts and by the Chamber, protection of the absolute right under Article 3 could not and should not be weighed against other interests, such as the satisfaction of securing a conviction. As a matter of principle, the exclusion of the evidence in question was essential for removing all incentives for engaging in torture or ill-treatment and thus for preventing such conduct in practice.

(b) The Government

154. The Government invited the Grand Chamber to confirm the Chamber's finding that there had been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention. As regards the way in which the impugned evidence had

been obtained, they contested that the applicant had had to walk without shoes or had been subjected to further threats either in Birstein or on the return journey.

155. The Government accepted that the Regional Court had decided at the outset of the trial that the impugned items of evidence found in Birstein would be admitted as evidence at the trial. Nevertheless, the applicant had confirmed before the domestic courts that he had volunteered his confession at the trial out of remorse and because he wanted to take responsibility for his crime, even though he could also have remained silent or could have lied to the court. He might have changed his defence strategy in the hope that he would receive a more lenient sentence, but this decision had not been related to the use of the impugned items of evidence. It was not correct that the applicant had had no choice but to confess at the trial because, as the trial court had confirmed, it was possible that he might not have been found guilty of murder had he not confessed anew. Following a qualified instruction by the trial court, he had confessed, on the second day of his trial, and it was clear from this confession that he had killed J. intentionally. The difference between the first trial confession and the later one was comparatively minor in that the former had not included an admission that the death of J. had been part of his plan from the outset. This additional admission was not a necessary element to prove murder.

156. The Government underlined that the applicant's conviction had been based on the confession he had volunteered at his trial. The items of evidence secured after the journey to Birstein, such as J.'s corpse and the autopsy report thereon and the tyre tracks from the applicant's car at the pond, had been of an accessory nature only and had been used merely to test the veracity of the applicant's confession at the trial. This was clearly stated in the reasoning of the Regional Court's judgment convicting the applicant.

157. The Government noted that Article 6 of the Convention did not lay down any rules on the admissibility of evidence, as such, which was primarily a matter for regulation under national law. They underlined their obligation under the Convention to apply the criminal law against a murderer. The public interest in having the murderer of an abducted child convicted was of very serious weight. The Government further argued that the case-law of the United States Supreme Court, which went furthest in prohibiting the use of the "fruit of the poisonous tree", needed careful analysis. In the leading case of *Nix v. Williams* (decision of 11 June 1984, 467 US 431; see paragraph 73 above), for instance, that court had held that a body found after an improper investigation could be admitted into evidence in circumstances where it would have been found in any event. It

was likely in the present case that J.'s corpse, hidden at a place which the applicant had previously visited, would have been found sooner or later.

(c) The third-party interveners

(i) J.'s parents

158. In the submission of J.'s parents, the applicant's trial had fulfilled the requirements of Article 6. At the trial, the applicant had never indicated that he had felt coerced to confess but had repeated that he was making his statements freely and out of respect for his victim's family. They claimed that the applicant had already confessed on the second day of the trial that he had suffocated J., even though he had denied, at that moment, that he had planned to do so before abducting him. In his later statement he had subsequently admitted that he had planned from the outset to kill the boy.

159. J.'s parents further underlined that the applicant had confirmed in his final statement that, owing to the exclusion of his pre-trial statements, he had been given the choice of remaining silent or of making a confession and that it was not as if everything had been established. He had claimed that he had made a full and free confession even though he had recognised the risk that it would not have any (mitigating) effect on the trial court's judgment. In a book published subsequently by the applicant (entitled "Alone With God – The Way Back"; see paragraph 85 above) there was no mention that his confession at the trial had been caused as a consequence of the police interrogation. In that book, he had confirmed, regarding his motives for making a new confession at his trial, that he had wished to express remorse and had therefore described his acts in detail, at the risk – which materialised – that his confession might not have any effect on his sentence (pp. 225-26). His conduct in the proceedings had not, therefore, been a response to the trial court's decision to admit the impugned evidence.

(ii) The Redress Trust

160. The Redress Trust underlined that the rationale of the exclusionary rule which prohibited the admission of evidence obtained by torture or ill-treatment was based upon (i) the unreliability of evidence obtained as a result of torture; (ii) the outrage to civilised values caused and represented by torture; (iii) the public-policy objective of removing any incentive to undertake torture anywhere in the world; (iv) the need to ensure protection of the fundamental rights (to due process and fairness) of the party against whose interest the evidence was tendered; and (v) the need to preserve the integrity of the judicial process.

161. Numerous international declarations, rules, resolutions and conventions prohibited the admission of statements obtained by torture or inhuman treatment as evidence in judicial proceedings. In the Redress Trust's view, it was arguable that the exclusionary rule covered not only confessions but also derivative evidence found as a result of a statement made under torture, notwithstanding that Article 15 of the United Nations Convention against Torture (see paragraph 64 above), in particular, was cast in narrower terms. The United Nations Human Rights Committee, for instance, in its General Comment No. 7 of 30 May 1982 (see paragraph 70 above) had found that, in order to secure effective control of the prohibition of torture, it was essential to make both confessions and other evidence obtained through torture or inhuman or degrading treatment inadmissible in court. Likewise, the Supreme Court of Appeal of South Africa, in its judgment of 10 April 2008 in the case of *Mthembu v. The State* (see paragraph 74 above), had held that any use of evidence obtained by torture, including real evidence derived from it, rendered proceedings unfair. This had to apply in equal measure to other forms of ill-treatment. The findings of the Court in its judgments in *Jalloh* (cited above, §§ 99 and 104-07) and *Harutyunyan v. Armenia* (no. 36549/03, § 63, ECHR 2007-III) pointed in the same direction.

3. *The Court's assessment*

(a) **Recapitulation of the relevant principles**

162. The Court reiterates that its duty, pursuant to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, 12 July 1988, §§ 45-46, Series A no. 140; *Teixeira de Castro v. Portugal*, 9 June 1998, § 34, Reports 1998-IV; and *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, § 84, 1 March 2007).

163. It is not, therefore, the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This

involves an examination of the unlawfulness in question and, where the violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (see, *inter alia*, *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, § 34, ECHR 2000-V; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 76, ECHR 2001-IX; and *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, § 42, ECHR 2002-IX).

164. In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had as to whether the rights of the defence have been respected. In particular, it must be examined whether the applicant was given an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, as must the circumstances in which it was obtained and whether these circumstances cast doubts on its reliability or accuracy. While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker (see, *inter alia*, *Khan*, cited above, §§ 35 and 37; *Allan*, cited above, § 43; and the judgment in *Jalloh*, cited above, § 96). In this connection, the Court further attaches weight to whether the evidence in question was or was not decisive for the outcome of the proceedings (compare, in particular, *Khan*, cited above, §§ 35 and 37).

165. As to the examination of the nature of the Convention violation found, the Court reiterates that the question whether the use as evidence of information obtained in violation of Article 8 rendered a trial as a whole unfair contrary to Article 6 has to be determined with regard to all the circumstances of the case, including respect for the applicant's defence rights and the quality and importance of the evidence in question (compare, *inter alia*, *Khan*, cited above, §§ 35-40; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 77-79; and *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, §§ 94-98, 10 March 2009, in which no violation of Article 6 was found). However, particular considerations apply in respect of the use in criminal proceedings of evidence obtained in breach of Article 3. The use of such evidence, secured as a result of a violation of one of the core and absolute rights guaranteed by the Convention, always raises serious issues as to the fairness of the proceedings, even if the admission of such evidence was not decisive in securing a conviction (see *İçöz v. Turkey* (dec.), no. 54919/00, 9 January 2003; the judgment in *Jalloh*, cited above, §§ 99 and 104; *Göçmen v. Turkey*, no. 72000/01, §§ 73-74, 17 October 2006; and *Harutyunyan*, cited above, § 63).

166. Accordingly, the Court has found in respect of confessions, as such, that the admission of statements obtained as a result of torture (compare

Örs and Others v. Turkey, no. 46213/99, § 60, 20 June 2006; *Harutyunyan*, cited above, §§ 63, 64 and 66; and *Levința v. Moldova*, no. 17332/03, §§ 101 and 104-05, 16 December 2008) or of other ill-treatment in breach of Article 3 (compare *Söylemez v. Turkey*, no. 46661/99, §§ 107 and 122-24, 21 September 2006, and *Göçmen*, cited above, §§ 73-74) as evidence to establish the relevant facts in criminal proceedings rendered the proceedings as a whole unfair. This finding applied irrespective of the probative value of the statements and irrespective of whether their use was decisive in securing the defendant's conviction (*ibid.*).

167. As to the use at the trial of real evidence obtained as a direct result of ill-treatment in breach of Article 3, the Court has considered that incriminating real evidence obtained as a result of acts of violence, at least if those acts had to be characterised as torture, should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimise, indirectly, the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe or, in other words, to "afford brutality the cloak of law" (see the judgment in *Jalloh*, cited above, § 105). In its *Jalloh* judgment, the Court left open the question whether the use of real evidence obtained by an act classified as inhuman and degrading treatment, but falling short of torture, always rendered a trial unfair, that is, irrespective of, in particular, the weight attached to the evidence, its probative value and the opportunities of the defendant to challenge its admission and use at trial (*ibid.*, §§ 106-07). It found a breach of Article 6 in the particular circumstances of that case (*ibid.*, §§ 107-08).

168. As regards the use of evidence obtained in breach of the right to silence and the privilege against self-incrimination, the Court reiterates that these are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of fair procedures under Article 6. Their rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see, *inter alia*, *Saunders v. the United Kingdom* [GC], 17 December 1996, § 68, *Reports* 1996-VI; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, § 40, ECHR 2000-XII; and the judgment in *Jalloh*, cited above, § 100).

(b) Application of these principles to the present case

169. As the requirements of Article 6 § 3 concerning the rights of the defence and the principle against self-incrimination are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1, the Court will examine the complaints under those two provisions taken together (compare, among other authorities, *Windisch v. Austria*, 27 September 1990, § 23, Series A no. 186; *Lüdi v. Switzerland*, 15 June 1992, § 43, Series A no. 238; *Funke v. France*, 25 February 1993, § 44, Series A no. 256-A; and *Saunders*, cited above, § 68).

170. In examining whether, in the light of the above principles, the criminal proceedings against the applicant, who, from the outset, had objected to the use of evidence obtained in breach of his Convention rights, can be deemed to have been fair as a whole, the Court must consider, firstly, the nature of the Convention violation at issue and the extent to which the impugned evidence was obtained thereby. It refers to its above finding that the applicant's statement on the morning of 1 October 2002 during his interrogation by E. was extracted in violation of Article 3 (see paragraph 108 above). It further concluded that there was nothing to indicate that the applicant had been threatened for a second time by the police, at Birstein or during the journey to and from that place, in order to make him disclose real evidence (see paragraph 99 above).

171. The Court notes the Regional Court's finding that the applicant's statements made following the threat, including those made at Birstein and those made on the return trip to the police station, had been made under the continuous effect of the threats issued during interrogation and were therefore inadmissible (see paragraph 29 above), whereas it regarded the real evidence which had become known as a result of such statements as admissible. The Court notes that in the proceedings before the domestic courts, the impugned real evidence was classified as evidence which had become known to the investigation authorities as a consequence of the statements extracted from the applicant (the "long-range effect" (*Fernwirkung*) – see paragraph 31 above). For the purposes of its own assessment under Article 6, it considers it decisive that there is a causal link between the applicant's interrogation in breach of Article 3 and the real evidence secured by the authorities as a result of the applicant's indications, including the discovery of J.'s body and the autopsy report thereon, the tyre tracks left by the applicant's car at the pond, as well as J.'s backpack, clothes and the applicant's typewriter. In other words, the impugned real evidence was secured as a direct result of his interrogation by the police that breached Article 3.

172. Furthermore, an issue arises under Article 6 in respect of evidence obtained as a result of methods in violation of Article 3 only if such evidence was not excluded from use at the applicant's criminal trial. The Court notes that at the trial the Regional Court did not admit any of the confessions the applicant had made in the investigation proceedings under threat or as a result of the continuous effects of the threat (see paragraphs 28-30 above). However, that court, rejecting the applicant's motion at the outset of the trial, refused to bar the admission of items of evidence which the investigation authorities had secured as a result of his statements made under the continuous effect of his treatment in breach of Article 3 (see paragraph 31 above).

173. The Court is therefore called upon to examine the consequences for a trial's fairness of the admission of real evidence obtained as a result of an act qualified as inhuman treatment in breach of Article 3, but falling short of torture. As shown above (see paragraphs 166-67), in its case-law to date, it has not yet settled the question whether the use of such evidence will always render a trial unfair, that is, irrespective of other circumstances of the case. It has, however, found that both the use in criminal proceedings of statements obtained as a result of a person's treatment in breach of Article 3 – irrespective of the classification of that treatment as torture, inhuman or degrading treatment – and the use of real evidence obtained as a direct result of acts of torture made the proceedings as a whole automatically unfair, in breach of Article 6 (*ibid.*).

174. The Court notes that there is no clear consensus among the Contracting States to the Convention, the courts of other States and other human rights monitoring institutions about the exact scope of application of the exclusionary rule (see the references in paragraphs 69 to 74 above). In particular, factors such as whether the impugned evidence would, in any event, have been found at a later stage, independently of the prohibited method of investigation, may have an influence on the admissibility of such evidence.

175. The Court is further aware of the different competing rights and interests at stake. On the one hand, the exclusion of – often reliable and compelling – real evidence at a criminal trial will hamper the effective prosecution of crime. There is no doubt that the victims of crime and their families as well as the public have an interest in the prosecution and punishment of criminals, and in the present case that interest was of high importance. Moreover, the instant case is particular also in that the impugned real evidence was derived from an illegal method of interrogation which was not in itself aimed at furthering a criminal investigation, but was applied for preventive purposes, namely in order to save a child's life, and

thus in order to safeguard another core right guaranteed by the Convention, namely Article 2. On the other hand, a defendant in criminal proceedings has the right to a fair trial, which may be called into question if domestic courts use evidence obtained as a result of a violation of the prohibition of inhuman treatment under Article 3, one of the core and absolute rights guaranteed by the Convention. Indeed, there is also a vital public interest in preserving the integrity of the judicial process and thus the values of civilised societies founded upon the rule of law.

176. While having regard to the above interests at stake in the context of Article 6, the Court cannot but take note of the fact that Article 3 of the Convention enshrines an absolute right. Being absolute, there can be no weighing of other interests against it, such as the seriousness of the offence under investigation or the public interest in effective criminal prosecution, for to do so would undermine its absolute nature (compare also, *mutatis mutandis*, *Saadi*, cited above, §§ 138-39). In the Court's view, neither the protection of human life nor the securing of a criminal conviction may be obtained at the cost of compromising the protection of the absolute right not to be subjected to ill-treatment proscribed by Article 3, as this would sacrifice those values and discredit the administration of justice.

177. The Court also takes note, in this connection, of the Government's argument that they were obliged under the Convention to apply the criminal law against a murderer, and thus to protect the right to life. The Convention indeed requires that the right to life be safeguarded by the Contracting States (see, among many other authorities, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, §§ 115-16, *Reports* 1998-VIII). However, it does not oblige States to do so by conduct that violates the absolute prohibition of inhuman treatment under Article 3 or in a manner that breaches the right of every defendant to a fair trial under Article 6 (compare, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, § 116). The Court accepts that the State agents in this case acted in a difficult and stressful situation and were attempting to save a life. This does not, however, alter the fact that they obtained real evidence by a breach of Article 3. Moreover, it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies (compare *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008).

178. However, contrary to Article 3, Article 6 does not enshrine an absolute right. The Court must therefore determine what measures are to be considered both necessary and sufficient in criminal proceedings concerning evidence secured as the result of a breach of Article 3 in order to secure effective protection of the rights guaranteed by Article 6. As established in its case-law (see paragraphs 165-67 above), the use of such evidence raises

serious issues as to the fairness of the proceedings. Admittedly, in the context of Article 6, the admission of evidence obtained by conduct absolutely prohibited by Article 3 might be an incentive for law-enforcement officers to use such methods notwithstanding such absolute prohibition. The repression of, and the effective protection of individuals from, the use of investigation methods that breach Article 3 may therefore also require, as a rule, the exclusion from use at trial of real evidence which has been obtained as the result of any violation of Article 3, even though that evidence is more remote from the breach of Article 3 than evidence extracted immediately as a consequence of a violation of that Article. Otherwise, the trial as a whole is rendered unfair. However, the Court considers that both a criminal trial's fairness and the effective protection of the absolute prohibition under Article 3 in that context are only at stake if it has been shown that the breach of Article 3 had a bearing on the outcome of the proceedings against the defendant, that is, had an impact on his or her conviction or sentence.

179. The Court notes that, in the present case, the Regional Court expressly based its findings of fact concerning the execution of the crime committed by the applicant – and thus the findings decisive for the applicant's conviction for murder and kidnapping with extortion – exclusively on the new, full confession made by the applicant at the trial (see paragraph 34 above). Moreover, that court also considered the new confession the essential, if not the only, basis for its findings of fact concerning the planning of the crime, which likewise played a role in the applicant's conviction and sentence (*ibid.*). The additional evidence admitted at the trial was not used by the Regional Court against the applicant to prove his guilt, but only to test the veracity of his confession. This evidence included the results of the autopsy as to the cause of J.'s death and the tyre tracks left by the applicant's car near the pond where the child's corpse had been found. The Regional Court further referred to corroborative evidence which had been secured independently of the first confession extracted from the applicant under threat, given that the applicant had been secretly observed by the police since the collection of the ransom and that his flat had been searched immediately after his arrest. This evidence, which was "untainted" by the breach of Article 3, comprised the testimony of J.'s sister, the wording of the blackmail letter, the note found in the applicant's flat concerning the planning of the crime, as well as ransom money which had been found in the applicant's flat or had been paid into his accounts (*ibid.*).

180. In the light of the foregoing, the Court considers that it was the applicant's second confession at the trial which – alone or corroborated by further untainted real evidence – formed the basis of his conviction for murder and kidnapping with extortion and his sentence. The impugned

real evidence was not necessary, and was not used to prove him guilty or to determine his sentence. It can thus be said that there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant's conviction and sentence in respect of the impugned real evidence.

181. In the light of these findings, the Court further has to examine whether the breach of Article 3 in the investigation proceedings had a bearing on the applicant's confession at the trial. It notes that, in his application before the Court, the applicant submitted that this had been the case. In his submission, he had not had any other defence option at the trial but to confess once the Regional Court, at the outset of the trial, had dismissed his request to exclude the real evidence obtained in violation of Article 3.

182. The Court observes in the first place that prior to his confession on the second day of the trial, the applicant had been instructed about his right to remain silent and about the fact that none of the statements he had previously made on the charges could be used as evidence against him (see paragraph 34 above). It is therefore satisfied that domestic legislation and practice did attach consequences to the confessions obtained by means of prohibited ill-treatment (contrast *Hulki Güneş v. Turkey*, no. 28490/95, § 91, ECHR 2003-VII, and *Göçmen*, cited above, § 73) and that the status quo ante was restored, that is, to the situation the applicant was in prior to the breach of Article 3, in this respect.

183. Moreover, the applicant, who was represented by defence counsel, stressed in his statements on the second day and at the end of the trial that he was confessing freely out of remorse and in order to take responsibility for his offence despite the events of 1 October 2002 (see paragraph 32 above). He did so notwithstanding the fact that he had previously failed in his attempt to have the impugned real evidence excluded. There is no reason, therefore, for the Court to assume that the applicant did not tell the truth and would not have confessed if the Regional Court had decided at the outset of the trial to exclude the impugned real evidence and that his confession should thus be regarded as a consequence of measures which extinguished the essence of his defence rights.

184. In any event, it is clear from the Regional Court's reasoning that the applicant's second confession on the last day of the trial was crucial for securing his conviction for murder, an offence of which he might otherwise not have been found guilty (see paragraphs 34 and 35 above). The applicant's confession referred to many additional elements which were unrelated to what could have been proven by the impugned real evidence. Whereas that evidence showed that J. had been suffocated and that the applicant had been present at the pond in Birstein, his confession notably

proved his intention to kill J., as well as his motives for doing so. In view of these elements, the Court is not persuaded that, further to the failure to exclude the impugned evidence at the outset of the trial, the applicant could not have remained silent and no longer had any defence option but to confess. Therefore, the Court is not satisfied that the breach of Article 3 in the investigation proceedings had a bearing on the applicant's confession at the trial either.

185. As regards the rights of the defence, the Court further observes that the applicant was given, and availed himself of, the opportunity to challenge the admission of the impugned real evidence at his trial and that the Regional Court had discretion to exclude that evidence. Therefore, the applicant's defence rights were not disregarded in this respect either.

186. The Court notes that the applicant claimed that he had been deprived of the protection afforded by the privilege against self-incrimination at his trial. As shown above (see paragraph 168), the right not to incriminate oneself presupposes that the prosecution prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the latter's will. The Court refers to its above findings that the domestic courts based the applicant's conviction on his second confession at the trial, without having recourse to the impugned real evidence as necessary proof of his guilt. The Court therefore concludes that the privilege against self-incrimination was complied with in the proceedings against the applicant.

187. The Court concludes that in the particular circumstances of the applicant's case, the failure to exclude the impugned real evidence, secured following a statement extracted by means of inhuman treatment, did not have a bearing on the applicant's conviction and sentence. As the applicant's defence rights and his right not to incriminate himself have likewise been respected, his trial as a whole must be considered to have been fair.

188. Accordingly, there has been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

189. 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

190. The applicant did not claim any award for pecuniary or non-pecuniary damage, stressing that the objective of his application was to obtain a retrial before the domestic courts. The Government did not comment on this issue.

191. The Court accordingly does not make an award in respect of damage. As to the specific measure requested by the applicant in compensation, the Court considers, in view of the conclusion reached under Article 6, that there is no basis for the applicant to request a retrial or the reopening of the case before the domestic courts.

B. Costs and expenses

192. Submitting documentary evidence, the applicant upheld his claims made before the Chamber and requested the payment of the costs of the criminal proceedings which the Regional Court had directed him to pay following his conviction. These amounted to 72,855.60 euros (EUR). He left it to the Court's discretion to decide which of these costs (which included, *inter alia*, expert and other witness costs together with counsel's fees) had to be regarded as having been caused by violations of his Convention rights. He argued that the costs of lodging an appeal on points of law and a constitutional complaint to the Federal Constitutional Court (the amount of which has not been further specified) had been incurred solely in an attempt to rectify the violations of the Convention.

193. The applicant, who had been granted legal aid, further claimed a total of EUR 22,647.85 in costs and expenses incurred in the proceedings before the Court. These vouched or invoiced costs included legal fees, fees for accessing case files from the domestic proceedings and for legal experts' reports, copying costs, and travel, subsistence and accommodation expenses, together with the costs of further proceedings pending before the domestic courts.

194. The Government did not comment on the applicant's claims before the Grand Chamber. Before the Chamber, they had argued that the costs awarded against the applicant by the Regional Court had not been incurred in order to prevent or redress a violation of his Convention rights. The applicant had not specified any costs incurred in the proceedings before the Federal Court of Justice or before the Federal Constitutional Court. If the proceedings were to be reopened before the domestic courts following a finding of a violation of the applicant's Convention rights and if the applicant were to be acquitted, then the decision on the costs of the proceedings before the Regional Court would be reviewed.

195. The Government further left it to the Court's discretion to decide on the reasonableness or otherwise of the lawyers' fees, as claimed.

196. According to the Court's established case-law, costs and expenses will not be awarded under Article 41 unless it is established that they were actually and necessarily incurred and were reasonable as to quantum. Furthermore, legal costs are only recoverable in so far as they relate to the violation found (see, for example, *Beyeler v. Italy* (just satisfaction) [GC], no. 33202/96, § 27, 28 May 2002; *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 176, ECHR 2008; and *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 105, ECHR 2003-VIII).

197. As to the costs and expenses incurred in the proceedings before the domestic courts, the Court notes that the applicant left it to its discretion to assess what portion of the costs of the criminal proceedings against him before the Regional Court could be attributed to his attempt at preventing a violation of the Convention. It notes, however, that, whereas it has found that Article 3 was disregarded in the investigation proceedings, it has concluded that the criminal proceedings against the applicant complied with the requirements of the Convention. As the applicant failed to specify the costs incurred in all proceedings before the domestic authorities which were aimed at remedying the breach of Article 3, the Court cannot make an award of costs under this head.

198. As to the costs and expenses incurred in the proceedings before it, the Court considers that the amounts claimed by the applicant were in part not necessarily incurred and are as a whole excessive. Moreover, the applicant's claims before the Court were only partly successful. It therefore considers it reasonable to award the applicant EUR 4,000 under this head, less EUR 2,276.60 received by way of legal aid from the Council of Europe, making a total of EUR 1,723.40, plus any tax that may be chargeable to the applicant on that amount.

C. Default interest

199. 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 in respect of the applicant's complaint under Article 6 of the Convention;

2. *Holds* by eleven votes to six that the applicant may still claim to be the “victim” of a violation of Article 3 of the Convention for the purposes of Article 34 of the Convention;
3. *Holds* by eleven votes to six that there has been a violation of Article 3 of the Convention;
4. *Holds* by eleven votes to six that there has been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention;
5. *Holds* by ten votes to seven
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 1,723.40 (one thousand seven hundred and twenty-three euros and forty cents) in respect of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable to the applicant;
 - (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;
6. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant’s claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 1 June 2010.

Erik Fribergh
Registrar

Jean-Paul Costa
President

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

- (a) joint partly concurring opinion of Judges Tulkens, Ziemele and Bianku;
- (b) joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power;
- (c) partly dissenting opinion of Judge Casadevall joined by Judges Kovler, Mijović, Jaeger, Jočienė and López Guerra.

J.-P.C.
E.F.

JOINT PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES TULKENS, ZIEMELE AND BIANKU

(Translation)

1. With regard to Article 3 of the Convention, we agree with the conclusion reached in the judgment¹ that the applicant may still claim to be a “victim” within the meaning of Article 34 of the Convention and that Article 3 has therefore been breached. However, our reasoning on the issue of the applicant’s victim status differs from that adopted by the majority.

2. In order to determine whether or not the applicant had lost his status as a victim, the Court was required to examine, in accordance with its case-law, whether the domestic authorities had acknowledged and afforded redress for the alleged breach of Article 3.

3. The breach was indisputably acknowledged since the judicial authorities expressly admitted that the methods of investigation employed constituted “ill-treatment” and could not be justified on the ground of “necessity”, which was not a defence to a violation of the absolute protection of human dignity under Article 1 of the Basic Law and Article 3 of the Convention.

4. However, the judgment considers that appropriate and sufficient redress was not afforded, basing that finding on what it views as shortcomings in the conduct of the criminal proceedings resulting in the police officers’ conviction. While it finds that the criminal investigation in respect of the police officers who threatened the applicant with torture was compatible with the requirements of the Convention, the same does not apply to the *penalties* imposed on the police officers. The judgment concludes that they were not “adequate” and were “manifestly disproportionate” to the seriousness of the offence; accordingly, they did not have “the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations” (see paragraphs 123 and 124 of the judgment).

5. Admittedly, this assessment by the Court of the scope of the State’s duty to punish is not new and has been found in many previous judgments. However, in our view it raises three questions, especially in the present case. Firstly, sentencing is one of the most delicate and difficult tasks in the administration of criminal justice. It requires a range of factors to be taken

1. However, with regard to Article 6 of the Convention, we consider, unlike the majority, that there was a violation of that Article, and we refer to the joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power.

into account, as well as knowledge of, and hence closeness to, the facts, situations and persons concerned. It is normally the role of the national courts and not the Court, which should involve itself in this process only with the utmost caution and in cases of absolute necessity. Secondly, we wonder whether the Court, in making the assumption that more severe criminal penalties have a deterrent effect, is not at risk of creating or maintaining an illusion. The (general or individual) preventive effect of sentences has long been the subject of extensive studies and research, particularly of an empirical nature. Such studies have concluded that this effect is relative, if not limited¹. Lastly, even – and no doubt especially – where criminal punishment serves the purpose of protecting rights and freedoms, at the risk of obscuring the fact that it is also a threat to rights and freedoms, we should not lose sight of the subsidiarity principle, which is a basic axiom of criminal law: use of the weapon of punishment is acceptable only if there are no other means of protecting the values or interests at stake.

6. As the Court never tires of repeating, the rights protected by the Convention cannot be theoretical and illusory but must be practical and effective. However, in the present case was the police officers' criminal trial, which clearly had to take place, the only possible means of preventing further violations of Article 3, a provision that forms part of the core rights protected by the Convention? We do not think so.

7. According to the Court's case-law as reiterated in the judgment, the appropriateness and sufficiency of redress for a Convention violation must be assessed with due regard to all the circumstances of the case (see paragraph 116 of the judgment). In the present case we consider that the most appropriate form of redress for the violation of Article 3 that was found and acknowledged would have been the *exclusion from the trial* of the evidence obtained in breach of the Convention; as this did not happen, our conclusion is that the applicant may still claim to be a "victim" within the meaning of Article 34 of the Convention.

8. It is, however, interesting to observe that, at the end of its analysis, the Court does not in principle rule out the possibility of excluding evidence as an additional measure:

“... in cases in which the deployment of a method of investigation prohibited by Article 3 led to disadvantages for an applicant in criminal proceedings against him, appropriate and sufficient redress for that breach may have to entail, in addition to the above-mentioned requirements, measures of restitution addressing the issue of the

1. G. Kellens, *Punir. Pénologie et Droit des Sanctions Pénales*, (Liège: Editions juridiques de l'Université de Liège), 2000, pp. 59 et seq.; P. Poncela, *Droit de la Peine*, (Paris: PUF), coll. Thémis, 2nd edition, 2001, pp. 458 et seq.

continuing impact of that prohibited method of investigation on the trial, in particular the exclusion of evidence obtained by breaching Article 3.” (see paragraph 128 *in fine*)

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES ROZAKIS, TULKENS, JEBENS, ZIEMELE, BIANKU AND POWER

1. We do not share the majority's opinion that there has been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention. In our view, there was a breach of Article 6 because real evidence which had been secured as a direct result of a violation of Article 3 was admitted into the applicant's criminal trial. The breach was compounded by the fact that this evidence had also been obtained in circumstances that were self-incriminating.

2. The admission into criminal proceedings of any evidence obtained in violation of Article 3 raises a fundamental and vitally important question of principle. While the Court's case-law was clear in so far as the admission of confession statements obtained in violation of Article 3 is concerned, (such statements being always inadmissible regardless of whether they were obtained by torture or inhuman or degrading treatment) the question of the consequences for a trial's fairness of admitting other types of evidence ("real evidence") obtained as a result of treatment falling short of torture but still within the ambit of Article 3, remained to be settled. Difficult though this case was, it presented the Grand Chamber with an opportunity to rule upon the precise scope of the exclusionary rule in respect of any evidence obtained by a breach of Article 3. The Court could have answered that question categorically by asserting, in an unequivocal manner, that irrespective of the conduct of an accused, fairness, for the purpose of Article 6, presupposes respect for the rule of law and requires, as a self-evident proposition, the exclusion of any evidence that has been obtained in violation of Article 3. A criminal trial which admits and relies, to any extent, upon evidence obtained as a result of breaching such an absolute provision of the Convention cannot *a fortiori* be a fair one. The Court's reluctance to cross that final frontier and to establish a clear or "bright-line" rule in this core area of fundamental human rights is regrettable.

3. It is clear from the Court's case-law that the admission of evidence obtained in violation of Article 3 has always been subject to different considerations than those arising where other Convention rights, such as those protected under Article 8, are concerned¹. Heretofore, the Court took the view that even if proper procedural safeguards are in place, it

1. *Schenk v. Switzerland*, 12 July 1988, Series A no. 140; *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, ECHR 2000-V; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX; *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, ECHR 2002-IX; *Perry v. the United Kingdom*, no. 63737/00, ECHR 2003-IX; *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX; and *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, 10 March 2009.

would be unfair to rely on material if its nature and source were tainted by any oppression or coercion¹. The use of *statements* obtained as a result of violence, brutality or other conduct which could be characterised as torture² or ill-treatment³ in breach of Article 3 always rendered the proceedings as a whole unfair, irrespective of whether such evidence was decisive in securing the applicant's conviction. Whether that principle applied with equal force to other types of evidence remained to be considered. In *Jalloh*, the Court indicated that an issue *may* arise under Article 6 § 1 in respect of any evidence obtained in violation of Article 3 even if its admission was not decisive in securing a conviction⁴. On the facts of that case, the general question as to whether the use of real evidence obtained by an act falling short of torture but still within the scope of Article 3 automatically renders a trial unfair was left open⁵. Regrettably, the answer now given and the reasoning adopted by the majority risks undermining the effectiveness of the absolute rights guaranteed by Article 3. A distinction has been introduced into the Court's jurisprudence between the admissibility of statements obtained in breach of the absolute prohibition of inhuman and degrading treatment and the admissibility of other evidence obtained in the same manner. Such a distinction is difficult to sustain.

4. The majority accepts that the real evidence against the applicant in this case, which was admitted into trial, "was secured as a direct result of his interrogation by the police that breached Article 3" (see paragraph 171 of the judgment). That prohibited conduct resulted in a coerced confession followed by a journey to the scene of vital evidence where the applicant, upon the order of the police, pointed out the locus of the body (while being filmed) and, thereafter, assisted in the gathering of other self-incriminating evidence. There is no doubt from the proceedings before the domestic courts that this evidence was then admitted, adduced, examined and relied upon at the trial and referred to in the Regional Court's judgment (see paragraphs 32 and 34). Notwithstanding the foregoing, the majority has nevertheless concluded that the applicant's trial was fair because of "a break in the causal chain" (see paragraph 180) leading from that breach to the applicant's conviction and sentence. We do not agree with its finding or with the reasoning upon which it is based.

5. From the moment of arrest to the handing down of sentence, criminal proceedings form an organic and interconnected whole. An

1. *Perry v. the United Kingdom* (dec.), no. 63737/00, 26 September 2002.

2. *Harutyunyan v. Armenia*, no. 36549/03, §§ 63 and 66, ECHR 2007-III.

3. *Göçmen v. Turkey*, no. 72000/01, §§ 74-75, 17 October 2006.

4. *Jalloh*, cited above, § 99.

5. *Ibid.*, § 107.

event that occurs at one stage may influence and, at times, determine what transpires at another. When that event involves breaching, at the investigation stage, a suspect's absolute right not to be subjected to inhuman or degrading treatment, the demands of justice require, in our view, that the adverse effects that flow from such a breach be eradicated entirely from the proceedings. This approach has previously been confirmed and underlined, in principle, by the Court in its consideration of the importance of the investigation stage for the preparation of criminal proceedings by finding that the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial. Thus, in *Salduz v. Turkey* (which involved restrictions on the applicant's access to a lawyer while in police custody) the Court found that neither the legal assistance provided subsequently nor the adversarial nature of the ensuing proceedings could cure the defects which had occurred during the time spent in police custody and it proceeded to find a violation of Article 6¹. If that is so when considering a breach of the right to consult a lawyer, then surely the same reasoning must apply with even greater force when confronted with a breach of a suspect's right not to be subjected to inhuman treatment and the subsequent admission into criminal proceedings of the evidence obtained as a result of such a breach.

6. Instead of viewing the proceedings as an organic whole, the majority's *modus operandi* was to compartmentalise, parse and analyse the various stages of the criminal trial, separately, in order to conclude that the terminus arrived at (conviction for murder warranting maximum sentence) was not affected by the route taken (admission of evidence obtained in violation of Article 3). Such an approach, in our view, is not only formalistic; it is unrealistic since it fails altogether to have regard to the practical context in which criminal trials are conducted and to the dynamics operative in any given set of criminal proceedings. The majority's judgment pays no regard to the fact that the applicant's confession which, it is claimed, "broke" the causal chain, was made immediately after his failed attempt to exclude the incriminating evidence and that it was repeated, more fully, only after all of that evidence had been adduced at trial. Having failed to have it excluded, he cannot but have been aware that the trial court would have before it forensic and other compelling evidence which he himself had pointed out on the order of the police authorities and which would clearly establish his guilt. We consider it telling that both the Federal Public Prosecutor and counsel for J.'s parents argued that the applicant's confession "was worth nothing" since he had only confessed to what had, in any event, already

1. *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 58, ECHR 2008.

been proven (see paragraph 35 of the judgment). Therein lies the core of the problem and it is difficult to disagree with their submissions in this regard.

7. In our view, the evidence secured in breach of Article 3 and thereafter admitted into trial cannot be regarded as having had no bearing upon the subsequent development and outcome of the proceedings. The exclusion only of the applicant's pre-trial statements afforded little if any benefit to him in terms of curing the defect caused by the violation of Article 3. Once the incriminating evidence had been admitted, his freedom to mount a defence was restricted substantially, if not entirely, and a conviction for the charges upon which he stood accused was all but inevitable. That such inevitability was articulated by the prosecuting parties who participated in the trial confirms us in our view that serious doubt must be cast over the capacity of the applicant, at the outset of the trial, to defend himself effectively.

8. Neither the applicant's confession at trial nor the ostensibly limited reliance upon that coerced evidence to establish the veracity of the said confession was capable of curing the manifest defect in the proceedings that was caused by the admission into evidence of such tainted materials. The only way to ensure effective protection of the applicant's fundamental right to a fair hearing would have been to exclude all impugned evidence and to have proceeded (albeit on other charges, such as kidnapping with extortion causing death; see paragraph 35 of the judgment) on the basis of the non-contaminated evidence that was available to the prosecution. To allow evidence obtained by a breach of Article 3 to be admitted into a criminal trial weakens, inevitably, the protection which that provision confers and signals a certain ambivalence about how far that protection goes.

9. We find it disturbing that the Court has introduced, for the first time, a dichotomy in principle between the types of conduct prohibited by Article 3 at least in so far as the consequences for a trial's fairness are concerned where breaches of that provision occur. In effect, the Court has concluded that real evidence obtained by inflicting inhuman treatment upon an accused person may be admitted into trial and that such a trial may nevertheless be regarded as "fair" so long as such evidence has no bearing on the outcome of proceedings. If it can have no bearing, what, one wonders, is the purpose of its admission? And why, in principle, should the same reasoning not now apply to real evidence obtained by torture? If a break in the causal chain from torture to conviction can be established – where, for example, a torture victim chooses to confess during trial – why not permit the admission of such evidence at the outset of his trial and wait to see if any break in the causal chain might occur? The answer is manifestly obvious. Societies that are founded upon the rule of law do not tolerate or sanction,

whether directly, indirectly or otherwise, the perpetration of treatment that is absolutely prohibited by Article 3 of the Convention. Neither the wording of Article 3 nor that of any other provision of the Convention makes a distinction between the consequences to be attached to torture and those attaching to inhuman and degrading treatment. There is thus no legal basis, in our view, for regarding inhuman treatment as different from torture in terms of the consequences that flow from the perpetration thereof. Neither “a break in the causal chain” nor any other intellectual construct can overcome the inherent wrong that occurs when evidence obtained in violation of Article 3 is admitted into criminal proceedings.

10. The Court has repeatedly stated that Article 3 is an absolute right and that no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 – even in the event of a public emergency¹. Being absolute, all violations thereof are serious and, in our view, the most effective way of guaranteeing that absolute prohibition is a strict application of the exclusionary rule when it comes to Article 6. Such an approach would leave State agents who are tempted to perpetrate inhuman treatment in no doubt as to the futility of engaging in such prohibited conduct. It would deprive them of any potential incentive or inducement for treating suspects in a manner that is inconsistent with Article 3.

11. We are mindful of the consequences that flow from a strict application of the exclusionary rule where violations of Article 3 are concerned. We recognise that, at times, often reliable and compelling evidence may have to be excluded and that the effect upon the prosecution of a crime may thereby be compromised. Furthermore, the exclusion of such evidence may result in an accused person receiving a lighter sentence than he or she might otherwise have received. However, where this occurs the ultimate responsibility for any such “advantage” to the accused lies, firmly, with the State authorities whose agents, irrespective of their motivation, permitted the perpetration of inhuman treatment and thereby risked compromising the subsequent conduct of criminal proceedings.

12. We are also cognisant of the fact that victims of crime, their families and the public at large all have an interest in the prosecution and punishment of those who engage in criminal activities. However, in our view, there is an equally vital, compelling and competing public interest in the preservation of the values of civilised societies founded upon the rule of law. In such societies, recourse to subjecting individuals to inhuman

1. See, *inter alia*, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 69, ECHR 1999-IX; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, § 116, ECHR 2006-IX; and *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 127, ECHR 2008.

or degrading treatment, regardless of its purpose, can never be permitted. There is, in addition, a critical public interest in ensuring and maintaining the integrity of the judicial process and the admission into a trial of evidence obtained in violation of an absolute human right would undermine and jeopardise the integrity of that process. In our view, criminal activity may not be investigated nor an individual's conviction secured at the cost of undermining the absolute right not to be subjected to inhuman treatment as guaranteed under Article 3. To hold otherwise would involve sacrificing core values and bringing the administration of justice into disrepute.

13. As with the majority, we acknowledge that the State agents in this case acted in a difficult and highly charged situation. This does not, however, alter the fact that they obtained, by a breach of Article 3, real evidence which was subsequently used and relied upon at the criminal trial of the applicant. Though the situation in this case was critical it is precisely in times of crisis that absolute values must remain uncompromised.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE CASADEVALL
JOINED BY JUDGES KOVLER, MIJOVIĆ, JAEGER, JOČIENĚ
AND LÓPEZ GUERRA

(Translation)

1. I am unable to agree with the conclusions reached by the majority in this case regarding the applicant's victim status and the finding of a violation of Article 3 of the Convention. The case was admittedly delicate in terms of the applicant's legitimate rights, but was all the more delicate and difficult for the prosecuting authorities, who were faced with an extremely serious and tragic situation culminating in the murder of an 11-year-old child.

2. It is not disputed that the threats of violence against the applicant amounted to inhuman and degrading treatment proscribed by Article 3 of the Convention. This was formally acknowledged by the German judicial authorities: the Frankfurt am Main Regional Court stated that "the threat to cause the applicant pain in order to extract a statement from him had not only constituted a prohibited method of interrogation under Article 136a of the Code of Criminal Procedure; the threat had also disregarded Article 3 of the Convention", and the Federal Constitutional Court found that "the applicant's human dignity and the prohibition on subjecting prisoners to ill-treatment ... had been disregarded" (see paragraph 120 of the judgment).

3. The Chamber held in its judgment that the applicant could no longer claim to be the victim of a violation of Article 3 after the domestic courts had acknowledged the violation and afforded sufficient redress for it, seeing that the two police officers involved in the events in question had been convicted and punished. I support that conclusion in the present case.

4. The majority of the Grand Chamber, endorsing the Chamber's findings, consider that the domestic courts "acknowledged expressly and in an unequivocal manner that the applicant's interrogation had violated Article 3 of the Convention" (see paragraph 120 *in fine* of the judgment); that the investigation and the criminal proceedings were "sufficiently prompt and expeditious to meet the standards set by the Convention" (see paragraphs 121 and 122); and that "the police officers were found guilty of coercion and incitement to coercion, respectively, under the provisions of German criminal law" (see paragraph 123). However, they conclude that the applicant can still claim to be a victim and that there has been a violation of Article 3.

5. This assessment appears to be based mainly on the leniency of the penalties imposed on the police officers, because

(i) in the criminal proceedings they were sentenced “only to very modest and suspended fines” (see paragraph 123), which were “almost token” and “manifestly disproportionate” (see paragraph 124); and

(ii) the disciplinary sanctions, consisting in their transfer to posts which no longer involved direct association with the investigation of criminal offences, were too lenient as the officers were not “suspended from duty while being investigated or tried” or dismissed after being convicted (see paragraph 125).

6. In the very particular circumstances of this case, regard being had to the fact that after the interrogation D., the deputy chief of police, drew up a note for the police file in which he described – and admitted – the manner in which the events had occurred and provided reasons, or indeed justification, for them; that the domestic courts (the Regional Court and the Federal Constitutional Court) expressly declared that there had been a breach of the Basic Law and the Convention; and that the two police officers were found guilty and received criminal and disciplinary sanctions, the question of the quantum of the penalties should no longer be relevant. The Court points out that, except in manifestly arbitrary cases, “it is not its task to rule on the degree of individual guilt ... or to determine the appropriate sentence of an offender, those being matters falling within the exclusive jurisdiction of the national criminal courts” (see paragraph 123 of the judgment). There are good reasons for such judicial restraint, namely the lack of familiarity with the criminal case that resulted in the conviction and the fact that the convicted persons do not take part in the proceedings before the Court.

7. Applying the criterion of the severity of the penalty imposed, one may wonder what degree of punishment the majority might have accepted in order to find that the applicant was no longer a victim. In other words, should the applicant’s victim status depend on the severity of the penalty imposed on the police officers? In my opinion the answer is “no”.

8. This leaves the question of the additional requirement of compensation and the doubts as to the effectiveness of the official liability proceedings instituted by the applicant (see paragraphs 126 and 127 of the judgment). I have two observations on this point: (a) the applicant did not bring his compensation claim at national level until after his application to the Court had been communicated and his request for legal aid granted, that is, three years after the alleged damage; and (b) the case is pending before the domestic courts and there is no cause to prejudge either the effectiveness or the eventual outcome of this remedy. In addition, the fact that the applicant did not seek any award for non-pecuniary damage (see paragraph 190 of the judgment) is fairly significant.

9. The question also arises as to what useful purpose is served by the operative provisions of the judgment. In the final analysis, the majority of the Grand Chamber simply confirm what the German judicial authorities – the Frankfurt am Main Regional Court and the Federal Constitutional Court – had already expressly and unequivocally acknowledged in their three decisions of 2003 and 2004: the applicant, having been threatened with torture in order to make him disclose the child’s whereabouts, was subjected to “inhuman treatment as prohibited by Article 3” (see paragraph 131 of the judgment). On this precise issue all of us – the national judicial authorities, the Government, the applicant and the judges of the Court – are in agreement.

10. Ultimately, this judgment will not even result in an award to the applicant by way of just satisfaction.

GÄFGEN c. ALLEMAGNE
(*Requête n° 22978/05*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 1^{er} JUIN 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**Réparation insuffisante pour des menaces de souffrances physiques proférées au cours d'un interrogatoire de police****Article 34**

Victime – Perte de la qualité de victime – Réparation insuffisante pour des menaces de souffrances physiques proférées au cours d'un interrogatoire de police – Reconnaissance par les autorités nationales de l'existence d'un traitement inhumain, mais sans octroi d'une indemnité ni sanction suffisante des responsables

Article 3

Traitement inhumain – Menaces de souffrances physiques proférées par la police pour retrouver un enfant qui avait disparu – Caractère absolu de l'article 3 qui interdit la torture et les traitements inhumains ou dégradants

Article 6 § 1

Procédure pénale – Procès équitable – Utilisation au procès de preuves obtenues sous la contrainte

*

* *

En 2002, le requérant provoqua la mort par étouffement d'un jeune garçon de onze ans et cacha le corps près d'un étang. Il demanda une rançon aux parents de l'enfant et fut arrêté peu après s'être emparé de l'argent. Il fut conduit à un commissariat où on l'interrogea pour savoir où se trouvait la victime. Le lendemain, pensant que le jeune garçon était toujours en vie, le directeur adjoint de la police ordonna à l'un de ses subordonnés de menacer le requérant de souffrances physiques et, au besoin, de lui infliger pareilles souffrances afin de l'amener à révéler où se trouvait l'enfant. Se conformant à ces ordres, le policier menaça le requérant de lui faire subir de vives souffrances par une personne spécialement entraînée à cette fin. Une dizaine de minutes plus tard, par crainte de connaître pareil traitement, le requérant révéla où il avait caché le corps de la victime. La police l'accompagna alors sur les lieux, où elle découvrit le corps et d'autres pièces à conviction incriminant le requérant,

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

telles que les traces de pneus de sa voiture. Dans le cadre de la procédure pénale ultérieure, le tribunal régional décida que les aveux livrés au cours de l'enquête ne pourraient nullement être utilisés comme preuves parce qu'ils avaient été obtenus sous la contrainte, au mépris de l'article 3 de la Convention européenne. Au procès, le requérant avoua de nouveau avoir commis un meurtre. Les constats du tribunal régional reposèrent sur ces aveux et sur d'autres preuves, y compris celles recueillies à la suite des déclarations extorquées au requérant au cours de l'enquête. Le requérant fut pour finir condamné à la réclusion à vie et il fut débouté de ses recours ultérieurs, la Cour constitutionnelle fédérale ayant reconnu néanmoins que l'extorsion d'aveux au cours de l'enquête représentait une méthode d'interrogatoire prohibée tant en droit interne qu'en vertu de la Convention. En 2004, les deux fonctionnaires de police qui avaient été impliqués dans les menaces faites au requérant furent reconnus coupables de coercition et d'incitation à la coercition dans l'exercice de leurs fonctions et se virent infliger des amendes, assorties du sursis, respectivement de 60 euros par jour pendant soixante jours et de 120 euros par jour pendant quatre-vingt-dix jours. En 2005, le requérant sollicita l'assistance judiciaire afin d'engager une action en responsabilité administrative pour le traumatisme que lui avaient causé les méthodes d'interrogatoire employées par la police. Les tribunaux le déboutèrent d'abord de sa demande, mais la Cour constitutionnelle fédérale annula leurs décisions en 2008. A la date de l'arrêt de la Cour européenne, la procédure, qui avait été renvoyée devant le tribunal régional, était toujours pendante.

1. Article 34: les autorités internes ont reconnu tant dans la procédure pénale dirigée contre le requérant que par la condamnation ultérieure des policiers qu'il y avait eu violation de la Convention. Il faut toutefois rechercher si elles ont de surcroît accordé au requérant une réparation adéquate et suffisante pour la violation subie. Même si l'enquête et les poursuites pénales dirigées contre les fonctionnaires de police et qui ont duré environ deux ans et trois mois ont été suffisamment promptes et diligentes, ces fonctionnaires ont été condamnés à des amendes très modiques et assorties du sursis, les tribunaux internes ayant pris en compte un certain nombre de circonstances atténuantes, dont l'urgente nécessité de sauver la vie de la victime. Certes, l'affaire du requérant n'est pas comparable à d'autres affaires où des agents de l'Etat se seraient livrés à des actes de brutalité arbitraires, mais une condamnation à des amendes quasiment symboliques ne saurait être tenue pour une réaction adéquate à une violation de l'article 3. Pareille sanction, manifestement disproportionnée à une violation de l'un des droits essentiels de la Convention, n'a pas l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres transgressions de ce droit dans des situations difficiles qui pourraient se présenter à l'avenir. En outre, même si les deux fonctionnaires de police furent d'abord tous deux mutés à des postes qui n'impliquaient plus d'être associés directement à des enquêtes sur des infractions pénales, l'un d'eux fut par la suite nommé chef de son service, ce qui amène à se demander sérieusement si la réaction des autorités a bien reflété la gravité que représente une violation de l'article 3. Enfin, quant à la procédure

d'indemnisation, la demande d'assistance judiciaire formée par le requérant est en instance depuis plus de trois ans et, par voie de conséquence, aucune audience n'a encore eu lieu et aucun jugement n'a encore été rendu sur le fond de la plainte. Dans ces conditions, le fait que les tribunaux internes ne se soient pas prononcés sur le fond de la demande d'indemnisation formée par le requérant avec la célérité requise soulève de sérieux doutes quant au caractère effectif de cette action. En conclusion, la Cour estime que les différentes mesures prises par les autorités internes n'ont pas pleinement satisfait à la condition d'un redressement telle qu'établie dans la jurisprudence et que, en conséquence, le requérant peut toujours se prétendre victime d'une violation de son droit garanti par la Convention.

Conclusion: confirmation de la qualité de victime (onze voix contre six).

2. Article 3 : il ne prête pas à controverse entre les parties que la police avait menacé le requérant de souffrances intolérables que lui infligerait une personne spécialement entraînée à cette fin s'il refusait de révéler où se trouvait la victime. Le directeur adjoint de la police ayant ordonné à ses subordonnés à plusieurs reprises de menacer le requérant ou, au besoin, de recourir à la force contre lui, on ne peut voir dans cet ordre un acte spontané, mais un acte prémédité et délibéré. L'interrogatoire sous la menace de mauvais traitements a duré une dizaine de minutes dans une atmosphère de vive tension et à forte charge émotionnelle, les fonctionnaires de police croyant que la victime pouvait encore être sauvée. Le requérant était menotté et se trouvait donc dans un état de vulnérabilité, de sorte que les menaces qui ont été proférées à son adresse ont dû provoquer en lui une peur, une angoisse et des souffrances mentales considérables. En dépit de la motivation des policiers, la Cour rappelle qu'il ne peut être recouru à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril. En conclusion, la méthode d'interrogatoire à laquelle le requérant a été soumis a été suffisamment grave pour être qualifiée de traitement inhumain prohibé par l'article 3.

Conclusion: violation (onze voix contre six).

3. Article 6 : l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par des méthodes contraires à l'article 3 soulève de graves questions concernant l'équité de la procédure pénale. La Cour doit donc rechercher si, dans son ensemble, la procédure dirigée contre le requérant a manqué d'équité à cause de l'utilisation de ces preuves. A l'ouverture du procès, le requérant fut informé que ses déclarations antérieures ne seraient pas versées comme preuves à charge parce qu'elles avaient été obtenues par la contrainte. Il n'en a pas moins une nouvelle fois avoué le crime au cours du procès, soulignant qu'il avouait de son plein gré par remords et afin d'assumer la responsabilité des actes qu'il avait commis. La Cour n'a donc aucune raison de supposer que l'intéressé n'aurait pas avoué si les tribunaux internes avaient décidé à l'ouverture du procès d'écarter les preuves litigieuses. Compte tenu de ces considérations, la Cour conclut que, dans les circonstances de la cause du requérant, la non-exclusion par les tribunaux internes des preuves obtenues à la suite d'aveux extorqués au moyen d'un

traitement inhumain n'a pas eu d'incidence sur le verdict de culpabilité et la peine prononcés contre le requérant, ni sur l'équité globale de son procès.

Conclusion: non-violation (onze voix contre six).

Article 41: la Cour alloue une indemnité pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

- Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25
Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 février 1982, série A n° 48
Eckle c. Allemagne, 15 juillet 1982, série A n° 51
Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140
Windisch c. Autriche, 27 septembre 1990, série A n° 186
Cardot c. France, 19 mars 1991, série A n° 200
Lüdi c. Suisse, 15 juin 1992, série A n° 238
Tomasi c. France, 27 août 1992, série A n° 241-A
Funke c. France, 25 février 1993, série A n° 256-A
Klaas c. Allemagne, 22 septembre 1993, série A n° 269
Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336
Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V
Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI
Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI
Selçuk et Asker c. Turquie, 24 avril 1998, *Recueil* 1998-II
Teixeira de Castro c. Portugal, 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV
Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V
Civet c. France [GC], n° 29340/95, CEDH 1999-VI
Dalban c. Roumanie [GC], n° 28114/95, CEDH 1999-VI
V. c. Royaume-Uni [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX
Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV
Khan c. Royaume-Uni, n° 35394/97, CEDH 2000-V
Akkoç c. Turquie, nos 22947/93 et 22948/93, CEDH 2000-X
Egmez c. Chypre, n° 30873/96, CEDH 2000-XII
Heaney et McGuinness c. Irlande, n° 34720/97, CEDH 2000-XII
Keenan c. Royaume-Uni, n° 27229/95, CEDH 2001-III
Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova (déc.), n° 45701/99,
 7 juin 2001
Normann c. Danemark (déc.), n° 44704/98, 14 juin 2001
P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, n° 44787/98, CEDH 2001-IX
Skalka c. Pologne (déc.), n° 43425/98, 3 octobre 2002
Allan c. Royaume-Uni, n° 48539/99, CEDH 2002-IX
N.C. c. Italie [GC], n° 24952/94, CEDH 2002-X
İçöz c. Turquie (déc.), n° 54919/00, 9 janvier 2003

- Jensen et Rasmussen c. Danemark* (déc.), n° 52620/99, 20 mars 2003
Hulki Güneş c. Turquie, n° 28490/95, CEDH 2003-VII
Elçi et autres c. Turquie, nos 23145/93 et 25091/94, 13 novembre 2003
M.C. c. Bulgarie, n° 39272/98, CEDH 2003-XII
Azinas c. Chypre [GC], n° 56679/00, CEDH 2004-III
Krastanov c. Bulgarie, n° 50222/99, 30 septembre 2004
Jalloh c. Allemagne (déc.), n° 54810/00, 26 octobre 2004
Abdülsamet Yaman c. Turquie, n° 32446/96, 2 novembre 2004
Öneryıldız c. Turquie [GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII
Natchova et autres c. Bulgarie [GC], nos 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII
Siliadin c. France, n° 73316/01, CEDH 2005-VII
Mikheïev c. Russie, n° 77617/01, 26 janvier 2006
Sejdovic c. Italie [GC], n° 56581/00, CEDH 2006-II
Scordino c. Italie (n° 1) [GC], n° 36813/97, CEDH 2006-V
Örs et autres c. Turquie, n° 46213/99, 20 juin 2006
Ramirez Sanchez c. France [GC], n° 59450/00, CEDH 2006-IX
Jalloh c. Allemagne [GC], n° 54810/00, CEDH 2006-IX
Söylemez c. Turquie, n° 46661/99, 21 septembre 2006
Göçmen c. Turquie, n° 72000/01, 17 octobre 2006
Matko c. Slovénie, n° 43393/98, 2 novembre 2006
Jasar c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine », n° 69908/01, 15 février 2007
Heglas c. République tchèque, n° 5935/02, 1^{er} mars 2007
Haroutyunian c. Arménie, n° 36549/03, CEDH 2007-III
Nikolova et Velitchkova c. Bulgarie, n° 7888/03, 20 décembre 2007
Saadi c. Italie [GC], n° 37201/06, CEDH 2008
Ali et Ayşe Duran c. Turquie, n° 42942/02, 8 avril 2008
Dedovski et autres c. Russie, n° 7178/03, 15 mai 2008
Çamdereli c. Turquie, n° 28433/02, 17 juillet 2008
Vladimir Romanov c. Russie, n° 41461/02, 24 juillet 2008
Salduz c. Turquie [GC], n° 36391/02, CEDH 2008
Levința c. Moldova, n° 17332/03, 16 décembre 2008
Yeter c. Turquie, n° 33750/03, 13 janvier 2009
Bykov c. Russie [GC], n° 4378/02, 10 mars 2009

En l'affaire Gäfgen c. Allemagne,

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

Jean-Paul Costa, *président*,
Christos Rozakis,
Nicolas Bratza,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Anatoly Kovler,
Ljiljana Mijović,
Renate Jaeger,
Sverre Erik Jebens,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
George Nicolaou,
Luis López Guerra,
Ledi Bianku,
Ann Power,
Nebojša Vučinić, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 18 mars 2009 et le 24 mars 2010,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 22978/05) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne dont un ressortissant, M. Magnus Gäfgen («le requérant»), a saisi la Cour le 15 juin 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). Le requérant a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

2. Dans sa requête, le requérant alléguait que le traitement auquel il avait été soumis pendant que la police l'interrogeait, le 1^{er} octobre 2002, sur l'endroit où se trouvait un jeune garçon, J., était constitutif de torture, agissement prohibé par l'article 3 de la Convention. Il soutenait être toujours victime de cette violation. Il estimait en outre que son droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention, comprenant le droit de se défendre de manière effective et celui de ne pas contribuer à sa propre

incrimination, avait été méconnu en ce que des éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 auraient été admis au procès pénal.

3. La requête a été attribuée initialement à la troisième section, puis à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Le 10 avril 2007, elle a été déclarée partiellement recevable par une chambre de cette dernière section, composée de: Peer Lorenzen, président, Snejana Botoucharova, Volodymyr Butkevych, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Rait Maruste, Javier Borrego Borrego, Renate Jaeger, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section.

4. Le 30 juin 2008, une chambre de la cinquième section, composée de Peer Lorenzen, président, Rait Maruste, Volodymyr Butkevych, Renate Jaeger, Isabelle Berro-Lefèvre, Mirjana Lazarova Trajkovska, Zdravka Kalaydjieva, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section, a rendu son arrêt. Elle a décidé, à l'unanimité, qu'il ne s'imposait pas de se prononcer sur l'exception préliminaire du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes. Elle a estimé, par six voix contre une, que le requérant ne pouvait plus se prétendre victime d'une violation de l'article 3 de la Convention. Elle a dit en outre, par six voix contre une, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

5. Le 19 septembre 2008, le requérant a demandé, par des observations reçues à la Cour le 26 septembre 2008, le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement; il maintenait qu'il y avait eu violation de l'article 3 comme de l'article 6 de la Convention. Le 1^{er} décembre 2008, le collège de la Grande Chambre a accueilli cette demande.

6. La composition de la Grande Chambre a été déterminée conformément aux dispositions de l'article 27 §§ 2 et 3 de la Convention et de l'article 24 du règlement.

7. Le requérant et le gouvernement allemand «le Gouvernement» ont tous deux déposé un mémoire sur le fond et ont répondu par écrit aux mémoires l'un de l'autre. En outre, M. Friedrich von Metzler et M^{me} Sylvia von Metzler, les parents de J., que le président de la cinquième section avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement), représentés par M^e E. Kempf et M^e H. Schilling, avocats au barreau de Francfort-sur-le-Main, ont formulé des observations à titre de tiers intervenants. Le Redress Trust, une organisation non gouvernementale internationale de défense des droits de l'homme ayant son siège à Londres, que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 §§ 2 et 3 du règlement), représentée par M^{me} C. Ferstman, directeur, et M. L. Oette, conseiller, a également

soumis des observations écrites. Les parties ont répondu à ces observations (article 44 § 5 du règlement).

8. Une audience a eu lieu en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 18 mars 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*,
ministère fédéral de la Justice, *agent*,
MM. J. A. Frowein, directeur (émérite) de l'Institut
Max-Planck pour le droit public comparé
et le droit international, *conseil*,
M. Bornmann, procureur,
J. Koch, juge de tribunal de district, *conseillers*;

– *pour le requérant*

M^{es} M. Heuchemer, avocat, *conseil*,
D. Schmitz, avocat,
B. von Becker, avocat,
J. Schulz-Törnau, avocat, *conseillers*,
MM. S. Ströhm,
M. Bolsinger, *assistants*.

La Cour a entendu M^e Heuchemer et M. Frowein en leurs interventions ainsi qu'en leurs réponses à ses questions.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est né en 1975 et est actuellement détenu à la prison de Schwalmstadt, en Allemagne.

A. L'enlèvement de J. et l'enquête de police

10. J. était le benjamin d'une famille de banquiers de Francfort-sur-le-Main. Il avait fait la connaissance du requérant, un étudiant en droit, qui était une relation de sa sœur.

11. Le 27 septembre 2002, le requérant attira J., âgé de onze ans, dans son appartement à Francfort-sur-le-Main en prétextant que la sœur de l'enfant y avait laissé une veste. Il provoqua alors la mort de J. par étouffement.

12. Par la suite, le requérant déposa au lieu de résidence des parents de J. une lettre dans laquelle il réclamait une rançon de un million d'euros ; il y déclarait que J. avait été enlevé par plusieurs personnes. Les parents reverraient leur fils si un million d'euros était remis aux ravisseurs et si ceux-ci réussissaient à quitter le pays. Le requérant se rendit alors en voiture à un étang situé dans une propriété privée près de Birstein, à environ une heure de route de Francfort, et dissimula le corps de J. sous une jetée.

13. Le 30 septembre 2002 vers 1 heure du matin, le requérant s'empara de la rançon à une station de tramway. A partir de ce moment-là, la police mit en place une filature. L'intéressé versa une partie de la rançon sur ses comptes bancaires et cacha le reste dans son appartement. Cet après-midi-là, la police l'arrêta à l'aéroport de Francfort en le plaquant au sol, face contre terre.

14. Le requérant fut examiné par un médecin à l'hôpital de l'aéroport car il était en état de choc et présentait des lésions cutanées, puis il fut conduit à la direction de la police de Francfort-sur-le-Main. L'inspecteur M. l'informa qu'on le soupçonnait d'avoir enlevé J. et lui donna lecture des droits de la défense, notamment celui de garder le silence et de consulter un avocat. M. interrogea ensuite l'intéressé afin de retrouver J. Dans l'intervalle, la police avait fouillé l'appartement du requérant et y avait retrouvé la moitié de la rançon ainsi qu'une note concernant la planification du crime. Le requérant émit alors l'idée que l'enfant était détenu par un autre ravisseur. A 11 h 30, il fut autorisé à consulter un avocat, Z., pendant trente minutes, à sa demande. Il déclara plus tard que F.R. et M.R. avaient enlevé l'enfant et l'avaient caché dans une cabane au bord d'un lac.

15. Le 1^{er} octobre 2002 en début de matinée, avant que M. ne prît son travail, M. Daschner (ci-après nommé D.), le directeur adjoint de la police de Francfort, ordonna à un autre policier, M. Ennigkeit (ci-après nommé E.), de menacer le requérant de vives souffrances et, au besoin, de lui en infliger afin de l'amener à révéler où se trouvait l'enfant. Les chefs de service subordonnés de D. s'étaient précédemment opposés à pareille mesure de manière réitérée (voir aussi le paragraphe 47 ci-dessous). Sur quoi l'inspecteur E. menaça le requérant de vives souffrances qu'une personne spécialement entraînée à cette fin lui ferait subir s'il ne révélait pas où se trouvait l'enfant. Selon le requérant, ce policier l'aurait aussi menacé de l'enfermer dans une cellule avec deux hommes noirs de forte carrure qui se livreraient sur lui à des sévices sexuels. Le policier l'aurait frappé de la main plusieurs fois à la poitrine et l'aurait secoué de sorte que sa tête aurait heurté le mur en une occasion. Le Gouvernement conteste que le requérant ait été menacé de sévices sexuels ou ait reçu des coups au cours de l'interrogatoire.

16. Craignant de subir les mesures dont on le menaçait, le requérant révéla une dizaine de minutes plus tard où l'enfant se trouvait.

17. Le requérant fut alors conduit à Birstein avec M. et de nombreux autres policiers. Il avait refusé de s'y rendre avec l'inspecteur E. La police attendit qu'on apportât un caméscope. Puis, sur ordre transmis par le fonctionnaire de police en charge des opérations, le requérant, qui était filmé, indiqua l'emplacement précis du corps. La police découvrit la dépouille de J. sous la jetée de l'étang près de Birstein comme l'avait dit le requérant. Celui-ci affirme qu'on l'avait obligé à marcher sans chaussures à travers bois jusqu'à l'endroit où il avait laissé le corps et que, sur l'ordre de la police, il avait dû indiquer l'emplacement exact de celui-ci. Le Gouvernement conteste que le requérant ait dû marcher déchaussé.

18. La police, qui passa les lieux au crible, remarqua des traces de pneus laissées par la voiture du requérant près de l'étang à proximité de Birstein. Lorsque l'inspecteur M. l'interrogea sur le chemin du retour, le requérant avoua avoir enlevé J. et l'avoir tué. La police le conduisit alors à divers endroits signalés par lui et récupéra ainsi dans des conteneurs les cahiers d'écolier de J, un sac à dos, les vêtements de J. ainsi que la machine à écrire qui avait été utilisée pour la demande de rançon. L'autopsie pratiquée sur la dépouille de J. le 2 octobre 2002 confirma que l'enfant était mort par étouffement.

19. A son retour au commissariat, le requérant fut autorisé à consulter son avocat, En., que sa mère avait chargé de le représenter et qui avait cherché en vain à entrer en contact avec lui et à le conseiller plus tôt ce matin-là.

20. Dans une note destinée au dossier de la police et datée du 1^{er} octobre 2002, D., le directeur adjoint de la police de Francfort, indiquait qu'il croyait que ce matin-là la vie de J., s'il était toujours de ce monde, était en grand danger, faute de nourriture et compte tenu de la température extérieure. Afin de sauver la vie de l'enfant, il avait donc donné au policier E. l'ordre d'interroger le requérant en le menaçant de souffrances qui ne laisseraient aucune lésion. Il confirmait que le traitement lui-même devait être assuré sous surveillance médicale. D. admettait aussi avoir demandé à un autre policier de se procurer un « sérum de vérité » qui serait administré au requérant. D'après la note en question, la menace proférée à l'adresse de celui-ci visait exclusivement à sauver la vie de l'enfant et non à faciliter les poursuites pénales relativement à l'enlèvement. Le requérant ayant, après avoir été menacé de souffrances, révélé où se trouvait le corps de J., aucune mesure n'avait en fait été mise à exécution.

21. Un médecin de la police délivra le 4 octobre 2002 un certificat confirmant que le requérant avait un hématome (de 7 cm x 5 cm) sous la clavicule gauche, des lésions cutanées, des croûtes sanguinolentes au bras

gauche et aux genoux, ainsi que les pieds enflés. Dans un autre certificat médical daté du 7 octobre 2002, il était noté qu'un examen pratiqué sur le requérant le 2 octobre 2002 avait confirmé la présence de deux hématomes à la partie gauche du thorax, l'un de 5 cm de diamètre et l'autre de 4 cm de diamètre, ainsi que des lésions cutanées superficielles ou des croûtes sanguinolentes au bras gauche, aux genoux et à la jambe droite et des ampoules fermées aux pieds. Selon ce certificat, ces traces discrètes de blessures indiquaient que celles-ci avaient été infligées quelques jours avant l'examen. La cause précise ne pouvait en être déterminée.

22. L'intéressé confirma les aveux qu'il avait livrés le 1^{er} octobre 2002 lorsqu'il fut interrogé par la police le 4 octobre 2002, par un procureur les 4, 14 et 17 octobre 2002 puis par un juge de tribunal de district le 30 janvier 2003.

23. En janvier 2003, le parquet de Francfort-sur-le-Main ouvrit une instruction pénale contre le directeur adjoint de la police de Francfort, D., et l'inspecteur de police E. sur la base des déclarations du requérant, qui alléguait avoir fait l'objet de menaces le 1^{er} octobre 2002.

B. La procédure pénale dirigée contre le requérant

1. La procédure devant le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main

a) Les demandes préliminaires tendant à l'abandon des poursuites et à une décision d'irrecevabilité des preuves

24. Le 9 avril 2003, le premier jour d'audience, le requérant, représenté par un avocat, forma une demande préliminaire tendant à l'abandon des poursuites. Il soutenait que, pendant son interrogatoire et avant de passer aux aveux, il avait été menacé par l'inspecteur E. de vives souffrances et de sévices sexuels. Il plaidait que ce traitement était contraire à l'article 136a du code de procédure pénale (paragraphe 61 ci-dessous) ainsi qu'à l'article 3 de la Convention et qu'il justifiait l'abandon des poursuites.

25. Le requérant sollicita en outre, à titre préliminaire et en ordre subsidiaire, une déclaration selon laquelle, en raison de l'effet continu (*Fortwirkung*) de la menace de violence qui avait été agitée le 1^{er} octobre 2002, il ne fallait, dans le cadre de la procédure pénale, ajouter foi à aucun des propos qu'il avait tenus aux autorités d'enquête. D'ailleurs, il souhaitait voir déclarer que la violation de l'article 136a du code de procédure pénale qui s'était produite interdisait d'utiliser au cours de la procédure pénale l'ensemble des éléments de preuve, tel le corps de l'enfant, dont les autorités d'enquête avaient eu connaissance grâce aux déclarations qui lui avaient été extorquées (*Fernwirkung*) – et qui étaient «le fruit de l'arbre empoisonné».

26. Le 9 avril 2003, en réponse à la première demande préliminaire, le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main refusa de prononcer l'abandon des poursuites. Il relevait que, d'après le requérant, l'inspecteur E. avait proféré la menace suivante : un spécialiste se dirigeait vers le commissariat en hélicoptère ; il infligerait à l'intéressé, sans laisser de traces, des souffrances intolérables comme il n'en avait jamais éprouvées s'il continuait à refuser de révéler où se trouvait J. Pour bien souligner la menace, E. aurait imité le bruit des hélices d'un hélicoptère. E. aurait aussi menacé d'enfermer le requérant dans une cellule avec deux gros « nègres » qui le sodomiseraient. L'intéressé souhaiterait alors n'être jamais venu au monde. Le tribunal jugeait établi que le requérant avait été menacé de vives souffrances dans le cas où il refuserait de révéler où se trouvait la victime. Il ne tenait en revanche pas pour établi que l'intéressé eût été menacé aussi de sévices sexuels ou eût été sous l'empire de quelque autre influence. La simple menace d'infliger des souffrances au requérant était illégale en vertu de l'article 136a du code de procédure pénale, et aussi en vertu de l'article 1 et de l'article 104 § 1 de la Loi fondamentale (paragraphe 59-60 ci-dessous) ainsi que de l'article 3 de la Convention.

27. Ce manquement, dans le chef du requérant, à des droits protégés par la Constitution ne faisait néanmoins pas obstacle aux poursuites pénales, qui pouvaient dès lors continuer. Le recours aux méthodes d'enquête en question, bien qu'interdit par la loi, n'avait pas restreint les droits de la défense à un degré tel qu'il fallût mettre un terme aux poursuites pénales. Eu égard à la gravité des charges pesant sur le requérant, d'une part, et à la gravité des actes illégaux qui avaient été commis dans le cadre de la procédure d'enquête, d'autre part, il n'y avait pas eu un manquement à la prééminence du droit exceptionnel et intolérable au point de mettre obstacle à la poursuite de l'action pénale.

28. En réponse à la seconde demande préliminaire présentée par le requérant, le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main estima que, conformément à l'article 136a § 3 du code de procédure pénale, les aveux et déclarations que le requérant avait faits jusque-là à la police, à un procureur et à un juge de tribunal de district ne pourraient aucunement être versés comme preuves dans le cadre de la procédure pénale parce qu'ils avaient été obtenus au moyen de méthodes d'interrogatoire prohibées.

29. Le tribunal considérait que le 1^{er} octobre 2002 l'inspecteur de police E. avait employé des méthodes d'interrogatoire prohibées au sens de l'article 136a § 1 du code en menaçant le requérant de souffrances intolérables s'il ne révélait pas où se trouvait l'enfant. Étaient dès lors irrecevables comme preuves les déclarations que le requérant avait faites à la suite de cette mesure d'enquête prohibée. L'exclusion de ces preuves (*Beweisverwertungsverbot*) ne

valait pas seulement pour les propos tenus immédiatement après la menace illégale. En prenant en compte l'effet continu de la violation de l'article 136a du code, cette exclusion s'étendait à toutes les autres déclarations faites par le requérant aux autorités d'enquête depuis cette date.

30. L'unique manière dont il aurait pu être remédié à l'irrégularité procédurale due à l'emploi d'une méthode d'investigation prohibée aurait consisté à informer le requérant avant de l'interroger à nouveau que les déclarations formulées auparavant à cause de cette menace de souffrances ne pourraient être versées à sa charge. Or on avait simplement signalé à l'intéressé son droit de ne pas déposer, sans lui indiquer que les preuves irrégulièrement obtenues étaient irrecevables. Il n'avait donc pas reçu une « information qualifiée » (*qualifizierte Belehrung*) avant de faire ces nouvelles déclarations.

31. Le tribunal limitait toutefois l'irrecevabilité aux déclarations évoquées ci-dessus. Il n'accordait pas au requérant la déclaration qu'il avait sollicitée et selon laquelle, du fait du recours à des méthodes d'interrogatoire prohibées, il était exclu d'utiliser dans le cadre de la procédure l'ensemble des éléments de preuve, tel le corps de l'enfant, dont les autorités d'enquête avaient eu connaissance à la suite des déclarations extorquées au requérant (*Fernwirkung*). Le tribunal s'exprima en ces termes :

« (...) aucun effet à long terme ne se rattache à la violation de l'article 136a du code de procédure pénale et qui ferait obstacle à l'utilisation [comme preuves] également d'éléments dont on a pu avoir connaissance grâce aux propos recueillis. La chambre marque sur ce point son accord avec la position de compromis (*Mittelmeinung*) adoptée par la doctrine et les tribunaux (...) et qui préconise de mettre en balance [les intérêts] en présence dans les circonstances de la cause, en recherchant en particulier si l'ordre légal a été transgressé de manière flagrante, notamment en des dispositions consacrées à des droits fondamentaux, et qui préconise aussi de prendre en compte la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'instruction. Si l'on mesure la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux de l'accusé – en l'espèce, la menace de violences physiques – à la gravité de l'infraction qui lui était reprochée et qu'il fallait instruire – l'assassinat mené à son terme d'un enfant –, il semble disproportionné d'exclure des éléments – notamment la découverte du corps de l'enfant et les résultats de l'autopsie – dont on a eu connaissance grâce aux déclarations de l'accusé. »

b) Le jugement du tribunal régional

32. A la suite des décisions ainsi rendues sur les demandes préliminaires formées par le requérant le premier jour du procès, la procédure reprit son cours. Dans les déclarations qu'il fit le lendemain au sujet des accusations pesant sur lui, le requérant admit avoir tué J., mais précisa que telle n'avait pas d'abord été son intention. Son avocat soutint qu'en passant aux aveux, l'intéressé avait voulu assumer la responsabilité de son infraction malgré

les méthodes d'interrogatoire employées le 1^{er} octobre 2002. Toutes les autres pièces à conviction découvertes à la suite de la déclaration initiale du requérant et que celui-ci souhaitait voir exclure furent versées à charge au fur et à mesure que le procès se déroulait. A la clôture du procès, le 28 juillet 2003, le requérant admit qu'il avait aussi projeté dès le début de tuer l'enfant. Il voyait dans ses seconds aveux « la seule manière d'accepter sa profonde culpabilité » et « la plus grande excuse possible pour le meurtre de l'enfant ».

33. Le 28 juillet 2003, le tribunal régional de Franfort-sur-le-Main reconnut le requérant coupable, entre autres, d'assassinat et d'enlèvement d'enfant avec demande de rançon suivi de la mort de la victime. Il le condamna à la réclusion criminelle à perpétuité en soulignant que la culpabilité était d'une particulière gravité et justifiait la peine maximale (paragraphe 63 ci-dessous).

34. Le tribunal concluait qu'à l'audience on avait une nouvelle fois informé le requérant de son droit de garder le silence et du fait qu'aucune de ses déclarations antérieures ne pouvait être retenue contre lui, et qu'on lui avait donc ainsi fourni l'information qualifiée voulue. Le requérant n'en avait pas moins, après cette information qualifiée, avoué avoir enlevé J. et l'avoir tué. Les déclarations qu'il avait faites à son procès concernant la planification de son crime constituaient le fondement essentiel, sinon exclusif, des constatations du tribunal. Celles-ci étaient corroborées par le témoignage de la sœur de J., la lettre de chantage et la note relative à l'organisation du crime qui avait été découverte dans l'appartement du requérant. Les constatations se rapportant à l'exécution du crime reposaient exclusivement sur les aveux que l'intéressé avait livrés au procès. D'autres éléments de preuve montraient qu'il avait dit la vérité également à ce sujet. Il s'agissait des conclusions de l'autopsie quant à la cause de la mort de l'enfant, des traces de pneus qu'avait laissées la voiture du requérant près de l'étang où avait été découvert le corps et de l'argent provenant de la rançon retrouvé dans l'appartement ou sur les comptes bancaires de l'intéressé.

35. En venant à apprécier la gravité de la culpabilité du requérant, le tribunal observait que celui-ci avait tué sa victime âgée de onze ans et réclamé un million d'euros afin de préserver l'image d'un jeune juriste riche et talentueux qu'il s'était forgée. Il ne partageait pas les vues exprimées par le parquet et les procureurs privés auxiliaires, selon lesquelles les aveux du requérant « n'avaient aucune valeur » puisque le requérant n'avait avoué que ce qui avait de toute manière été déjà prouvé. Le fait que le requérant eût formulé de son plein gré des aveux complets au procès, même si ses aveux antérieurs devaient tous être écartés comme preuves en application de l'article 136a § 3 du code de procédure pénale, constituait une circonstance

atténuante. Il n'en restait pas moins que, même sans aveux de sa part, l'intéressé aurait été reconnu coupable d'enlèvement avec demande de rançon suivi de la mort de la victime. Le requérant avait été placé sous surveillance policière une fois qu'il s'était emparé de la rançon, que l'on devait retrouver par la suite pour partie dans son logement et pour partie sur ses comptes bancaires. De plus, l'autopsie avait révélé que J. était mort par étouffement, et des traces de pneus laissées par la voiture du requérant avaient été décelées à l'endroit où le corps de J. avait été découvert.

36. Le tribunal relevait également que lors de l'interrogatoire du requérant, des méthodes prohibées par l'article 136a du code de procédure pénale avaient été utilisées. L'instruction pénale qui était en cours contre l'inspecteur E. et contre D., le directeur adjoint de la police de Francfort, permettrait de dire si et dans quelle mesure ils avaient commis une infraction du fait de ces menaces. La possibilité qu'ils eussent perpétré des actes illégaux n'atténuait toutefois pas la propre culpabilité du requérant. La faute de conduite de fonctionnaires de police, qui relèvent du pouvoir exécutif, n'empêchait pas le pouvoir judiciaire d'apprécier des constatations conformément à la loi.

2. La procédure devant la Cour fédérale de justice

37. Le lendemain de sa condamnation, le requérant se pourvut en cassation devant la Cour fédérale de justice. Il s'en prenait à la décision du 9 avril 2003 par laquelle le tribunal régional avait repoussé la demande préliminaire d'abandon des poursuites. Le tribunal avait aussi refusé de déclarer qu'il était interdit d'utiliser dans le cadre de la procédure pénale les autres pièces à conviction, parmi lesquelles le corps de l'enfant, dont les autorités d'enquête avaient eu connaissance grâce aux déclarations qui avaient été illégalement extorquées au requérant. Celui-ci joignait une copie intégrale de ces demandes du 9 avril 2003, y compris les motifs à l'appui. Il versait également au dossier une copie de la décision du tribunal régional du 9 avril 2003 refusant l'abandon des poursuites et arguait à propos des menaces de torture que la police avaient proférées à son adresse que, si l'on se fondait sur la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, cette conduite contrevenait aux règles en matière d'administration de la preuve et faisait obstacle aux poursuites (*dass ein derartiges Verhalten das Verwertungsverbot «überspringt» und ein Verfahrenshindernis begründet*).

38. Dans ses observations du 9 mars 2004, le procureur fédéral conclut au rejet du pourvoi du requérant pour défaut manifeste de fondement. Il estimait que l'utilisation de méthodes d'interrogatoire prohibées ne faisait pas obstacle aux poursuites pénales. L'article 136a du code de procédure pénale précisait expressément que le recours à l'une des méthodes prohibées

qu'il énumérait entraînait uniquement l'irrecevabilité des éléments de preuve. Le requérant n'avait pas dénoncé une violation de l'article 136a § 3 du code. De toute manière, il n'aurait pas été fondé à formuler pareil grief, le tribunal régional ayant seulement utilisé les aveux que l'intéressé avait faits au procès après avoir été informé que ses propos antérieurs n'avaient pas été admis comme preuves.

39. Le 21 mai 2004, la Cour fédérale de justice rejeta le pourvoi du requérant pour défaut de fondement, sans plus amples motifs.

3. La procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale

40. Le 23 juin 2004, le requérant saisit la Cour constitutionnelle fédérale. Résumant les faits à l'origine de la cause et le contenu des décisions attaquées, il se plaignait, sur le fondement de l'article 1 § 1 et de l'article 104 § 1, seconde phrase, de la Loi fondamentale, de la manière dont la police avait procédé à son interrogatoire le 1^{er} octobre 2002 au matin. Il alléguait avoir été menacé de vives souffrances et de sévices sexuels s'il ne révélait pas où se trouvait l'enfant. Dans les circonstances de l'espèce, ce traitement aurait été constitutif de torture au sens de l'article 3 de la Convention et aurait enfreint l'article 104 § 1 de la Loi fondamentale. Il aurait aussi violé, dans le chef de l'intéressé, le droit absolu au respect de la dignité humaine, garanti par l'article 1 de la Loi fondamentale, qui serait au cœur des dispositions en question. Ces violations injustifiables des droits de l'homme auraient dû faire obstacle aux poursuites pour assassinat et auraient interdit de verser à charge les éléments de preuve recueillis grâce aux aveux qui auraient été extorqués au requérant par des moyens prohibés.

41. Le 14 décembre 2004, la Cour constitutionnelle fédérale, siégeant en formation de trois juges, a déclaré le recours constitutionnel du requérant irrecevable.

42. Premièrement, elle a estimé que le requérant n'avait pas suffisamment étayé le grief qu'il tirait du fait que les tribunaux répressifs n'eussent pas conclu à l'abandon des poursuites. Elle a relevé que le tribunal régional avait déjà indiqué que la menace que la police avait agitée d'infliger des souffrances au requérant était contraire à l'article 136a du code de procédure pénale et à l'article 3 de la Convention, et que les droits du requérant au titre des articles 1 § 1 et 104 § 1, seconde phrase, de la Loi fondamentale avaient été méconnus.

43. Toutefois, la violation des droits fondamentaux qui s'était produite en dehors du procès ne justifiait pas nécessairement la conclusion que le jugement rendu par un tribunal pénal et reposant sur les constatations faites au cours du procès contrevenait au droit constitutionnel. En l'espèce, les tribunaux répressifs avaient considéré que les méthodes d'enquête

que la police avait employées étaient prohibées, mais ils s'étaient écartés du requérant quant aux conséquences juridiques à tirer de ce constat. Ils avaient jugé que les déclarations obtenues grâce aux mesures en question ne pouvaient être admises comme preuves mais que cela ne faisait pas obstacle à la poursuite de la procédure pénale dans le cas d'espèce.

44. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, on pouvait considérer que les tribunaux pénaux avaient remédié au vice procédural tenant à l'application de méthodes d'enquête prohibées parce qu'ils avaient exclu comme preuves les déclarations ainsi obtenues. Cette exclusion était prescrite par l'article 136a § 3 du code de procédure pénale pour compenser une atteinte antérieure aux droits de la personne concernée. En revanche, les dispositions légales ne prévoyaient pas les circonstances dans lesquelles des irrégularités majeures de procédure pouvaient faire obstacle à des poursuites pénales. Dans ces conditions, le requérant n'avait pas expliqué en quoi les méthodes d'enquête contestées non seulement excluaient de verser à charge des déclarations obtenues grâce à elles, mais faisaient aussi obstacle à des poursuites pénales contre lui.

45. En second lieu, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que, dans la mesure où le requérant se plaignait de ce que le tribunal régional eût refusé d'exclure tous les éléments de preuve recueillis grâce aux aveux qui lui avaient été extorqués sous la menace, le recours constitutionnel était irrecevable sur ce point également, le requérant n'ayant pas soulevé cette question dans le cadre de l'instance devant la Cour fédérale de justice.

46. La décision a été signifiée à l'avocat du requérant le 22 décembre 2004.

C. Faits ultérieurs

1. La procédure pénale dirigée contre les policiers

47. Le 20 décembre 2004, le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main a rendu ses jugements contre le directeur adjoint de la police de Francfort, D., et l'inspecteur E. Il y a constaté que, le matin du 1^{er} octobre 2002, D. avait ordonné d'interroger le requérant en lui infligeant des souffrances de la manière qu'il allait consigner par la suite dans la note versée au dossier de la police (paragraphe 20 ci-dessus). Ce faisant, D. avait agi à l'encontre des conseils de tous les chefs de service placés sous ses ordres qui avaient été chargés de l'enquête sur l'enlèvement de J. Les chefs de service avaient désapprouvé la mesure qu'il avait ordonnée auparavant, le soir du 30 septembre 2002 puis, par deux fois, le 1^{er} octobre 2002 au matin. Ils n'avaient pas obtempéré à ses ordres et avaient proposé à la place de poursuivre l'interrogatoire et de confronter le requérant à la famille de

J. D. avait alors ordonné à l'inspecteur E. de se conformer à ses instructions et donc de menacer le requérant de torture et, au besoin, de mettre cette menace à exécution. Les souffrances seraient infligées sous surveillance médicale et sans laisser de traces, par un policier spécialement entraîné à cette fin et qui serait conduit au commissariat par hélicoptère. Un médecin de la police avait accepté de surveiller l'exécution des ordres de D. Le tribunal relevait que cette mesure devait permettre de découvrir où le requérant avait caché J., dont D. considérait que la vie était en grave danger. E. avait en conséquence menacé le requérant ainsi que l'avait ordonné D. et l'avait aussi informé qu'un « sérum de vérité » allait lui être administré. Au bout d'une dizaine de minutes, le requérant avait avoué qu'il avait caché J. sous la jetée d'un étang situé près de Birstein.

48. Le tribunal régional a observé que la méthode d'enquête ne se justifiait pas. Il a rejeté le moyen de défense fondé sur la « nécessité », parce que la méthode en question portait atteinte à la dignité humaine consacrée par l'article 1 de la Loi fondamentale. Le respect de la dignité humaine était aussi au cœur de l'article 104 § 1, seconde phrase, de la Loi fondamentale et de l'article 3 de la Convention. La protection de la dignité humaine était absolue, et ne souffrait ni exception ni mise en balance d'intérêts.

49. Le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main a reconnu l'inspecteur E. coupable de contrainte exercée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions. Toutefois, pour ce qui est de la peine, il lui a adressé un avertissement et lui a infligé une amende, assortie du sursis, de 60 euros (EUR) par jour pendant 60 jours, que l'inculpé serait tenu de payer s'il commettait une nouvelle infraction au cours de la période de sursis. Par ailleurs, le tribunal a reconnu D., le directeur adjoint de la police de Francfort, coupable d'avoir incité E., un subordonné, à exercer une contrainte dans le cadre de ses fonctions. Il lui a adressé à lui aussi un avertissement et lui a infligé une amende, assortie du sursis, de 120 EUR pendant 90 jours. Le requérant avait déposé en qualité de témoin dans cette procédure.

50. En fixant les peines, le tribunal régional a estimé qu'il fallait prendre en compte d'importantes circonstances atténuantes. Il a considéré que les inculpés avaient eu pour seul souci de sauver la vie de J. et qu'ils se trouvaient soumis à une pression considérable en raison de leurs responsabilités respectives vis-à-vis de leur hiérarchie et du public. Ils étaient épuisés à ce moment-là et avaient agi dans une situation de vive tension et à forte charge émotionnelle. Ils n'avaient pas de condamnations antérieures. De plus, D. avait assumé la responsabilité de ses actes en les admettant et en les expliquant dans une note versée au dossier de la police le même jour. La procédure avait duré longtemps et avait été fortement médiatisée. Elle avait eu des répercussions sur la carrière professionnelle des

deux inculpés : D. avait été muté au ministère de l'Intérieur de la Hesse et E. s'était vu interdire d'exercer dans le domaine de la répression des infractions pénales. Par ailleurs, c'était la première fois qu'un tribunal pénal allemand était appelé à connaître d'une situation conflictuelle comme celle en cause dans l'affaire de ces inculpés. Le tribunal a tenu pour circonstance aggravante le fait que D. n'eût pas agi spontanément puisqu'il avait déjà commandé le recours à la force le soir précédant le jour où il avait donné l'ordre à E. En outre, par leurs actes, les inculpés avaient risqué de compromettre la condamnation du requérant pour meurtre. Le tribunal a conclu que la défense de l'ordre légal ne justifiait pas l'exécution des amendes qui avaient été infligées. La condamnation pénale des accusés permettait de faire comprendre que si un agent de l'Etat donnait l'ordre de recourir à la force pour obtenir des informations, il commettait un acte illégal.

51. Le jugement est devenu définitif le 20 décembre 2004.

52. D. fut par la suite nommé à la tête de la direction de la technologie, de la logistique et de l'administration de la police.

2. L'action en responsabilité administrative engagée par le requérant

53. Le 28 décembre 2005, le requérant sollicita auprès du tribunal régional de Francfort-sur-le-Main l'assistance judiciaire pour pouvoir engager une action en responsabilité administrative contre le *Land* de la Hesse afin d'obtenir une réparation. Il soutenait avoir été traumatisé par les méthodes employées durant l'enquête de police et avoir besoin d'un traitement psychologique.

54. Dans ses observations du 27 mars 2006, la direction de la police de Francfort-sur-le-Main contesta que la conduite de E. lors de l'interrogatoire du requérant le 1^{er} octobre 2002 au matin pût recevoir la qualification juridique de contrainte et s'analysât en un manquement à des devoirs se rattachant à la fonction.

55. Le 28 août 2006, le tribunal régional repoussa la demande d'assistance judiciaire formée par le requérant, qui interjeta appel.

56. Le 28 février 2007, la cour d'appel de Francfort-sur-le-Main débouta le requérant. Faisant siens les motifs avancés par le tribunal régional, elle confirmait en particulier que, lorsqu'ils avaient menacé le requérant, les policiers D. et E. avaient porté atteinte à sa dignité humaine, laquelle est intangible, et avaient donc manqué aux devoirs de leur charge. Toutefois, le requérant aurait du mal à établir un lien de causalité entre les menaces de torture dont il avait été l'objet et le dommage psychologique allégué nécessitant selon lui un traitement psychologique. La menace des policiers était négligeable par comparaison au traumatisme que causait à l'intéressé le fait d'avoir tué un enfant. D'ailleurs, à supposer même que le requérant

pût prouver que le policier E. l'avait secoué, de sorte que sa tête avait heurté le mur, ou l'avait à un moment donné frappé au thorax, ce qui aurait causé un hématome, les lésions physiques ainsi provoquées étaient trop mineures pour appeler le versement d'une indemnité. De plus, l'atteinte à la dignité humaine du requérant qu'avait représentée la menace de torture ne justifiait pas elle non plus le versement d'une indemnité, le fait que ses déclarations eussent été exclues comme preuves et que les policiers responsables des menaces eussent été condamnés au pénal ayant procuré une satisfaction suffisante à l'intéressé.

57. Le 19 janvier 2008, la Cour constitutionnelle fédérale, accueillant un recours constitutionnel formé par le requérant, cassa la décision de la cour d'appel, à laquelle elle renvoya l'affaire. Elle estimait qu'en refusant d'accorder l'assistance judiciaire au requérant, la cour d'appel avait enfreint le principe de l'égalité d'accès à la justice. En particulier, cette juridiction avait supposé que le requérant ne serait pas en mesure de prouver que la menace de torture lui eût causé un dommage psychologique. Au surplus, il n'apparaissait pas d'emblée que l'on pouvait tenir pour mineures les lésions physiques que le requérant prétendait avoir subies au cours de l'interrogatoire, durant lequel il avait été menotté. Au demeurant, la question de savoir si l'atteinte à la dignité humaine du requérant appelait le versement de dommages-intérêts bien que l'intéressé eût déjà obtenu satisfaction constituait une question juridique complexe qui n'avait donné lieu à aucune décision d'une juridiction de dernier degré. Cette question ne pouvait donc être tranchée dans le cadre d'une procédure de demande d'assistance judiciaire.

58. La procédure ainsi renvoyée se trouve actuellement pendante devant le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main.

II. LES DROITS INTERNE, INTERNATIONAL PUBLIC ET COMPARÉ PERTINENTS ET LA PRATIQUE

A. Les dispositions du droit interne

1. *La Loi fondamentale*

59. L'article 1 § 1 de la Loi fondamentale, consacré à la protection de la dignité humaine, est ainsi libellé :

« La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. »

60. L'article 104 § 1, seconde phrase, de la Loi fondamentale, relatif aux droits des détenus, énonce :

« Les personnes arrêtées ne doivent être maltraitées ni moralement ni physiquement. »

2. *Le code de procédure pénale*

61. Aux termes de l'article 136a du code de procédure pénale, concernant les méthodes d'interrogatoire prohibées (*verbotene Vernehmungsmethoden*) :

« 1. Il ne doit pas être porté atteinte à la liberté de décision de l'inculpé et à sa liberté de manifester sa volonté par des sévices, par l'épuisement, par quelque forme de contrainte physique que ce soit, par l'administration de médicaments, par la torture, par la tromperie ou par l'hypnose. La contrainte ne peut être employée que lorsqu'elle est admise par les règles de procédure pénale. La menace d'appliquer une mesure prohibée par les règles de procédure pénale et la promesse d'un avantage non prévu par la loi sont interdites.

2. Est interdite toute mesure portant atteinte à la mémoire ou aux facultés de raisonnement et au libre arbitre de l'inculpé [*Einsichtsfähigkeit*].

3. Les interdictions visées aux paragraphes 1 et 2 sont applicables même si l'inculpé a consenti [à la mesure envisagée]. En cas de manquement à ces règles, les dépositions ne peuvent être versées [comme preuves], même avec l'accord de l'inculpé. »

3. *Le code pénal*

62. Selon l'article 211 du code pénal, l'homicide volontaire doit être qualifié d'assassinat s'il existe certaines circonstances aggravantes, telles que cupidité, trahison ou intention de dissimuler une autre infraction. L'assassinat est punissable de la réclusion criminelle à perpétuité.

63. Si le tribunal qui prononce le verdict estime que la culpabilité de l'accusé revêt une particulière gravité, cela peut avoir entre autres une incidence sur la décision ultérieure de suspendre ou non la peine d'emprisonnement restant à purger, moyennant une mise à l'épreuve. L'article 57a du code pénal précise que le tribunal doit suspendre le surplus d'une peine perpétuelle moyennant une mise à l'épreuve si le condamné a purgé quinze ans de sa peine, sous réserve que pareille décision puisse se justifier au regard de la sécurité publique et que la culpabilité du condamné ne revête pas une gravité particulière telle qu'il doive continuer à purger sa peine.

B. Les dispositions de droit international public

64. La Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« Convention des Nations unies contre la torture », adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1984 (Résolution 39/46) et entrée en vigueur le 26 juin 1987, énonce :

Article 1

« 1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles. »

Article 15

« Tout Etat partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite. »

Article 16

« 1. Tout Etat partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. En particulier, les obligations énoncées aux articles 10, 11, 12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. »

C. La pratique des cours et tribunaux d'autres Etats et d'autres organes de contrôle du respect des droits de l'homme

1. *La qualification juridique des menaces de torture*

65. Plusieurs institutions qui contrôlent le respect de l'interdiction de la torture et des autres traitements inhumains ou dégradants ont examiné la portée de cette interdiction dans le cas où une personne a été placée sous la menace d'atteintes à son intégrité physique.

66. Dans son arrêt du 27 novembre 2003 (*Fond, réparations et frais*) dans l'affaire *Maritza Urrutia v. Guatemala* (série C n° 103), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit ceci :

« 85. En ce qui concerne le traitement que des agents de l'Etat ont réservé à Maritza Urrutia pendant sa détention illégale et arbitraire, la Cour juge établi que la victime alléguée a eu la tête couverte d'une cagoule, qu'elle a été menottée à un lit

dans une pièce où la lumière était mise et où la radio fonctionnait à plein régime, ce qui l'empêchait de dormir. Elle a eu en outre à subir de très longs interrogatoires au cours desquels on lui a montré des photographies de personnes portant des traces de torture ou qui avaient été tuées au combat et on a proféré la menace que sa famille pourrait la retrouver dans le même état. Ces agents l'ont aussi menacée de la torturer physiquement ou de les tuer, elle ou des membres de sa famille, si elle ne collaborait pas. Ils lui ont montré à l'appui des photographies d'elle-même et de sa famille ainsi que des lettres qu'elle avait envoyées à son ex-mari (...). Enfin, Maritza Urrutia a été obligée d'enregistrer une cassette vidéo, qui fut diffusée par la suite sur deux chaînes de télévision guatémaltèques, dans laquelle elle fit une déclaration contre son gré et dont elle fut contrainte de confirmer la teneur lors d'une conférence de presse organisée après sa libération (...)

92. Un régime juridique international interdisant de manière absolue toute forme de torture, aussi bien physique que psychologique, a été mis en place et, pour ce qui est de cette dernière catégorie, il est reconnu que la menace ou le risque réel d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne engendre, dans certaines circonstances, une angoisse morale telle qu'on peut la considérer comme une « torture psychologique ». (...)

98. A la lumière de ce qui précède, la Cour déclare que l'Etat a violé l'article 5 de la Convention américaine, combiné à l'article 1 § 1 de celle-ci, et les obligations énoncées aux articles 1 et 6 de la Convention interaméricaine contre la torture, dans le chef de Maritza Urrutia. »

67. Le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations unies a dit ceci dans son rapport du 3 juillet 2001 à l'Assemblée générale sur la question de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (UN Doc. A/56/156) :

« Comme l'a indiqué le Comité des droits de l'homme dans l'observation générale n° 20 (10 avril 1992), sur l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Rapporteur spécial voudrait rappeler aux gouvernements que l'interdiction de la torture concerne non seulement des actes qui provoquent chez la victime une douleur physique mais aussi des actes, tels que l'intimidation et d'autres formes de menaces, qui infligent une souffrance morale » (§ 3).

Il a fait observer que « la crainte d'être torturé physiquement pourrait constituer en soi une torture mentale » (§ 7).

En outre, selon lui :

« (...) les menaces graves et crédibles, y compris les menaces de mort, portant atteinte à l'intégrité physique de la victime ou d'un tiers peuvent être assimilées à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, voire à des actes de torture, notamment lorsque la victime reste entre les mains des représentants de la force publique » (§ 8).

68. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a estimé, dans ses constatations adoptées le 29 mars 1983 dans l'affaire *Estrella c. Uruguay*

(communication n° 74/1980), que l'auteur de la communication, un pianiste de concert :

« (...) a[vait] été soumis à de dures tortures physiques et psychologiques, et [qu']on l'a[vait] notamment menacé de lui couper les mains à la scie électrique pour tenter de lui faire avouer des activités subversives » (§ 8.3).

Le Comité des droits de l'homme a été d'avis que l'auteur de la communication avait été soumis à la torture, ce qui faisait apparaître une violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (§ 10).

2. L'admission de preuves obtenues par la torture ou d'autres mauvais traitements prohibés: la règle d'exclusion

a) Les Etats parties à la Convention

69. Les documents en possession de la Cour montrent qu'il n'existe pas de véritable consensus entre les Etats parties à la Convention en ce qui concerne la portée de la règle d'exclusion.

b) Autres organes de contrôle du respect des droits de l'homme

70. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré dans son observation générale n° 7 sur la torture et les traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants (article 7 du Pacte) du 30 mai 1982 :

« 1. (...) il découle de l'article 7 du Pacte, combiné avec l'article 2, que les Etats doivent assurer une protection effective grâce à un mécanisme de contrôle. Les plaintes pour mauvais traitements doivent faire l'objet d'une enquête effective, menée par les autorités compétentes. Ceux qui sont reconnus coupables doivent être tenus pour responsables, et les victimes présumées doivent elles-mêmes disposer de voies de recours effectives, y compris le droit d'obtenir réparation. Parmi les garanties qui peuvent permettre un contrôle effectif, il y a (...) les dispositions permettant de déclarer irrecevables en justice les aveux ou autres témoignages obtenus par la torture ou d'autres traitements contraires à l'article 7 (...) »

71. L'observation générale n° 7 concernant l'interdiction de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants a été remplacée par l'observation générale n° 20 du 10 mars 1992, où il est dit ceci :

« 12. Il importe, pour dissuader de commettre des violations de l'article 7, que la loi interdise d'utiliser ou déclare irrecevables dans une procédure judiciaire des déclarations et aveux obtenus par la torture ou tout autre traitement interdit. »

72. Le Comité des Nations unies contre la torture, qui surveille la mise en œuvre de la Convention des Nations unies contre la torture, a recommandé dans ses observations finales du 11 mai 1998 sur l'Allemagne (doc. n° A/53/44) que :

« (...) de nouvelles mesures législatives soient prises pour assurer le strict respect de l'article 15 de la Convention et pour empêcher absolument que des éléments de preuve obtenus directement ou indirectement par la torture ne soient soumis aux juges qui statuent dans toute procédure judiciaire » (paragraphe 193).

c) La jurisprudence des cours et tribunaux d'autres Etats

73. L'interdiction d'utiliser au détriment de l'accusé des informations découlant de faits dont on a pris connaissance par suite d'actes illicites d'agents de l'Etat (doctrine dite du fruit de l'arbre empoisonné) est solidement ancrée dans la tradition judiciaire des Etats-Unis d'Amérique (voir, par exemple, US Supreme Court, n° 82-1651, *Nix v. Williams*, décision du 11 juin 1984, 467 U.S. 431 (1984), pp. 441 et suiv., U.S. Supreme Court, n° 82-5298, *Segura v. United States*, décision du 5 juillet 1984, 468 U.S. 796 (1984), pp. 796-797 et 815, et US Supreme Court, n° 07-513, *Herring v. United States*, décision du 14 janvier 2009, 555 U.S. ... (2009), section II.A., avec d'autres références). L'interdiction s'applique aux informations recueillies grâce à des aveux obtenus sous la contrainte (sur la question de la contrainte, voir US Supreme Court, n° 50, *Blackburn v. Alabama*, décision du 11 janvier 1960, 361 U.S. 199 (1960), pp. 205-207, et US Supreme Court, n° 8, *Townsend v. Sain*, décision du 18 mars 1963, 372 U.S. 293 (1963), pp. 293 et 307-309), ce qui signifie que si les aveux permettent d'obtenir des preuves supplémentaires, celles-ci, en plus des aveux eux-mêmes, sont également irrecevables en justice (comparer *Nix*, précité, p. 441, et *Segura*, précité, p. 804). Les preuves ne doivent toutefois être exclues que si l'acte illégal est la cause immédiate qui a permis de découvrir les preuves. En d'autres termes, les preuves seront irrecevables s'il peut être démontré que « sans » l'acte illégal, elles n'auraient pas été découvertes. La règle d'exclusion ne s'applique pas lorsque le lien entre le comportement illégal de la police et la découverte des preuves est si ténu que le vice disparaît. C'est le cas, par exemple, lorsque la police s'est appuyée sur une source indépendante pour découvrir des preuves (voir *Nix*, précité, pp. 441-444, et *Segura*, précité, pp. 796-797, 804-805 et 815, avec d'autres références) ou lorsque les preuves auraient pour finir ou inévitablement été découvertes même s'il n'y avait eu aucune violation de telle ou telle disposition constitutionnelle (voir *Nix*, précité, pp. 441-444).

74. La règle d'exclusion s'applique aussi dans d'autres Etats. Ainsi, la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud a dit dans son arrêt récent du 10 avril 2008 dans l'affaire *Mthembu v. the State*, affaire n° 379/2007, [2008] ZASCA 51 :

« Sommaire: Le témoignage d'un complice extorqué par la torture (y compris les preuves matérielles qu'il a permis d'obtenir) est irrecevable (...)

33. (...) L'Hilux et la boîte métallique ont été des preuves matérielles déterminantes pour la thèse de l'accusation contre l'appelant pour les chefs de cambriolage. D'habitude, comme je l'ai dit, pareilles preuves ne seraient pas exclues parce qu'elles existent indépendamment de toute violation d'une disposition de la Constitution. Mais ces découvertes ont eu lieu parce que la police avait torturé Ramseroop. Rien ne permet de dire qu'elles auraient eu lieu de toute façon. S'il en était ainsi, l'issue de la présente affaire aurait pu être différente.

34. Ramseroop a fait sa déclaration à la police immédiatement après que la boîte métallique eut été découverte à son domicile à la suite de la torture qui lui avait été infligée. Qu'il ait déposé apparemment de son plein gré par la suite ne retire rien au fait que les informations figurant dans cette déclaration et relatives à l'Hilux et à la boîte métallique ont été obtenues par la torture. (...) [I] existe donc un lien inextricable entre la torture infligée et la nature des preuves qui ont été produites devant la justice. La torture a irrémédiablement vicié les preuves. (...)

36. Pour admettre le témoignage de Ramseroop en ce qui concerne l'Hilux et la boîte métallique, il faudrait que nous fermions les yeux sur la manière dont la police a obtenu ces informations de lui. Ce qui est plus grave, c'est que cela reviendrait à entraîner le processus judiciaire dans une « flétrissure morale ». Cela « porterait atteinte à l'intégrité du processus judiciaire (et) déshonorerait l'administration de la justice ». A long terme, la recevabilité de preuves obtenues par la torture ne pourrait que corrompre le système de justice pénale. L'intérêt général commande à mon avis l'exclusion, que ces preuves aient ou non une incidence sur l'équité du procès.

37. Pour toutes ces raisons, je considère comme irrecevable le témoignage de Ramseroop en ce qui concerne l'Hilux et la boîte métallique. (...)

EN DROIT

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

75. Le requérant dit avoir été soumis à la torture, au mépris de l'article 3 de la Convention, lors de son interrogatoire par la police le 1^{er} octobre 2002. Il se dit toujours victime de cette violation de l'article 3, ainsi libellé :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

76. Le Gouvernement combat cette thèse, estimant que le requérant ne peut plus se prétendre victime d'une violation de l'article 3.

A. Sur la qualité de victime du requérant

77. Dans ses passages pertinents en l'espèce, l'article 34 de la Convention est ainsi libellé :

«La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne (...) qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. (...)»

78. La Cour considère que, dans la présente affaire, elle ne peut se prononcer sur la question de savoir si le requérant a par la suite perdu sa qualité initiale de victime d'une violation de l'article 3 de la Convention au sens de l'article 34 de cet instrument sans avoir d'abord établi comment il a été traité dans le cadre de son interrogatoire et sans avoir apprécié la gravité de ce traitement à la lumière de l'article 3. Elle pourra alors rechercher si les autorités ont ensuite correctement réagi ou non.

1. Le traitement dénoncé était-il contraire à l'article 3 ?

a) Arrêt de la chambre

79. La chambre a estimé que, sur l'ordre de D., le directeur adjoint de la police de Francfort-sur-le-Main, l'inspecteur E. avait menacé le requérant de violences physiques entraînant de vives souffrances afin de l'amener à révéler où se trouvait J. Elle a conclu que les allégations supplémentaires du requérant, qui disait avoir fait l'objet d'autres menaces ou subi des lésions au cours de l'interrogatoire, n'avaient pas été prouvées au-delà de tout doute raisonnable. Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, la chambre a qualifié cette menace de violences de traitement inhumain prohibé par l'article 3.

b) Thèses des parties

i. Le requérant

80. Le requérant soutient que lorsque l'inspecteur E. l'a interrogé le 1^{er} octobre 2002, il lui a infligé un traitement prohibé par l'article 3. L'inspecteur E. l'aurait menacé de «souffrances intolérables telles qu'il n'en avait jamais connues» dans le cas où il ne révélerait pas où se trouvait J. Il lui aurait dit que ces souffrances lui seraient infligées sans laisser de traces et qu'un policier spécialement entraîné à ce genre de techniques était en train de se rendre au commissariat en hélicoptère. Pour souligner la menace, E. aurait imité les hélices en mouvement d'un hélicoptère et aurait décrit sans ménagement la douleur de la torture. Des mesures concrètes auraient en fait déjà été prises à ce moment-là puisqu'un médecin de la police aurait confirmé par la suite s'être rendu disponible pour assister à la torture de manière que le requérant ne perdît pas connaissance et que la procédure ne laissât aucune trace.

81. Le requérant aurait aussi été menacé de sévices sexuels puisqu'on envisageait de l'enfermer dans une cellule avec deux gros «nègres» qui le

sodomiseraient. Il aurait également été blessé au cours de l'interrogatoire. E. l'aurait frappé plusieurs fois au thorax, ce qui aurait provoqué des hématomes, et l'aurait poussé une fois, de sorte que sa tête serait allée heurter le mur. Le requérant a produit à l'appui de cette doléance deux certificats médicaux des 4 et 7 octobre 2002 délivrés par des médecins de la police (paragraphe 21 ci-dessus). Après ces faits, l'intéressé aurait été conduit à Birstein contre son gré et aurait été contraint de marcher sans chaussures à travers bois jusqu'à l'endroit où il avait laissé le corps et, sur l'ordre de la police, il aurait dû indiquer l'emplacement précis de celui-ci. On l'aurait aussi forcé à révéler d'autres preuves sur le trajet du retour de Birstein. La police l'aurait menacé alors qu'elle savait déjà que J. était mort et l'aurait donc forcé à contribuer à sa propre incrimination uniquement afin de permettre l'ouverture de poursuites pénales contre lui.

82. Se référant en particulier aux articles 1 et 15 de la Convention des Nations unies contre la torture (paragraphe 64 ci-dessus), le requérant soutient que le traitement qu'on lui a fait subir afin de l'amener à avouer est constitutif de torture.

ii. Le Gouvernement

83. Comme il l'avait fait devant la chambre, le Gouvernement reconnaît, en exprimant ses regrets, que l'article 3 a été violé pendant l'interrogatoire du requérant le 1^{er} octobre 2002. Il précise toutefois que l'intéressé a été menacé de vives souffrances seulement dans le cas où il ne révélerait pas à la police où se trouvait J. Le requérant n'aurait pas été menacé en outre de sévices sexuels. Par ailleurs, les blessures n'auraient pas été causées au cours de l'interrogatoire litigieux et l'intéressé n'aurait pas été contraint de marcher sans chaussures à Birstein. Les lésions cutanées auraient été provoquées lors de l'arrestation à l'aéroport de Francfort-sur-le-Main. D'après ce que le requérant aurait dit jusqu'à présent, E. l'aurait frappé une seule fois au thorax et sa tête aurait heurté le mur en une seule occasion. Les tribunaux internes n'auraient pas jugé établies les menaces ou blessures supplémentaires.

84. En outre, les inspecteurs D. et E. auraient recouru à la méthode d'interrogatoire dont il s'agit afin de sauver la vie de J., qu'ils auraient crue gravement en danger. A ce moment-là, ils auraient ignoré que J. était déjà mort.

iii. Les tiers intervenants

α) Les parents de J.

85. Les parents de J. rejoignent le Gouvernement dans son argumentation. Le requérant alléguerait maintenant pour la première fois que ses diverses

blessures, dont celle sous la clavicule, lui ont été causées au cours de l'interrogatoire du 1^{er} octobre 2002. Or le requérant aurait précédemment admis que ces blessures lui avaient été occasionnées au moment de son arrestation, le 30 septembre 2002. Il l'aurait reconnu dans un livre qu'il a publié en 2005 (*Allein mit Gott – der Weg zurück (Seul avec Dieu – Le chemin du retour)*), pp. 57-61), consacré, entre autres, à l'enquête pénale et au procès dont il a fait l'objet. Dans un chapitre intitulé « L'arrestation », le requérant aurait reproduit une copie du certificat médical délivré le 4 octobre 2002 par un médecin de la police (paragraphe 21 ci-dessus) afin de montrer les blessures qui lui avaient été causées lors de son arrestation le 30 septembre 2002. Il prendrait désormais ce certificat pour prouver que les blessures lui ont été infligées au cours de son interrogatoire. Ses blessures ne seraient donc pas liées à son interrogatoire du 1^{er} octobre 2002.

β) Le Redress Trust

86. Se référant en particulier aux constats des institutions de la Convention dans l'«*Affaire grecque*» (n^{os} 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67, rapport de la Commission du 5 novembre 1969, Annuaire 12, p. 461) et dans l'affaire *Akkoç c. Turquie*, n^{os} 22947/93 et 22948/93, §§ 25 et 116-117, CEDH 2000-X), le Redress Trust précise que pour être constitutif de torture, un acte donné n'a pas besoin de porter atteinte à l'intégrité physique. La souffrance morale serait en soi et par elle-même une forme de torture répandue. En outre, la Cour aurait rappelé qu'une simple menace de conduite prohibée par l'article 3 peut en soi emporter violation de cet article (le tiers intervenant cite *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982, § 26, série A n^o 48). D'autres organes internationaux, dont la Cour interaméricaine des droits de l'homme (paragraphe 66 ci-dessus), le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations unies sur la torture (paragraphe 67 ci-dessus) et le Comité des droits de l'homme des Nations unies (paragraphe 68 ci-dessus), estimeraient eux aussi que la menace d'une grave atteinte à l'intégrité physique peut, selon les circonstances et l'effet qu'elle a sur l'individu concerné, constituer un acte de torture ou une autre forme de mauvais traitement. Quoi qu'il en soit, il ne serait nul besoin de distinguer entre torture et autre mauvais traitement sous l'angle de l'article 3 de la Convention puisque, à l'inverse des articles 1, 15 et 16 de la Convention des Nations unies contre la torture (paragraphe 64 ci-dessus), l'article pertinent de la Convention n'attacherait pas à la torture des conséquences juridiques différentes de celles attachées à d'autres formes de mauvais traitement prohibé. Se référant entre autres à l'affaire *Labita c. Italie* ([GC], n^o 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV), le Redress Trust souligne que l'interdiction de la torture et des autres traitements cruels, inhumains

et dégradants est absolue et ne souffre aucune dérogation, justification ou limitation, quels que soient les circonstances de la cause et les agissements de la victime.

c) Appréciation de la Cour

i. Récapitulatif des principes pertinents

87. La Cour rappelle que l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V, et *Labita*, précité, § 119). La Cour confirme que même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quel que soit le comportement de la personne concernée (*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, et *Labita*, précité, § 119). La nature de l'infraction qui était reprochée au requérant est donc dépourvue de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3 (*V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, § 69, CEDH 1999-IX, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00, § 116, CEDH 2006-IX, et *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 127, CEDH 2008).

88. Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. 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, de l'état de santé de la victime, etc. (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 162, série A n° 25, et *Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, § 67, CEDH 2006-IX). Parmi les autres facteurs à considérer figurent le but dans lequel le traitement a été infligé ainsi que l'intention ou la motivation qui l'ont inspiré (comparer, entre autres, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 64, *Recueil* 1996-VI, *Egmez c. Chypre*, n° 30873/96, § 78, CEDH 2000-XII, et *Krastanov c. Bulgarie*, n° 50222/99, § 53, 30 septembre 2004), ainsi que son contexte, telle une atmosphère de vive tension et à forte charge émotionnelle (comparer, par exemple, *Selmouni*, précité, § 104, et *Egmez*, précité, § 78).

89. 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 et mentales (*Labita*, précité, § 120, et *Ramirez Sanchez*, précité, § 118). Elle a défini un traitement dégradant comme étant de nature à créer des

sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique ou morale de la personne qui en est victime, ou à la conduire à agir contre sa volonté ou sa conscience (voir, entre autres, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 110, CEDH 2001-III, et *Jalloh*, précité, § 68).

90. Pour déterminer si une forme de mauvais traitement doit être qualifiée de torture, il faut avoir égard à la distinction, que comporte l'article 3, entre cette notion et celle de traitement inhumain ou dégradant. Ainsi que la Cour l'a relevé précédemment, cette distinction paraît avoir été consacrée par la Convention pour marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 167, *Aksoy*, précité, § 63, et *Selmouni*, précité, § 96). Outre un élément de gravité, la torture implique une volonté délibérée, ainsi que le reconnaît la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : en son article 1, elle définit la torture comme tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle des renseignements, de la punir ou de l'intimider (*Akkoç*, précité, § 115).

91. La Cour rappelle aussi qu'un risque d'agissements prohibés par l'article 3 peut se heurter lui-même à ce texte s'il est suffisamment réel et immédiat. Ainsi, menacer quelqu'un de le torturer pourrait, dans des circonstances données, constituer pour le moins un traitement inhumain (comparer *Campbell et Cosans*, précité, § 26).

92. Pour apprécier les éléments qui lui permettent de dire s'il y a eu violation de l'article 3, la Cour se rallie au principe de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », mais ajoute qu'une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (*Jalloh*, précité, § 67, et *Ramirez Sanchez*, précité, § 117). La Cour dit aussi, en particulier, que lorsqu'un individu est placé en garde à vue en bonne santé mais que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'État de fournir une explication plausible à l'origine de ces blessures, faute de quoi il se pose manifestement une question sur le terrain de l'article 3 de la Convention (comparer *Tomasi c. France*, 27 août 1992, § 110, série A n° 241-A, *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, § 34, série A n° 336, *Aksoy*, précité, § 61, et *Selmouni*, précité, § 87).

93. En cas d'allégations sur le terrain de l'article 3 de la Convention, la Cour doit se livrer à un examen particulièrement approfondi (*Matko c. Slovaquie*, n° 43393/98, § 100, 2 novembre 2006, et *Vladimir Romanov c. Russie*, n° 41461/02, § 59, 24 juillet 2008). Lorsqu'il y a eu une

procédure interne, il n'entre toutefois pas dans les attributions de la Cour de substituer sa propre vision des choses à celle des cours et tribunaux internes, auxquels il appartient en principe de peser les données recueillies par eux (*Klaas c. Allemagne*, 22 septembre 1993, § 29, série A n° 269, et *Jasar c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 69908/01, § 49, 15 février 2007). Même si les constatations des tribunaux internes ne lient pas la Cour, il lui faut néanmoins d'habitude des éléments convaincants pour pouvoir s'écarter des observations auxquelles ils sont parvenus.

ii. Application de ces principes en l'espèce

α) Appréciation des faits par la Cour

94. En ce qui concerne le traitement auquel le requérant a été soumis le 1^{er} octobre 2002, il ne prête pas à controverse entre les parties qu'au cours de l'interrogatoire ce matin-là, l'inspecteur E., sur les instructions du directeur adjoint de la police de Francfort-sur-le-Main, D., menaça le requérant de souffrances intolérables s'il refusait de révéler où se trouvait J. Une technique qui ne laisserait aucune trace serait employée par un policier spécialement entraîné à cette fin et qui était déjà en train de se rendre au commissariat par hélicoptère. Cette procédure serait menée sous surveillance médicale. De fait, le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main l'a établi tant dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre le requérant (paragraphe 26 ci-dessus) que dans celle dirigée contre les fonctionnaires de police (paragraphe 47 ci-dessus). Il ressort de surcroît de la note de D. versée au dossier de la police (paragraphe 20 ci-dessus) et de la constatation du tribunal régional dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre D. (paragraphe 47 ci-dessus) que celui-ci avait l'intention, si nécessaire, de mettre cette menace à exécution à l'aide d'un « sérum de vérité » et que le requérant avait été averti que la matérialisation de la menace était imminente.

95. Comme D. avait donné l'ordre à plusieurs reprises aux chefs de service qui lui étaient subordonnés de recourir à la force contre le requérant, en cas de nécessité, avant d'ordonner finalement à E. de menacer le requérant de torture (paragraphe 47 ci-dessus), on ne peut voir dans cet ordre un acte spontané puisqu'il renfermait assurément un élément intentionnel. Il apparaît de plus que le requérant, pendant sa garde à vue, était menotté dans la salle d'interrogatoire (paragraphe 57 ci-dessus) et se trouvait donc dans un état de vulnérabilité et de contrainte particulières. Eu égard aux constats des tribunaux internes et aux éléments dont elle dispose, la Cour a la conviction que les policiers ont fait usage de la méthode d'interrogatoire litigieuse parce qu'ils croyaient pouvoir sauver la vie de J.

96. La Cour relève en outre que le requérant allègue avoir aussi subi des coups et blessures et avoir été menacé de sévices sexuels au cours de son interrogatoire. Recherchant si ces allégations, que le Gouvernement conteste, ont été prouvées au-delà de tout doute raisonnable, la Cour considère, au vu des certificats médicaux produits par le requérant, que l'allégation de coups et blessures pendant l'interrogatoire n'est pas totalement dénuée de fondement. Ces certificats indiquent que l'intéressé avait en effet eu le thorax tuméfié les jours ayant précédé les examens médicaux.

97. D'un autre côté, la Cour prend aussi note des explications fournies par le Gouvernement quant aux blessures du requérant, ainsi que des observations des parents de J. sur ce point. Se référant aux propos que le requérant lui-même tient dans son livre publié en 2005, les parents de J. soutiennent que toutes les blessures, y compris les lésions cutanées, que le requérant a incontestablement subies lui ont été causées lors de son arrestation, moment où il fut plaqué au sol face contre terre (paragraphes 13 et 14 ci-dessus). D'ailleurs, les tribunaux internes n'ont jugé établie aucune des autres allégations du requérant. Il semble que celui-ci n'ait pas formulé devant les tribunaux internes, qui ont examiné et évalué les éléments de preuve, les allégations selon lesquelles il avait subi des lésions corporelles au cours de son interrogatoire, du moins pas autant qu'il l'a fait devant la Cour (voir, en particulier, le paragraphe 26 ci-dessus). Au demeurant, les certificats médicaux n'indiquent nullement la cause probable des blessures (paragraphe 21 ci-dessus).

98. Compte tenu de ce qui précède, la Cour n'est pas en mesure de conclure que les griefs du requérant relatifs aux coups et blessures qui lui auraient été infligés et la menace de sévices sexuels dont il allègue avoir été l'objet au cours de l'interrogatoire aient été établis au-delà de tout doute raisonnable.

99. La Cour observe par ailleurs que le requérant dit avoir été à nouveau soumis à un traitement prohibé par l'article 3 en ce qu'il aurait été contraint de marcher à travers bois sans chaussures pour se rendre à Birstein et aurait été carrément forcé à indiquer l'endroit précis où se trouvait le corps et de révéler d'autres pièces à conviction. Le Gouvernement conteste également ces allégations. La Cour relève que, selon les constatations des tribunaux internes, après son interrogatoire le requérant avait accepté d'accompagner les policiers à l'étang où il avait caché le corps de J. (paragraphe 17 ci-dessus). Rien ne permet de dire que l'un ou l'autre des policiers présents ait menacé verbalement le requérant sur le trajet en direction de Birstein pour l'amener à indiquer l'endroit précis où se trouvait le corps. Il reste toutefois à déterminer sous l'angle de l'article 6 si et dans quelle mesure le requérant a révélé des pièces à conviction à Birstein à cause des menaces qui

lui avaient été adressées au commissariat. Comme les certificats médicaux font état d'ampoules et d'enflures aux pieds du requérant (paragraphe 21 ci-dessus), la Cour estime que l'allégation de l'intéressé, qui dit avoir été contraint de marcher sans chaussures, n'est pas totalement dépourvue de fondement. Cela dit, après avoir examiné les éléments en leur possession, les tribunaux internes n'ont pas jugé prouvée cette allégation – que, au demeurant, le requérant ne semble pas avoir formulée non plus dès le début de la procédure interne (voir, en particulier, le paragraphe 26 ci-dessus). Les médecins qui ont procédé aux examens n'ont pas établi la cause des blessures. Dès lors, la Cour estime que les allégations du requérant sur ce point n'ont pas été prouvées au-delà de tout doute raisonnable.

100. Au vu de ce qui précède, la Cour juge établi que, le 1^{er} octobre 2002 au matin, la police a menacé le requérant de souffrances intolérables de la manière exposée aux paragraphes 94-95 ci-dessus afin de l'amener à révéler où se trouvait J.

β) Qualification juridique du traitement

101. La Cour note que le Gouvernement reconnaît que le traitement auquel E. a soumis le requérant a méconnu l'article 3 de la Convention. Toutefois, eu égard aux graves allégations de torture formulées par le requérant et à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'intéressé a perdu la qualité de victime, la Cour estime devoir rechercher elle-même si ce traitement a atteint le degré minimum de gravité voulu pour tomber sous le coup de l'article 3 et, dans l'affirmative, comment il convient de le qualifier. Eu égard aux facteurs pertinents dégagés dans sa jurisprudence (paragraphe 88-91 ci-dessus), elle examinera tour à tour la durée du traitement infligé au requérant, les effets physiques ou mentaux qu'il a eus sur celui-ci, la question de savoir s'il était intentionnel ou non, le but qu'il poursuivait et le contexte dans lequel il a été infligé.

102. En ce qui concerne la durée de la conduite litigieuse, la Cour relève que l'interrogatoire sous menace de mauvais traitements a duré environ dix minutes.

103. S'agissant des effets physiques et mentaux de ce traitement, la Cour observe que le requérant, qui avait d'abord refusé de révéler où se trouvait J., a avoué sous la menace où il avait caché le corps et a continué à fournir des détails sur la mort de J. tout au long de la procédure d'enquête. La Cour estime donc que les menaces réelles et immédiates de mauvais traitements délibérés et imminents qui ont été proférées à l'adresse du requérant au cours de son interrogatoire doivent passer pour avoir provoqué en lui une peur, une angoisse et des souffrances mentales considérables. L'intéressé n'a

toutefois pas produit de certificats médicaux qui attesteraient de séquelles psychologiques à long terme en résultant.

104. Par ailleurs, les menaces ne furent pas un acte spontané, mais furent préméditées et conçues de manière délibérée et intentionnelle.

105. S'agissant du but des menaces, la Cour considère que l'on a infligé intentionnellement ce traitement au requérant afin de lui extorquer des informations sur le lieu où se trouvait J.

106. La Cour relève en outre que les menaces de mauvais traitements délibérés et imminents ont été proférées alors que le requérant était placé sous la garde de représentants de la loi et qu'il était apparemment menotté et donc vulnérable. D. et E. ont assurément agi dans l'exercice de leurs fonctions d'agents de l'Etat et ils avaient l'intention de mettre, si nécessaire, ces menaces à exécution sous surveillance médicale et en ayant recours à un policier spécialement entraîné. L'ordre donné par D. de menacer le requérant n'a pas représenté une décision spontanée puisque D. l'avait déjà donné plusieurs fois auparavant et s'était montré de plus en plus impatient, ses subordonnés ne se conformant pas à ses instructions. Les menaces ont été proférées dans une atmosphère de vive tension et à forte charge émotionnelle, les policiers se trouvant soumis à une pression extrême car ils croyaient la vie de J. en grand danger.

107. A ce propos, la Cour admet la motivation qui inspirait le comportement des policiers et l'idée qu'ils ont agi dans le souci de sauver la vie d'un enfant. Elle se doit néanmoins de souligner que, eu égard à l'article 3 et à sa jurisprudence constante (paragraphe 87 ci-dessus), l'interdiction des mauvais traitements vaut indépendamment des agissements de la personne concernée ou de la motivation des autorités. La torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril. Il n'existe aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. L'article 3, libellé en termes univoques, reconnaît que tout être humain a un droit absolu et inaliénable à ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant, quelles que soient les circonstances, même les plus difficiles. Le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reprochée.

108. Compte tenu des éléments pertinents à prendre en compte pour qualifier le traitement infligé au requérant, la Cour estime que les menaces réelles et immédiates proférées à l'adresse de celui-ci afin de lui extorquer des informations ont atteint le degré minimum de gravité voulu pour que le

comportement litigieux tombe sous le coup de l'article 3. Elle rappelle que selon sa propre jurisprudence (paragraphe 91 ci-dessus), qui se réfère aussi à la définition de la torture donnée à l'article 1 de la Convention des Nations unies contre la torture (paragraphe 64 et 90 ci-dessus), et conformément aux positions adoptées par d'autres organes internationaux de contrôle des droits de l'homme (paragraphe 66-68 ci-dessus), que mentionne également le Redress Trust, une menace de torture peut s'analyser en torture, la torture couvrant par nature les souffrances physiques comme mentales. En particulier, la crainte de la torture physique peut en soi constituer une torture mentale. On semble toutefois largement considérer, et la Cour fait de même, que la question de savoir si une menace donnée de torture physique représente une torture psychologique ou un traitement inhumain ou dégradant dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire à l'examen, notamment de la force de la pression exercée et de l'intensité de la souffrance mentale ainsi causée. A l'inverse des cas où elle conclut dans sa jurisprudence qu'il y a eu torture, la Cour considère que la méthode d'interrogatoire à laquelle le requérant a été soumis dans les circonstances de la présente affaire a été suffisamment grave pour être qualifiée de traitement inhumain prohibé par l'article 3, mais n'a pas eu le niveau de cruauté requis pour atteindre le seuil de la torture.

2. Le requérant a-t-il perdu sa qualité de victime ?

a) Arrêt de la chambre

109. La chambre a estimé que le requérant ne pouvait plus se prétendre victime d'une violation de l'article 3. Elle a constaté que les tribunaux internes avaient expressément reconnu, tant dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre le requérant que dans celle dirigée contre les fonctionnaires de police D. et E., que le traitement infligé par ce dernier au requérant pendant l'interrogatoire avait enfreint l'article 3. De plus, cette violation avait été suffisamment réparée pour le requérant au niveau interne. Les deux fonctionnaires de police impliqués dans les menaces avaient été déclarés coupables et punis, et leur carrière en avait subi les répercussions. Dans les circonstances de la cause, ces condamnations devaient être considérées comme offrant une réparation suffisante autrement que par le versement d'une somme d'argent. D'ailleurs, le recours aux méthodes d'interrogatoire prohibées avait été sanctionné en ce qu'aucune des déclarations que le requérant avait faites avant son procès ne fut admise comme preuve lors de celui-ci.

b) Thèses des parties*i. Le requérant*

110. Le requérant soutient ne pas avoir perdu sa qualité de victime d'une violation de l'article 3. Les tribunaux internes n'auraient pas reconnu clairement d'une manière juridiquement contraignante une violation de son droit garanti par la Convention. Ils se seraient bornés à mentionner l'article 3 dans les décisions par lesquelles ils ont débouté l'intéressé de ses requêtes et griefs.

111. Le requérant n'aurait pas non plus obtenu une réparation adéquate pour la transgression de l'interdiction de la torture. Il n'aurait retiré aucun bénéfice personnel des condamnations de D. et E. qui, au demeurant, auraient été condamnés à des amendes très modiques assorties du sursis, et dont la conduite n'aurait pas entraîné de conséquences disciplinaires. D. aurait même été promu après sa condamnation. L'action en responsabilité administrative dans le cadre de laquelle le requérant aurait demandé réparation pour le dommage causé par son traitement au mépris de l'article 3 se trouverait toujours pendante devant les juridictions civiles et, à ce jour, l'intéressé n'aurait perçu aucune indemnité. Qui plus est, seule l'exclusion au procès de tous les éléments de preuve qui avaient été recueillis à la suite directe de la violation de l'article 3 aurait permis de rétablir le *statu quo ante*. Ces éléments de preuve, dont la recevabilité aurait été définie dès le début du procès, auraient assuré la condamnation de l'intéressé et, par voie de conséquence, le prononcé de la peine maximale applicable. L'exclusion des seules déclarations qu'il avait faites avant le procès, sous la contrainte, n'aurait pas représenté un redressement suffisant puisque l'accusation n'aurait pas eu besoin de ces déclarations une fois admises les preuves matérielles.

ii. Le Gouvernement

112. Le Gouvernement invite la Grande Chambre à confirmer le constat de la chambre selon lequel le requérant a perdu sa qualité de victime d'une violation de l'article 3. Trois juridictions allemandes – le tribunal régional et la Cour constitutionnelle fédérale dans la procédure pénale dirigée contre le requérant, et le tribunal régional dans la procédure pénale dirigée contre les policiers – auraient explicitement reconnu la violation de l'article 3. Elles auraient souligné que la dignité humaine est intangible et que la torture est prohibée même si la vie d'une personne se trouve en jeu.

113. Le requérant aurait obtenu un redressement suffisant. Les deux policiers impliqués auraient été condamnés à l'issue d'une procédure pénale. Il serait très grave pour un policier d'être jugé et condamné pour contrainte.

En outre, ces deux fonctionnaires de police auraient été mutés. Certes, le requérant n'aurait pas encore perçu une compensation, mais il n'aurait engagé une action en responsabilité administrative devant les tribunaux internes qu'après avoir saisi la Cour, de sorte que le fait que cette procédure soit toujours pendante ne pourrait être pris en considération pour ce qui est de la perte de la qualité de victime. D'ailleurs, le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main aurait écarté non seulement les aveux du 1^{er} octobre 2002, mais aussi les aveux ultérieurs du requérant devant la police, le procureur et un juge avant son procès. Or, après avoir été informé que ses aveux antérieurs ne pouvaient servir de preuve, l'intéressé n'en aurait pas moins fait une nouvelle fois des aveux complets le deuxième jour de son procès, avant que tout autre élément de preuve n'eût été présenté.

iii. Le tiers intervenant (Redress Trust)

114. Selon Redress Trust, la jurisprudence internationale reconnaît que parmi les modes de redressement suffisants et adéquats en cas de torture et autres mauvais traitements prohibés figurent en particulier les formes de réparation suivantes qui peuvent intervenir cumulativement dans une affaire donnée. Premièrement, une enquête pouvant mener à l'identification et à la punition des responsables serait requise (Redress Trust cite, notamment, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 102, *Recueil* 1998-VIII). Deuxièmement, les Etats seraient tenus d'avoir un système de justice pénale efficace capable de sanctionner réellement les auteurs de torture et autres mauvais traitements prohibés et de dissuader la commission de nouvelles infractions. La sanction imposée pour une violation de l'article 3 devrait refléter la gravité de l'infraction et l'Etat devrait se conformer sérieusement et non pas comme s'il s'agissait d'une simple formalité à l'obligation de sanctionner les agents responsables (à titre de comparaison, Redress Trust cite *Nikolova et Velitchkova c. Bulgarie*, n° 7888/03, § 63, 20 décembre 2007). Troisièmement, un redressement adéquat et suffisant en cas de torture et d'autres formes de mauvais traitements comprendrait des voies de recours civiles effectives, en particulier une réparation pour dommage matériel et moral. La Cour elle-même aurait dit de manière réitérée qu'un jugement ne constitue pas en soi une satisfaction équitable suffisante en cas de violations graves telles que celles de l'article 3 et elle allouerait une indemnité pour dommage moral (Redress Trust cite, par exemple, *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, §§ 117-118, *Recueil* 1998-II). Quatrièmement, il faudrait rétablir les droits de manière à remédier à l'impact continu de la torture, par exemple exclure les aveux non spontanés. Cinquièmement, l'Etat serait tenu de mettre en place des mesures prévenant la réitération de la conduite prohibée.

c) Appréciation de la Cour

i. Récapitulatif des principes pertinents

115. La Cour rappelle qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la Convention. A cet égard, la question de savoir si un requérant peut se prétendre victime de la violation alléguée se pose à tous les stades de la procédure sur le terrain de la Convention (voir, entre autres, *Siliadin c. France*, n° 73316/01, § 61, CEDH 2005-VII, et *Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, § 179, CEDH 2006-V). Une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit pas en principe à le priver de sa qualité de «victime» aux fins de l'article 34 de la Convention sauf si les autorités nationales reconnaissent, explicitement ou en substance, puis réparent la violation de la Convention (voir, entre autres, *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, § 66, série A n° 51, *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 44, CEDH 1999-VI, *Siliadin*, précité, § 62, et *Scordino (n° 1)*, précité, § 180).

116. En ce qui concerne la réparation adéquate et suffisante pour remédier au niveau interne à la violation du droit garanti par la Convention, la Cour considère généralement qu'elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, eu égard en particulier à la nature de la violation de la Convention qui se trouve en jeu (comparer, par exemple, *Scordino (n° 1)*, précité, § 186). En cas de mauvais traitement délibéré infligé par des agents de l'Etat au mépris de l'article 3, la Cour estime de manière constante que deux mesures s'imposent pour que la réparation soit suffisante. Premièrement, les autorités de l'Etat doivent mener une enquête approfondie et effective pouvant conduire à l'identification et à la punition des responsables (voir, entre autres, *Krastanov*, précité, § 48, *Çamdereli c. Turquie*, n° 28433/02, §§ 28-29, 17 juillet 2008, et *Vladimir Romanov*, précité, §§ 79 et 81). Deuxièmement, le requérant doit le cas échéant percevoir une compensation (*Vladimir Romanov*, précité, § 79, et, *mutatis mutandis*, *Aksoy*, précité, § 98, et *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, n° 32446/96, § 53, 2 novembre 2004 (ces deux arrêts dans le contexte de l'article 13)) ou, du moins, avoir la possibilité de demander et d'obtenir une indemnité pour le préjudice que lui a causé le mauvais traitement (comparer, *mutatis mutandis*, *Nikolova et Velitchkova*, précité, § 56 (concernant une violation de l'article 2), *Çamdereli*, précité, § 29, et *Yeter c. Turquie*, n° 33750/03, § 58, 13 janvier 2009).

117. Pour ce qui est de l'exigence d'une enquête approfondie et effective, la Cour rappelle que, lorsqu'un individu soutient de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat,

de graves sévices illicites et contraires à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention de « [reconnaître] à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention », requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective. Cette enquête, à l'instar de celle résultant de l'article 2, doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables (voir, notamment, *Assenov et autres*, précité, § 102, *Labita*, précité, § 131, *Çamdereli*, précité, §§ 36-37, et *Vladimir Romanov*, précité, § 81). Pour qu'une enquête soit effective en pratique, la condition préalable est que l'Etat ait promulgué des dispositions de droit pénal réprimant les pratiques contraires à l'article 3 (comparer, *mutatis mutandis*, *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, §§ 150, 153 et 166, CEDH 2003-XII, *Nikolova et Velitchkova*, précité, § 57, et *Çamdereli*, précité, § 38).

118. Quant à l'obligation d'accorder une réparation au niveau interne pour remédier à une violation de l'article 3, la Cour dit invariablement que, en plus de mener une enquête approfondie et effective, l'Etat doit accorder au requérant une indemnité, le cas échéant, ou à tout le moins la possibilité de solliciter et d'obtenir une réparation pour le préjudice que le mauvais traitement lui a causé (voir les références détaillées figurant au paragraphe 116 ci-dessus). La Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer à propos d'autres articles de la Convention que le statut de victime d'un requérant peut dépendre du montant de l'indemnisation qui lui a été accordée au niveau national pour la situation dont il se plaint devant la Cour (voir, par exemple, *Normann c. Danemark* (déc.), n° 44704/98, 14 juin 2001, et *Scordino (n° 1)*, précité, § 202, au sujet d'un grief tiré de l'article 6, ou *Jensen et Rasmussen c. Danemark* (déc.), n° 52620/99, 20 mars 2003, pour un grief tiré de l'article 11). Ce constat s'applique, *mutatis mutandis*, aux plaintes pour violation de l'article 3.

119. En cas de mauvais traitement délibéré, l'octroi d'une indemnité à la victime ne suffit pas à réparer la violation de l'article 3. En effet, si les autorités pouvaient se borner à réagir en cas de mauvais traitement délibéré infligé par des agents de l'Etat en accordant une simple indemnité, sans s'employer à poursuivre et punir les responsables, les agents de l'Etat pourraient dans certains cas enfreindre les droits des personnes soumises à leur contrôle pratiquement en toute impunité, et l'interdiction légale absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants serait dépourvue d'effet utile en dépit de son importance fondamentale (voir, parmi beaucoup d'autres, *Krastanov*, précité, § 60, *Çamdereli*, précité, § 29, et *Vladimir Romanov*, précité, § 78).

ii. Application de ces principes en l'espèce

120. La Cour se doit donc de rechercher d'abord si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, la violation de la Convention. Elle observe à cet égard que, dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre le requérant, le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main a expressément déclaré, dans sa décision du 9 avril 2003, que la menace d'infliger des souffrances au requérant afin de lui extorquer une déclaration avait non seulement représenté une méthode d'interrogatoire prohibée par l'article 136a du code de procédure pénale, mais aussi enfreint l'article 3 de la Convention, qui sous-tend cette disposition du code (paragraphe 26 ci-dessus). De même, la Cour constitutionnelle fédérale, se référant au constat d'une violation de l'article 3 auquel le tribunal régional était parvenu, a conclu à une atteinte à la dignité humaine du requérant et à une transgression de l'interdiction d'infliger des mauvais traitements aux détenus, au mépris respectivement de l'article 1 et de l'article 104 § 1, seconde phrase, de la Loi fondamentale (paragraphe 42 ci-dessus). De plus, dans son jugement du 20 décembre 2004 par lequel il a condamné les fonctionnaires de police D. et E., le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main a estimé que ces méthodes d'interrogatoire ne pouvaient se justifier par la « nécessité », celle-ci ne pouvant constituer un moyen de défense en cas de violation de la protection absolue que l'article 1 de la Loi fondamentale accorde à la dignité humaine, qui est aussi au cœur de l'article 3 de la Convention (paragraphe 48 ci-dessus). Dès lors, la Grande Chambre, souscrivant aux constats de la chambre à cet égard, estime que les tribunaux internes qui ont été appelés à se prononcer sur cette question ont reconnu explicitement et sans équivoque que la manière dont l'interrogatoire du requérant avait été conduit avait méconnu l'article 3 de la Convention.

121. Pour dire si les autorités nationales ont de surcroît accordé au requérant une réparation adéquate et suffisante pour la violation de l'article 3, la Cour doit déterminer en premier lieu si elles ont mené contre les responsables une enquête approfondie et effective conformément aux exigences qu'elle pose dans sa jurisprudence. Pour ce faire, elle a pris en compte dans de précédentes affaires plusieurs critères. D'abord, d'importants facteurs pour que l'enquête soit effective, et qui permettent de vérifier si les autorités avaient la volonté d'identifier et de poursuivre les responsables, sont la célérité avec laquelle elle est ouverte (comparer, entre autres, *Selmouni*, précité, §§ 78-79, *Nikolova et Velitchkova*, précité, § 59, et *Vladimir Romanov*, précité, §§ 85 et suiv.) et la célérité avec laquelle elle est conduite (comparer *Mikheïev c. Russie*, n° 77617/01, § 109, 26 janvier 2006, et *Dedovski et autres c. Russie*, n° 7178/03, § 89, 15 mai 2008). En outre,

l'issue de l'enquête et des poursuites pénales qu'elle déclenche, y compris la sanction prononcée ainsi que les mesures disciplinaires prises, passent pour déterminantes. Elles sont essentielles si l'on veut préserver l'effet dissuasif du système judiciaire en place et le rôle qu'il est tenu d'exercer dans la prévention des atteintes à l'interdiction des mauvais traitements (comparer *Ali et Ayşe Duran c. Turquie*, n° 42942/02, § 62, 8 avril 2008, *Çamdereli*, précité, § 38, et *Nikolova et Velitchkova*, précité, §§ 60 et suiv.).

122. La Cour relève en l'espèce que les poursuites pénales contre les policiers D. et E. furent engagées de trois à quatre mois après l'interrogatoire du requérant, intervenu le 1^{er} octobre 2002 (paragraphe 23 ci-dessus) et que ces fonctionnaires ont été condamnés par un jugement définitif environ deux ans et trois mois après cette date. Même si le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main a atténué la peine compte tenu, parmi de nombreux autres facteurs, de la longue durée de la procédure (paragraphe 50 ci-dessus), la Cour est prête à admettre que l'enquête et les poursuites pénales n'en ont pas moins été suffisamment promptes et diligentes pour répondre aux normes de la Convention.

123. La Cour relève en outre que les policiers ont été jugés coupables respectivement de contrainte et d'incitation à la contrainte, en application des dispositions du droit pénal allemand, la manière dont ils avaient mené l'interrogatoire du requérant ayant été contraire à l'article 3. Elle observe cependant qu'ils ont été condamnés seulement à des amendes très modiques et assorties du sursis. Elle rappelle à ce propos qu'il ne lui incombe pas de se prononcer sur le degré de culpabilité de la personne en cause (*Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, § 116, CEDH 2004-XII, et *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n°s 43577/98 et 43579/98, § 147, CEDH 2005-VII), ou de déterminer la peine à infliger, ces matières relevant de la compétence exclusive des tribunaux répressifs internes. Toutefois, en vertu de l'article 19 de la Convention et conformément au principe voulant que la Convention garantisse des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs, la Cour doit s'assurer que l'Etat s'acquitte comme il se doit de l'obligation qui lui est faite de protéger les droits des personnes relevant de sa juridiction (*Nikolova et Velitchkova*, précité, § 61, avec d'autres références). Dès lors, si la Cour reconnaît le rôle des cours et tribunaux nationaux dans le choix des sanctions à infliger à des agents de l'Etat en cas de mauvais traitements infligés par eux, elle doit conserver sa fonction de contrôle et intervenir dans les cas où il existe une disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la sanction infligée. Sinon, le devoir qu'ont les Etats de mener une enquête effective perdrait beaucoup de son sens (*Nikolova et Velitchkova*, précité, § 62, comparer aussi *Ali et Ayşe Duran*, précité, § 66).

124. La Cour ne perd pas de vue que, lorsqu'il a fixé les peines de D. et de E., le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main a pris plusieurs circonstances atténuantes en considération (paragraphe 50 ci-dessus). Elle admet que la présente requête n'est pas comparable à d'autres affaires concernant des actes de brutalité graves et arbitraires commis par des agents de l'Etat qui ont par la suite tenté de les dissimuler, et dans lesquelles elle a estimé que des peines d'emprisonnement fermes auraient été plus appropriées (comparer, par exemple, *Nikolova et Velitchkova*, précité, § 63, et *Ali et Ayşe Duran*, précité, §§ 67-72). Néanmoins, une condamnation à des amendes quasi symboliques respectivement de 60 et 90 versements journaliers de 60 euros et 120 euros, assortie du sursis qui plus est, ne saurait être tenue pour une réaction adéquate à une violation de l'article 3, même si on la situe dans la pratique de l'Etat défendeur en matière de condamnation. Pareille sanction, manifestement disproportionnée par rapport à une violation de l'un des droits essentiels de la Convention, n'a pas l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres transgressions de l'interdiction des mauvais traitements dans des situations difficiles qui pourraient se présenter à l'avenir.

125. En ce qui concerne les sanctions disciplinaires qui ont été infligées, la Cour relève que, au cours de l'enquête et du procès dont ils ont fait l'objet, D. et E. furent tous deux mutés à des postes qui n'impliquaient plus d'être associés directement à des enquêtes sur des infractions pénales (paragraphe 50 ci-dessus). D. fut nommé par la suite à la direction de la technologie, de la logistique et de l'administration de la police, et en fut désigné chef (paragraphe 52 ci-dessus). La Cour rappelle à ce propos avoir dit de manière réitérée que lorsque des agents de l'Etat sont inculpés d'infractions impliquant des mauvais traitements, il importe qu'ils soient suspendus de leurs fonctions pendant l'instruction ou le procès et en soient démis en cas de condamnation (voir, par exemple, *Abdülsamet Yaman*, précité, § 55, *Nikolova et Velitchkova*, précité, § 63, et *Ali et Ayşe Duran*, précité, § 64). Même si la Cour concède que les faits de la présente cause ne sont pas comparables à ceux dont il était question dans les affaires précédemment citées, elle n'en estime pas moins que la désignation ultérieure de D. à la tête d'un organe de police amène sérieusement à se demander si la réaction des autorités a bien reflété la gravité que représente une violation de l'article 3 – et dont D. avait été reconnu coupable.

126. Quant à la condition supplémentaire d'une réparation pour que la violation de l'article 3 soit redressée au niveau national, la Cour relève que le requérant s'est prévalu de la possibilité de solliciter une indemnité pour le préjudice que lui avait causé la violation de l'article 3. Toutefois, la demande

d'aide judiciaire qu'il a formée pour pouvoir engager pareille action en responsabilité administrative, qui a été renvoyée à la juridiction inférieure, se trouve apparemment en instance depuis plus de trois ans et, par voie de conséquence, aucune audience n'a encore eu lieu et aucun jugement rendu sur le fond de la plainte. La Cour observe que dans la pratique elle a alloué des indemnités au titre de l'article 41 de la Convention pour préjudice moral en raison de la gravité qui s'attache à une violation de l'article 3 (voir, parmi beaucoup d'autres, *Selçuk et Asker*, précité, §§ 117-118).

127. Quoi qu'il en soit, la Cour estime qu'il ne peut y avoir de réparation adéquate et suffisante pour une violation de la Convention que si une demande d'indemnisation demeure elle-même une voie de recours effective, adéquate et accessible. En particulier, les lenteurs excessives d'une action indemnitaire priveront le recours de caractère effectif (comparer, *mutatis mutandis*, *Scordino (n° 1)*, précité, § 195, en ce qui concerne l'indemnisation pour non-respect du « délai raisonnable » exigé par l'article 6). Le fait que les tribunaux internes ne se soient pas prononcés sur le fond de la demande d'indemnisation formée par le requérant depuis plus de trois ans soulève de sérieux doutes quant au caractère effectif d'une action en responsabilité administrative dans les circonstances de la présente affaire. Les autorités ne semblent pas résolues à se prononcer sur le remède qu'il convient d'accorder à l'intéressé et elles n'ont donc pas réagi de manière adéquate et efficace à la violation de l'article 3 litigieuse.

128. La Cour observe en outre que, selon le requérant, seule l'exclusion à son procès également de tous les éléments de preuve obtenus à la suite directe de la violation de l'article 3 commise par les autorités aurait pu remédier à celle-ci. En l'état actuel de sa jurisprudence, elle considère en général comme nécessaire et suffisant qu'un Etat défendeur se conforme aux exigences d'enquête et d'indemnisation pour fournir au niveau interne un redressement approprié en cas de mauvais traitements attentatoires à l'article 3 infligés par ses agents (paragraphes 116-119 ci-dessus). Elle estime toutefois aussi que la question de savoir quelles mesures de redressement sont adéquates et suffisantes pour remédier à la violation d'un droit garanti par la Convention dépend de l'ensemble des circonstances de la cause (paragraphe 116 ci-dessus). Elle n'exclurait donc pas que lorsque l'emploi d'une méthode d'interrogatoire prohibée par l'article 3 a eu des conséquences défavorables pour un requérant dans la procédure pénale dirigée contre lui, une réparation adéquate et suffisante implique, outre les exigences susmentionnées, des mesures de restitution se rapportant à l'incidence que cette méthode d'interrogatoire prohibée continue d'avoir sur le procès, parmi lesquelles figure en particulier le rejet des éléments de preuve que la violation de l'article 3 a permis de recueillir.

129. En l'espèce, la Cour n'a toutefois pas à se prononcer sur cette question et n'a donc pas à examiner à ce stade si l'on peut considérer que la méthode d'interrogatoire prohibée utilisée au cours de l'enquête a continué à avoir une incidence sur le procès du requérant et a eu des conséquences défavorables pour l'intéressé. Eu égard aux constats qui précèdent, elle estime que, de toute façon, les différentes mesures prises par les autorités internes n'ont pas pleinement satisfait à la condition d'un redressement telle qu'établie dans sa jurisprudence. L'Etat défendeur n'a donc pas suffisamment redressé le traitement contraire à l'article 3 que le requérant avait subi.

130. Il s'ensuit que le requérant peut toujours se prétendre victime d'une violation de l'article 3 au sens de l'article 34 de la Convention.

B. Sur l'observation de l'article 3

131. La Cour renvoie au constat auquel elle a abouti plus haut (paragraphes 94-108), à savoir que, lorsqu'elle l'a interrogé le 1^{er} octobre 2002, la police a menacé le requérant de torture afin de l'amener à révéler où se trouvait J. et que cette méthode d'interrogatoire a été constitutive d'un traitement inhumain proscrit par l'article 3.

132. Dès lors, il y a eu violation de l'article 3 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

133. Le requérant dénonce en outre une violation de son droit à un procès équitable du fait, en particulier, que des éléments de preuve obtenus uniquement à la suite des aveux qui lui avaient été extorqués au mépris de l'article 3 ont été admis et utilisés. En ses passages pertinents, l'article 6 est ainsi libellé :

«1. 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 (...).

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix (...)

A. Objet du litige devant la Grande Chambre

134. La Cour relève que devant la Grande Chambre le requérant réitère également son grief fondé sur l'article 6 selon lequel il se serait

vu délibérément refuser des contacts avec son avocat le 1^{er} octobre 2002 tant que tous les éléments à charge n'avaient pas été obtenus. Selon la jurisprudence de la Cour, « l'affaire » renvoyée à la Grande Chambre est la requête telle qu'elle a été déclarée recevable par la chambre (voir, entre autres, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 141, CEDH 2001-VII, *Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97, § 36, CEDH 2002-V, et *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, § 66, CEDH 2004-XI). La chambre ayant, dans sa décision du 10 avril 2007 sur la recevabilité, constaté que le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes comme le veut l'article 35 § 1 de la Convention pour son grief relatif à la consultation de son avocat, la Grande Chambre n'a pas compétence pour connaître de ce grief.

B. Sur l'exception préliminaire du Gouvernement

135. Le Gouvernement objecte que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes, comme le veut l'article 35 § 1 de la Convention, pour le grief restant fondé sur l'article 6. L'intéressé n'aurait pas soulevé comme il le fallait devant les tribunaux internes ses doléances tirées du fait qu'il n'y avait pas eu abandon des poursuites et que l'on n'avait pas exclu de la procédure des éléments de preuve recueillis grâce aux méthodes d'enquête prohibées.

1. Arrêt de la chambre

136. La chambre n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur l'exception préliminaire du Gouvernement, qu'elle a jointe au fond du grief assis sur l'article 6, car elle a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 (paragraphe 86 de l'arrêt de la chambre).

2. Thèses des parties

a) Le Gouvernement

137. Le Gouvernement objecte devant la Grande Chambre que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes, pour les mêmes raisons que celles qu'il avait invoquées dans la procédure devant la chambre. Premièrement, en ce qui concerne l'allégation d'un manque d'équité de son procès pénal formulée par le requérant, qui estime que ce procès aurait dû être suspendu compte tenu des menaces qui avaient été proférées, la Cour constitutionnelle fédérale aurait déclaré le recours constitutionnel irrecevable car insuffisamment étayé. Il aurait incombé au requérant d'expliquer pourquoi le droit constitutionnel exigeait non seulement l'exclusion des

déclarations faites au cours de l'interrogatoire par la police, mais encore l'abandon des poursuites.

138. Deuxièmement, le requérant n'aurait pas épuisé les voies de recours internes en ce qui concerne sa plainte tirée du refus d'exclure certains éléments de preuve du procès. Comme l'aurait confirmé la Cour constitutionnelle fédérale, l'intéressé n'aurait pas étayé en détail dans le cadre de la procédure devant la Cour fédérale de justice, ainsi que l'exigeraient les règles de procédure applicables, qu'il contestait également l'utilisation des pièces à conviction découvertes à Birstein, grief totalement différent selon le Gouvernement de la demande d'abandon des poursuites. En particulier, le requérant n'aurait pas corrigé l'exposé du procureur fédéral du 9 mars 2004 évaluant l'objet du pourvoi et estimant que l'intéressé n'avait pas allégué la violation de l'article 136a § 3 du code de procédure pénale.

b) Le requérant

139. Le requérant conteste cette thèse et estime avoir épuisé les voies de recours internes. En saisissant la Cour fédérale de justice, il aurait introduit la demande la plus large possible dans le but de voir suspendre l'action pénale en raison de la manière dont les éléments de preuve avaient été obtenus. Son recours largement libellé aurait englobé la demande plus étroite concernant l'irrecevabilité des preuves matérielles qui avaient été recueillies à la suite des aveux qu'on lui avait extorqués. En déposant son recours, il aurait joint des copies intégrales de ses demandes préliminaires du 9 avril 2003. La Cour fédérale de justice l'aurait débouté de son pourvoi sans motiver sa décision.

140. En outre, dans son recours ultérieur devant la Cour constitutionnelle fédérale, le requérant aurait pleinement étayé sa demande, expliquant en détail et en se référant à des décisions de principe de la haute juridiction en quoi le fait de ne pas avoir abandonné les poursuites et de ne pas avoir écarté les éléments de preuve litigieux avait emporté selon lui violation de ses droits au titre des articles 1 et 104 de la Loi fondamentale.

3. *Appréciation de la Cour*

141. La Grande Chambre a compétence pour examiner l'exception préliminaire, le Gouvernement ayant dûment présenté celle-ci devant la chambre dans ses observations sur la recevabilité de la requête (paragraphe 84 de l'arrêt de la chambre), conformément aux articles 54 et 55 du règlement de la Cour (*N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, § 44, CEDH 2002-X, *Azinas c. Chypre* [GC], n° 56679/00, §§ 32 et 37, CEDH 2004-III, et *Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 41, CEDH 2006-II).

142. La Cour rappelle que la finalité de l'article 35 est de ménager aux États contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations

alléguées contre eux avant que ces allégations ne lui soient soumises (voir, parmi d'autres, *Civet c. France* [GC], n° 29340/95, § 41, CEDH 1999-VI). L'article 35 § 1 de la Convention doit être appliqué avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif, mais il n'exige pas seulement que les requêtes aient été adressées aux tribunaux internes compétents et qu'il ait été fait usage des recours effectifs permettant de contester les décisions déjà prononcées. Le grief dont on entend saisir la Cour doit d'abord être soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant ces mêmes juridictions nationales appropriées (voir, parmi d'autres, *Cardot c. France*, 19 mars 1991, § 34, série A n° 200, et *Elçi et autres c. Turquie*, n°s 23145/93 et 25091/94, §§ 604 et 605, 13 novembre 2003).

143. En conséquence, les voies de recours internes n'ont pas été épuisées lorsqu'un appel n'est pas admis à cause d'une erreur procédurale émanant du requérant. En revanche, le non-épuisement des voies de recours internes ne peut être retenu contre celui-ci lorsque, bien qu'il n'ait pas respecté les formes prescrites par la loi, l'autorité compétente a examiné la substance du recours (comparer, entre autres, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova* (déc.), n° 45701/99, 7 juin 2001, *Skatka c. Pologne* (déc.), n° 43425/98, 3 octobre 2002, *Jalloh c. Allemagne* (déc.), n° 54810/00, 26 octobre 2004, et *Vladimir Romanov*, précité, § 52).

144. La Cour observe que le requérant se plaint devant elle du manque d'équité de son procès pénal, des éléments de preuve obtenus directement à la suite des aveux qui lui avaient été extorqués ayant été admis au procès. L'intéressé avait soulevé spécifiquement cette question devant le tribunal régional, notamment dans sa demande préliminaire du 9 avril 2003 par laquelle il priait celui-ci de déclarer qu'il était totalement interdit d'utiliser au procès pénal les différents éléments de preuve dont les autorités d'enquête avaient eu connaissance grâce aux déclarations obtenues de manière illégale (paragraphe 25 ci-dessus). Dans son pourvoi devant la Cour fédérale de justice, le requérant s'est référé à cette demande, dont il a produit une copie intégrale (paragraphe 37 ci-dessus). A son tour, la Cour fédérale de justice a repoussé ce recours pour défaut de fondement sans motiver sa décision. La Cour estime dans ces conditions que, conformément aux exigences énoncées dans sa jurisprudence, le requérant a soulevé la substance de son grief fondé sur l'article 6 dans le cadre de la procédure devant la Cour fédérale de justice. Elle ne peut en particulier spéculer quant au point de savoir si cette juridiction a fait sienne une interprétation éventuellement différente du procureur fédéral quant à l'objet du recours du requérant. Celui-ci ayant à nouveau plaidé devant la Cour constitutionnelle fédérale que l'emploi de méthodes d'enquête contraires à la Constitution aurait dû entraîner au procès l'exclusion des éléments de preuve litigieux (paragraphe 40 ci-dessus),

la Cour considère qu'il a soulevé en substance son grief fondé sur l'article 6 d'un bout à l'autre de la procédure devant les cours et tribunaux internes.

145. La Cour note également que le requérant a en outre soutenu devant le tribunal régional, la Cour fédérale de justice et la Cour constitutionnelle fédérale que la procédure pénale dirigée contre lui aurait dû être abandonnée parce que des méthodes d'enquête contraires à la Constitution avaient été employées (paragrapes 24, 37 et 40 ci-dessus). De même que la demande mentionnée plus haut (paragraphe 144), cette requête concernait les conséquences juridiques à attacher dans un procès pénal à l'utilisation d'éléments de preuve recueillis au cours de la procédure d'enquête avant le procès au moyen de méthodes d'interrogatoire prohibées. La Cour constitutionnelle fédérale a déclaré sur ce point le recours devant elle irrecevable car insuffisamment étayé. La Cour note cependant que dans sa décision la Cour constitutionnelle fédérale a confirmé que la menace proférée par la police d'infliger des souffrances au requérant au cours de la procédure d'enquête avait porté atteinte, dans le chef de l'intéressé, à la dignité humaine et transgressé l'interdiction d'infliger des mauvais traitements, consacrées l'une et l'autre par la Loi fondamentale. La haute juridiction a aussi estimé que les tribunaux répressifs avaient suffisamment remédié au vice procédural qu'avait constitué l'emploi de méthodes d'enquête contraires à la Constitution en excluant du procès les déclarations qui avaient été faites sous la menace et elle n'avait pas jugé devoir requérir de surcroît l'abandon de la procédure pénale (paragrapes 42-44 ci-dessus). La Cour considère que, par le biais des observations ainsi formulées, la Cour constitutionnelle a examiné, ne fût-ce qu'en partie, la substance du recours constitutionnel par lequel le requérant demandait l'abandon des poursuites dont il était l'objet. Dès lors, le non-épuisement des voies de recours internes ne peut pas davantage sur ce point être retenu contre lui.

146. La Cour estime que le requérant a donc fourni aux juridictions internes l'occasion de remédier à la violation alléguée et elle conclut au rejet de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes présentée par le Gouvernement.

C. Sur l'observation de l'article 6 de la Convention

1. Arrêt de la chambre

147. La chambre a conclu à la non-violation de l'article 6 §§ 1 et 3. Elle a observé que le tribunal régional avait exclu l'utilisation au procès de toutes les déclarations faites avant celui-ci par le requérant aux autorités d'enquête compte tenu de l'effet continu de l'emploi au cours de l'enquête

de méthodes d'interrogatoire prohibées. Le tribunal interne s'était toutefois servi d'éléments de preuve recueillis indirectement grâce aux déclarations extorquées au requérant. La chambre a conclu à l'existence d'une forte présomption que l'utilisation de preuves représentant le fruit d'aveux extorqués par des moyens contraires à l'article 3 privait, au même titre que l'utilisation des aveux extorqués eux-mêmes, l'ensemble du procès de caractère équitable. Toutefois, dans les circonstances particulières de la cause, c'étaient selon la chambre essentiellement les nouveaux aveux que le requérant avait livrés à son procès qui avaient fondé le verdict. Les autres éléments, y compris les preuves matérielles litigieuses, n'avaient revêtu qu'un caractère accessoire et n'avaient servi qu'à vérifier l'authenticité des aveux.

148. La chambre n'avait pas la conviction que l'intéressé n'eût pas disposé d'autre moyen de défense que d'avouer au procès une fois admis les éléments de preuve litigieux. Dans l'instance devant les tribunaux internes, pour laquelle il avait été assisté par un défenseur, le requérant avait confirmé être passé aux aveux de son plein gré par remords. Le fait que ses aveux avaient changé au cours du procès pouvait être perçu comme une variation dans sa ligne de défense. L'intéressé s'était également prévalu de la possibilité de contester les preuves matérielles litigieuses à son procès, et la chambre a reconnu que le tribunal régional avait pesé tous les intérêts en jeu lorsqu'il avait décidé d'admettre ces preuves.

149. Compte tenu de ces éléments, la chambre a conclu que l'utilisation des éléments de preuve litigieux n'avait pas privé l'ensemble du procès du requérant de caractère équitable.

2. Thèses des parties

a) Le requérant

150. Selon le requérant, l'utilisation des preuves matérielles recueillies au mépris de l'article 3 a privé son procès pénal de l'équité voulue par l'article 6. Une fois ces preuves admises, l'intéressé aurait été totalement dépourvu de son droit de se défendre. On lui aurait aussi retiré la protection que représente le principe prohibant l'incrimination de soi-même. Les pièces à conviction retrouvées à Birstein et sur le trajet du retour auraient été obtenues sur l'ordre de la police qui l'aurait directement contraint à indiquer leur emplacement exact. L'intéressé aurait été forcé à marcher sans chaussures à travers bois jusqu'à l'endroit où il avait caché le corps de J. Le fait que ses indications quant à cet endroit et à la découverte du corps ainsi permise eussent été enregistrées sur bande vidéo démontrerait que ce que l'on cherchait à Birstein, ce n'était pas à sauver l'enfant mais à trouver

des éléments de preuve de manière à pouvoir obtenir la condamnation du requérant.

151. Les pièces à conviction litigieuses auraient joué un rôle déterminant, et pas simplement accessoire, dans le verdict de culpabilité. Même si d'autres accusations auraient été possibles, les éléments incriminant l'intéressé obtenus grâce aux aveux qui lui avaient été extorqués auraient été indispensables à la mise en accusation et à la condamnation pour assassinat. Aucune autre voie légale hypothétique n'aurait pu mener la police à ces preuves à ce moment-là. La réponse à la question de savoir si la police les aurait jamais découvertes relèverait de la pure spéculation.

152. Le tribunal aurait rejeté à l'ouverture du procès la demande du requérant tendant à l'exclusion des éléments de preuve obtenus au mépris de l'article 3, de sorte qu'en fait dès ce moment-là l'issue du procès aurait été déterminée. Toute stratégie de défense possible consistant par exemple à invoquer le droit de garder le silence ou à alléguer que J. avait été tué accidentellement ou encore à livrer des aveux complets très tôt dans la procédure dans l'espoir de voir sa peine atténuer serait devenue vaine. Le requérant aurait partiellement avoué le deuxième jour du procès et n'aurait admis avoir tué J. intentionnellement qu'à la fin des débats, après que tous les moyens de preuve litigieux dont il avait sollicité l'exclusion eurent été versés à charge. De fait, même l'accusation et les procureurs subsidiaires, qui se seraient opposés à toute possibilité d'atténuer la peine, auraient souligné que le requérant n'avait avoué que ce qui avait déjà été prouvé.

153. En outre, indépendamment du point de savoir si la méthode d'interrogatoire doit être qualifiée de torture ou de traitement inhumain, la Convention (le requérant se réfère en particulier à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Jalloh*, précitée) et les dispositions du droit international public (article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, articles 15 et 16 de la Convention des Nations unies contre la torture) feraient obligation d'exclure tous les éléments de preuve obtenus grâce à une transgression de l'interdiction absolue de la torture et des traitements inhumains. Contrairement à ce qu'ont estimé les juridictions internes et la chambre, on ne pourrait et on ne devrait pas mettre en balance la protection du droit absolu garanti par l'article 3 et d'autres intérêts comme la satisfaction d'assurer une condamnation. Sur le plan des principes, il serait essentiel d'exclure les éléments de preuve en question pour éradiquer toutes les incitations à recourir à la torture ou aux mauvais traitements et donc pour prévenir pareille conduite en pratique.

b) Le Gouvernement

154. Le Gouvernement invite la Grande Chambre à confirmer le constat de la chambre selon lequel il n'y a pas eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention. En ce qui concerne la façon dont les preuves litigieuses ont été recueillies, il conteste que le requérant ait été forcé de marcher sans chaussures ou ait fait l'objet de nouvelles menaces, que ce soit à Birstein ou sur le trajet du retour.

155. Certes, le tribunal régional aurait décidé au début du procès que les pièces à conviction litigieuses découvertes à Birstein seraient versées comme preuves au procès. Néanmoins, le requérant aurait confirmé devant les cours et tribunaux internes qu'il avait livré ses aveux de son plein gré au procès par remords et parce qu'il voulait assumer la responsabilité de son crime, alors qu'il aurait pu aussi garder le silence ou mentir au tribunal. Il aurait peut-être changé de ligne de défense dans l'espoir de bénéficier d'une peine plus clémente, mais cette décision n'aurait pas été liée à l'utilisation des éléments de preuve litigieux. Il ne serait pas exact que le requérant n'eût pas eu d'autre choix que d'avouer au procès puisque, comme le tribunal l'aurait confirmé, il serait possible qu'on ne l'eût pas jugé coupable d'assassinat s'il n'avait pas avoué une nouvelle fois. Après que le tribunal lui eut donné une information qualifiée, l'intéressé aurait avoué, le deuxième jour du procès, et il ressortirait clairement de ces aveux qu'il avait tué J. intentionnellement. La différence entre les premiers aveux livrés au procès et ceux faits plus tard serait relativement mineure en ce que dans les premiers l'intéressé n'avait pas admis qu'il avait nourri dès le départ le dessein de tuer J. Cet aveu supplémentaire ne constituerait pas un élément nécessaire pour prouver l'assassinat.

156. La condamnation du requérant aurait reposé sur les aveux que celui-ci avait livrés de son plein gré à son procès. Les pièces à conviction recueillies à Birstein, telles que le corps de J. et le rapport d'autopsie qui fut établi ainsi que les traces de pneus laissées par la voiture du requérant près de l'étang, n'auraient revêtu qu'un caractère accessoire et auraient uniquement servi à vérifier l'exactitude des aveux du requérant au procès. Le tribunal régional l'aurait clairement dit dans les motifs du jugement par lequel il a condamné le requérant.

157. L'article 6 de la Convention n'énoncerait aucune règle sur la recevabilité des preuves en tant que telle, matière qui relèverait au premier chef du droit national. La Convention ferait obligation à un Etat d'appliquer le droit pénal à l'encontre d'un meurtrier. L'intérêt public que représente la condamnation du meurtrier d'un enfant qu'il a enlevé serait d'un très grand poids. D'ailleurs, il faudrait analyser de près la jurisprudence de la Cour

suprême des Etats-Unis, qui irait extrêmement loin en ce qu'elle interdirait d'utiliser le « fruit de l'arbre empoisonné ». Ainsi, dans l'affaire de principe *Nix v. Williams* (décision du 11 juin 1984 (467 U.S. 431), paragraphe 73 ci-dessus), par exemple, cette juridiction aurait admis qu'un corps découvert après une enquête menée de manière irrégulière était recevable comme preuve dans les cas où on l'aurait découvert de toute manière. En l'espèce, dit le Gouvernement, le corps de J., dissimulé à un endroit où le requérant s'était rendu précédemment, aurait été découvert tôt ou tard.

c) Les tiers intervenants

i. Les parents de J.

158. Selon les parents de J., le procès du requérant a rempli les exigences de l'article 6. Au procès, le requérant n'aurait jamais indiqué s'être senti contraint d'avouer mais aurait répété faire ses déclarations librement et par respect pour la famille de sa victime. Il aurait déjà avoué le deuxième jour du procès avoir étouffé J., même si à ce moment-là il aurait nié avoir eu ce dessein avant l'enlèvement. Par la suite, il aurait admis avoir planifié dès le début de tuer l'enfant.

159. En outre, le requérant aurait confirmé dans sa déclaration finale que, les déclarations qu'il avait faites avant le procès ayant été exclues, il avait eu le choix soit de garder le silence soit de passer aux aveux, et l'on ne pourrait donc dire que les jeux étaient déjà faits. Il aurait prétendu avoir livré de son plein gré des aveux complets même s'il aurait reconnu le risque que cela n'eût aucun effet (atténuant) sur le jugement du tribunal. Dans un livre publié par la suite (intitulé *Seul avec Dieu – Le chemin du retour*, voir paragraphe 85 ci-dessus), le requérant n'indiquerait aucunement être passé aux aveux à son procès à cause de l'interrogatoire de police. Dans ce livre, il aurait confirmé, à propos des motifs l'ayant incité à livrer de nouveaux aveux à son procès, qu'il avait souhaité exprimer des remords et avait donc décrit ses actes en détail, au risque – qui s'était concrétisé – que ses aveux n'aient aucune incidence sur sa peine (pp. 225-226). Son comportement au procès n'aurait donc pas constitué une réaction à la décision du tribunal d'admettre les éléments de preuve litigieux.

ii. Le Redress Trust

160. Le Redress Trust souligne que la règle d'exclusion qui proscriit l'admission de preuves obtenues par la torture ou des mauvais traitements s'explique par i) la non-fiabilité des preuves obtenues par la torture; ii) l'atteinte aux valeurs civilisées que cause et représente la torture; iii) l'objectif d'ordre public consistant à éradiquer partout dans le monde

toute incitation à recourir à la torture ; iv) la nécessité d'assurer la protection des droits fondamentaux (à des voies légales et à un procès équitable) de la partie contre les intérêts de laquelle les éléments de preuve sont produits ; et v) la nécessité de préserver l'intégrité de la procédure judiciaire.

161. De nombreuses déclarations, règles, résolutions et conventions internationales interdiraient d'admettre comme preuves dans une procédure judiciaire des déclarations obtenues par la torture ou des traitements inhumains. Selon Redress Trust, il est défendable de dire que la règle d'exclusion concerne non seulement les aveux, mais aussi les éléments de preuve dérivés qu'une déclaration faite sous la torture a permis de recueillir, même si l'article 15 de la Convention des Nations unies contre la torture (paragraphe 64 ci-dessus), en particulier, est formulé en termes assez étroits. Ainsi, dans son observation générale n° 7 du 30 mai 1982 (paragraphe 70 ci-dessus), le Comité des droits de l'homme des Nations unies aurait estimé que pour instaurer le contrôle effectif de l'interdiction de la torture, il serait essentiel d'écarter en justice aussi bien les aveux que les autres éléments rassemblés au moyen de la torture ou de traitements inhumains ou dégradants. De même, la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud aurait dit, dans son arrêt du 10 avril 2008 dans l'affaire *Mthembu v. the State* (paragraphe 74 ci-dessus), que tout usage de preuves recueillies par la torture, y compris les preuves matérielles que celle-ci permettrait d'obtenir, priverait le procès de caractère équitable. Cela s'appliquerait avec autant de force à d'autres formes de mauvais traitement. Les constats de la Cour dans les arrêts *Jalloh* (précité, §§ 99 et 104-107) et *Haroutyunian c. Arménie*, n° 36549/03, § 63, CEDH 2007-III) iraient dans le même sens.

3. *Appréciation de la Cour*

a) **Récapitulatif des principes pertinents**

162. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 19 de la Convention, elle a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la Convention. En particulier, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. Si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régit pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui relève au premier chef du droit interne (*Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, §§ 45-46, série A n° 140, *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, § 34, *Recueil* 1998-IV, et *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02, § 84, 1^{er} mars 2007).

163. La Cour n'a donc pas pour tâche de se prononcer par principe sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuve – par exemple des preuves obtenues de manière illégale au regard du droit interne. Il lui faut examiner si la procédure, y compris le mode d'obtention des preuves, fut équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'illégalité en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, la nature de cette violation (voir, entre autres, *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, § 34, CEDH 2000-V, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, § 76, CEDH 2001-IX, et *Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, § 42, CEDH 2002-IX).

164. Pour déterminer si la procédure a été équitable dans son ensemble, il faut aussi rechercher si les droits de la défense ont été respectés. Il y a lieu de se demander en particulier si le requérant a eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation. Il faut également prendre en compte la qualité des preuves et notamment vérifier si les circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (voir, entre autres, *Khan*, précité, §§ 35 et 37, *Allan*, précité, § 43, et l'arrêt de Grande Chambre *Jalloh*, précité, § 96). A ce propos, la Cour attache de l'importance au point de savoir si l'élément de preuve en question a exercé une influence décisive sur l'issue de l'action pénale (comparer, en particulier, *Khan*, précité, §§ 35 et 37).

165. Pour ce qui est de la nature de la violation de la Convention constatée, la Cour rappelle que pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 a privé le procès dans son ensemble du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectés et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question (comparer, entre autres, *Khan*, précité, §§ 35-40, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, précité, §§ 77-79, et *Bykov c. Russie* [GC], n° 4378/02, §§ 94-98, 10 mars 2009, dans lesquels la Cour n'a constaté aucune violation de l'article 6). Toutefois, des considérations particulières valent pour l'utilisation dans une procédure pénale d'éléments de preuve obtenus au moyen d'une mesure jugée contraire à l'article 3. L'utilisation de pareils éléments, recueillis grâce à une violation de l'un des droits absolus constituant le noyau dur de la Convention, suscite toujours de graves doutes quant à l'équité de la procédure, même si le fait de les avoir admis comme preuves n'a pas été décisif pour la condamnation du suspect

(*İçöz c. Turquie* (déc.), n° 54919/00, 9 janvier 2003, et l'arrêt de Grande Chambre *Jalloh*, précité, §§ 99 et 104, *Göçmen c. Turquie*, n° 72000/01, §§ 73-74, 17 octobre 2006, et *Haroutyunian*, précité, § 63).

166. En conséquence, la Cour a conclu à propos d'aveux en tant que tels que l'admission comme preuves des faits pertinents dans la procédure pénale de déclarations obtenues par des actes de torture (comparer *Örs et autres c. Turquie*, n° 46213/99, § 60, 20 juin 2006; *Haroutyunian*, précité, §§ 63, 64 et 66; et *Levința c. Moldova*, n° 17332/03, §§ 101 et 104-105, 16 décembre 2008) ou d'autres mauvais traitements contraires à l'article 3 (comparer *Söylemez c. Turquie*, n° 46661/99, §§ 107 et 122-124, 21 septembre 2006, et *Göçmen*, précité, §§ 73-74), avait entaché d'iniquité l'ensemble de la procédure. Elle a ajouté qu'il en était ainsi indépendamment de la valeur probante des déclarations et que l'admission de ces éléments eût été ou non déterminante pour le verdict de culpabilité qui avait frappé le requérant (*ibidem*).

167. En ce qui concerne l'utilisation au procès de preuves matérielles que des mauvais traitements contraires à l'article 3 avaient directement permis de recueillir, la Cour a estimé que des éléments matériels à charge rassemblés au moyen d'actes de violence, du moins si ces actes pouvaient être qualifiés de torture, ne devaient jamais, quelle qu'en fût la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la personne qui en avait été victime. Toute autre conclusion ne ferait que légitimer indirectement le type de conduite moralement répréhensible que les auteurs de l'article 3 de la Convention ont cherché à interdire ou, en d'autres termes, ne ferait que « conférer une apparence de légalité à la brutalité » (l'arrêt de Grande Chambre *Jalloh*, précité, § 105). Dans son arrêt *Jalloh*, la Cour n'a pas tranché la question de savoir si le versement de preuves matérielles rassemblées au moyen d'un acte qualifié de traitement inhumain et dégradant mais n'équivalant pas à la torture entachait toujours le procès d'iniquité, indépendamment, en particulier, de l'importance attachée aux preuves, de leur valeur probante et des possibilités dont avait disposé la victime pour contester leur versement au dossier et leur utilisation au procès (*ibidem*, §§ 106-107). Elle a conclu à la violation de l'article 6 dans les circonstances particulières de cette cause (*ibidem*, §§ 107-108).

168. Quant à l'utilisation de preuves recueillies au mépris du droit de garder le silence et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour rappelle que ce sont des normes internationales généralement reconnues, qui sont au cœur de la notion d'un procès équitable tel que garanti par l'article 6. Ces normes sont inspirées notamment par le souci de mettre un accusé à l'abri d'une contrainte abusive de la part des autorités, afin d'éviter des erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6. Le droit

de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose en particulier que l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé (voir, entre autres, *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, § 68, *Recueil* 1996-VI, *Heaney et McGuinness c. Irlande*, n° 34720/97, § 40, CEDH 2000-XII, et l'arrêt de Grande Chambre *Jalloh*, précité, § 100).

b) Application de ces principes en l'espèce

169. Comme les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 concernant les droits de la défense et le principe prohibant l'auto-incrimination représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1, la Cour examinera les griefs sous l'angle de ces deux textes combinés (comparer, parmi d'autres arrêts, *Windisch c. Autriche*, 27 septembre 1990, § 23, série A n° 186, *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, § 43, série A n° 238, *Funke c. France*, 25 février 1993, § 44, série A n° 256-A, et *Saunders*, précité, § 68).

170. Pour déterminer, à la lumière des principes qui précèdent, si l'action pénale dirigée contre le requérant qui, dès le début, s'était opposé à l'utilisation des éléments de preuve recueillis au mépris de ses droits garantis par la Convention, peut être tenue pour avoir été équitable dans son ensemble, la Cour doit considérer en premier lieu la nature de la violation de la Convention en question et le degré auquel elle a permis d'obtenir les éléments de preuve litigieux. Elle renvoie à son constat ci-dessus selon lequel les aveux que le requérant a livrés le 1^{er} octobre 2002 au matin alors que E. l'interrogeait lui ont été extorqués au mépris de l'article 3 (paragraphe 108 ci-dessus). Elle a aussi conclu que rien n'indiquait que la police eût menacé le requérant une seconde fois, à Birstein ou durant le trajet pour s'y rendre ou pour en revenir, afin de l'amener à révéler des preuves matérielles (paragraphe 99 ci-dessus).

171. La Cour note que le tribunal régional a estimé que les déclarations du requérant postérieures aux menaces, en particulier les déclarations faites à Birstein et celles faites durant le trajet du retour au commissariat, avaient été formulées sous l'effet continu des menaces qui avaient été proférées pendant l'interrogatoire et étaient donc irrecevables (paragraphe 29 ci-dessus), alors qu'il a considéré que les preuves matérielles découvertes grâce à ces déclarations étaient recevables. Dans la procédure devant les tribunaux internes, les preuves matérielles litigieuses ont été considérées comme des preuves dont les autorités d'enquête avaient eu connaissance par suite des déclarations extorquées au requérant (effet indirect (*Fernwirkung*) – paragraphe 31 ci-dessus). Aux fins de son appréciation sous l'angle de l'article 6, la Cour considère comme déterminant le lien de causalité existant entre

l'interrogatoire du requérant conduit au mépris de l'article 3 et les preuves matérielles recueillies par les autorités grâce aux indications du requérant, dont le corps de J. et le rapport d'autopsie auquel il a donné lieu, les traces de pneus laissées par la voiture du requérant près de l'étang ainsi que le sac à dos et les vêtements de J., et la machine à écrire appartenant au requérant. En d'autres termes, la découverte des preuves matérielles litigieuses a été le résultat direct de l'interrogatoire du requérant, que la police avait mené en contrevenant à l'article 3.

172. En outre, des preuves recueillies par des moyens contraires à l'article 3 ne soulèvent une question sous l'angle de l'article 6 que si l'utilisation n'en a pas été écartée au procès pénal d'un requérant. La Cour relève que le tribunal régional a exclu au procès tous les aveux que le requérant avait livrés sous la menace ou les effets continus de celle-ci dans le cadre de la procédure d'enquête (paragraphe 28-30 ci-dessus). En revanche, il a rejeté la demande que le requérant avait formée à l'ouverture du procès et a refusé d'écarter les éléments de preuve que les autorités d'enquête avaient rassemblés à la suite des déclarations faites par l'intéressé sous l'effet continu du traitement attentatoire à l'article 3 (paragraphe 31 ci-dessus).

173. La Cour est donc appelée à examiner les conséquences qu'a sur l'équité d'un procès l'utilisation de preuves matérielles obtenues par suite d'un traitement qualifié d'inhumain contraire à l'article 3, mais qui se situe en deçà de la torture. Ainsi qu'elle l'a indiqué ci-dessus (paragraphe 166-167), elle ne s'est pas encore prononcée dans sa jurisprudence sur la question de savoir si l'utilisation de pareilles preuves privera toujours un procès de caractère équitable, quelles que soient les autres circonstances de la cause. Elle estime toutefois que l'emploi dans l'action pénale de déclarations obtenues grâce à une violation de l'article 3 – que cette violation soit qualifiée de torture ou de traitement inhumain ou dégradant – comme l'utilisation de preuves matérielles rassemblées à la suite directe d'actes de torture privent automatiquement d'équité la procédure dans son ensemble et violent l'article 6 (*ibidem*).

174. La Cour note qu'aucun consensus ne se dégage clairement parmi les Etats contractants de la Convention, les juridictions d'autres Etats et d'autres organes de contrôle du respect des droits de l'homme quant au champ d'application précis de la règle d'exclusion (voir les références données aux paragraphes 69-74 ci-dessus). En particulier, des facteurs tels que le point de savoir si les éléments de preuve litigieux auraient de toute façon été découverts ultérieurement, indépendamment de la méthode d'enquête prohibée, peuvent avoir une incidence sur la recevabilité de ces preuves.

175. Par ailleurs, la Cour a conscience des différents droits et intérêts concurrents en jeu. D'une part, l'exclusion de preuves matérielles – souvent

fiables et accablantes – à un procès pénal entravera la poursuite effective des infractions. Les victimes d'un crime, leur famille et le public ont indubitablement tous un intérêt à la poursuite et à la sanction des criminels, et dans la présente affaire cet intérêt revêtait une importance considérable. Qui plus est, le cas dont il est question ici présente aussi cette particularité que les preuves matérielles litigieuses furent recueillies grâce à une méthode illégale d'interrogatoire qui ne visait pas en elle-même à permettre une instruction pénale, mais qui a été appliquée à des fins de prévention, c'est-à-dire pour sauver la vie d'un enfant, et donc pour protéger un autre droit fondamental garanti par la Convention, plus précisément par son article 2. D'autre part, un accusé dans une procédure pénale a droit à un procès équitable, droit qui peut être remis en cause si les tribunaux internes se servent de preuves rassemblées à la suite d'une transgression de l'interdiction des traitements inhumains posée à l'article 3, l'un des droits fondamentaux et absolus garantis par la Convention. De fait, il existe aussi un intérêt public essentiel à la sauvegarde de l'intégrité du processus judiciaire et donc des valeurs des sociétés civilisées fondées sur la prééminence du droit.

176. Tout en ayant égard aux intérêts susmentionnés en jeu dans le contexte de l'article 6, la Cour doit prendre acte du fait que l'article 3 de la Convention consacre un droit absolu. Ce droit étant absolu, il ne saurait être mis en balance avec d'autres intérêts tels que la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête ou l'intérêt général à ce que soient menées des poursuites pénales effectives. Sinon, ce caractère absolu se trouverait ébranlé (comparer aussi, *mutatis mutandis*, *Saadi*, précité, §§ 138-139). Pour la Cour, ni la protection de la vie humaine ni une condamnation pénale ne peuvent être assurées au prix d'une mise en péril de la protection du droit absolu à ne pas se voir infliger des mauvais traitements prohibés par l'article 3; sinon, on sacrifierait ces valeurs et jetterait le discrédit sur l'administration de la justice.

177. La Cour prend aussi note à cet égard de l'argument du Gouvernement qui estime que la Convention lui faisait obligation d'appliquer la loi pénale à l'encontre d'un meurtrier, et ainsi de protéger le droit à la vie. La Convention exige en effet des Etats contractants qu'ils protègent le droit à la vie (voir, parmi beaucoup d'autres, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §§ 115-116, *Recueil* 1998-VIII). Elle ne les oblige cependant pas à le faire par des actes qui transgressent l'interdiction absolue des traitements inhumains énoncée à l'article 3 ou d'une manière qui porte atteinte au droit de tout accusé à un procès équitable en vertu de l'article 6 (comparer, *mutatis mutandis*, *Osman*, précité, § 116). La Cour reconnaît qu'en l'espèce les agents de l'Etat ont eu à agir dans une situation difficile et tendue et ont

voulu sauver une vie. Cela ne change toutefois rien au fait qu'ils ont obtenu des preuves matérielles au moyen d'une violation de l'article 3. Qui plus est, c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques (comparer *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 54, CEDH 2008).

178. Il reste que, contrairement à l'article 3, l'article 6 ne consacre pas un droit absolu. La Cour doit donc rechercher quelles mesures il y a lieu de considérer à la fois comme nécessaires et comme suffisantes dans une procédure pénale, en ce qui concerne des éléments de preuve obtenus à la suite d'une violation de l'article 3, pour assurer une protection effective des droits garantis par l'article 6. Comme elle l'établit dans sa jurisprudence (paragraphes 165-167 ci-dessus), l'usage de pareilles preuves soulève de graves questions quant à l'équité de la procédure. Certes, dans le contexte de l'article 6, l'admission de preuves recueillies au moyen d'une conduite absolument prohibée par l'article 3 pourrait inciter les représentants de la loi à recourir à de telles méthodes malgré cette interdiction absolue. La répression de l'emploi de méthodes d'enquête transgressant l'article 3 et la protection effective des individus contre de telles méthodes peuvent donc elles aussi exiger en principe d'exclure l'utilisation au procès des preuves matérielles rassemblées au moyen d'une violation de l'article 3, même si ces preuves ont un lien plus ténu avec la violation de l'article 3 que celles extorquées directement grâce à une violation de cet article. Sinon, l'ensemble du procès est inéquitable. La Cour estime cependant que l'équité d'un procès pénal et la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3 dans ce contexte ne se trouvent en jeu que s'il est démontré que la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine.

179. La Cour relève qu'en l'espèce le tribunal régional a expressément fondé ses constatations relatives à l'exécution du crime commis par le requérant – et donc les constats qui emportèrent condamnation de l'intéressé pour assassinat et enlèvement avec demande de rançon – exclusivement sur les nouveaux aveux complets que le requérant avait faits au procès (paragraphe 34 ci-dessus). Il a aussi pris les nouveaux aveux pour base essentielle, sinon pour seule base, de ses constatations relatives à la planification du crime, qui a elle aussi joué un rôle dans le verdict de culpabilité et la peine (*ibidem*). Les éléments de preuve supplémentaires admis au procès n'ont pas servi au tribunal régional à prouver la culpabilité du requérant, mais seulement à vérifier l'authenticité de ses aveux. Ils comprenaient les résultats de l'autopsie quant à la cause du décès de J. et les traces de pneus laissées par la voiture du requérant près de l'étang où le

corps de l'enfant avait été découvert. Le tribunal régional s'est aussi appuyé sur des preuves corroborantes qui avaient été recueillies indépendamment des premiers aveux extorqués au requérant sous la menace, la police ayant pris celui-ci en filature après qu'il se fut emparé de la rançon et ayant fouillé son appartement immédiatement après son arrestation. Ces preuves, non « viciées » par la violation de l'article 3, étaient le témoignage de la sœur de J., le libellé de la lettre de chantage, la note découverte dans l'appartement du requérant concernant l'organisation du crime, ainsi que l'argent de la rançon retrouvé dans l'appartement du requérant ou versé sur ses comptes bancaires (*ibidem*).

180. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que ce sont les deuxièmes aveux du requérant au procès – seuls ou corroborés par d'autres preuves non viciées, matérielles celles-là – qui ont fondé le verdict de culpabilité pour assassinat et enlèvement avec demande de rançon, ainsi que la peine. Les preuves matérielles litigieuses n'étaient pas nécessaires et n'ont pas servi à prouver la culpabilité ou à fixer la peine. On peut donc dire que la chaîne de causalité entre, d'une part, les méthodes d'enquête prohibées et, d'autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant a été rompue en ce qui concerne les preuves matérielles litigieuses.

181. Vu ces constats, la Cour doit également rechercher si la violation de l'article 3 qui s'est produite au cours de la procédure d'enquête a conduit le requérant à avouer au procès. Dans sa requête devant elle, le requérant soutenait que tel était le cas. Selon lui, il n'a eu d'autre choix pour sa défense au procès que d'avouer une fois que le tribunal régional eut refusé, à l'ouverture des débats, d'accéder à sa demande d'exclusion des preuves matérielles recueillies au moyen d'une violation de l'article 3.

182. La Cour observe en premier lieu qu'avant les aveux qu'il livra le deuxième jour du procès, le requérant avait été informé de son droit de garder le silence et de ce qu'aucune des déclarations qu'il avait faites auparavant quant aux chefs d'accusation ne pourrait être versée à charge (paragraphe 34 ci-dessus). Elle estime donc que la législation et la pratique internes attachaient effectivement des conséquences aux aveux obtenus au moyen de mauvais traitements prohibés (voir, en sens contraire, *Hulki Güneş c. Turquie*, n° 28490/95, § 91, CEDH 2003-VII, et *Göçmen*, précité, § 73) et qu'il y a eu à cet égard retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire à la situation dans laquelle le requérant se trouvait avant que la violation de l'article 3 ne se produise.

183. D'ailleurs, le requérant, qui fut représenté par un conseil, souligna dans les déclarations qu'il fit le deuxième jour et à la clôture du procès qu'il avouait de son plein gré par remords et pour assumer la responsabilité de ses actes en dépit des faits survenus le 1^{er} octobre 2002 (paragraphe 32

ci-dessus). Il s'exprima ainsi bien que sa tentative pour voir écarter les preuves matérielles litigieuses eût échoué auparavant. La Cour n'a donc aucune raison de supposer que le requérant n'a pas dit la vérité, qu'il n'aurait pas avoué si le tribunal régional avait décidé à l'ouverture du procès d'écarter ces preuves matérielles litigieuses et qu'il faille dès lors considérer que ses aveux ont résulté de mesures qui avaient anéanti dans son chef la substance des droits de la défense.

184. Quoi qu'il en soit, il ressort clairement de la motivation du tribunal régional que les seconds aveux que le requérant fit le dernier jour du procès ont été déterminants pour le verdict de culpabilité d'assassinat, infraction dont il n'aurait peut-être pas été reconnu coupable autrement (paragraphe 34 et 35 ci-dessus). Dans ses aveux, l'intéressé mentionnait de nombreux éléments supplémentaires sans lien avec ce que les preuves matérielles litigieuses auraient permis d'établir. Alors que ces éléments démontraient que J. avait été étouffé et que le requérant s'était rendu à l'étang de Birstein, ses aveux prouvaient notamment son intention de tuer J. ainsi que les motifs qui l'avaient amené à le faire. Compte tenu de ces éléments, la Cour n'estime pas que, après le rejet de la demande d'exclusion des preuves litigieuses à l'ouverture du procès, le requérant n'aurait pu garder le silence et n'avait plus d'autre choix que d'avouer. Elle ne considère donc pas non plus que la violation de l'article 3 qui s'était produite au cours de l'enquête ait eu une incidence sur les aveux que l'intéressé fit au procès.

185. Quant aux droits de la défense, la Cour relève de plus que le requérant a eu la possibilité, dont il s'est prévalu, de contester l'utilisation des preuves matérielles litigieuses à son procès et que le tribunal régional avait la latitude de les écarter. Les droits de la défense n'ont donc pas davantage été méconnus sur ce point.

186. La Cour observe que le requérant prétend avoir été privé à son procès de la protection que représente le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ainsi qu'il est démontré plus haut (paragraphe 168), ce droit présuppose que l'accusation établisse les faits reprochés à l'accusé sans l'appui de preuves recueillies au moyen de mesures de contrainte ou de coercition imposées contre le gré de l'intéressé. La Cour renvoie à ses constats qui précèdent, à savoir que les tribunaux internes ont fondé le verdict sur les seconds aveux que le requérant avait livrés au procès, sans recourir, comme preuves nécessaires de la culpabilité, aux éléments matériels litigieux. Elle conclut donc que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a été respecté dans la procédure dirigée contre le requérant.

187. La Cour estime que, dans les circonstances de la cause du requérant, la non-exclusion des preuves matérielles litigieuses, recueillies à la

suite d'une déclaration extorquée au moyen d'un traitement inhumain, n'a pas joué dans le verdict de culpabilité et la peine prononcés contre le requérant. Les droits de la défense et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ont eux aussi été observés, de sorte qu'il y a lieu de tenir l'ensemble du procès du requérant pour équitable.

188. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention.

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

189. 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

190. Le requérant ne sollicite aucune indemnité pour dommage matériel ou moral; il souligne que l'objectif de sa requête est d'obtenir devant les cours et tribunaux internes un nouveau procès. Le Gouvernement ne formule pas d'observations sur cette question.

191. La Cour n'accorde donc aucune indemnité pour dommage. Pour ce qui est de la mesure spécifique sollicitée par le requérant à titre de compensation, elle considère, compte tenu de la conclusion à laquelle elle parvient sur le terrain de l'article 6, qu'il n'existe aucune base permettant au requérant de demander un nouveau procès ou la réouverture de la procédure devant les juridictions internes.

B. Frais et dépens

192. Pièces à l'appui, le requérant maintient les demandes qu'il avait formées devant la chambre et sollicite le remboursement des frais de la procédure pénale que le tribunal régional lui a ordonné de verser après sa condamnation. Ils se montent à 72 855,60 euros (EUR). L'intéressé laisse à la Cour le soin de déterminer ceux de ces frais (qui comprennent, entre autres, les frais d'expertise et des autres témoins ainsi que les honoraires d'avocat) qui doivent passer pour avoir été occasionnés par les violations de ses droits garantis par la Convention. Selon lui, les frais afférents au pourvoi et au recours devant la Cour constitutionnelle fédérale (dont il ne précise pas le montant) ont été engagés seulement dans le but de faire redresser les violations de la Convention.

193. Le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sollicite en outre 22 647,85 EUR au total pour les frais et dépens afférents à la procédure devant la Cour. Ces frais, qui ont fait l'objet d'une facture ou d'une attestation, comprennent les honoraires d'avocat, les frais d'accès au dossier de la procédure interne et de rapports d'experts juridiques, de copies, de voyage, de séjour ainsi que les frais de l'autre procédure pendante devant les juridictions internes.

194. Le Gouvernement ne formule pas d'observations sur les prétentions du requérant devant la Grande Chambre. Devant la chambre, il avait plaidé que les frais auxquels le tribunal régional avait condamné celui-ci n'avaient pas été exposés pour prévenir ou redresser une violation des droits de l'intéressé au titre de la Convention. Le requérant n'aurait pas précisé les frais engagés pour la procédure devant la Cour fédérale de justice ou devant la Cour constitutionnelle fédérale. Si la procédure devait être rouverte devant les juridictions internes à la suite d'un constat de violation des droits garantis au requérant par la Convention et si celui-ci devait être acquitté, alors la décision relative aux frais de la procédure devant le tribunal régional serait réexaminée.

195. Le Gouvernement laisse par ailleurs à la Cour le soin de se prononcer sur le caractère raisonnable ou non des honoraires d'avocat réclamés.

196. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 41 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En outre, les frais de justice ne sont recouvrables que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée (voir, par exemple, *Beyeler c. Italie* (satisfaction équitable) [GC], n° 33202/96, § 27, 28 mai 2002, *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, § 176, CEDH 2008, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 105, CEDH 2003-VIII).

197. En ce qui concerne les frais et dépens exposés dans la procédure devant les juridictions internes, la Cour note que le requérant lui laisse le soin d'apprécier quelle part des frais de l'action pénale dirigée contre lui devant le tribunal régional peut être imputée à sa tentative de prévenir une violation de la Convention. Elle relève toutefois que, alors qu'elle a estimé que l'article 3 avait été méconnu dans le cadre de la procédure d'enquête, elle a conclu que la procédure pénale dirigée contre le requérant avait respecté les exigences de la Convention. L'intéressé n'ayant pas précisé les frais exposés dans toutes les procédures introduites devant les autorités internes afin de faire remédier à la violation de l'article 3, la Cour ne peut lui accorder aucuns frais de ce chef.

198. Quant aux frais et dépens engagés dans la procédure devant elle, la Cour considère que les montants réclamés par le requérant n'ont pour

partie pas été nécessairement exposés et sont dans leur ensemble excessifs. De surcroît, la Cour ne donne que partiellement gain de cause au requérant. Elle juge donc raisonnable d'allouer à celui-ci 4 000 euros (EUR) à ce titre, moins les 2 276,60 EUR déjà perçus du Conseil de l'Europe par la voie de l'assistance judiciaire, soit 1 723,40 EUR, plus tout impôt pouvant être dû par l'intéressé sur ce montant.

C. Intérêts moratoires

199. 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 en ce qui concerne le grief du requérant fondé sur l'article 6 de la Convention ;
2. *Dit*, par onze voix contre six, que le requérant peut encore se prétendre « victime » d'une violation de l'article 3 de la Convention aux fins de l'article 34 de la Convention ;
3. *Dit*, par onze voix contre six, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention ;
4. *Dit*, par onze voix contre six, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention ;
5. *Dit*, par dix voix contre sept,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 1 723,40 EUR (mille sept cent vingt-trois euros quarante centimes) pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
6. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable du requérant pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 1^{er} juin 2010.

Erik Fribergh
Greffier

Jean-Paul Costa
Président

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

- opinion partiellement concordante des juges Tulkens, Ziemele et Bianku ;
- opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku et Power ;
- opinion partiellement dissidente du juge Casadevall à laquelle se rallient les juges Kovler, Mijović, Jaeger, Jočienė et López Guerra.

J.-P.C.

E.F.

OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE
DES JUGES TULKENS, ZIEMELE ET BIANKU

1. En ce qui concerne l'article 3 de la Convention, nous partageons la conclusion de l'arrêt¹ selon laquelle le requérant peut toujours se prétendre « victime » au sens de l'article 34 de la Convention et que, partant, l'article 3 a été violé. Toutefois, sur le statut de victime du requérant, le raisonnement qui est le nôtre diffère de celui adopté par la majorité.

2. Afin de déterminer si le requérant avait ou non perdu la qualité de victime, la Cour devait, conformément à sa jurisprudence, examiner si les autorités internes avaient reconnu et réparé la violation alléguée de l'article 3.

3. La reconnaissance ne faisait aucun doute puisque les autorités judiciaires avaient expressément admis que les méthodes d'investigation utilisées constituaient des « mauvais traitements » ; ceux-ci ne pouvaient être justifiés par la « nécessité » qui ne constitue pas une défense s'agissant de la protection absolue de la dignité humaine inscrite dans l'article 1 de la Loi fondamentale ainsi que dans l'article 3 de la Convention.

4. En revanche, l'arrêt estime qu'une réparation suffisante et appropriée n'a pas été apportée et il se fonde sur ce qu'il considère comme des manquements dans l'exercice de l'action pénale qui a conduit à la condamnation des policiers. Si l'enquête pénale menée contre les policiers qui ont utilisé les menaces de torture contre le requérant est jugée compatible avec les critères de la Convention, il n'en va pas de même en ce qui concerne les *peines* qui ont été infligées aux policiers. L'arrêt juge celles-ci « insuffisantes » et « manifestement disproportionnées » par rapport à la gravité des faits ; elles n'ont dès lors pas « l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres transgressions de l'interdiction des mauvais traitements dans des situations difficiles qui pourraient se présenter à l'avenir » (paragraphe 123 et 124).

5. Certes, cette appréciation de la Cour quant à la portée de l'obligation de punir de l'Etat n'est pas nouvelle et se retrouve dans de nombreux arrêts. Elle soulève cependant, à nos yeux, surtout dans la présente affaire, trois questions. Tout d'abord, la détermination de la peine est une des tâches les plus délicates et les plus difficiles dans l'exercice de la justice pénale. Elle requiert la prise en compte de multiples facteurs ainsi que la connaissance et, dès lors, la proximité des faits, des situations et des personnes. C'est en principe le rôle des juridictions nationales et non de la Cour qui ne

1. En revanche, en ce qui concerne l'article 6 de la Convention, nous estimons, contrairement à la majorité, qu'il y a eu violation de cette disposition et nous renvoyons à l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku et Power.

devrait s'engager dans cette démarche qu'avec une infinie prudence et en cas d'absolue nécessité. Ensuite, en affirmant comme un postulat l'effet dissuasif de sanctions pénales plus lourdes, nous nous demandons si la Cour ne risque pas de créer ou d'entretenir une illusion. L'effet de prévention (générale ou individuelle) des peines a fait depuis longtemps l'objet de nombreux travaux et recherches, notamment empiriques. Ceux-ci arrivent à la conclusion que cet effet est relatif, sinon médiocre¹. Enfin, même – et sans doute surtout – lorsque la répression pénale se met au service des droits et libertés, avec le risque d'occulter que celle-ci est aussi une menace pour les droits et libertés, on ne peut perdre de vue le principe de subsidiarité qui est un axiome de base du droit pénal: le recours à l'arme pénale n'est admissible que s'il n'existe pas d'autres moyens de protéger les valeurs ou intérêts en cause.

6. La Cour le répète inlassablement: les droits de la Convention ne peuvent être théoriques et illusoire mais doivent être concrets et effectifs. Le procès pénal à l'encontre des policiers, qui devait évidemment avoir lieu, était-il cependant, en l'espèce, le seul moyen possible pour prévenir la répétition de violations de l'article 3 de la Convention, une disposition qui fait partie des droits les plus fondamentaux (*core rights*) de la Convention ? Nous ne le pensons pas.

7. Selon notre jurisprudence qui est rappelée dans l'arrêt, le caractère adéquat et suffisant de la réparation d'une violation de la Convention doit s'apprécier en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire (paragraphe 116). En l'espèce, nous pensons que la réparation la plus adéquate de la violation constatée et reconnue de l'article 3 aurait été l'*exclusion du procès* des éléments de preuve obtenus en violation de la Convention, ce qui ne fut pas le cas et nous amène donc à conclure que le requérant peut toujours se prétendre « victime » au sens de l'article 34 de la Convention.

8. Il est toutefois intéressant d'observer que, au terme de son analyse, la Cour n'écarte pas, en principe, la possibilité de l'exclusion de la preuve comme mesure complémentaire: « lorsque l'emploi d'une méthode d'interrogatoire prohibée par l'article 3 a eu des conséquences défavorables pour un requérant dans la procédure pénale dirigée contre lui, une réparation adéquate et suffisante implique, outre les exigences susmentionnées, des mesures de restitution se rapportant à l'incidence que cette méthode d'interrogatoire prohibée continue d'avoir sur le procès, parmi lesquelles

1. G. Kellens, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, pp. 59 et suiv.; P. Poncela, *Droit de la peine*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 2^{ème} édition, 2001, pp. 458 et suiv.

figurent en particulier le rejet des éléments de preuve que la violation de l'article 3 a permis de recueillir» (paragraphe 128 *in fine*).

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES
ROZAKIS, TULKENS, JEBENS, ZIEMELE, BIANKU ET POWER

(Traduction)

1. Nous ne souscrivons pas à l'opinion de la majorité selon laquelle il n'y a pas eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention. Pour nous, l'article 6 a été méconnu parce que des preuves matérielles obtenues à la suite directe d'une violation de l'article 3 ont été admises au procès pénal du requérant. Cette violation a été aggravée par le fait que ces preuves ont aussi été obtenues dans des circonstances où l'auteur de l'infraction s'est accusé lui-même.

2. L'admission dans une procédure pénale d'une quelconque preuve recueillie au mépris de l'article 3 pose une question de principe fondamentale et d'une importance essentielle. La jurisprudence de la Cour à ce jour était claire en ce qui concerne l'admission d'aveux obtenus au mépris de l'article 3 (ces propos étant toujours irrecevables, qu'ils aient été obtenus au moyen de la torture ou d'un traitement inhumain ou dégradant), mais restait à trancher la question des conséquences sur l'équité d'un procès de l'admission d'autres types de preuves (« des preuves matérielles ») recueillies à la suite d'un traitement n'atteignant pas le seuil de la torture mais tombant néanmoins sous le coup de l'article 3. Aussi difficile que cette affaire pût être, elle fournissait à la Grande Chambre l'occasion de définir la portée précise de la règle d'exclusion relativement à des preuves obtenues grâce à une violation de l'article 3. La Cour aurait pu répondre à cette question de manière catégorique en disant sans équivoque que, quelle que soit la conduite d'un accusé, l'équité, au sens de l'article 6, présuppose le respect de la prééminence du droit et commande, à l'évidence, d'exclure toute preuve qui aurait été obtenue au mépris de l'article 3. Un procès pénal où sont admises et peu ou prou invoquées des preuves recueillies à la suite d'un manquement à une disposition aussi absolue de la Convention ne peut *a fortiori* être équitable. Il est regrettable que la Cour ait montré de la réticence à franchir cette frontière définitive et à opter pour une règle claire ou d'application stricte (*bright-line rule*) dans ce noyau dur des droits fondamentaux de l'homme.

3. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'utilisation de preuves obtenues au mépris de l'article 3 donne toujours lieu à des considérations différentes de celles que suscitent d'autres droits garantis par la Convention,

comme, par exemple, ceux protégés par l'article 8.¹ La position adoptée jusqu'à présent par la Cour consistait à dire que même s'il existe des garanties procédurales appropriées, il ne serait pas équitable de s'appuyer sur des éléments dont la nature et la source ont été viciées par la contrainte ou la coercition.² L'utilisation de *déclarations* recueillies au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'une autre conduite pouvant être qualifiée de torture³ ou de mauvais traitements⁴ contraires à l'article 3 prive toujours l'ensemble de la procédure de caractère équitable, que ces preuves aient été décisives ou non pour la condamnation du requérant. Il restait à envisager si ce principe s'appliquait avec la même force à d'autres types de preuve. Dans l'arrêt *Jalloh*, la Cour a indiqué qu'une question *peut* se présenter sous l'angle de l'article 6 § 1 relativement à des éléments obtenus au mépris de l'article 3 de la Convention, même si le fait de les avoir admis comme preuves n'a pas été décisif pour la condamnation du suspect⁵. Dans cette affaire-là, la Cour n'a pas tranché la question générale de savoir si l'utilisation d'éléments recueillis au moyen d'un acte n'atteignant pas le seuil de la torture mais tombant néanmoins sous le coup de l'article 3 compromettrait automatiquement le caractère équitable d'un procès⁶. Il y a lieu de regretter que, maintenant, la réponse fournie et le raisonnement suivi par la majorité risquent de nuire au caractère effectif des droits absolus garantis par l'article 3. La Cour introduit dans sa jurisprudence une distinction entre l'admissibilité de déclarations obtenues en violation de l'interdiction absolue des traitements inhumains et dégradants et l'admissibilité d'autres preuves obtenues de la même manière. Pareille distinction est difficile à défendre.

4. La majorité admet que les preuves matérielles à la charge du requérant recueillies dans la présente affaire et admises au procès ont été «le résultat direct de l'interrogatoire du requérant, que la police avait mené en contrevenant à l'article 3» (paragraphe 171 de l'arrêt). Cette conduite prohibée a abouti à des aveux livrés sous la contrainte, suivis d'un transport sur les lieux où se trouvaient des preuves cruciales et où le requérant, sur ordre de la police (alors qu'on était en train de le filmer) a indiqué l'emplacement du corps et a assisté par la suite à la collecte d'autres preuves par lesquelles il s'incriminait. Il ressort indubitablement de la procédure devant les tribunaux

1. *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, série A n° 140, *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, CEDH 2000-V, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, CEDH 2001-IX, *Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, CEDH 2002-IX, *Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, CEDH 2003-IX, *Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, CEDH 2006-IX, *Bykov c. Russie* [GC], n° 4378/02, 10 mars 2009.

2. *Perry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 63737/00, 26 septembre 2002.

3. *Haroutyunian c. Arménie*, n° 36549/03, §§ 63-66, CEDH 2007-III.

4. *Göçmen c. Turquie*, n° 72000/01, §§ 74-75, 17 octobre 2006.

5. *Jalloh* précité, § 99.

6. *Ibidem*, § 107.

internes que ces preuves ont été admises, produites, examinées et invoquées au procès et elles ont été mentionnées dans le jugement du tribunal régional (paragraphe 32 et 34 de l'arrêt). La majorité n'en conclut pas moins que le procès du requérant a été équitable parce que « la chaîne de causalité » reliant cette violation au verdict de culpabilité et à la peine qui ont frappé le requérant « a été rompue » (paragraphe 180 de l'arrêt). Nous ne souscrivons pas à ce constat ni au raisonnement sur lequel il repose.

5. De l'arrestation au prononcé de la peine, la procédure pénale forme un tout organique et étroitement imbriqué. Un événement qui se produit dans une phase peut influencer sur ce qui advient à un autre stade et même parfois le déterminer. Lorsque cet événement implique, au stade de l'instruction, un manquement au droit absolu du suspect à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, les exigences de la justice commandent à notre avis d'éradiquer totalement de la procédure les conséquences défavorables à l'accusé qu'entraîne ce manquement. La Cour a précédemment confirmé et souligné cette approche sur le plan des principes lorsqu'elle a pris en considération l'importance de la phase d'investigation pour la préparation du procès pénal ; elle a en effet estimé que les éléments obtenus au cours de cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction reprochée à l'accusé sera envisagée au procès lui-même. Ainsi, dans l'affaire *Salduz c. Turquie* (qui concernait les restrictions à l'accès du requérant à un avocat pendant sa garde à vue), elle a estimé que ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'avaient pu porter remède au défaut survenu pendant la garde à vue et elle a donc constaté une violation de l'article 6¹. S'il en est ainsi quand on est en présence d'un manquement au droit de consulter un avocat, alors le même raisonnement doit assurément s'appliquer avec encore plus de force lorsqu'on se trouve en présence d'une atteinte au droit d'un suspect à ne pas être soumis à un traitement inhumain et de l'admission ultérieure dans la procédure pénale des éléments de preuve obtenus par suite de cette atteinte.

6. Au lieu de prendre la procédure comme un tout organique, le *modus operandi* de la majorité consiste à compartimenter, disséquer et analyser les diverses phases du procès pénal séparément afin de conclure que l'itinéraire emprunté (admission de preuves obtenues au mépris de l'article 3) n'a pas joué sur le résultat auquel on a abouti pour finir (condamnation pour assassinat justifiant la peine maximale). A nos yeux, une telle approche n'est pas seulement formaliste ; elle est irréaliste puisqu'elle ne prend pas en compte le contexte concret dans lequel sont conduits les procès pénaux ni la dynamique qui entre en jeu dans toute procédure pénale. Dans son arrêt, la

1. *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 58, CEDH 2008.

majorité néglige le fait que le requérant a livré ses aveux, qui ont selon elle « rompu » la chaîne de causalité, immédiatement après avoir échoué dans sa tentative pour faire exclure les éléments à charge et qu'il les a réitérés, de manière plus complète, seulement une fois que tous ces éléments eurent été produits au procès. N'ayant pas réussi à les faire exclure, le requérant ne pouvait ignorer que le tribunal aurait en sa possession les preuves médico-légales et autres éléments accablants qu'il avait lui-même signalés sur l'ordre des autorités de police et qui établiraient clairement sa culpabilité. Il est à nos yeux révélateur que le procureur comme les avocats des parents de J. aient plaidé que les aveux du requérant « n'avaient aucune valeur » puisque l'intéressé n'avait avoué que ce qui de toute manière avait déjà été prouvé (paragraphe 35 de l'arrêt). C'est là que réside le nœud du problème et on aurait du mal à être en désaccord avec ces thèses sur ce point.

7. A notre sens, on ne peut considérer que les éléments de preuve obtenus au mépris de l'article 3 et ensuite versés au procès n'ont eu aucune incidence sur le déroulement ultérieur puis sur l'issue de la procédure. Le fait d'avoir uniquement exclu les déclarations que le requérant avait formulées avant le procès n'a guère ou pas remédié pour lui au défaut résultant de la violation de l'article 3. Une fois admis les éléments l'incriminant, le requérant disposa d'une liberté sensiblement sinon totalement réduite pour construire sa défense, et une condamnation pour les accusations dont il était l'objet était tout sauf évitable. Le fait que les parties poursuivantes qui ont pris part au procès aient énoncé clairement ce caractère inévitable de la condamnation nous conforte dans le sentiment que la capacité du requérant, à l'ouverture du procès, de se défendre de manière effective est fortement sujette à caution.

8. Ni les aveux que le requérant livra au procès ni le fait que le tribunal se soit ostensiblement limité dans l'utilisation de ces éléments extorqués sous la contrainte pour établir l'authenticité de ces aveux n'ont été à même de remédier à l'anomalie manifeste de la procédure que l'admission comme preuves d'éléments ainsi viciés a causée. La seule manière d'assurer une protection effective du droit fondamental du requérant à un procès équitable aurait consisté à exclure tous les éléments litigieux et à poursuivre (quoique sur d'autres charges telles que enlèvement avec demande de rançon suivi de la mort, voir le paragraphe 35 de l'arrêt) à partir des éléments de preuve non viciés dont disposait l'accusation. Autoriser le versement au procès pénal d'éléments obtenus grâce à une violation de l'article 3 affaiblit inévitablement la protection que confère cette disposition et marque une certaine ambivalence dans la portée reconnue à cette protection.

9. Il nous paraît troublant que la Cour introduise pour la première fois une dichotomie de principe entre les types de conduite prohibés par l'article 3, du moins pour ce qui est des conséquences sur l'équité d'un

procès dans le cas où cette disposition a été méconnue. En réalité, la Cour conclut que les preuves matérielles recueillies au moyen d'un traitement inhumain infligé à l'accusé peuvent être admises au procès et que celui-ci peut néanmoins être tenu pour «équitable» dès lors que ces éléments de preuve n'ont aucune incidence sur l'issue de la procédure. S'ils n'ont aucune incidence, alors, se demande-t-on, pourquoi les admettre ? Et pourquoi, en principe, ce même raisonnement ne devrait-il pas maintenant s'appliquer aux preuves matérielles obtenues par la torture ? Si une rupture dans la chaîne de causalité entre la torture et la condamnation peut être établie – cas, par exemple, où la victime de torture choisit de livrer des aveux au procès –, pourquoi ne pas autoriser le versement de pareils éléments dès le début du procès et attendre de voir si la chaîne de causalité ne se trouvera pas rompue ? La réponse va manifestement de soi. Les sociétés fondées sur la prééminence du droit ne tolèrent ni n'approuvent, que ce soit directement, indirectement ou autrement, que soit infligé un traitement absolument prohibé par l'article 3 de la Convention. Ni le libellé de l'article 3 ni celui d'une quelconque autre disposition de la Convention ne font de distinction entre les conséquences qui s'attachent à la torture et celles qui s'attachent à un traitement inhumain et dégradant. Il n'existe donc, à nos yeux, aucune base juridique qui permette de considérer un traitement inhumain différemment de la torture pour ce qui est des conséquences en découlant. Ni «une rupture dans la chaîne de causalité» ni quelque autre construction intellectuelle ne peuvent effacer le tort qui est inévitablement causé lorsque sont admises à une procédure pénale des preuves recueillies au mépris de l'article 3.

10. La Cour a dit de manière constante que l'article 3 consacre un droit absolu qui ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 § 2 – même en cas de danger public menaçant la vie de la nation¹. Ce droit étant absolu, toutes les atteintes qui lui seraient portées sont graves et, selon nous, le moyen le plus efficace de garantir l'observation de cette interdiction absolue est d'appliquer strictement la règle d'exclusion lorsqu'on en vient à l'article 6. Pareille attitude ne laisserait aucun doute aux agents de l'Etat qui seraient tentés de recourir à un traitement inhumain quant à l'inutilité de se livrer à pareille conduite prohibée. Cela leur ôterait toute idée ou tentation éventuelle de réserver à des suspects un traitement incompatible avec l'article 3.

1. Voir, entre autres, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/99, § 69, CEDH 1999-IX, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00, § 116, CEDH 2006-IX, et *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 127, CEDH 2008.

11. Nous ne perdons pas de vue les conséquences qui découlent d'une application stricte de la règle d'exclusion en cas de violations de l'article 3. Nous reconnaissons qu'il peut arriver que des éléments de preuve fiables et accablants soient ainsi exclus et que la répression d'un crime s'en trouve compromise. En outre, l'exclusion de telles preuves peut aboutir à une peine plus clémente pour l'accusé que celle qui aurait sinon pu lui être infligée. Toutefois, si cela arrive, ce sont les autorités de l'Etat dont les agents, quelles que soient leurs motivations, ont permis le recours à un traitement inhumain et ont donc pris le risque de nuire au déroulement ultérieur de la procédure pénale qui en portent l'ultime responsabilité.

12. Nous avons bien conscience aussi que les victimes de crimes, leurs familles et le public au sens large ont tous un intérêt à la poursuite et à la sanction de ceux qui se livrent à des activités pénales. Toutefois, à nos yeux, il existe un intérêt public concurrent également essentiel et impérieux à ce que soient préservées les valeurs des sociétés civilisées fondées sur la prééminence du droit. Dans ces sociétés, le recours à un traitement inhumain ou dégradant, quel qu'en soit l'objectif, ne peut jamais être toléré. En outre, il existe un intérêt général critique à ce que soit assurée et préservée l'intégrité du processus judiciaire, et l'admission à un procès d'éléments de preuve obtenus au mépris d'un droit de l'homme absolu saperait et mettrait en péril cette intégrité. A nos yeux, un acte criminel ne peut être instruit et la condamnation d'un individu ne peut être assurée au prix d'une mise en péril du droit absolu consacré par l'article 3 à ne pas être soumis à un traitement inhumain. Statuer autrement reviendrait à sacrifier des valeurs cardinales et à jeter le discrédit sur l'administration de la justice.

13. Comme la majorité, nous reconnaissons que dans la présente affaire les agents de l'Etat se sont trouvés confrontés à une situation difficile et à une forte charge émotionnelle. Cela ne change toutefois rien au fait qu'ils ont obtenu, au moyen d'une violation de l'article 3, des preuves matérielles qui ont par la suite été utilisées et invoquées au procès pénal du requérant. Certes, la situation dont il s'agissait était critique, mais c'est précisément en temps de crise que les valeurs absolues doivent demeurer sans concession.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE CASADEVALL,
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES KOVLER, MIJOVIĆ,
JAEGER, JOČIENĚ ET LÓPEZ GUERRA

1. Je ne suis pas en mesure de suivre les conclusions de la majorité dans cette affaire en ce qui concerne la qualité de victime du requérant et le constat d'une violation de l'article 3 de la Convention. Affaire certes délicate s'agissant des droits légitimes du requérant, mais d'autant plus délicate et difficile pour les autorités de poursuite face à une situation très grave et dramatique qui s'est soldée par le meurtre d'un enfant de onze ans.

2. Il n'est pas contesté que les menaces de violence prononcées à l'égard du requérant constituent un traitement inhumain et dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention. Il a été formellement reconnu comme tel par les autorités judiciaires allemandes: le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main a déclaré *que la menace d'infliger des souffrances au requérant afin de lui extorquer une déclaration avait non seulement représenté une méthode d'interrogatoire prohibée par l'article 136a du code de procédure pénale, mais aussi enfreint l'article 3 de la Convention*, et la Cour constitutionnelle fédérale a conclu à une atteinte à la dignité humaine du requérant et à une transgression de l'interdiction d'infliger des mauvais traitements aux détenus (paragraphe 120 de l'arrêt).

3. La chambre, dans son arrêt, a estimé que le requérant ne pouvait plus se prétendre victime d'une violation de l'article 3 après que les tribunaux internes avaient reconnu la violation et que celle-ci avait été suffisamment réparée, les deux fonctionnaires de police impliqués dans les faits litigieux ayant été déclarés coupables et sanctionnés. J'adhère à cette conclusion en l'espèce.

4. La majorité de la Grande Chambre, souscrivant aux constats de la chambre, estime que les tribunaux internes *ont reconnu explicitement et sans équivoque que la manière dont l'interrogatoire du requérant avait été conduit avait méconnu l'article 3 de la Convention* (paragraphe 120 *in fine*); que l'enquête et les poursuites pénales ont été *suffisamment promptes et diligentes pour répondre aux normes de la Convention* (paragraphe 121 et 122) et que *les policiers ont été jugés coupables respectivement de contrainte et d'incitation à la contrainte en application des dispositions du droit pénal allemand* (début du paragraphe 123). Cependant, elle conclut que le requérant peut toujours se prétendre victime et qu'il y a eu violation de l'article 3.

5. Cette appréciation semble fondée, pour l'essentiel, sur le manque de sévérité des punitions imposées aux policiers, car

i. au pénal, ils ont été condamnés « seulement à des amendes très modiques et assorties du sursis » (paragraphe 123), « quasi symboliques » et « manifestement disproportionnée[s] » (paragraphe 124) ;

ii. les sanctions disciplinaires, consistant en leur mutation à des postes qui n'impliquaient plus d'être associés directement à des enquêtes pénales, ont été trop légères puisqu'ils n'ont pas été « suspendus de leurs fonctions pendant l'instruction ou le procès » ni démis de leurs postes après condamnation (paragraphe 125).

6. Dans les circonstances très particulières de cette affaire, étant donné que D., directeur adjoint de la police, a rédigé immédiatement après l'interrogatoire une note destinée au dossier de la police dans laquelle il décrit – et avoue – la manière dont les faits se sont produits et les motive, voire les justifie, que les tribunaux internes – le tribunal régional et la Cour constitutionnelle – ont constaté expressément la violation de la Loi fondamentale et de la Convention et que les deux policiers ont été reconnus coupables et sanctionnés pénalement et disciplinairement, la question du *quantum* des peines imposées ne devrait plus entrer en ligne de compte. La Cour rappelle que, hormis dans les cas manifestement arbitraires, « il ne lui incombe pas de se prononcer sur le degré de culpabilité de la personne en cause, ou de déterminer la peine à infliger, ces matières relevant de la compétence exclusive des tribunaux répressifs internes » (paragraphe 123). Il y a de bonnes raisons qui justifient cette retenue judiciaire, à savoir le manque de connaissance du dossier pénal ayant abouti à la condamnation et le fait que les condamnés ne participent pas à la procédure devant la Cour.

7. En suivant le critère de la sévérité de la peine imposée, on peut se demander quel est le seuil de punition que la majorité aurait pu accepter afin de pouvoir conclure à la perte de la condition de victime du requérant. En d'autres termes, la condition de la qualité de victime du requérant serait-elle dépendante de la sévérité de la peine imposée aux policiers? A mon avis la réponse est négative.

8. Reste la question de *la condition supplémentaire d'une compensation* et les doutes exprimés sur le caractère effectif de l'action en responsabilité administrative engagée par le requérant (paragraphe 126 et 127). J'ai deux remarques sur ce point: a) la demande de réparation n'a été introduite au niveau national qu'après la communication de la requête et la décision favorable sur l'assistance judiciaire, c'est-à-dire trois ans après le prétendu dommage, et b) l'affaire est pendante devant les instances internes et rien ne permet de préjuger de l'effectivité ni du résultat final de ce recours. Par ailleurs, le fait que le requérant n'a sollicité aucune indemnité pour dommage moral (paragraphe 190) est assez significatif.

9. On peut également se demander quel est l'effet utile du dispositif du présent arrêt. En définitive, la majorité de la Grande Chambre se borne à confirmer ce que les autorités judiciaires allemandes – le tribunal de Francfort-sur-le-Main et la Cour constitutionnelle fédérale dans leurs trois décisions de 2003 et 2004 – avaient déjà admis explicitement et sans équivoque : le requérant, ayant été menacé de torture par la police afin qu'il révèle l'endroit où se trouvait l'enfant, s'est vu infliger un « traitement inhumain proscrit par l'article 3 » (paragraphe 131 de l'arrêt). Sur ce point précis, nous sommes tous, les autorités judiciaires nationales, le Gouvernement, le requérant et les juges de la Cour, du même avis.

10. De cet arrêt, en définitive, ne résultera pas même l'octroi au requérant d'une satisfaction équitable.

SCHALK AND KOPF v. AUSTRIA
(Application no. 30141/04)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 24 JUNE 2010¹

1. English original.

SUMMARY¹**Inability of same-sex couple to marry****Article 12**

Right to marry – Applicability – Inability of same-sex couple to marry – Impact of wording of Charter of Fundamental Rights of the European Union granting right to marry – Choice whether to allow same-sex couples to marry left to Contracting States

Article 14 in conjunction with Article 8

Discrimination – Family life – Cohabiting same-sex couple living in a stable relationship – Inability of same-sex couple to marry – Different treatment on the basis of sexual orientation – Relevantly similar situation – Area of evolving rights with no established consensus – Alternative means of legal recognition of same-sex partnership – Margin of appreciation

*

* *

In 2002 the applicants, a cohabiting same-sex couple, requested the competent authorities' permission to get married. Under domestic law a marriage could only be concluded between persons of opposite sex and the applicants' request was consequently dismissed. Following their subsequent constitutional complaint, the Constitutional Court held that neither the Austrian Constitution nor the European Convention required that the concept of marriage, which was geared to the possibility of parenthood, should be extended to relationships of a different kind and that the protection of same-sex relationships under the Convention did not give rise to an obligation to change the law on marriage. On 1 January 2010 the Registered Partnership Act came into force in Austria, aiming to provide same-sex couples with a formal mechanism for recognising and giving legal effect to their relationships. While the Act provided registered partners with many of the same rights and obligations as spouses, some differences remained; in particular, registered partners were unable to adopt or undergo artificial insemination.

Held

(1) Article 12: The Court first examined whether the right to marry granted to “men and women” under the Convention could be applied to the applicants' situation.

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

Even though only six of the Council of Europe member States allowed same-sex marriage, the provision of the Charter of Fundamental Rights of the European Union granting the right to marry did not include a reference to men and women, so allowing the conclusion that the right to marry must not in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. It could, therefore, not be concluded that Article 12 did not apply to the applicants' complaint. At the same time, the Charter left the decision whether or not to allow same-sex marriage to regulation by member States' national law. The Court underlined that national authorities were best placed to assess and respond to the needs of society in this field, given that marriage had deep-rooted social and cultural connotations differing largely from one society to another. In conclusion, Article 12 did not impose an obligation on the respondent State to grant same-sex couples access to marriage.

Conclusion: no violation (unanimously).

(2) Article 14 in conjunction with Article 8: Given the rapid evolution of social attitudes in Europe towards same-sex couples over the past decade, it would have been artificial for the Court to maintain the view that such couples could not enjoy "family life". It therefore concluded that the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable partnership, fell within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation did. The Court had repeatedly held that different treatment based on sexual orientation required particularly serious reasons by way of justification. It had to be assumed that same-sex couples were just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships; they were consequently in a relevantly similar situation as regards the need for legal recognition of their relationship. However, given that the Convention was to be read as a whole, having regard to the conclusion reached that Article 12 did not impose an obligation on States to grant same-sex couples access to marriage, the Court was unable to share the applicants' view that such an obligation could be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8. What remained to be examined was whether the State should have provided the applicants with an alternative means of legal recognition of their partnership any earlier than 2010. Despite the emerging tendency to legally recognise same-sex partnerships, this area should still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States enjoyed a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes. The Austrian law reflected this evolution; though not in the vanguard, the Austrian legislature could not be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier. Finally, the fact that the Registered Partnership Act retained some substantial differences compared to marriage in respect of parental rights corresponded largely to the trend in other member States adopting similar legislation. Moreover, since the applicants did not claim that they were directly affected by any restrictions

concerning parental rights, the Court did not have to examine every one of those differences in detail as that was beyond the scope of the case.

Conclusion: no violation (four votes to three).

Case-law cited by the Court

- Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45
Rees v. the United Kingdom, 17 October 1986, Series A no. 106
Johnston and Others v. Ireland, 18 December 1986, Series A no. 112
F. v. Switzerland, 18 December 1987, Series A no. 128
Norris v. Ireland, 26 October 1988, Series A no. 142
Cossey v. the United Kingdom, 27 September 1990, Series A no. 184
Modinos v. Cyprus, 22 April 1993, Series A no. 259
Keegan v. Ireland, 26 May 1994, Series A no. 290
Petrovic v. Austria, 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II
Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, 30 July 1998, *Reports* 1998-V
Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI
Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, ECHR 1999-IX
Elsholz v. Germany [GC], no. 25735/94, ECHR 2000-VIII
Mata Estevez v. Spain (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI
Fretté v. France, no. 36515/97, ECHR 2002-I
Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
L. and V. v. Austria, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I
Karner v. Austria, no. 40016/98, ECHR 2003-IX
B. and L. v. the United Kingdom, no. 36536/02, 13 September 2005
Stec and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI
R. and F. v. the United Kingdom (dec.), no. 35748/05, 28 November 2006
Parry v. the United Kingdom (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV
E.B. v. France [GC], no. 43546/02, 22 January 2008
Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, ECHR 2008
Courten v. the United Kingdom (dec.), no. 4479/06, 4 November 2008
M.W. v. the United Kingdom (dec.), no. 11313/02, 23 June 2009

In the case of Schalk and Kopf v. Austria,

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

Christos Rozakis, *President*,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *judges*,

and André Wampach, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 25 February and 3 June 2010,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 30141/04) against the Republic of Austria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Austrian nationals, Mr Horst Michael Schalk and Mr Johan Franz Kopf (“the applicants”), on 5 August 2004.

2. The applicants were represented by Mr K. Mayer, a lawyer practising in Vienna. The Austrian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ambassador H. Tichy, Head of the International Law Department at the Federal Ministry for European and International Affairs.

3. The applicants alleged in particular that they were discriminated against as, being a same-sex couple, they were denied the possibility to marry or to have their relationship otherwise recognised by law.

4. On 8 January 2007 the President of the First Section 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).

5. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the application. The Government also filed further observations. In addition, third-party comments were received from the United Kingdom Government, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2 of the Rules of Court). A joint third-party comment was received from four non-governmental organisations

which had also been given leave by the President to intervene, namely the International Federation for Human Rights (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme – FIDH), the International Commission of Jurists (ICJ), the AIRE Centre and the European Region of the International Lesbian and Gay Association (ILGA-Europe). The four non-governmental organisations were also given leave by the President to intervene at the hearing.

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 25 February 2010 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms B. Ohms, Federal Chancellery,	<i>Deputy Agent,</i>
Ms G. Paschinger, Federal Ministry for European and International Affairs,	
Mr M. Stormann, Federal Ministry of Justice,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr K. Mayer,	<i>Counsel,</i>
Mr H. Schalk,	<i>Applicant;</i>

(c) *for the non-governmental organisations, third-party interveners*

Mr R. Wintemute, King's College London,	<i>Counsel,</i>
Ms A. Jernow, International Commission of Jurists,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Ms Ohms, Mr Mayer and Mr Wintemute.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicants were born in 1962 and 1960 respectively. They are a same-sex couple living in Vienna.

8. On 10 September 2002 the applicants requested the Office for Matters of Personal Status (*Standesamt*) to proceed with the formalities to enable them to contract marriage.

9. By a decision of 20 December 2002, the Vienna Municipal Office (*Magistrat*) refused the applicants' request. Referring to Article 44 of the Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), it held that marriage could only be contracted between two persons of opposite sex. According to constant case-law, a marriage concluded by two persons of the same sex was

null and void. Since the applicants were two men, they lacked the capacity to contract marriage.

10. The applicants lodged an appeal with the Vienna Regional Governor (*Landeshauptmann*), but to no avail. In his decision of 11 April 2003, the Governor confirmed the Municipal Office's legal view. In addition, he referred to the Administrative Court's case-law according to which it constituted an impediment to marriage if the two persons concerned were of the same sex. Moreover, Article 12 of the Convention reserved the right to contract marriage to persons of different sex.

11. In a constitutional complaint, the applicants alleged that the legal impossibility for them to marry constituted a violation of their right to respect for private and family life and of the principle of non-discrimination. They argued that the notion of marriage had evolved since the entry into force of the Civil Code in 1812. In particular, the procreation and education of children no longer formed an integral part of marriage. According to present-day perceptions, marriage was rather a permanent union encompassing all aspects of life. There was no objective justification for excluding same-sex couples from concluding marriage, all the more so since the European Court of Human Rights had acknowledged that differences based on sexual orientation required particularly weighty reasons by way of justification. Other European countries either allowed homosexual marriage or had otherwise amended their legislation in order to give equal status to same-sex partnerships.

12. Lastly, the applicants alleged a breach of their right to the peaceful enjoyment of their possessions. They argued that in the event that one partner in a homosexual couple died, the other was discriminated against since he would be in a much less favourable position under tax law than the surviving partner in a married couple.

13. On 12 December 2003 the Constitutional Court (*Verfassungsgerichtshof*) dismissed the applicants' complaint. The relevant parts of its judgment read as follows:

"The administrative proceedings that resulted in the impugned decision were exclusively concerned with the issue of the legitimacy of the marriage. Accordingly, the complainants' sole applicable grievance is that Article 44 of the Civil Code only recognises and provides for marriage between 'persons of opposite sex'. The allegation of a breach of the right of property is simply a further means of seeking to show that this state of affairs is unjustified.

With regard to marriage, Article 12 of the [Convention], which ranks as constitutional law, provides:

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

Neither the principle of equality set forth in the Austrian Federal Constitution nor the European Convention on Human Rights (as evidenced by [the terms] ‘men and women’ in Article 12) require that the concept of marriage, as being geared to the fundamental possibility of parenthood, should be extended to relationships of a different kind. The essence of marriage is, moreover, not affected in any way by the fact that divorce (or separation) is possible and that it is a matter for the spouses whether in fact they are able or wish to have children. The European Court of Human Rights found in its *Cossey [v. the United Kingdom]* judgment of 27 September 1990 (no. 10843/84, [Series A no. 184], concerning the particular position of transsexual persons) that the restriction of marriage to this ‘traditional’ concept was objectively justified, observing:

‘... that attachment to the traditional concept of marriage provides sufficient reason for the continued adoption of biological criteria for determining a person’s sex for the purposes of marriage ...’

[The subsequent change in the case-law concerning the particular issue of transsexuals (*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI) does not permit the conclusion that there should be any change in the assessment of the general question at issue here.]

The fact that same-sex relationships fall within the concept of private life and as such enjoy the protection of Article 8 of the [Convention] – which also prohibits discrimination on non-objective grounds (Article 14 of the [Convention]) – does not give rise to an obligation to change the law of marriage.

It is unnecessary in the instant case to examine whether, and in which areas, the law unjustifiably discriminates against same-sex relationships by providing for special rules for married couples. Nor is it the task of this court to advise the legislature on constitutional issues or even matters of legal policy.

Instead, the complaint must be dismissed as ill-founded.”

14. The Constitutional Court’s judgment was served on the applicants’ counsel on 25 February 2004.

II. RELEVANT DOMESTIC AND COMPARATIVE LAW

A. Austrian law

1. *The Civil Code*

15. Article 44 of the Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) provides:

“The marriage contract shall form the basis for family relationships. Under the marriage contract two persons of opposite sex declare their lawful intention to live together in indissoluble matrimony, to beget and raise children and to support each other.”

This provision has been unchanged since its entry into force on 1 January 1812.

2. *The Registered Partnership Act*

16. The purpose of the Registered Partnership Act (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) was to provide same-sex couples with a formal mechanism for recognising and giving legal effect to their relationships. In introducing the said Act, the legislator had particular regard to developments in other European States (see the explanatory report on the draft law – *Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, 485 *der Beilagen XXIV GP*).

17. The Registered Partnership Act, *Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt)* vol. I, no. 135/2009, came into force on 1 January 2010. Section 2 of the Act provides as follows:

“A registered partnership may be formed only by two persons of the same sex (registered partners). They thereby commit themselves to a lasting relationship with mutual rights and obligations.”

18. The rules on the establishment of a registered partnership, its effects and its dissolution resemble the rules governing marriage.

19. Registered partnership involves cohabitation on a permanent basis and may be entered into between two persons of the same sex having legal capacity and having reached the age of majority (section 3). A registered partnership must not be established between close relatives or with a person who is already married or has established a still valid registered partnership with another person (section 5).

20. Like married couples, registered partners are expected to live together like spouses in every respect, to share a common home, to treat each other with respect and to provide mutual assistance (section 8(2) and (3)). As in the case of spouses, the partner who is in charge of the common household and has no income has legal authority to represent the other partner in everyday legal transactions (section 10). Registered partners have the same obligations regarding maintenance as spouses (section 12).

21. The grounds for dissolution of a registered partnership are the same as for dissolution of marriage or divorce. Dissolution of a registered partnership occurs in the event of the death of one partner (section 13). It may also be pronounced by a judicial decision on various other grounds, such as lack of intent to establish a registered partnership (section 14), fault of one or both partners, or breakdown of the partnership due to irreconcilable differences (section 15).

22. The Registered Partnership Act also contains a comprehensive range of amendments to existing legislation in order to provide registered

partners with the same status as spouses in various other fields of law, such as inheritance law, labour, social and social insurance law, tax law, the law on administrative procedure, the law on data protection and public service, passport and registration issues, as well as legislation regarding foreigners.

23. However, some differences between marriage and registered partnership remain, apart from the fact that only two persons of the same sex can enter into a registered partnership. The following differences were the subject of some public debate prior to the adoption of the Registered Partnership Act: firstly, while marriage is contracted before the Office for Matters of Personal Status, registered partnerships are concluded before the district administrative authority; and secondly, the rules on the choice of name differ from those for married couples: for instance, the law uses the term “last name” where a registered couple chooses a common name, but the term “family name” is used in reference to a married couple’s common name. The most important differences, however, concern parental rights: unlike married couples, registered partners are not allowed to adopt a child; nor is the adoption of stepchildren permitted, that is to say, the adoption of one partner’s child by the other partner (section 8(4)). Artificial insemination is also excluded (section 2(1) of the Artificial Procreation Act – *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

B. Comparative law

1. European Union law

24. Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which was signed on 7 December 2000 and came into force on 1 December 2009, reads as follows:

“The right to marry and to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights.”

25. The relevant parts of the Commentary of the Charter read as follows:

“Modern trends and developments in the domestic laws in a number of countries toward greater openness and acceptance of same-sex couples notwithstanding, a few States still have public policies and/or regulations that explicitly forbid the notion that same-sex couples have the right to marry. At present there is very limited legal recognition of same-sex relationships in the sense that marriage is not available to same-sex couples. The domestic laws of the majority of States presuppose, in other words, that the intending spouses are of different sexes. Nevertheless, in a few countries, e.g. in the Netherlands and in Belgium, marriage between people of the same sex is legally recognised. Others, like the Nordic countries, have endorsed a registered partnership legislation, which implies, among other things, that most provisions concerning marriage, i.e. its legal consequences such as property distribution, rights of inheritance,

etc., are also applicable to these unions. At the same time it is important to point out that the name ‘registered partnership’ has intentionally been chosen not to confuse it with marriage and it has been established as an alternative method of recognising personal relationships. This new institution is, consequently, as a rule only accessible to couples who cannot marry, and the same-sex partnership does not have the same status and the same benefits as marriage.

In order to take into account the diversity of domestic regulations on marriage, Article 9 of the Charter refers to domestic legislation. As it appears from its formulation, the provision is broader in its scope than the corresponding Articles in other international instruments. Since there is no explicit reference to ‘men and women’ as the case is in other human rights instruments, it may be argued that there is no obstacle to recognise same-sex relationships in the context of marriage. There is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages. International courts and committees have so far hesitated to extend the application of the right to marry to same-sex couples.”

26. A number of directives are also of interest in the present case. Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification determines the conditions for the exercise of the right to family reunification by third-country nationals residing lawfully in the territory of the member States.

Article 4, entitled “Family members”, provides:

“3. The member States may, by law or regulation, authorise the entry and residence, pursuant to this directive and subject to compliance with the conditions laid down in Chapter IV, of the unmarried partner, being a third-country national, with whom the sponsor is in a duly attested stable long-term relationship, or of a third-country national who is bound to the sponsor by a registered partnership in accordance with Article 5 § 2, ...”

Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 concerns the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the member States.

Article 2 thereof contains the following definition:

“For the purposes of this Directive:

...

2. ‘Family member’ means:

(a) the spouse;

(b) the partner with whom the Union citizen has contracted a registered partnership, on the basis of the legislation of a member State, if the legislation of the host member State treats registered partnerships as equivalent to marriage in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the host member State;

(c) the direct descendants who are under the age of 21 or are dependants and those of the spouse or partner as defined in point (b);

(d) the dependant direct relative in the ascending line and those of the spouse or partner as defined in point (b);

...”

2. *The state of relevant legislation in Council of Europe member States*

27. Currently, six out of forty-seven member States grant same-sex couples equal access to marriage, namely Belgium, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain and Sweden.

28. In addition, the following thirteen member States do not grant same-sex couples access to marriage, but have passed some kind of legislation permitting same-sex couples to register their relationships: Andorra, Austria, the Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Hungary, Iceland, Luxembourg, Slovenia, Switzerland and the United Kingdom. In sum, there are nineteen member States in which same-sex couples either have the possibility to marry or to enter into a registered partnership (see also the overview provided in *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 26, ECHR 2008).

29. In two States, namely Ireland and Liechtenstein, reforms intending to give same-sex couples access to some form of registered partnership are pending or planned. In addition, Croatia has a Law on same-sex civil unions which recognises cohabiting same-sex couples for limited purposes, but does not offer them the possibility of registration.

30. According to the information available to the Court, the vast majority of the States concerned have introduced the relevant legislation in the last decade.

31. The legal consequences of registered partnerships vary from being almost equivalent to marriage to giving relatively limited rights. Among the legal consequences of registered partnerships, three main categories can be distinguished: material consequences, parental consequences and other consequences.

32. Material consequences cover the impact of registered partnerships on different kinds of tax, health insurance, social security payments and pensions. In most of the States concerned, registered partners obtain a status similar to marriage. This also applies to other material consequences, such as regulations on joint property and debt, the application of rules of alimony upon break-up, entitlement to compensation following the wrongful death of the partner and inheritance rights.

33. With regard to parental consequences, however, the possibilities for registered partners to undergo medically assisted insemination or to foster or adopt children vary greatly from one country to another.

34. Other consequences include the use of the partner's surname, the impact on a foreign partner's ability to obtain a residence permit and citizenship, refusal to testify, next of kin status for medical purposes, the right to succeed to the deceased partner's tenancy, and lawful organ donation.

THE LAW

I. THE GOVERNMENT'S REQUEST TO STRIKE THE APPLICATION OUT OF THE COURT'S LIST

35. In their oral pleadings, the Government argued that the Registered Partnership Act allowed same-sex couples to obtain a legal status adjusted as far as possible to the status conferred by marriage on different-sex couples. They submitted that the matter might be regarded as being resolved and that it was justified to strike the application out of the Court's list. They relied on Article 37 § 1 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

"1. The Court may at any stage of the proceedings decide to strike an application out of its list of cases where the circumstances lead to the conclusion that

...

(b) the matter has been resolved; ...

...

However, the Court shall continue the examination of the application if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires."

36. To conclude that Article 37 § 1 (b) of the Convention applies to the instant case, the Court must answer two questions in turn: firstly, it must ask whether the circumstances complained of directly by the applicants still obtain and, secondly, whether the effects of a possible violation of the Convention on account of those circumstances have also been redressed (see *Shevanova v. Latvia* (striking out) [GC], no. 58822/00, § 45, 7 December 2007).

37. The Court observes that the crux of the applicants' complaint is that, being a same-sex couple, they do not have access to marriage. This situation still obtains following the entry into force of the Registered Partnership Act. As the Government themselves pointed out, the said Act allows same-sex couples to obtain only a status similar or comparable to marriage, but does not grant them access to marriage, which remains reserved for different-sex couples.

38. The Court concludes that the conditions for striking the case out of its list are not met and therefore dismisses the Government's request.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 12 OF THE CONVENTION

39. The applicants complained that the authorities' refusal to allow them to contract marriage violated Article 12 of the Convention, which provides as follows:

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

The Government contested that argument.

A. Admissibility

40. The Court observes that the Government raised the question whether the applicants' complaint fell within the scope of Article 12, given that they were two men claiming the right to marry. The Government did not argue, however, that the complaint was inadmissible as being incompatible *ratione materiae*. The Court agrees that the issue is sufficiently complex not to be susceptible of being resolved at the admissibility stage.

41. The Court considers, in the light of the parties' submissions, that the complaint raises serious issues of fact and of law under the Convention, the determination of which requires an examination of the merits. The Court concludes, therefore, that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. No other ground for declaring it inadmissible has been established.

B. Merits

1. *The parties' submissions*

42. The Government referred to the Constitutional Court's ruling in the present case, noting that the latter had had regard to the Court's case-law and had not found a violation of the applicants' Convention rights.

43. In their oral pleadings before the Court, the Government maintained that both the clear wording of Article 12 and the Court's case-law as it stood indicated that the right to marry was by its very nature limited to different-sex couples. They conceded that there had been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention, but there was not yet any European consensus on granting same-sex couples the right to marry, nor could such a right be inferred from Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (“the Charter”).

Despite the difference in wording, the latter referred the issue of same-sex marriage to national legislation.

44. The applicants argued that in today's society civil marriage was a union of two persons which encompassed all aspects of their lives, while the procreation and education of children was no longer a decisive element. As the institution of marriage had undergone considerable changes there was no longer any reason to refuse same-sex couples access to marriage. The wording of Article 12 did not necessarily have to be read in the sense that men and women only had the right to marry a person of the opposite sex. Furthermore, the applicants considered that the reference in Article 12 to the relevant "national laws" could not mean that States were given unlimited discretion in regulating the right to marry.

2. *The third-party interveners' submissions*

45. The United Kingdom Government asserted that the Court's case-law as it stood considered Article 12 to refer to the "traditional marriage between persons of the opposite biological sex" (see *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998, § 66, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V). In their view, there were no reasons to depart from that position.

46. While the Court had often underlined that the Convention was a living instrument which had to be interpreted in the light of present-day conditions, it had only used that approach to develop its jurisprudence where it had perceived a convergence of standards among member States. In *Christine Goodwin v. the United Kingdom* ([GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI), for instance, the Court had reviewed its position regarding the possibility of post-operative transsexuals to marry a person of the sex opposite to their acquired gender, having regard to the fact that a majority of Contracting States permitted such marriages. In contrast, there was no convergence of standards as regards same-sex marriage. At the time when the third-party Government filed their observations only three member States permitted same-sex marriage, and in two others proposals to this effect were under consideration. The issue of same-sex marriage concerned a sensitive area of social, political and religious controversy. In the absence of consensus, the State enjoyed a particularly wide margin of appreciation.

47. The four non-governmental organisations called on the Court to use the opportunity to extend access to civil marriage to same-sex couples. The fact that different-sex couples were able to marry, while same-sex couples were not, constituted a difference in treatment based on sexual orientation. Referring to *Karner v. Austria* (no. 40016/98, § 37, ECHR 2003-IX), they argued that such a difference could only be justified by "particularly serious reasons". In their contention, no such reasons existed: the exclusion of same-

sex couples from entering into marriage did not serve to protect marriage or the family in the traditional sense. Nor would giving same-sex couples access to marriage devalue marriage in the traditional sense. Moreover, the institution of marriage had undergone considerable changes and, as the Court had held in *Christine Goodwin* (cited above, § 98), the inability to procreate could not be regarded as *per se* removing the right to marry. The four non-governmental organisations conceded that the difference between the *Christine Goodwin* case and the present case lay in the state of European consensus. However, they argued that in the absence of any objective and rational justification for the difference in treatment, considerably less weight should be attached to European consensus.

48. Finally, the four non-governmental organisations referred to judgments from the Constitutional Court of South Africa, the Courts of Appeal of Ontario and British Columbia in Canada, and the Supreme Courts of California, Connecticut, Iowa and Massachusetts in the United States of America, which had found that denying same-sex couples access to civil marriage was discriminatory.

3. *The Court's assessment*

(a) **General principles**

49. According to the Court's established case-law, Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The exercise of this right gives rise to personal, social and legal consequences. It is "subject to the national laws of the Contracting States", but the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (see *B. and L. v. the United Kingdom*, no. 36536/02, § 34, 13 September 2005, and *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, § 32, Series A no. 128).

50. The Court observes at the outset that it has not yet had an opportunity to examine whether two persons who are of the same sex can claim to have a right to marry. However, certain principles might be derived from the Court's case-law relating to transsexuals.

51. In a number of cases the question arose whether refusal to allow a post-operative transsexual to marry a person of the opposite sex to his or her assigned gender violated Article 12. In its earlier case-law the Court found that the attachment to the traditional concept of marriage which underpins Article 12 provided sufficient reason for the continued adoption by the respondent State of biological criteria for determining a person's sex for the purposes of marriage. Consequently, this was considered a matter

encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to marry (see *Sheffield and Horsham*, cited above, § 67; *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, § 46, Series A no. 184; and *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, §§ 49-50, Series A no. 106).

52. In *Christine Goodwin* (cited above, §§ 100-04) the Court departed from that case-law: it considered that the terms used by Article 12 which referred to the right of a man and woman to marry no longer had to be understood as determining gender by purely biological criteria. In that context, the Court noted that there had been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention. Furthermore, it referred to Article 9 of the Charter, which departed from the wording of Article 12. Finally, the Court noted that there was widespread acceptance of the marriage of transsexuals in their assigned gender. In conclusion, the Court found that the impossibility for a post-operative transsexual to marry in her assigned gender violated Article 12 of the Convention.

53. Two further cases are of interest in the present context: *Parry v. the United Kingdom* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV, and *R. and F. v. the United Kingdom* (dec.), no. 35748/05, 28 November 2006. In both cases the applicants were a married couple, consisting of a woman and a male-to-female post-operative transsexual. They complained, *inter alia*, under Article 12 of the Convention that they were required to end their marriage if the second applicant wished to obtain full legal recognition of her change of gender. The Court dismissed that complaint as being manifestly ill-founded. It noted that domestic law only permitted marriage between persons of opposite gender, whether such gender derived from attribution at birth or from a gender recognition procedure, while same-sex marriages were not permitted. Similarly, Article 12 enshrined the traditional concept of marriage as being between a man and a woman. The Court acknowledged that a number of Contracting States had extended marriage to same-sex partners, but went on to say that this reflected their own vision of the role of marriage in their societies and did not flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950. The Court concluded that it fell within the State's margin of appreciation as to how to regulate the effects of the change of gender on pre-existing marriages. In addition, it considered that, should they choose to divorce in order to allow the transsexual partner to obtain full gender recognition, the fact that the applicants had the possibility to enter into a civil partnership contributed to the proportionality of the gender recognition regime complained of.

(b) Application of the above principles to the present case

54. The Court notes that Article 12 grants the right to marry to “men and women”. The French version provides that “*l’homme et la femme ont le droit de se marier*”. Furthermore, Article 12 grants the right to found a family.

55. The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to “everyone” or state that “no one” is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex.

56. As regards the connection between the right to marry and the right to found a family, the Court has already held that the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as *per se* removing the right to marry (see *Christine Goodwin*, cited above, § 98). However, this finding does not allow any conclusion regarding the issue of same-sex marriage.

57. In any case, the applicants did not rely mainly on the textual interpretation of Article 12. In essence they relied on the Court’s case-law according to which the Convention is a living instrument which is to be interpreted in the light of present-day conditions (see *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 92, 22 January 2008, and *Christine Goodwin*, cited above, §§ 74-75). In the applicants’ contention, Article 12 should, in the light of present-day conditions, be read as granting same-sex couples access to marriage or, in other words, as obliging member States to provide for such access in their national laws.

58. The Court is not persuaded by the applicants’ argument. Although, as it noted in *Christine Goodwin* (cited above), the institution of marriage has undergone major social changes since the adoption of the Convention, the Court notes that there is no European consensus regarding same-sex marriage. At present no more than six out of forty-seven Convention States allow same-sex marriage (see paragraph 27 above).

59. As the respondent Government, as well as the third-party Government, have rightly pointed out, the present case has to be distinguished

from *Christine Goodwin*. In that case (cited above, § 103) the Court perceived a convergence of standards regarding marriage of transsexuals in their assigned gender. Moreover, *Christine Goodwin* is concerned with the marriage of partners who are of different gender, if gender is defined not by purely biological criteria but by taking other factors including gender reassignment of one of the partners into account.

60. Turning to the comparison between Article 12 of the Convention and Article 9 of the Charter, the Court has already noted that the latter has deliberately dropped the reference to “men and women” (see *Christine Goodwin*, cited above, § 100). The Commentary of the Charter, which became legally binding in December 2009, confirms that Article 9 is meant to be broader in scope than the corresponding Articles in other human rights instruments (see paragraph 25 above). At the same time, the reference to domestic law reflects the diversity of national regulations, which range from allowing same-sex marriage to explicitly forbidding it. By referring to national law, Article 9 of the Charter leaves the decision whether or not to allow same-sex marriage to the States. In the words of the Commentary:

“... it may be argued that there is no obstacle to recognise same-sex relationships in the context of marriage. There is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages.”

61. Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.

62. In that connection, the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society (see *B. and L. v. the United Kingdom*, cited above, § 36).

63. In conclusion, the Court finds that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple such as the applicants access to marriage.

64. Consequently, there has been no violation of Article 12 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

65. The applicants complained under Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention that they were discriminated against on account of their sexual orientation, since they were denied the right to marry and did not have any other possibility to have their relationship recognised by law before the entry into force of the Registered Partnership Act.

The relevant parts of Article 8 read as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Article 14 provides as follows:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

A. Admissibility

1. Exhaustion of domestic remedies

66. The Government argued in their written observations that, before the domestic authorities, the applicants had complained exclusively about the impossibility to marry. Any other points raised explicitly or implicitly in their application to the Court, such as the question of any alternative legal recognition of their relationship, were to be declared inadmissible on the grounds of non-exhaustion. However, the Government did not explicitly pursue that argument in their oral pleadings before the Court. On the contrary, they stated that the issue of registered partnership could be regarded as being inherent in the present application.

67. The applicants contested the Government’s non-exhaustion argument, asserting in particular that the aspect of being discriminated against as a same-sex couple formed part of their complaint and that they had also relied on the Court’s case-law under Article 14 taken in conjunction with Article 8 in their constitutional complaint.

68. The Court reiterates that Article 35 § 1 of the Convention requires that complaints intended to be made subsequently at Strasbourg should have been made to the appropriate domestic body, at least in substance and

in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, § 66, *Reports* 1996-IV).

69. The domestic proceedings in the present case related to the authorities' refusal to permit the applicants' marriage. As the possibility to enter into a registered partnership did not exist at the material time, it is difficult to see how the applicants could have raised the question of legal recognition of their partnership except by trying to conclude marriage. Consequently, their constitutional complaint also focused on the lack of access to marriage. However, they also complained, at least in substance, about the lack of any other means to have their relationship recognised by law. Thus, the Constitutional Court was in a position to deal with the issue and, indeed, addressed it briefly, albeit only by stating that it was for the legislator to examine in which areas the law possibly discriminated against same-sex couples by restricting certain rights to married couples. In these circumstances, the Court is satisfied that the applicants complied with the requirement of exhausting domestic remedies.

70. In any event, the Court agrees with the Government that the issue of alternative legal recognition is so closely connected to the issue of lack of access to marriage that it has to be considered as being inherent in the present application.

71. In conclusion, the Court dismisses the Government's argument that the applicants failed to exhaust domestic remedies in respect of their complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8.

2. *The applicants' victim status*

72. In their oral pleadings before the Court, the Government also raised the question whether the applicants could still claim to be victims of the alleged violation following the entry into force of the Registered Partnership Act.

73. The Court reiterates that an applicant's status as a victim may depend on compensation being awarded at domestic level on the basis of the facts about which he or she complains before the Court and on whether the domestic authorities have acknowledged, either expressly or in substance, the breach of the Convention. Only when those two conditions are satisfied does the subsidiary nature of the Convention preclude examination of an application (see, for instance, *Scordino v. Italy* (dec.), no. 36813/97, ECHR 2003-IV).

74. In the present case, the Court does not have to examine whether the first condition has been fulfilled, as the second condition has not been met. The Government have made it clear that the Registered Partnership

Act was introduced as a matter of policy choice and not in order to fulfil an obligation under the Convention (see paragraph 80 below). Therefore, the introduction of the said Act cannot be regarded as an acknowledgement of the breach of the Convention alleged by the applicants. Consequently, the Court dismisses the Government's argument that the applicants can no longer claim to be victims of the alleged violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8.

3. Conclusion

75. The Court considers, in the light of the parties' submissions, that the complaint raises serious issues of fact and law under the Convention, the determination of which requires an examination of the merits. The Court concludes therefore that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. No other ground for declaring it inadmissible has been established.

B. Merits

1. The parties' submissions

76. The applicants maintained that the heart of their complaint was that they were discriminated against as a same-sex couple. Agreeing with the Government on the applicability of Article 14 taken in conjunction with Article 8, they asserted that just like differences based on sex, differences based on sexual orientation required particularly serious reasons by way of justification. In the applicants' contention, the Government had failed to submit any such reasons for excluding them from access to marriage.

77. It followed from the Court's *Karner* judgment (cited above, § 40) that the protection of the traditional family was a weighty and legitimate reason, but it had to be shown that a given difference was also necessary to achieve that aim. In the applicants' assertion, nothing showed that the exclusion of same-sex couples from marriage was necessary to protect the traditional family.

78. In their oral pleadings, reacting to the introduction of the Registered Partnership Act, the applicants argued that the remaining differences between marriage on the one hand and registered partnership on the other were still discriminatory. They mentioned in particular that the Registered Partnership Act did not provide the possibility of entering into an engagement; that, unlike marriages, registered partnerships were not concluded at the Office for Matters of Personal Status but before the district administrative authority; that there was no entitlement to compensation

in the event of the wrongful death of the partner; and that it was unclear whether certain benefits which were granted to “families” would also be granted to registered partners and the children of one of them living in the common household. Although differences based on sexual orientation required particularly weighty reasons by way of justification, no such reasons had been given by the Government.

79. The Government accepted that Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention applied to the present case. Thus far, the Court’s case-law had considered homosexual relationships to fall within the notion of “private life”, but there might be good reasons to include the relationship of a same-sex couple living together within the scope of “family life”.

80. With regard to compliance with the requirements of Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Government maintained that it was within the legislator’s margin of appreciation to decide whether or not same-sex couples were given a possibility to have their relationship recognised by law in any other form than marriage. The Austrian legislator had made the policy choice to give same-sex couples such a possibility. Under the Registered Partnership Act, which had come into force on 1 January 2010, same-sex partners were able to enter into a registered partnership which provided them with a status very similar to marriage. The new Law covered such diverse fields as civil and criminal law, labour, social and social insurance law, tax law, the law on administrative procedure, the law on data protection and public service, passport and registration issues, as well as legislation regarding foreigners.

2. The third-party interveners’ submissions

81. As to the applicability of Article 8, the United Kingdom Government submitted that although the Court’s case-law as it stood did not consider same-sex relationships to fall within the notion of “family life”, this should not be excluded in the future. Nonetheless, Article 8 read in conjunction with Article 14 should not be interpreted so as to require either access to marriage or the creation of alternative forms of legal recognition for same-sex partnerships.

82. As regards the justification for that difference in treatment, the United Kingdom Government contested the applicants’ argument drawn from the Court’s *Karner* judgment. In that case, the Court had found that excluding same-sex couples from the protection provided to different-sex couples under the Rent Act was not necessary for achieving the legitimate aim of protecting the family in the traditional sense. The issue in the present

case was different: what was at stake was the question of access to marriage or alternative legal recognition. The justification for that particular difference in treatment between different-sex and same-sex couples was laid down in Article 12 of the Convention itself.

83. Lastly, the United Kingdom Government submitted that in the United Kingdom the Civil Partnership Act 2004 which had come into force in December 2005 had introduced a system of partnership registration for same-sex couples. However, the said Act was introduced as a policy choice in order to promote social justice and equality, while it was not considered that the Convention imposed a positive obligation to provide such a possibility. In the United Kingdom Government's view, this position was supported by the Court's decision in *Courten v. the United Kingdom* ((dec.), no. 4479/06, 4 November 2008).

84. The four non-governmental organisations pleaded in their joint comments that the Court should rule on the question whether a same-sex relationship of cohabiting partners fell under the notion of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention. They noted that the question had been left open in *Karner* (cited above, § 33). They argued that by now it was generally accepted that same-sex couples had the same capacity to establish a long-term emotional and sexual relationship as different-sex couples and, thus, had the same needs as different-sex couples to have their relationship recognised by law.

85. Were the Court not to find that Article 12 required Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, it should address the question whether there was an obligation under Article 14 taken in conjunction with Article 8 to provide alternative means of legal recognition of a same-sex partnership.

86. The non-governmental organisations answered that question in the affirmative: firstly, excluding same-sex couples from particular rights and benefits attached to marriage (such as, for instance, the right to a survivor's pension) without giving them access to any alternative means to qualify would amount to indirect discrimination (see *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV). Secondly, they agreed with the applicants' argument drawn from *Karner* (cited above). Thirdly, they asserted that the state of European consensus increasingly supported the idea that member States were under an obligation to provide, if not access to marriage, alternative means of legal recognition. Currently, almost 40% had legislation allowing same-sex couples to register their relationships as marriages or under an alternative name (see paragraphs 27-28 above).

3. *The Court's assessment*

(a) **Applicability of Article 14 taken in conjunction with Article 8**

87. The Court has dealt with a number of cases concerning discrimination on account of sexual orientation. Some were examined under Article 8 alone, namely cases concerning the prohibition under criminal law of homosexual relations between adults (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142; and *Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, Series A no. 259) and the discharge of homosexuals from the armed forces (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI). Others were examined under Article 14 taken in conjunction with Article 8. These included, *inter alia*, a different age of consent under criminal law for homosexual relations (see *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I), the attribution of parental rights (see *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, ECHR 1999-IX), permission to adopt a child (see *Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I, and *E.B. v. France*, cited above) and the right to succeed to the deceased partner's tenancy (see *Karner*, cited above).

88. In the present case, the applicants have formulated their complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8. The Court finds it appropriate to follow this approach.

89. As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its 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. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous –, there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, for instance, *E.B. v. France*, cited above, § 47; *Karner*, cited above, § 32; and *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, *Reports* 1998-II).

90. It is undisputed in the present case that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of "private life" within the meaning of Article 8. However, in the light of the parties' comments the Court finds it appropriate to address the issue whether their relationship also constitutes "family life".

91. The Courts reiterates its established case-law in respect of different-sex couples, namely that the notion of "family" under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child

born out of such a relationship is *ipso jure* part of that “family” unit from the moment and by the very fact of his birth (see *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 43, ECHR 2000-VIII; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 44, Series A no. 290; and *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 56, Series A no. 112).

92. In contrast, the Court’s case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes “private life” but has not found that it constitutes “family life”, even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake. In coming to that conclusion, the Court observed that despite the growing tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable *de facto* partnerships between homosexuals, given the existence of little common ground between the Contracting States, this was an area in which they still enjoyed a wide margin of appreciation (see *Mata Estevez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI, with further references). In *Karner* (cited above, § 33), concerning the succession of a same-sex couple’s surviving partner to the deceased’s tenancy rights, which fell under the notion of “home”, the Court explicitly left open the question whether the case also concerned the applicant’s “private and family life”.

93. The Court notes that since 2001, when the decision in *Mata Estevez* was given, a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then, a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples (see paragraphs 27-30 above). Certain provisions of European Union law also reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of “family” (see paragraph 26 above).

94. In view of this evolution, the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.

95. The Court therefore concludes that the facts of the present case fall within the notion of “private life” as well as “family life” within the meaning of Article 8. Consequently, Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention applies.

(b) Compliance with Article 14 taken in conjunction with Article 8

96. The Court has established in its case-law that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations. Such a difference of 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 States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008).

97. On the one hand, the Court has held repeatedly that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification (see *Karner*, cited above, § 37; *L. and V. v. Austria*, cited above, § 45; and *Smith and Grady*, cited above, § 90). On the other hand, a wide margin of appreciation is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (see, for instance, *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 52, ECHR 2006-VI).

98. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see *Petrovic*, cited above, § 38).

99. While the parties have not explicitly addressed the issue whether the applicants were in a relevantly similar situation to different-sex couples, the Court would start from the premise that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships. Consequently, they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship.

100. The applicants argued that they were discriminated against as a same-sex couple, firstly, in that they still did not have access to marriage and, secondly, in that no alternative means of legal recognition were available to them until the entry into force of the Registered Partnership Act.

101. In so far as the applicants appear to contend that, if not included in Article 12, the right to marry might be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Court is unable to share their view. It reiterates that the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another (see *Johnston and Others*, cited above, § 57). Having regard to the conclusion reached above, namely that Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction

with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either.

102. Turning to the second limb of the applicants' complaint, namely the lack of alternative legal recognition, the Court notes that at the time when the applicants lodged their application they did not have any possibility to have their relationship recognised under Austrian law. That situation obtained until 1 January 2010, when the Registered Partnership Act came into force.

103. The Court reiterates in this connection that in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it (see *F. v. Switzerland*, cited above, § 31). Given that at present it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 if it still obtained today.

104. What remains to be examined in the circumstances of the present case is whether the respondent State should have provided the applicants with an alternative means of legal recognition of their partnership any earlier than it did.

105. The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (see *Courten*, cited above, and *M.W. v. the United Kingdom* (dec.), no. 11313/02, 23 June 2009, both relating to the introduction of the Civil Partnership Act in the United Kingdom).

106. The Austrian Registered Partnership Act, which came into force on 1 January 2010, reflects the evolution described above and is thus part of the emerging European consensus. Though not in the vanguard, the Austrian legislator cannot be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier (see, *mutatis mutandis*, *Petrovic*, cited above, § 41).

107. Finally, the Court will examine the applicants' argument that they are still discriminated against as a same sex-couple on account of certain differences conferred by the status of marriage on the one hand and registered partnership on the other.

108. The Court starts from its findings above, that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples. Nevertheless, the applicants appear to argue that if a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it is obliged to confer a status on them which – though carrying a different name – corresponds to marriage in each and every respect. The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition.

109. The Court observes that the Registered Partnership Act gives the applicants a possibility to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects (see paragraphs 18-23 above). While there are only slight differences in respect of material consequences, some substantial differences remain in respect of parental rights. However, this corresponds on the whole to the trend in other member States (see paragraphs 32-33 above). Moreover, the Court is not called upon in the present case to examine each and every one of these differences in detail. For instance, as the applicants have not claimed that they are directly affected by the remaining restrictions concerning artificial insemination or adoption, it would go beyond the scope of the present application to examine whether these differences are justified. On the whole, the Court does not see any indication that the respondent State exceeded its margin of appreciation in its choice of rights and obligations conferred by registered partnership.

110. In conclusion, the Court finds there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

111. The applicants complained that, compared with married couples they suffered disadvantages in the financial sphere, in particular under tax law. They relied on Article 1 of Protocol No. 1, which reads as follows:

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

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

Admissibility

112. In their written observations, the Government argued that the applicants' complaint about possible discrimination in the financial sphere was to be declared inadmissible on the ground of non-exhaustion. They did not, however, explicitly pursue that argument in their oral pleadings before the Court.

113. The Court notes that the applicants touched upon the issue of discrimination in the financial sphere, in particular in tax law, in their complaint before the Constitutional Court in order to illustrate their main complaint, namely that they were discriminated against as a same-sex couple in that they did not have access to marriage.

114. In the circumstances of the present case, the Court is not called upon to resolve the question whether or not the applicants exhausted domestic remedies. It notes that in their application to the Court the applicants did not give any details in respect of the alleged violation of Article 1 of Protocol No. 1. The Court therefore considers that this complaint has not been substantiated.

115. It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's request to strike the application out of the Court's list;
2. *Declares* by six votes to one the applicants' complaint under Article 12 of the Convention admissible;
3. *Declares* unanimously the applicants' complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 admissible;
4. *Declares* unanimously the remainder of the application inadmissible;
5. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 12 of the Convention;
6. *Holds* by four votes to three that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

Done in English, and notified in writing on 24 June 2010, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

André Wampach
Deputy Registrar

Christos Rozakis
President

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

- (a) joint dissenting opinion of Judges Rozakis, Spielmann and Jebens;
- (b) concurring opinion of Judge Malinverni joined by Judge Kovler.

C.L.R.
A.M.W.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES ROZAKIS, SPIELMANN AND JEBENS

1. We have voted against point 6 of the operative part of the judgment. We cannot agree with the majority that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, for the following reasons.

2. In this very important case, the Court, after a careful examination of previous case-law, has taken a major step forward in its jurisprudence by extending the notion of “family life” to same-sex couples. Relying in particular on developments in European Union law (see Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification and Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 concerning the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the member States), the Court identified in paragraph 93 of the judgment “a growing tendency to include same-sex couples in the notion of ‘family’”.

3. The Court solemnly affirmed this in paragraph 94 of the judgment:

“In view of this evolution, the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy ‘family life’ for the purposes of Article 8. Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership, falls within the notion of ‘family life’, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.”

4. The lack of any legal framework prior to the entry into force of the Registered Partnership Act (“the Act”) raises a serious problem. In this respect we note a contradiction in the Court’s reasoning. Having decided in paragraph 94 that “the relationship of the applicants ... falls within the notion of ‘family life’”, the Court should have drawn inferences from this finding. However, by deciding that there has been no violation, the Court at the same time endorses the legal vacuum at stake, without imposing on the respondent State any positive obligation to provide a satisfactory framework, offering the applicants, at least to a certain extent, the protection any family should enjoy.

5. In paragraph 99, the Court also decided of its own motion the following:

“... same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships. Consequently, they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship.”

6. The applicants complained not only that they were discriminated against in that they were denied the right to marry, but also – and this is important – that they did not have any other possibility of having their relationship recognised by law prior to the entry into force of the Act.

7. We do not want to dwell on the impact of the Act, which came into force only in 2010, and in particular on the question whether the particular features of this Act, as identified by the Court in paragraphs 18 to 23 of the judgment, comply with Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, since in our view the violation of the combination of these provisions occurred in any event prior to the entry into force of the Act.

8. Having identified a “relevantly similar situation” (see paragraph 99 of the judgment), and emphasised that “differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification” (see paragraph 97), the Court should have found a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 because the respondent Government did not advance any argument to justify the difference of treatment, relying in this connection mainly on their margin of appreciation (see paragraph 80). However, in the absence of any cogent reasons offered by the respondent Government to justify the difference of treatment, there should be no room to apply the margin of appreciation. Consequently, the “existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States” (see paragraph 98) is irrelevant as such considerations are only a *subordinate* basis for the application of the concept of the margin of appreciation. Indeed, it is only in the event that the national authorities offer grounds for justification that the Court can be satisfied, taking into account the presence or the absence of a common approach, that they are better placed than it is to deal effectively with the matter.

9. Today it is widely recognised and also accepted by society that same-sex couples enter into stable relationships. Any absence of a legal framework offering them, at least to a certain extent, the same rights or benefits attached to marriage (see paragraph 4 of this dissenting opinion) would need robust justification, especially taking into account the growing trend in Europe to offer some means of qualifying for such rights or benefits.

10. Consequently, in our view, there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

CONCURRING OPINION OF JUDGE MALINVERNI
JOINED BY JUDGE KOVLER

(Translation)

I voted together with my colleagues in favour of finding no violation of Article 12 of the Convention. However, I cannot subscribe to some of the arguments set out in the judgment in reaching that conclusion.

1. Thus, I am unable to share the view that “looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women” (see paragraph 55 of the judgment).

By Article 31 § 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 (“the Vienna Convention”), which lays down the general rule on interpretation of international treaties, “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

In my view, “the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty” in the case of Article 12 cannot be anything other than that of recognising that a man and a woman, that is, persons of opposite sex, have the right to marry. That is also the conclusion I reach on reading Article 12 “in the light of its object and purpose”. Indeed, Article 12 associates the right to marry with the right to found a family.

Article 31 § 3 (b) of the Vienna Convention provides that, as well as the context, “any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” must be taken into account.

I do not consider that this provision of the Vienna Convention can be relied on in support of the conclusion set out in paragraph 55 of the judgment. The fact that a number of States, currently six, provide for the possibility for homosexual couples to marry cannot in my opinion be regarded as a “subsequent practice in the application of the treaty” within the meaning of the provision in question.

Literal interpretation, which, according to the Vienna Convention, represents the “general rule of interpretation”, thus precludes Article 12 from being construed as conferring the right to marry on persons of the same sex.

I come to the same conclusion if I interpret Article 12 by reference to other rules of interpretation, although such rules, as is rightly noted in the title of Article 32 of the Vienna Convention, are merely supplementary means of interpretation, and literal interpretation remains the general rule (Article 31 of the Vienna Convention).

In accordance with Article 32 of the Vienna Convention, recourse may be had to supplementary means of interpretation, particularly in order to “determine the meaning when the interpretation according to Article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable”.

Bearing in mind that supplementary means of interpretation include, as stated in Article 32 of the Vienna Convention, “the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion”, I consider that the so-called historical interpretation to which Article 32 of the Vienna Convention refers can only serve to “confirm the meaning resulting from the application of Article 31” (Article 32).

There is therefore no doubt in my mind that Article 12 of the Convention cannot be construed in any other way than as being applicable solely to persons of different sex.

Admittedly, the Convention is a living instrument which must be interpreted in a “contemporary” manner, in the light of present-day conditions (see *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 92, 22 January 2008, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, §§ 74-75, ECHR 2002-VI). It is also true that there have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention (see *Christine Goodwin*, cited above, § 100). However, as the Court held in *Johnston and Others v. Ireland* (18 December 1986, § 53, Series A no. 112), while the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, “derive from [it] a right that was not included therein at the outset”.

2. Nor can I accept the following statement:

“[r]egard being had to Article 9 of the Charter ... the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint.” (paragraph 61 of the judgment)

On the contrary, I consider that Article 12 is inapplicable to persons of the same sex.

Admittedly, in guaranteeing the right to marry, Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (“the Charter”) deliberately omitted any reference to men and women, since it provides that “[t]he right to marry and to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights”.

In my opinion, however, no inferences can be drawn from this as regards the interpretation of Article 12 of the Convention.

The Commentary of the Charter does indeed confirm that the drafters of Article 9 intended it to be broader in scope than the corresponding Articles in other international treaties. However, it should not be forgotten that Article 9 of the Charter guarantees the right to marry and to found a family “in accordance with the national laws governing the exercise of these rights”.

By referring in this way to the relevant domestic legislation, Article 9 of the Charter simply leaves it to States to decide whether they wish to afford homosexual couples the right to marry. However, as the Commentary quite rightly points out, “there is no obstacle to recognise same-sex relationships in the context of marriage. There is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages”.

In my view, Article 9 of the Charter should therefore have no bearing on the interpretation of Article 12 of the Convention as conferring a right to marry only on persons of different sex.

It is true that the Court has already referred to Article 9 of the Charter in its *Christine Goodwin* judgment (cited above, § 100). However, in that case the Court considered whether the fact that domestic law took into account, for the purposes of eligibility for marriage, the sex registered at birth, and not the sex acquired following gender reassignment surgery, was a limitation impairing the very essence of the right to marry. After her operation, the applicant lived as a woman and wished to marry a man. The case did not therefore concern marriage between persons of the same sex.

SCHALK ET KOPF c. AUTRICHE
(Requête n° 30141/04)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 24 JUIN 2010¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Impossibilité pour un couple homosexuel de se marier****Article 12**

Droit de se marier – Applicabilité – Impossibilité pour un couple homosexuel de se marier – Impact du libellé de l'article de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantissant le droit de se marier – Choix d'autoriser le mariage homosexuel laissé aux Etats contractants

Article 14 combiné avec l'article 8

Discrimination – Vie familiale – Couple homosexuel cohabitant dans le cadre d'une relation stable – Impossibilité pour un couple homosexuel de se marier – Différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle – Situation comparable – Branche du droit en évolution sans consensus établi – Autres moyens de reconnaître les couples homosexuels – Marge d'appréciation

*

* *

En 2002, les requérants, deux personnes de même sexe vivant en couple, demandèrent aux autorités compétentes l'autorisation de se marier. Le droit autrichien ne permettant le mariage qu'entre personnes de sexe opposé, leur demande fut rejetée. Les requérants saisirent par la suite la Cour constitutionnelle, qui jugea que ni la Constitution autrichienne ni la Convention européenne des droits de l'homme n'exigeaient l'extension de la notion de mariage, axée sur la possibilité d'être parent, à d'autres types de relations, et que la protection des relations homosexuelles au titre de la Convention n'imposait pas de modifier la législation sur le mariage. Le 1^{er} janvier 2010 entra en vigueur en Autriche la loi sur le partenariat enregistré, qui visait à offrir aux couples homosexuels un mécanisme officiel permettant de reconnaître leur relation et de donner juridiquement effet à celle-ci. Bien que ce texte donne aux partenaires enregistrés bon nombre des droits et obligations incombant aux personnes mariées, certaines différences demeurent, en particulier l'interdiction pour eux d'adopter ou de recourir à l'insémination artificielle.

1. Article 12: la Cour examine tout d'abord si le droit au mariage accordé à «l'homme et [à] la femme» par la Convention peut s'appliquer à la situation des

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

requérants. Bien que six des Etats membres du Conseil de l'Europe autorisent le mariage homosexuel, la disposition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relative au droit au mariage ne comporte aucune référence à l'homme et à la femme. Il faut en conclure que ce droit ne doit pas en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, aux termes de la Charte, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants. La Cour souligne que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société en la matière et pour y répondre, le mariage ayant des connotations sociales et culturelles profondément enracinées qui diffèrent notablement d'une société à l'autre. En conclusion, l'article 12 n'impose pas à l'Etat autrichien l'obligation d'ouvrir l'accès au mariage aux couples homosexuels.

Conclusion: non-violation (unanimité).

2. Article 14 combiné avec l'article 8: au cours de la dernière décennie, l'attitude de la société envers des couples homosexuels a rapidement évolué en Europe. Il serait donc artificiel que la Cour s'en tienne à l'idée qu'ils ne peuvent jouir d'une «vie familiale». Elle en conclut que la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de manière stable, relève de la notion de «vie familiale» au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation. Elle a jugé à maintes reprises qu'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle doit être justifiée par des motifs particulièrement graves. Les couples homosexuels doivent être présumés capables, tout comme les couples hétérosexuels, de s'engager dans des liaisons stables. Ils se trouvent donc dans une situation comparable à ces derniers pour ce qui est de leur besoin de faire reconnaître juridiquement leur relation. Cependant, étant donné que la Convention doit être interprétée comme un tout et qu'elle a conclu précédemment que l'article 12 n'imposait pas aux Etats l'obligation d'ouvrir le droit au mariage aux couples homosexuels, la Cour ne saurait souscrire à la thèse des requérants selon laquelle pareille obligation peut se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8. Il reste à déterminer si, avant 2010, l'Etat aurait dû fournir aux intéressés un autre moyen de faire reconnaître juridiquement leur relation. S'il apparaît en Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels, ce domaine doit toujours être considéré comme relevant d'une branche du droit en évolution sans consensus établi, où chaque Etat jouit d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives. Le droit autrichien illustre cette évolution: même si le législateur autrichien n'est pas à l'avant-garde, on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir adopté plus tôt la loi sur le partenariat enregistré. Enfin, la persistance dans cette loi de certaines différences notables en matière de droits parentaux par rapport au mariage correspond dans l'ensemble à la tendance observée dans les autres pays membres qui ont adopté une législation similaire. En outre, les requérants n'ayant pas allégué être directement lésés par les restrictions

dans le domaine des droits parentaux, la Cour n'a pas à analyser chacune de ces différences en détail, car cela déborderait du cadre de la requête.

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

Jurisprudence citée par la Cour

- Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45
Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, série A n° 106
Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, série A n° 112
F. c. Suisse, 18 décembre 1987, série A n° 128
Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, série A n° 142
Cossey c. Royaume-Uni, 27 septembre 1990, série A n° 184
Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, série A n° 259
Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, série A n° 290
Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II
Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V
Smith et Grady c. Royaume-Uni, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI
Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, n° 33290/96, CEDH 1999-IX
Elsholz c. Allemagne [GC], n° 25735/94, CEDH 2000-VIII
Mata Estevez c. Espagne (déc.), n° 56501/00, CEDH 2001-VI
Fretté c. France, n° 36515/97, CEDH 2002-I
Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI
L. et V. c. Autriche, n°s 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I
Karner c. Autriche, n° 40016/98, CEDH 2003-IX
B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, 13 septembre 2005
Stec et autres c. Royaume-Uni [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI
R. et F. c. Royaume-Uni (déc.), n° 35748/05, 28 novembre 2006
Parry c. Royaume-Uni (déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV
E.B. c. France [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008
Burden c. Royaume-Uni [GC], n° 13378/05, CEDH 2008
Courten c. Royaume-Uni (déc.), n° 4479/06, 4 novembre 2008
M.W. c. Royaume-Uni (déc.), n° 11313/02, 23 juin 2009

En l'affaire Schalk et Kopf c. Autriche,

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

Christos Rozakis, *président*,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Dean Spielmann,
Sverre Erik Jebens,
Giorgio Malinverni,
George Nicolaou, *juges*,

et de André Wampach, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 25 février et 3 juin 2010,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 30141/04) dirigée contre la République d'Autriche et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Horst Michael Schalk et M. Johan Franz Kopf (« les requérants »), ont saisi la Cour le 5 août 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par M^e K. Mayer, avocat à Vienne. Le gouvernement autrichien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. H. Tichy, ambassadeur, chef du département de droit international au ministère fédéral des Affaires européennes et internationales.

3. Les requérants alléguaient en particulier qu'ils avaient fait l'objet d'une discrimination au motif que, étant tous deux de même sexe, ils s'étaient vu refuser la possibilité de se marier ou de faire reconnaître juridiquement d'une autre manière leur relation.

4. Le 8 janvier 2007, le président de la première section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond.

5. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond de la requête. Le Gouvernement a également déposé des observations écrites complémentaires. En outre, une tierce intervention a été reçue du gouvernement britannique, qui avait été autorisé par le président à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2

de la Convention et 44 § 2 du règlement de la Cour). Par ailleurs, quatre organisations non gouvernementales ont soumis une tierce intervention commune après avoir été autorisées par le président à intervenir; il s'agit de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, de la Commission internationale de juristes, de AIRE Centre, et de l'European Region of the International Lesbian and Gay Association. Ces organisations ont aussi été autorisées par le président à intervenir lors de l'audience.

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 25 février 2010 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{mes} B. Ohms, chancellerie fédérale,	<i>agent adjoint,</i>
G. Paschinger, ministère fédéral des Affaires européennes et internationales,	
M. M. Stormann, ministère fédéral de la Justice,	<i>conseillers;</i>

– *pour les requérants*

MM. K. Mayer,	<i>conseil,</i>
H. Schalk,	<i>requérant;</i>

– *pour les organisations non gouvernementales tierces intervenantes*

M. R. Wintemute, King's College, Londres,	<i>conseil,</i>
M ^{me} A. Jernow, Commission internationale de juristes,	<i>conseiller.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{me} Ohms, M. Mayer et M. Wintemute.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Les requérants sont nés respectivement en 1962 et 1960. Ils forment un couple homosexuel et vivent à Vienne.

8. Le 10 septembre 2002, les requérants demandèrent au bureau de l'état civil (*Standesamt*) de procéder aux formalités nécessaires pour leur permettre de se marier.

9. Par une décision du 20 décembre 2002, la mairie (*Magistrat*) de Vienne rejeta la demande des requérants. S'appuyant sur l'article 44 du code civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), elle dit que seules des personnes de sexe opposé pouvaient contracter mariage. Elle ajouta que, d'après la

jurisprudence constante, un mariage conclu entre deux personnes de même sexe était nul et non avenue et conclut que, les requérants étant deux hommes, ils n'avaient pas capacité pour contracter mariage.

10. Les requérants formèrent un recours devant le chef du gouvernement (*Landeshauptmann*) de Vienne, en vain. Par une décision du 11 avril 2003, le chef du gouvernement confirma l'avis juridique de la mairie. En outre, il renvoya à la jurisprudence du tribunal administratif selon laquelle le fait que deux personnes soient de même sexe constituait un obstacle au mariage. Il ajouta que l'article 12 de la Convention réservait le droit au mariage aux personnes de sexe différent.

11. Les requérants formèrent un recours constitutionnel pour se plaindre que l'impossibilité juridique de se marier où ils se trouvaient constituait une violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale et du principe de non-discrimination. Ils soutenaient que la notion de mariage avait évolué depuis l'entrée en vigueur du code civil en 1812. En particulier, la procréation et l'éducation des enfants ne feraient plus partie intégrante du mariage. A l'heure actuelle, le mariage serait plutôt perçu comme une union permanente englobant tous les aspects de la vie. Il n'y aurait aucune justification objective pour interdire aux couples homosexuels de se marier, et ce d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme aurait reconnu que les différences fondées sur l'orientation sexuelle devaient se justifier par des raisons particulièrement graves. D'autres pays européens soit autoriseraient le mariage homosexuel soit auraient amendé leur législation pour conférer un statut équivalent aux partenariats entre personnes de même sexe.

12. Enfin, les requérants alléguaient une violation de leur droit au respect de leurs biens. Ils faisaient valoir que, lorsqu'un des membres d'un couple homosexuel mourait, l'autre subissait une discrimination puisqu'il se retrouvait dans une situation beaucoup moins favorable au regard du droit fiscal que le conjoint survivant d'un couple marié.

13. Le 12 décembre 2003, la Cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*) débouta les requérants. Son arrêt se lit ainsi, en ses passages pertinents :

«La procédure administrative qui a débouché sur la décision attaquée portait exclusivement sur la question de la légitimité du mariage. Dès lors, le seul grief applicable est celui selon lequel l'article 44 du code civil ne reconnaît et ne permet que le mariage entre «personnes de sexe opposé». L'allégation d'atteinte au droit de propriété n'est qu'un moyen de plus pour tenter de montrer que cet état de choses est injustifié.

S'agissant du mariage, l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui a rang constitutionnel, dispose :

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

Ni le principe d'égalité énoncé dans la Constitution fédérale autrichienne ni la Convention européenne des droits de l'homme (comme le montrent les termes « l'homme et la femme » utilisés à l'article 12) n'exigent que la notion de mariage, axée sur la possibilité fondamentale d'être parent, soit étendue à d'autres types de relations. De plus, l'essence du mariage n'est nullement touchée par le fait que les époux peuvent divorcer (ou se séparer) ni par la circonstance que la possibilité ou le désir d'avoir des enfants tienne aux époux eux-mêmes. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans son arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* (27 septembre 1990, série A n° 184 – qui portait sur la situation particulière de transsexuels) que la limitation du mariage à ce concept « traditionnel » se justifiait objectivement, observant qu'elle voyait

« (...) dans l'attachement audit concept traditionnel un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage (...) »

[La modification apportée ultérieurement à la jurisprudence relative à la question particulière des transsexuels avec l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* ([GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI) ne permet pas de conclure qu'il faut apporter le moindre changement à l'appréciation de la question générale qui se trouve posée en l'espèce.]

Le fait que des relations homosexuelles relèvent de la notion de vie privée et bénéficient à ce titre de la protection de l'article 8 de la Convention – laquelle interdit aussi en son article 14 la discrimination pour des motifs non objectifs – ne donne nullement naissance à l'obligation de modifier la législation sur le mariage.

Il est inutile en l'espèce de rechercher si et dans quel domaine la loi opère une discrimination injustifiée à l'encontre des relations homosexuelles en ce qu'elle prévoit des règles spéciales pour les couples mariés. Il n'incombe pas non plus à la Cour constitutionnelle de conseiller le législateur sur des questions constitutionnelles ni même sur des points de politique juridique.

En bref, il y a lieu de rejeter le grief pour défaut de fondement. »

14. L'arrêt de la Cour constitutionnelle fut notifié à l'avocat des requérants le 25 février 2004.

II. LE DROIT INTERNE ET LE DROIT COMPARÉ PERTINENTS

A. Le droit autrichien

1. *Le code civil*

15. L'article 44 du code civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) dispose :

«Le contrat de mariage constitue la base des relations familiales. En vertu de pareil contrat, deux personnes de sexe opposé déclarent leur intention légitime de vivre ensemble et d'être unies par les liens indissolubles du mariage, de procréer et d'élever des enfants et de se porter aide et assistance mutuelles.»

Cette disposition est restée inchangée depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1812.

2. La loi sur le partenariat enregistré

16. La loi sur le partenariat enregistré (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) a été créée dans le but d'offrir aux couples homosexuels un mécanisme officiel reconnaissant leur relation et donnant à celle-ci un effet juridique. A cet égard, le législateur a particulièrement tenu compte de l'évolution dans d'autres Etats européens (voir le rapport explicatif sur le projet de loi – *Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 485 der Beilagen XXIV GP*).

17. La loi sur le partenariat enregistré, parue au Journal officiel (*Bundesgesetzblatt*) n° 135/2009, vol. I, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Elle dispose en son article 2 :

«Un partenariat enregistré ne peut être conclu que par deux personnes de même sexe (partenaires enregistrés). Ces personnes s'engagent ainsi à nouer une relation durable comportant des droits et obligations mutuels.»

18. Les règles relatives à la création d'un partenariat enregistré, à ses effets et à sa dissolution sont proches de celles qui régissent le mariage.

19. Le partenariat enregistré implique que les partenaires cohabitent de façon permanente; il peut être conclu par deux personnes de même sexe capables juridiquement et majeures (article 3). Ne peuvent conclure un partenariat enregistré les personnes ayant entre elles des relations étroites de parenté ou les personnes déjà mariées ou ayant conclu un partenariat enregistré encore valable avec quelqu'un d'autre (article 5).

20. A l'instar des couples mariés, les partenaires enregistrés doivent vivre ensemble comme des époux à tous égards et partager un domicile commun, et se doivent mutuellement respect et assistance (article 8 §§ 2 et 3). Toujours comme entre époux, le partenaire qui s'occupe du foyer et n'a pas de revenus a l'autorité juridique pour représenter l'autre membre du partenariat dans les actes juridiques de la vie courante (article 10). Les partenaires enregistrés ont les mêmes obligations en matière de pensions alimentaires que les époux (article 12).

21. Les motifs de dissolution d'un partenariat enregistré sont les mêmes que ceux présidant à la dissolution du mariage ou divorce. La dissolution d'un partenariat enregistré se produit en cas de décès de l'un des partenaires (article 13). Elle peut aussi être prononcée par la justice pour d'autres motifs, comme l'absence d'intention de créer un tel partenariat (article 14), la faute

de l'un des partenaires ou des deux ou une rupture du partenariat due à des différences inconciliables (article 15).

22. La loi sur le partenariat enregistré contient aussi toute une série d'amendements à la législation en vigueur destinés à conférer aux partenaires enregistrés le même statut que les époux dans divers autres domaines du droit tels que le droit des successions, le droit du travail, le droit social et de l'assurance sociale, le droit fiscal, le droit administratif, le droit sur la protection des données et le service public, les questions de passeport et de déclaration domiciliaire ainsi que la législation sur les étrangers.

23. Toutefois, il subsiste certaines différences entre le mariage et le partenariat enregistré en dehors du fait que seules deux personnes de même sexe peuvent conclure un tel partenariat. Les différences suivantes ont fait l'objet d'un débat public avant l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré : alors que les mariages sont enregistrés par le bureau de l'état civil, les partenariats le sont par l'autorité administrative de district. Les règles portant sur le choix du nom diffèrent de celles valables pour les couples mariés : par exemple, la loi utilise les termes « nom propre » lorsque des partenaires choisissent le même nom, mais l'expression « nom de famille » lorsqu'il s'agit d'un couple marié. Les différences les plus importantes, toutefois, portent sur les droits parentaux : contrairement aux couples mariés, les partenaires enregistrés ne sont pas autorisés à adopter un enfant ; un partenaire ne peut pas non plus adopter l'enfant de son partenaire (article 8 § 4). L'insémination artificielle est également interdite (article 2 § 1 de la loi sur la procréation artificielle – *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

B. Le droit comparé

1. Le droit de l'Union européenne

24. L'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »), signée le 7 décembre 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, est ainsi libellé :

« Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

25. La partie pertinente du commentaire relatif à la Charte déclare ce qui suit (traduction du greffe de la Cour) :

« En dépit des tendances et évolutions apparues récemment dans le droit interne d'un certain nombre de pays visant à plus d'ouverture et à une meilleure acceptation des couples homosexuels, quelques Etats conservent des politiques publiques et/ou réglementations qui excluent explicitement le droit pour les couples homosexuels de se marier. Il existe à l'heure actuelle une très faible reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe en ce sens que le mariage n'est pas ouvert aux couples

homosexuels. En d'autres termes, le droit interne de la majorité des Etats part de l'idée que les futurs époux sont de sexe différent. Néanmoins, dans un petit nombre de pays, par exemple aux Pays-Bas et en Belgique, le mariage de personnes de même sexe est autorisé par la loi. D'autres pays, comme les pays scandinaves, ont adopté une législation sur le partenariat enregistré, ce qui signifie notamment que la plupart des dispositions concernant le mariage, à savoir ses conséquences juridiques en matière de partage des biens, de droits de succession, etc., sont aussi applicables à ce type d'union. En même temps, il importe de signaler que la dénomination « partenariat enregistré » a été choisie intentionnellement pour établir une distinction avec le mariage et que ce type de contrat a été créé comme un mode différent de reconnaissance des relations personnelles. Cette nouvelle institution n'est donc accessible par définition qu'aux couples qui ne peuvent se marier, et le partenariat entre personnes de même sexe n'a pas le même statut et n'emporte pas les mêmes avantages que le mariage.

Afin de tenir compte de la diversité des législations concernant le mariage, l'article 9 de la Charte renvoie aux lois nationales. Comme son libellé le montre, cette disposition a une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments internationaux. Etant donné que, contrairement aux autres instruments de défense des droits de l'homme, l'article 9 ne mentionne pas expressément « l'homme et la femme », on pourrait dire que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage. Les juridictions et comités internationaux ont jusqu'à présent hésité à ouvrir le mariage aux couples homosexuels. »

26. Un certain nombre de directives offrent aussi un intérêt en l'espèce. La directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial fixe les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres.

En son article 4, qui s'inscrit dans le chapitre « Membres de la famille », cette directive dispose :

« 3. Les Etats membres peuvent, par voie législative ou réglementaire, autoriser l'entrée et le séjour, au titre de la présente directive, sous réserve du respect des conditions définies au chapitre IV, du partenaire non marié ressortissant d'un pays tiers qui a avec le regroupant une relation durable et stable dûment prouvée, ou du ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré, conformément à l'article 5, paragraphe 2 (...) »

La directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concerne le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

Son article 2 contient la définition suivante :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

(...)

2) « membre de la famille » :

a) le conjoint ;

b) le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un Etat membre, si, conformément à la législation de l'Etat membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'Etat membre d'accueil ;

c) les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt et un ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b) ;

d) les ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b) ;

(...)»

2. *L'état de la législation pertinente dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*

27. A l'heure actuelle, six des quarante-sept Etats membres ouvrent le mariage aux couples homosexuels : la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal et la Suède.

28. En outre, treize Etats membres qui n'accordent pas aux couples homosexuels le droit au mariage ont adopté une forme de législation autorisant les couples homosexuels à enregistrer leurs relations. Ce sont l'Allemagne, l'Andorre, l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Islande, le Luxembourg, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie et la Suisse. En bref, les couples homosexuels ont la possibilité de se marier ou de conclure un partenariat enregistré dans dix-neuf Etats membres (voir aussi l'exposé figurant dans l'arrêt *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 26, CEDH 2008).

29. Dans deux Etats, l'Irlande et le Liechtenstein, des réformes visant à accorder aux couples homosexuels l'accès à une forme de partenariat enregistré sont en cours ou prévues. En outre, la Croatie s'est dotée d'une loi sur les unions civiles entre personnes de même sexe qui reconnaît les couples homosexuels vivant ensemble à certaines fins limitées mais sans leur offrir la possibilité de se faire enregistrer.

30. Selon les informations dont dispose la Cour, les Etats concernés ont dans leur grande majorité créé la législation pertinente au cours de la décennie écoulée.

31. Les conséquences juridiques du partenariat enregistré sont variables : elles vont d'une équivalence quasi totale au mariage à l'octroi de droits assez limités. On peut classer ces conséquences en trois grandes catégories : les conséquences matérielles, parentales et autres.

32. Les conséquences matérielles sont l'effet du partenariat enregistré sur différents types d'impôt, l'assurance santé, les cotisations de sécurité sociale et les pensions. Dans la plupart des Etats concernés, les partenaires obtiennent un statut comparable à celui conféré par le mariage. Cela vaut aussi pour d'autres conséquences matérielles, comme la réglementation sur la communauté et les dettes, l'application des règles relatives à la pension alimentaire en cas de séparation, le droit à réparation au cas où le partenaire est victime d'un homicide par imprudence et les droits successoraux.

33. Pour ce qui est des conséquences parentales, toutefois, les possibilités ouvertes aux partenaires enregistrés de subir une insémination sous assistance médicale ou d'accueillir en placement ou d'adopter des enfants sont très variables d'un pays à l'autre.

34. Quant aux autres conséquences, on peut citer l'utilisation du nom propre du partenaire, l'impact sur un partenaire étranger de l'obtention d'un permis de séjour et de la citoyenneté, le refus de témoigner, le statut de parent à des fins médicales, la transmission du bail au décès du partenaire et le don légal d'organes.

EN DROIT

I. SUR LA DEMANDE DU GOUVERNEMENT VISANT À RAYER LA REQUÊTE DU RÔLE DE LA COUR

35. Dans ses observations orales, le Gouvernement a soutenu que la loi sur le partenariat enregistré permettait aux couples homosexuels d'obtenir un statut juridique aussi proche que possible de celui conféré par le mariage aux couples hétérosexuels. Il a indiqué que la question pouvait être considérée comme réglée et qu'il était justifié de rayer la requête du rôle. Il invoque l'article 37 § 1 de la Convention, ainsi libellé dans ses passages pertinents :

« 1. A tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure

(...)

b) que le litige a été résolu ;

(...)

Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige. »

36. Pour pouvoir conclure à l'applicabilité de l'article 37 § 1 b) au cas d'espèce, la Cour doit répondre à deux questions successives: elle doit se

demander, en premier lieu, si les faits dont l'intéressé se plaint directement persistent ou non, et, en second lieu, si les conséquences qui pourraient résulter d'une éventuelle violation de la Convention à raison de ces faits ont été effacées (*Chevanova c. Lettonie* (radiation) [GC], n° 58822/00, § 45, 7 décembre 2007).

37. La Cour observe que les requérants se plaignent en substance que, étant un couple homosexuel, ils n'ont pas le droit de se marier. Cette situation persiste après l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré. Ainsi que le Gouvernement l'a lui-même fait remarquer, cette loi permet aux couples homosexuels de bénéficier d'un statut qui n'est que similaire ou comparable au mariage; elle ne leur accorde en revanche pas le droit de se marier, lequel reste réservé aux couples hétérosexuels.

38. La Cour conclut que les conditions requises pour pouvoir rayer la requête du rôle ne sont pas remplies et rejette en conséquence la demande du Gouvernement.

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

39. Les requérants allèguent que le refus des autorités de leur permettre de se marier emporte violation de l'article 12 de la Convention, libellé en ces termes:

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

Le Gouvernement conteste cette thèse.

A. Recevabilité

40. La Cour observe que le Gouvernement pose la question de savoir si le grief des requérants relève de l'article 12, étant donné qu'il s'agit de deux hommes qui réclament le droit de se marier. Le Gouvernement n'a cependant pas formulé d'exception d'irrecevabilité de la requête pour incompatibilité *ratione materiae*. La Cour estime que la question est suffisamment complexe pour ne pas se prêter à une résolution au stade de la recevabilité.

41. A la lumière des arguments des parties, la Cour considère que le grief soulève sous l'angle de la Convention d'importantes questions de droit et de fait qui appellent un examen au fond. Il s'ensuit que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Aucun autre motif d'irrecevabilité n'a été constaté.

B. Fond

1. *Les arguments des parties*

42. Le Gouvernement s'appuie sur l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour constitutionnelle, observant que celle-ci a pris en compte la jurisprudence de la Cour et n'a pas conclu à la violation des droits des requérants garantis par la Convention.

43. Dans ses observations orales devant la Cour, le Gouvernement a plaidé que tant le libellé non équivoque de l'article 12 que la jurisprudence de la Cour indiquent que le droit de se marier est par nature limité aux couples hétérosexuels. Tout en admettant que l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, il a considéré qu'il n'existait pas encore de consensus en Europe pour octroyer le droit de se marier aux couples homosexuels, et que pareil droit ne pouvait pas non plus se déduire de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte ») puisque, en dépit d'une différence dans le libellé, cette disposition renvoyait aux lois nationales pour régir la question du mariage homosexuel.

44. Les requérants soutiennent que, dans la société d'aujourd'hui, le mariage civil est une union de deux personnes qui englobe tous les aspects de la vie et que la procréation et l'éducation des enfants n'en forment plus un aspect fondamental. L'institution du mariage ayant connu des changements considérables, il n'y aurait plus aucune raison de refuser l'accès au mariage aux couples homosexuels. L'article 12 ne devrait pas nécessairement être compris comme signifiant qu'un homme ou une femme ont seulement le droit d'épouser une personne du sexe opposé. De plus, même s'il renvoie aux « lois nationales » pertinentes, l'article 12 ne saurait signifier que les Etats jouissent d'une latitude illimitée pour réglementer l'exercice du droit au mariage.

2. *Les arguments des tiers intervenants*

45. Le gouvernement britannique déclare que, selon la jurisprudence existante de la Cour, l'article 12 vise « le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent » (*Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, § 66, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V). Il ne voit aucune raison de revenir sur cette définition.

46. Il rappelle que, si la Cour a souvent souligné que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, elle n'a recouru à cette approche pour faire évoluer sa jurisprudence que

dans les cas où elle a constaté une convergence des normes en vigueur dans les Etats membres. Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* ([GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI), par exemple, la Cour aurait revu sa position au sujet de la possibilité pour les transsexuels opérés de se marier avec une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe, sachant qu'une majorité d'Etats contractants autorisait ce type de mariage. En revanche, il n'existerait aucune convergence des normes s'agissant du mariage homosexuel. Le gouvernement britannique indique qu'à l'époque où il a soumis son intervention, seuls trois Etats membres autorisaient le mariage homosexuel, tandis que des propositions à cet effet étaient à l'étude dans deux autres. Le mariage homosexuel concernerait un domaine sensible soulevant des controverses dans les champs social, politique et religieux. En l'absence de consensus, l'Etat bénéficierait d'une marge d'appréciation particulièrement large.

47. Les quatre organisations non gouvernementales appellent la Cour à saisir cette occasion pour élargir aux couples homosexuels l'accès au mariage civil. Le fait que les couples hétérosexuels puissent se marier alors que les couples homosexuels ne le peuvent pas constituerait une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. S'appuyant sur l'affaire *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, § 37, CEDH 2003-IX), elles plaident qu'une telle différence ne peut se justifier que par des « raisons particulièrement graves ». Or à leur avis, il n'existe aucune raison de ce genre, puisque l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ne sert pas à protéger le mariage ou la famille au sens traditionnel. L'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne dévaloriserait pas non plus le mariage traditionnel. De plus, l'institution du mariage aurait été profondément bouleversée et, comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Christine Goodwin* (précité, § 98), l'incapacité à procréer ne saurait en soi passer pour priver du droit de se marier. Les quatre organisations reconnaissent que l'affaire *Christine Goodwin* et la présente espèce se distinguent par l'état du consensus européen. Toutefois, elles font valoir qu'en l'absence de justification objective et rationnelle de la différence de traitement en question, il convient d'accorder un poids bien moindre au consensus européen.

48. Enfin, les quatre organisations renvoient à des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, les cours d'appel canadiennes de l'Ontario et de Colombie britannique, et les Cours suprêmes de Californie, du Connecticut, de l'Iowa et du Massachussets, aux Etats-Unis, dans lesquels ces juridictions ont dit que l'interdiction de contracter un mariage civil opposée aux couples homosexuels constituait une discrimination.

3. *Appréciation de la Cour*

a) **Principes généraux**

49. D'après la jurisprudence constante de la Cour, par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique. Il « obéit aux lois nationales des Etats contractants », mais les limitations en résultant ne doivent pas restreindre ou réduire le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (*B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, § 34, 13 septembre 2005, et *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 32, série A n° 128).

50. La Cour observe d'emblée qu'elle n'a pas encore eu l'occasion d'examiner la question de savoir si deux personnes de même sexe peuvent prétendre au droit de se marier. Toutefois, elle peut déduire certains principes de sa jurisprudence relative aux transsexuels.

51. Dans un certain nombre d'affaires, la question s'est posée de savoir si le refus de permettre à un transsexuel opéré de se marier avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe emportait violation de l'article 12. Dans ses premiers arrêts sur le sujet, la Cour a jugé que l'attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l'article 12 fournissait à l'Etat défendeur un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage. Elle a ainsi considéré que cette matière relevait du pouvoir dont jouissent les Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier (*Sheffield et Horsham*, précité, § 67, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, § 46, série A n° 184, et *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 49-50, série A n° 106).

52. Dans l'arrêt *Christine Goodwin* (précité, §§ 100-104), la Cour s'est écartée de cette jurisprudence: elle a considéré que les termes utilisés à l'article 12, à savoir le droit pour un homme et une femme de se marier, ne pouvaient plus être compris comme impliquant que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques. A cet égard, elle a noté que, depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage avait été profondément bouleversée par l'évolution de la société. De plus, elle s'est référée à l'article 9 de la Charte, dont le libellé diffère de celui de l'article 12. Enfin, la Cour a noté que le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle recueillait une grande adhésion. Pour conclure, la Cour a jugé que l'impossibilité pour un transsexuel opéré de se marier sous sa nouvelle identité sexuelle avait emporté violation de l'article 12 de la Convention.

53. Deux autres affaires montrent un intérêt dans le présent contexte : *Parry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV, et *R. et F. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 35748/05, 28 novembre 2006). Dans les deux cas, les requérantes formaient un couple marié composé d'une femme et d'un transsexuel passé du sexe masculin au sexe féminin à la suite d'une opération. Elles se plaignaient notamment sous l'angle de l'article 12 de la Convention de l'obligation de mettre un terme à leur mariage pour que la seconde requérante puisse obtenir la pleine reconnaissance juridique de son changement de sexe. La Cour a rejeté ce grief pour défaut manifeste de fondement après avoir noté que le droit interne ne permettait le mariage qu'entre personnes de sexe opposé, qu'il s'agisse du sexe à la naissance ou du sexe résultant d'une procédure de reconnaissance de l'identité sexuelle, et qu'il n'autorisait pas le mariage homosexuel. Elle a rappelé que, de même, l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme. La Cour a reconnu qu'un certain nombre d'Etats contractants avaient ouvert le mariage aux partenaires de même sexe tout en précisant que ce choix reflétait leur propre conception du rôle du mariage dans leur société et ne découlait pas d'une interprétation du droit fondamental en cause tel qu'énoncé par les Etats contractants dans la Convention en 1950. La Cour a conclu que la question de savoir comment encadrer juridiquement les effets d'un changement de sexe sur le mariage relevait de la marge d'appréciation de l'Etat. Elle a en outre estimé que, au cas où les requérantes décideraient de divorcer pour permettre au conjoint transsexuel d'obtenir une reconnaissance complète de sa nouvelle identité sexuelle, le fait que les requérantes aient la possibilité de conclure un partenariat civil contribuait à conférer un caractère proportionnel au régime de reconnaissance de l'appartenance sexuelle attaqué.

b) Application des principes précités en l'espèce

54. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 12, « l'homme et la femme » ont le droit de se marier. Selon le texte anglais, « *men and women (...) have the right to marry* ». Cette disposition énonce de plus le droit de fonder une famille.

55. Les requérants plaident que ce libellé n'implique pas nécessairement qu'un homme ne puisse épouser qu'une femme et *vice versa*. La Cour observe que, pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes. Toutefois, toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et libertés à « toute personne » ou indiquent que « nul » ne peut être l'objet de certains traitements interdits. Force est donc de considérer que les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément. De surcroît, il

faut tenir compte du contexte historique dans lequel la Convention a été adoptée. Dans les années 1950, le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent.

56. Quant au rapport entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille, la Cour a déjà eu l'occasion de dire que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit de se marier (*Christine Goodwin*, précité, § 98). Cependant, ce constat n'autorise pas à tirer une quelconque conclusion au sujet du mariage homosexuel.

57. Quoi qu'il en soit, les requérants ne s'appuient pas principalement sur une interprétation littérale de l'article 12. Ils invoquent en substance la jurisprudence de la Cour selon laquelle la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 92, 22 janvier 2008, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 74-75). D'après les requérants, à la lumière des conditions d'aujourd'hui, l'article 12 doit se comprendre comme accordant aux couples homosexuels le droit au mariage ou, en d'autres termes, comme obligeant les Etats membres à leur accorder ce droit dans leur législation.

58. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Bien que, comme elle l'a noté dans l'arrêt *Christine Goodwin* précité, l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. A l'heure actuelle, seuls six Etats contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe (paragraphe 27 ci-dessus).

59. Ainsi que le gouvernement défendeur et le gouvernement britannique, tiers intervenant, l'ont fait valoir à juste titre, il convient d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Christine Goodwin*. Dans cet arrêt (précité, § 103), la Cour a observé qu'il existait une convergence des normes s'agissant du mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle. De plus, cette affaire ne concernait que le mariage de partenaires n'appartenant pas au même sexe (*gender* en anglais), cette notion étant définie non à l'aide de critères purement biologiques mais en tenant compte d'autres facteurs tels que le changement de sexe de l'un des partenaires.

60. Pour en venir à la comparaison entre l'article 12 de la Convention et l'article 9 de la Charte, la Cour a déjà indiqué que la référence « à l'homme et à la femme » a été délibérément omise de cette dernière disposition (*Christine Goodwin*, précité, § 100). Le commentaire relatif à la Charte, qui est devenu juridiquement contraignant en décembre 2009, confirme que l'article 9 est conçu pour avoir une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments de défense des droits de l'homme

(paragraphe 25 ci-dessus). En même temps, la référence qu'il contient aux lois nationales reflète la diversité des législations de chaque pays, qui vont d'une autorisation du mariage homosexuel à une interdiction explicite de celui-ci. En mentionnant les lois nationales, l'article 9 de la Charte laisse les Etats décider d'autoriser ou non le mariage homosexuel. Pour reprendre les termes du commentaire :

« [On] pourrait dire que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage. »

61. Dès lors, prenant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doit en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants.

62. A cet égard, la Cour observe que le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre (*B. et L. c. Royaume-Uni*, précité, § 36).

63. En bref, la Cour conclut que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants.

64. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

65. Sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, les requérants se plaignent d'avoir subi une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle au motif que le droit de se marier leur a été refusé et qu'ils n'avaient pas d'autre possibilité de faire reconnaître juridiquement leur relation avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré.

L'article 8 est libellé en ces termes :

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

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

des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

L'article 14 dispose :

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

A. Recevabilité

1. *Épuisement des voies de recours internes*

66. Le Gouvernement a plaidé dans ses observations écrites que les requérants s'étaient exclusivement plaints devant les juridictions internes de l'impossibilité pour eux de se marier, et que tout autre grief soulevé explicitement ou implicitement dans leur requête à la Cour, comme la question d'une autre forme de reconnaissance juridique de leur relation, devait donc être rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes. Toutefois, le Gouvernement n'a pas expressément repris cet argument dans ses observations orales. Il a au contraire déclaré que la question du partenariat enregistré pouvait être considérée comme faisant partie intégrante de la requête.

67. Les requérants contestent l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement. Ils soutiennent en particulier que la discrimination dont ils sont l'objet en tant que couple homosexuel est englobée dans leur grief et, par ailleurs, qu'ils ont aussi invoqué dans leur recours constitutionnel la jurisprudence de la Cour relative à l'article 14 combiné avec l'article 8.

68. La Cour réaffirme que l'article 35 § 1 de la Convention impose de soulever devant l'organe interne adéquat, au moins en substance et dans les formes et délais prescrits par le droit interne, les griefs que l'on entend formuler par la suite à Strasbourg (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, § 66, *Recueil* 1996-IV).

69. En l'espèce, la procédure interne avait trait au refus des autorités de reconnaître aux requérants le droit de se marier. Etant donné que la possibilité de conclure un partenariat enregistré n'existait pas à l'époque des faits, il est difficile de voir comment les requérants auraient pu soulever la question de la reconnaissance juridique de leur relation autrement qu'en cherchant à conclure un mariage. C'est pourquoi leur recours constitutionnel était aussi centré sur le manque d'accès au mariage. Cependant, ils se plaignaient également, au moins en substance, de l'absence de tout autre moyen de faire reconnaître juridiquement leur relation. Ainsi, la Cour constitutionnelle

était en mesure d'aborder la question, ce qu'elle a d'ailleurs fait brièvement en se contentant de déclarer qu'il appartenait au législateur de rechercher les domaines dans lesquels la loi risquait de créer une discrimination à l'encontre des couples homosexuels en limitant certains droits aux couples mariés. Dans ces conditions, la Cour est convaincue que les requérants ont satisfait à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes.

70. Quoi qu'il en soit, la Cour pense comme le Gouvernement que la question de la reconnaissance juridique par d'autres moyens que le mariage est intimement liée à celle de l'absence de droit au mariage, de sorte qu'il y a lieu de considérer qu'elle fait partie intégrante de la requête à l'étude.

71. Pour conclure, la Cour rejette l'argument du Gouvernement selon lequel les requérants ont failli à épuiser les voies de recours internes s'agissant de leur grief tiré de l'article 14 combiné avec l'article 8.

2. Qualité de victime des requérants

72. Dans ses observations orales à la Cour, le Gouvernement a également soulevé la question de savoir si les requérants pouvaient toujours se prétendre victimes de la violation alléguée après l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré.

73. La Cour réaffirme que la qualité de victime d'un requérant peut dépendre de l'indemnisation qui lui a été accordée au niveau national pour la situation dont il se plaint devant la Cour ainsi que du point de savoir si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, la violation de la Convention. Ce n'est que lorsque ces deux conditions sont remplies que la nature subsidiaire du mécanisme de la Convention empêche un examen de la part de la Cour (voir, par exemple, *Scordino c. Italie* (déc.), n° 36813/97, CEDH 2003-IV).

74. En l'espèce, la Cour n'a pas à rechercher s'il est satisfait à la première condition étant donné que la seconde n'est pas remplie. Le Gouvernement a clairement fait savoir que la loi sur le partenariat enregistré avait été adoptée par suite d'un choix de politique et non pour répondre à une obligation découlant de la Convention (paragraphe 80 ci-dessous). L'adoption de cette loi ne saurait donc passer pour la reconnaissance de la violation de la Convention alléguée par les requérants. Dès lors, la Cour rejette l'argument du Gouvernement selon lequel les requérants ne peuvent plus se prétendre victimes de la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 qu'ils allèguent.

3. Conclusion

75. La Cour considère, à la lumière des arguments des parties, que le grief soulève au regard de la Convention d'importantes questions de droit

et de fait qui appellent un examen au fond. Elle conclut dès lors que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Aucun autre motif d'irrecevabilité n'a été constaté.

B. Fond

1. Les arguments des parties

76. Les requérants soutiennent que c'est la discrimination qu'ils ont subie en tant que couple homosexuel qui se trouve au cœur de leur grief. Considérant comme le Gouvernement que l'article 14 combiné avec l'article 8 est applicable, ils allèguent que, à l'instar des différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves. Or, à leur avis, le Gouvernement n'a pas fourni de raisons de cette nature pour justifier qu'on leur refuse l'accès au mariage.

77. Il découlerait de l'arrêt *Karner* (précité, § 40) que la protection de la famille traditionnelle constitue une raison importante et légitime, mais qu'il doit aussi être prouvé qu'une différence donnée est nécessaire pour réaliser ce but. Or rien ne montrerait qu'il faille exclure du mariage les couples homosexuels afin de protéger la famille traditionnelle.

78. Dans leurs observations orales, commentant la création de la loi sur le partenariat enregistré, les requérants ont soutenu que les différences subsistant entre le mariage, d'une part, et le partenariat enregistré, d'autre part, étaient encore discriminatoires. Ils ont notamment cité le fait que cette loi ne donne pas la possibilité de se fiancer, que les partenariats, contrairement aux mariages, ne sont pas enregistrés par le bureau de l'état civil mais par l'autorité administrative de district, qu'ils ne donnent pas droit à réparation lorsque le partenaire est victime d'un homicide par imprudence et qu'il n'est pas sûr que certains avantages accordés aux «familles» soient également consentis aux partenaires enregistrés et aux enfants de l'un d'eux vivant au domicile commun. Les requérants ont conclu que, bien que les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves, le Gouvernement n'a fourni nulle raison de ce genre.

79. Le Gouvernement admet que l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer. Jusqu'à présent, la Cour aurait considéré dans sa jurisprudence que les relations homosexuelles relevaient de la notion de «vie privée» mais il pourrait y avoir de bonnes raisons d'estimer que la relation qui unit deux personnes de même sexe vivant ensemble tombe dans le champ d'application de la «vie familiale».

80. S'agissant de l'observation des exigences de l'article 14 combiné avec l'article 8, le Gouvernement soutient que c'est au législateur qu'il appartient, dans le cadre de sa marge d'appréciation, de donner ou non aux couples homosexuels la possibilité de faire reconnaître leur relation par la loi sous une forme autre que le mariage. Il précise que le législateur autrichien a pris la décision d'offrir une telle possibilité aux couples homosexuels. En vertu de la loi sur le partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, les partenaires de même sexe seraient en mesure de conclure un partenariat enregistré leur conférant un statut très proche de celui du mariage. Cette nouvelle loi couvrirait des domaines aussi variés que le droit civil et pénal, le droit du travail, le droit social et de l'assurance sociale, le droit fiscal, le droit administratif, le droit sur la protection des données et le service public, les questions de passeport et de déclaration domiciliaire ainsi que la législation sur les étrangers.

2. *Les arguments des tiers intervenants*

81. Pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 8, le gouvernement britannique soutient que, même si la jurisprudence élaborée jusqu'à présent par la Cour n'englobe pas les relations entre personnes de même sexe dans la notion de «vie familiale», il n'y a pas de raison d'exclure que cela puisse être le cas à l'avenir. A son avis, toutefois, il ne faudrait pas considérer que l'article 8 combiné avec l'article 14 exige que les partenaires de même sexe aient droit soit au mariage soit à la création d'autres formes de reconnaissance juridique de leur relation.

82. Quant à la justification de cette différence de traitement, le gouvernement britannique conteste les arguments tirés par les requérants de l'arrêt *Karner*. Il rappelle en effet que, dans cette affaire, la Cour a dit qu'il n'était pas nécessaire d'exclure les couples homosexuels de la protection accordée aux couples hétérosexuels au titre de la loi sur les loyers pour réaliser le but légitime que constitue la protection de la famille au sens traditionnel. Or la question que pose l'espèce serait différente: l'enjeu serait l'accès au mariage ou à une autre forme de reconnaissance juridique. A cet égard, la justification de cette différence particulière de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels résiderait dans le texte même de l'article 12.

83. Enfin, le gouvernement britannique indique qu'au Royaume-Uni, la loi de 2004 sur le partenariat civil, entrée en vigueur en décembre 2005, a créé un système d'enregistrement des partenariats entre personnes de même sexe. Il précise toutefois que cette loi a été adoptée par suite d'un choix de politique, dans le but de promouvoir la justice sociale et l'égalité, étant entendu que la Convention n'impose pas l'obligation positive de

fournir pareille possibilité. Le gouvernement britannique considère que la décision adoptée par la Cour dans l'affaire *Courten c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 4479/06, 4 novembre 2008) confirme cette position.

84. Dans leurs observations communes, les quatre organisations non gouvernementales plaident que la Cour doit statuer sur la question de savoir si une relation de concubinage entre partenaires de même sexe relève de la notion de «vie familiale» au sens de l'article 8. Elles notent que cette question n'a pas été tranchée dans l'arrêt *Karner* (précité, § 33). A leur avis, il est désormais généralement admis que les couples homosexuels ont la même capacité à établir des relations affectives et sexuelles durables que les couples hétérosexuels et ont de ce fait, tout comme des derniers, besoin de faire reconnaître leur relation par la loi.

85. Pour le cas où la Cour conclurait que l'article 12 n'impose pas aux Etats contractants d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, il lui faudrait examiner la question de savoir si l'article 14 combiné avec l'article 8 exige de fournir d'autres moyens que le mariage de reconnaître juridiquement les partenariats entre personnes de même sexe.

86. Pour leur part, ces organisations répondent par l'affirmative à cette question; premièrement, exclure les couples homosexuels du bénéfice de certains droits et prestations liés au mariage (comme le droit à une pension de réversion) sans leur donner d'autres moyens d'en bénéficier constituerait une discrimination indirecte (*Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV). Deuxièmement, elles souscrivent aux arguments tirés par les requérants de l'arrêt *Karner* (précité). Troisièmement, elles soutiennent que l'état du consensus européen conforte de plus en plus l'idée que les Etats membres sont tenus de fournir, sinon l'accès au mariage, du moins d'autres moyens de reconnaissance juridique. A l'heure actuelle, près de 40 % d'entre eux seraient dotés d'une législation autorisant les couples homosexuels à faire enregistrer leur relation soit sous la forme du mariage soit sous une autre forme (paragraphe 27-28 ci-dessus).

3. *Appréciation de la Cour*

a) **Applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8**

87. La Cour a examiné un certain nombre d'affaires dans le domaine de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Certaines l'ont été sous l'angle du seul article 8; il s'agissait d'affaires se rapportant à l'interdiction pénale des relations homosexuelles entre adultes (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142, et *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A n° 259) ou au renvoi d'homosexuels de l'armée (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*,

n^{os} 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). D'autres ont été étudiées sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. Elles concernaient entre autres les différences dans l'âge du consentement aux relations homosexuelles prévu en droit pénal (*L. et V. c. Autriche*, n^{os} 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I), l'attribution de l'autorité parentale (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n^o 33290/96, CEDH 1999-IX), l'autorisation d'adopter un enfant (*Fretté c. France*, n^o 36515/97, CEDH 2002-I, et *E.B. c. France*, précité) et le droit à la transmission d'un bail après le décès du partenaire (*Karner*, précité).

88. En l'espèce, les requérants ont formulé leur grief sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour juge qu'il convient de suivre cette approche.

89. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète 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. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, par exemple, *E.B. c. France*, précité, § 47, *Karner*, précité, § 32, et *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil* 1998-II).

90. Nul ne conteste en l'espèce que la relation qu'entretiennent deux personnes de même sexe telles que les requérants relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8. Toutefois, à la lumière des commentaires des parties, la Cour juge approprié de se pencher sur la question de savoir si leur relation est également constitutive d'une « vie familiale ».

91. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante relative aux couples hétérosexuels, la notion de « famille » au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » de fait lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci (*Elsholz c. Allemagne* [GC], n^o 25735/94, § 43, CEDH 2000-VIII, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n^o 290, et *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 56, série A n^o 112).

92. Néanmoins, la Cour a seulement admis dans sa jurisprudence que la relation affective et sexuelle qui unit un couple homosexuel relève de la « vie privée », mais non qu'elle se rapporte au domaine de la « vie familiale », même lorsqu'est en jeu une relation entre deux personnes vivant ensemble. Elle est parvenue à cette conclusion après avoir observé que, malgré l'évolution constatée dans plusieurs Etats européens tendant

à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables entre homosexuels, il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants, en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé, jouissent encore d'une grande marge d'appréciation (*Mata Estevez c. Espagne* (déc.), n° 56501/00, CEDH 2001-VI, et autres références citées). Dans l'arrêt *Karner* (précité, § 33), qui concernait le droit du partenaire survivant d'un couple homosexuel à se voir transmettre le bail dont le défunt était titulaire, et qui relevait de la notion de « domicile », la Cour a expressément laissée ouverte la question de savoir si l'affaire faisait aussi entrer en jeu la « vie privée et familiale » du requérant.

93. La Cour note que depuis 2001, date d'adoption de sa décision dans l'affaire *Mata Estevez*, l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres. Depuis lors, un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels (paragraphes 27-30 ci-dessus). Certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille » (paragraphe 26 ci-dessus).

94. Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation.

95. La Cour conclut donc que les faits de la cause entrent dans le champ d'application de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au sens de l'article 8. Partant, l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer.

b) Observation de l'article 14 combiné avec l'article 8

96. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. 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 c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008).

97. D'une part, la Cour a maintes fois dit que, comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Karner*, précité, § 37, *L. et V. c. Autriche*, précité, § 45, et *Smith et Grady*, précité, § 90). D'autre part, la marge d'appréciation accordée à l'Etat au titre de la Convention est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (voir, par exemple, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n^{os} 65731/01 et 65900/01, § 52, CEDH 2006-VI).

98. L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, le domaine et le contexte; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (*Petrovic*, précité, § 38).

99. Bien que les parties ne se soient pas expressément prononcées sur le point de savoir si les requérants se trouvaient dans une situation comparable aux couples hétérosexuels, la Cour se fonde sur la prémisse selon laquelle les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables. Les requérants se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation.

100. Les requérants soutiennent qu'ils subissent une discrimination en tant que couple homosexuel, premièrement parce qu'ils n'ont toujours pas accès au mariage et, deuxièmement, parce qu'ils ne disposaient d'aucun autre moyen juridique de faire reconnaître leur relation jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré.

101. Pour autant que les requérants semblent faire valoir que le droit au mariage homosexuel peut se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 à défaut d'être inclus dans l'article 12, la Cour marque son désaccord avec cette thèse. Elle rappelle que la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres (*Johnston et autres*, précité, § 57). Eu égard à sa conclusion ci-dessus, à savoir que l'article 12 n'impose pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation.

102. Pour en venir à la seconde branche du grief des requérants, à savoir l'absence d'autre forme de reconnaissance juridique, la Cour note qu'à l'époque où les requérants ont introduit leur requête ils ne disposaient d'aucune possibilité de faire reconnaître leur relation en droit autrichien. Cette situation a perduré jusqu'au 1^{er} janvier 2010, date à laquelle est entrée en vigueur la loi sur le partenariat enregistré.

103. La Cour rappelle à cet égard que, dans une affaire tirant son origine d'une requête individuelle, il lui faut se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie (*F. c. Suisse*, précité, § 31). Sachant que les requérants peuvent désormais conclure un partenariat enregistré, la Cour n'a pas à rechercher si l'absence de reconnaissance juridique des couples homosexuels aurait emporté violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 si telle était encore la situation.

104. La question qui reste à trancher en l'occurrence est celle de savoir si l'Etat défendeur aurait dû fournir aux requérants un autre mode de reconnaissance juridique de leur relation plus tôt qu'il ne l'a fait.

105. Force est pour la Cour de constater que se fait jour un consensus européen tendant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels et que cette évolution s'est en outre produite avec rapidité au cours de la décennie écoulée. Néanmoins, les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives (*Courten*, décision précitée, et *M.W. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 11313/02, 23 juin 2009, ces deux décisions se rapportant à l'introduction de la loi sur le partenariat civil au Royaume-Uni).

106. La loi autrichienne sur le partenariat enregistré, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, reflète l'évolution décrite ci-dessus et s'inscrit ainsi dans le cadre du consensus européen qui est en train d'apparaître. Même s'il n'est pas à l'avant-garde, le législateur autrichien ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir créé plus tôt la loi sur le partenariat enregistré (voir, *mutatis mutandis*, *Petrovic*, précité, § 41).

107. Enfin, la Cour entend se pencher sur l'argument des requérants selon lequel ils subissent encore une discrimination en tant que couple homosexuel à raison des différences existant entre, d'une part, le statut conféré par le mariage et, d'autre part, celui découlant du partenariat enregistré.

108. La Cour part de ses constats précédents, à savoir que les Etats demeurent libres, tant au regard de l'article 12 qu'au titre de l'article 14 combiné avec l'article 8, de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels. Néanmoins, les requérants paraissent soutenir que, si un Etat décide d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, il est obligé de leur conférer un statut qui, même s'il porte un nom différent, correspond à tous égards au mariage. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Elle pense au contraire que les Etats bénéficient d'une certaine

marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique.

109. La Cour observe que la loi sur le partenariat enregistré donne aux requérants la possibilité d'obtenir un statut juridique équivalent ou similaire au mariage à de nombreux égards (paragraphe 18-23 ci-dessus). Les différences s'agissant des conséquences matérielles sont minimes tandis que celles qui subsistent quant aux droits parentaux sont importantes. Toutefois, cela correspond dans l'ensemble à la tendance observée dans d'autres Etats membres (paragraphe 32-33 ci-dessus). De plus, la Cour n'a pas à se prononcer en l'espèce sur chacune de ces différences de manière détaillée. Par exemple, les requérants n'ayant pas allégué qu'ils étaient directement touchés par les restrictions en matière d'insémination artificielle ou d'adoption, rechercher si ces différences sont justifiées dépasserait le cadre de la présente requête. Dans l'ensemble, la Cour ne discerne nul signe indiquant que l'Etat défendeur aurait outrepassé sa marge d'appréciation dans le choix qu'il a fait des droits et obligations conférés par le partenariat enregistré.

110. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

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

111. Les requérants se plaignent d'être désavantagés par rapport aux couples mariés dans la sphère financière, notamment dans le domaine du droit fiscal. Ils invoquent l'article 1 du Protocole n° 1, ainsi libellé :

« 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. »

Recevabilité

112. Dans ses observations écrites, le Gouvernement a fait valoir qu'il fallait déclarer irrecevable faute d'épuisement des voies de recours internes le grief des requérants relatif à une éventuelle discrimination dans le domaine financier. Il n'a toutefois pas explicitement repris cet argument dans ses observations orales devant la Cour.

113. La Cour note que les requérants ont évoqué dans leur recours devant la Cour constitutionnelle la question de la discrimination dans le domaine financier, et en particulier fiscal, afin d'illustrer leur grief principal, à savoir qu'ils faisaient l'objet d'une discrimination en tant que couple homosexuel en ce qu'ils n'avaient pas accès au mariage.

114. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour n'est pas appelée à résoudre la question de savoir si les requérants ont ou non épuisé les voies de recours internes. Elle se borne à observer que, dans leur requête, les requérants n'ont donné aucun détail au sujet de la violation alléguée de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle en conclut que ce grief n'est étayé par aucun élément.

115. Dès lors, ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, la demande du Gouvernement visant à rayer la requête du rôle de la Cour ;
2. *Déclare*, par six voix contre une, recevable le grief tiré par les requérants de l'article 12 de la Convention ;
3. *Déclare*, à l'unanimité, recevable le grief tiré par les requérants de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;
4. *Déclare*, à l'unanimité, la requête irrecevable pour le surplus ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention ;
6. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 24 juin 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

André Wampach
Greffier adjoint

Christos Rozakis
Président

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

- opinion dissidente commune aux juges Rozakis, Spielmann et Jebens ;
- opinion concordante du juge Malinverni, à laquelle se rallie le juge Kovler.

C.L.R.
A.M.W.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE
AUX JUGE ROZAKIS, SPIELMANN ET JEBENS

(Traduction)

1. Nous avons voté contre le point 6 du dispositif de l'arrêt. En effet, nous ne pouvons nous rallier à l'avis de la majorité selon lequel il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, et ce pour les raisons ci-dessous.

2. Dans cette affaire très importante, la Cour, après avoir attentivement examiné les précédents, a fait franchir à sa jurisprudence un pas majeur en élargissant la notion de « vie familiale » aux couples homosexuels. S'appuyant notamment sur l'évolution du droit européen (voir la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial et la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres), la Cour a constaté au paragraphe 93 de l'arrêt l'existence d'« une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille ».

3. La Cour a affirmé cela solennellement au paragraphe 94 de l'arrêt :

« Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation. »

4. L'absence de tout cadre juridique avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré (« la loi ») soulève un grave problème. Nous relevons à cet égard une contradiction dans le raisonnement de la Cour. En effet, ayant dit au paragraphe 94 que « la relation qu'entretiennent les requérants (...) relève de la notion de « vie familiale », la Cour aurait dû en tirer des conclusions. Or en concluant à la non-violation, elle a en même temps avalisé le vide juridique en jeu sans imposer à l'Etat défendeur l'obligation positive de prévoir un cadre satisfaisant qui offre aux requérants, au moins dans une certaine mesure, la protection dont toute famille doit bénéficier.

5. Au paragraphe 99, la Cour a aussi décidé d'office que :

« les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables [et que les] requérants se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation. »

6. Les requérants se plaignent non seulement de faire l'objet d'une discrimination en ce qu'on leur a refusé le droit de se marier mais aussi – et cela est important – de ne pas avoir eu d'autre possibilité de faire reconnaître juridiquement leur relation avant l'adoption de la loi.

7. Nous ne souhaitons pas nous étendre sur l'effet de cette loi, qui n'est entrée en vigueur qu'en 2010, ni en particulier sur la question de savoir si les caractéristiques de celle-ci, mentionnées par la Cour aux paragraphes 18 à 23 de l'arrêt, sont conformes à l'article 14 combiné avec l'article 8 puisque, à notre avis, il y a en tout état de cause eu violation de ces deux dispositions combinées avant l'entrée en vigueur de la loi.

8. Ayant constaté l'existence d'une « situation comparable » (paragraphe 99 de l'arrêt) et souligné que « les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves » (paragraphe 97 de l'arrêt), la Cour aurait dû conclure à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que le gouvernement défendeur n'a avancé aucun argument pour justifier la différence de traitement en cause mais s'est contentée d'invoquer principalement sa marge d'appréciation (paragraphe 80 de l'arrêt). Or en l'absence de solides raisons avancées par le gouvernement défendeur pour justifier la différence de traitement, il n'y a pas lieu de faire jouer la marge d'appréciation. En conséquence, « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants » (paragraphe 98 de l'arrêt) est un facteur dénué de pertinence car il ne doit entrer en jeu que de manière *secondaire* en vue de l'application de la notion de marge d'appréciation. En effet, ce n'est que lorsque les autorités nationales fournissent des justifications que la Cour peut se déclarer convaincue, en tenant compte de la présence ou de l'absence d'un dénominateur commun, que celles-ci sont mieux placées qu'elle-même pour traiter efficacement la question.

9. Il est aujourd'hui largement reconnu et admis par la société que les couples homosexuels nouent des relations stables. L'absence de tout cadre juridique leur offrant, au moins dans une certaine mesure, les mêmes droits et avantages que ceux qui accompagnent le mariage (paragraphe 4 ci-dessus) doit être justifiée par des raisons solides, surtout si l'on tient compte de la tendance croissante en Europe à prévoir des moyens permettant de bénéficier de tels droits et avantages.

10. Voilà pourquoi, selon nous, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE MALINVERNI,
À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE KOVLER

J'ai voté avec mes collègues en faveur de la non-violation de l'article 12 de la Convention. Toutefois, je ne saurais me rallier à certains arguments que contient l'arrêt pour parvenir à cette conclusion.

1. Ainsi, je ne peux pas souscrire à l'affirmation selon laquelle « pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes » (paragraphe 55 de l'arrêt).

Aux termes de l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (« la Convention de Vienne »), qui établit la règle générale d'interprétation des traités internationaux, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

Selon moi, le « sens ordinaire à attribuer aux termes du traité » dans le cas de l'article 12 ne peut être que celui qui reconnaît à un homme et à une femme, c'est-à-dire à des personnes de sexe opposé, le droit de se marier. Telle est également la conclusion à laquelle je parviens lorsque je lis l'article 12 « à la lumière de son objet est de son but ». L'article 12 associe en effet le droit de se marier à celui de fonder une famille.

L'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne dispose que, en même temps que du contexte, il convient de tenir compte « [d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

Je ne pense pas que l'on puisse invoquer cette disposition de la Convention de Vienne pour parvenir à la conclusion qui figure au paragraphe 55 de l'arrêt. Le fait que quelques Etats, au nombre de six à l'heure actuelle, prévoient la possibilité, pour des couples homosexuels, de se marier, ne saurait à mes yeux être regardé comme une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité », au sens de cette disposition.

L'interprétation littérale, qui représente, selon la Convention de Vienne, la « règle générale d'interprétation », exclut donc que l'article 12 puisse être interprété comme conférant le droit de se marier à des personnes de même sexe.

Je parviens à la même conclusion si j'interprète l'article 12 en ayant recours à d'autres règles d'interprétation, qui ne sont toutefois, comme le rappelle opportunément le titre de l'article 32 de la Convention de Vienne, que des moyens complémentaires d'interprétation, l'interprétation littérale

demeurant la règle générale d'interprétation (article 31 de la Convention de Vienne).

Selon l'article 32 de la Convention de Vienne, il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment en vue «de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable».

Compte tenu du fait que les moyens complémentaires d'interprétation sont notamment, selon l'article 32 de la Convention de Vienne, les «travaux préparatoires et [les] circonstances dans lesquelles le traité a été conclu», je suis d'avis que l'interprétation dite historique à laquelle se réfère l'article 32 de la Convention de Vienne ne peut que «confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31» (article 32 de la Convention de Vienne).

Il ne fait donc aucun doute à mes yeux que l'article 12 ne peut être interprété que comme s'appliquant exclusivement à des personnes de sexe opposé.

Certes, la Convention est un instrument vivant à interpréter de manière «contemporaine», à la lumière des conditions qui prévalent aujourd'hui (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 92, 22 janvier 2008, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, §§ 74-75, CEDH 2002-VI). Il est également vrai que, depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société (*Christine Goodwin*, précité, § 100). Cependant, comme l'a affirmé la Cour dans l'affaire *Johnston et autres c. Irlande* (18 décembre 1986, § 53, série A n° 112), la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui «mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ».

2. Je ne saurais non plus me rallier à l'affirmation suivante :

«[P]renant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants.» (paragraphe 61 de l'arrêt)

Pour moi l'article 12 est au contraire inapplicable à des personnes appartenant au même sexe.

Certes, en garantissant le droit au mariage, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne («la Charte») a, de manière délibérée, omis toute référence à l'homme et à la femme, puisqu'il dispose que «[l]e droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice».

A mon avis, l'on ne saurait toutefois en tirer une conclusion quelconque pour l'interprétation de l'article 12 de la Convention.

Le commentaire de la Charte confirme d'ailleurs que les auteurs de l'article 9 ont voulu conférer à cette disposition une portée plus large que celle qu'ont les articles correspondants d'autres traités internationaux. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que l'article 9 de la Charte garantit le droit de se marier et de fonder une famille « selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

En se référant ainsi à la législation pertinente des Etats, l'article 9 de la Charte laisse simplement aux Etats la liberté de décider s'ils veulent reconnaître aux couples homosexuels le droit de se marier. Mais comme le dit fort opportunément le commentaire :

« [R]ien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage. »

De mon point de vue, l'article 9 de la Charte ne saurait donc en aucune manière influencer sur l'interprétation de l'article 12 de la Convention selon laquelle cette disposition ne confère un droit de se marier qu'à des personnes de sexe opposé.

Il est vrai que la Cour s'est déjà référée à l'article 9 de la Charte dans son arrêt *Christine Goodwin* (précité, § 100). Mais, dans cette affaire, la Cour a examiné si le fait que le droit national retienne, aux fins de la possibilité de se marier, le sexe enregistré à la naissance, et non pas celui nouvellement acquis après une opération de conversion sexuelle, constituait en l'espèce une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. Après son opération, la requérante menait en effet une vie de femme et souhaitait épouser un homme. Cette affaire ne concernait donc pas un mariage entre personnes de même sexe.