

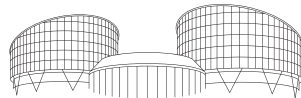
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2010-V



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-V**

Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-94-6240-118-1

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

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

With the exception of decisions by single judges, all the Court's judgments and decisions, including those not published in this series, can be consulted online in the HUDOC database at <http://hudoc.echr.coe.int>.

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

The form of citation for judgments and decisions published in this series from 1 November 1998 follows the pattern: name of case (in italics), application number, paragraph number (for judgments), abbreviation of the European Court of Human Rights (ECHR), year and (for the years 1999 to 2007 inclusive) number of volume.

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

### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

---

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

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

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

À l'exception des décisions prises par les juges uniques, tous les arrêts et décisions de la Cour, y compris ceux et celles non publiés dans la présente série, peuvent être consultés dans la base de données HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>).

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

Les arrêts et décisions publiés dans la présente série à compter du 1<sup>er</sup> novembre 1998 sont cités de la manière suivante : nom de l'affaire (en italique), numéro de la requête, numéro du paragraphe (pour les arrêts), sigle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), année et (pour les années 1999 à 2007 incluse) numéro du recueil.

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

#### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

---

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

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

## Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires .....	VII
<i>Schwizgebel c. Suisse</i> , n° 25762/07, arrêt du 10 juin 2010 (extraits)...	1
<i>Schwizgebel v. Switzerland</i> , no. 25762/07, judgment of 10 June 2010 (extracts) .....	29
<i>Gatt v. Malta</i> , no. 28221/08, judgment of 27 July 2010.....	55
<i>Gatt c. Malte</i> , n° 28221/08, arrêt du 27 juillet 2010 .....	73
<i>Korolev v. Russia</i> , no. 25551/05, decision of 1 July 2010.....	93
<i>Korolev c. Russie</i> , n° 25551/05, décision du 1 <sup>er</sup> juillet 2010 .....	105
<i>Neulinger et Shuruk c. Suisse</i> [GC], n° 41615/07, arrêt du 6 juillet 2010.....	117
<i>Neulinger and Shuruk v. Switzerland</i> [GC], no. 41615/07, judgment of 6 July 2010 .....	193
<i>Mangouras c. Espagne</i> [GC], n° 12050/04, arrêt du 28 septembre 2010.....	269
<i>Mangouras v. Spain</i> [GC], no. 12050/04, judgment of 28 September 2010.....	317
<i>Schüth c. Allemagne</i> , n° 1620/03, arrêt du 23 septembre 2010 .....	361
<i>Schüth v. Germany</i> , no. 1620/03, judgment of 23 September 2010..	397
<i>Bachowski v. Poland</i> , no. 32463/06, decision of 2 November 2010 (extracts) .....	431
<i>Bachowski c. Pologne</i> , n° 32463/06, décision du 2 novembre 2010 (extraits) .....	445



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 5

#### Article 5 § 1 (b)

Disproportionate detention for failure to pay amount due for breach of bail conditions

*Gatt v. Malta*, p. 55

Caractère disproportionné d'une détention imposée pour défaut de paiement d'une somme due pour violation des règles de la liberté surveillée

*Gatt c. Malte*, p. 73

#### Article 5 § 3

High sum set for bail in the case of the Master of a ship that caused marine pollution

*Mangouras v. Spain* [GC], p. 317

Montant élevé de la caution fixée à l'encontre d'un capitaine de navire responsable d'une pollution maritime

*Mangouras c. Espagne* [GC], p. 269

### Article 8

Order for return of child, accompanied by mother, to father's country of residence from which it had been wrongfully removed

*Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], p. 193

Ordonnance de retour d'un enfant, accompagné de sa mère, dans le pays, quitté clandestinement, de résidence du père

*Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], p. 117

Dismissal of a Church employee on ground of adultery

*Schüth v. Germany*, p. 397

Licenciement d'un employé ecclésiastique pour adultère

*Schüth c. Allemagne*, p. 361

### Article 14 in conjunction with Article 8/

#### Article 14 combiné avec l'article 8

Single mother of a certain age debarred from adopting a second child

*Schwizgebel v. Switzerland*, p. 29

Interdiction faite à une célibataire d'un certain âge d'adopter un second enfant

*Schwizgebel c. Suisse*, p. 1

### **Article 35**

#### **Article 35 § 3 (b)**

Complaint concerning inability to recover judgment debt worth less than one euro

*Korolev v. Russia* (dec.), p. 93

Grief relatif à l'impossibilité de recouvrer une créance reconnue par la justice et portant sur une somme inférieure à un euro

*Korolev c. Russie* (déc.), p. 105

#### **Article 3 of Protocol No. 7/Article 3 du Protocole n° 7**

Compensation following reversal of a criminal conviction in the light of a change in political regime

*Bachowski v. Poland* (dec.), p. 431

Indemnisation en cas d'annulation d'une condamnation pénale consécutivement à un changement de régime politique

*Bachowski c. Pologne* (déc.), p. 445



SCHWIZGEBEL c. SUISSE  
*(Requête n° 25762/07)*

PREMIÈRE SECTION<sup>1</sup>

ARRÊT DU 10 JUIN 2010

---

1. Texte français original. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Interdiction faite à une célibataire d'un certain âge d'adopter un second enfant****Article 14 combiné avec l'article 8**

*Discrimination – Interdiction faite à une célibataire d'un certain âge d'adopter un second enfant – Vie privée et familiale – Applicabilité – Situation comparable – But légitime de protéger le bien-être et les droits de l'enfant – Importante différence d'âge – Intérêt supérieur de l'enfant – Grande marge d'appréciation en l'absence de consensus européen – Absence d'arbitraire – Proportionnalité*

\*

\* \*

A la suite de l'adoption d'un enfant en 2002, la requérante, célibataire et âgée de quarante-sept ans, sollicita une autorisation d'accueil d'un second enfant en vue de son adoption. Or toutes ses requêtes furent rejetées jusqu'en dernier ressort par le Tribunal fédéral en 2006.

Article 14 combiné avec l'article 8: la présente affaire pose le problème de la procédure d'accès à l'adoption. La législation autorise expressément l'adoption par une personne seule qui a atteint l'âge de trente-cinq ans. Sachant que l'autorisation est indispensable pour qui veut adopter un enfant, les circonstances de l'espèce tombent sous l'empire de l'article 8. En outre, la requérante allègue avoir été victime d'une discrimination fondée sur son âge dans l'exercice d'un droit reconnu par la législation interne. L'âge de l'intéressée a revêtu un caractère déterminant pour le rejet de ses demandes par les instances internes. L'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce.

La requérante peut se prétendre victime d'un traitement différencié par rapport à une femme seule moins âgée qui, dans les mêmes circonstances, serait susceptible d'obtenir l'autorisation d'accueillir un second enfant en vue de son adoption. Le rejet de sa demande d'autorisation de placement d'un enfant aux fins d'une adoption poursuivait le but légitime de protéger le bien-être et les droits de cet enfant. En 1998, la requérante, âgée de quarante et un ans, fut autorisée à accueillir un premier enfant. Concernant l'adoption du second enfant, en 2006 le Tribunal fédéral estima la différence d'âge entre la requérante et l'enfant à adopter, située entre quarante-six et quarante-huit ans, excessive et nullement dans l'intérêt de ce dernier. Il n'existe pas de dénominateur commun entre les systèmes juridiques des

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

Etats membres du Conseil de l'Europe concernant: le droit d'adopter seule; en tant que personne célibataire; les limites d'âge inférieur et supérieur fixées pour les personnes adoptantes; la différence d'âge entre celles-ci et l'enfant à adopter. Ainsi, les autorités suisses disposaient d'une grande marge d'appréciation, et la législation ainsi que les décisions prises semblent se situer clairement dans le cadre des solutions adoptées par la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et être en conformité avec le droit international en vigueur. Les décisions des autorités internes n'ont pas été arbitraires, étant intervenues dans le cadre de procédures contradictoires et motivées. Elles étaient inspirées non seulement par l'intérêt supérieur de l'enfant à adopter, mais également par celui de l'enfant déjà adopté. Par ailleurs, le critère de la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté n'était pas fixé de manière abstraite par la législation, mais a été appliqué par le Tribunal fédéral de manière souple et eu égard aux circonstances de l'espèce. Les arguments des instances internes ne sont pas déraisonnables ou arbitraires concernant le fait que la prise en charge d'un second enfant, même d'un âge comparable au premier, constituerait un fardeau supplémentaire pour la requérante ou que les problèmes sont plus nombreux dans des familles comprenant plusieurs enfants adoptés. Il est évident dans ce type d'affaires que le recours à des données statistiques est nécessaire et qu'une part de spéculation est inévitable. Si l'on tient compte de la marge d'appréciation considérable des Etats dans ce domaine et de la nécessité de protéger l'intérêt supérieur des enfants, le refus d'autoriser le placement d'un second enfant n'a pas transgressé le principe de proportionnalité. La différence de traitement litigieuse n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14.

*Conclusion*: non-violation (unanimité).

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

- Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26  
*Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, série A n° 30  
*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32  
*Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37  
*Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, série A n° 87  
*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94  
*Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, série A n° 102  
*Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A n° 126  
*Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III  
*Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV  
*National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, *Recueil* 1997-VII  
*Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I  
*E.P. c. Italie*, n° 31127/96, 16 septembre 1999  
*Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, CEDH 2000-VII  
*G.M.B. et K.M. c. Suisse* (déc.), n° 36797/97, 27 septembre 2001

*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I

*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII

*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI

*Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, CEDH 2006-VIII

*Glor c. Suisse*, n° 13444/04, CEDH 2009



**En l'affaire Schwizgebel c. Suisse,**

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

Christos Rozakis, *président*,

Nina Vajić,

Khanlar Hajiyev,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 mai 2010,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25762/07) dirigée contre la Confédération suisse et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Ariane Schwizgebel (« la requérante »), a saisi la Cour le 15 juin 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

La requérante a été représentée par M<sup>e</sup> C. Nebel, avocate à Genève. Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Schürmann, chef de la section des droits de l'homme et du Conseil de l'Europe à l'Office fédéral de la justice.

2. La requérante alléguait en particulier que les autorités suisses lui avaient interdit d'adopter un second enfant à cause de son âge.

3. Le 17 février 2009, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Se prévalant de l'article 29 § 3 de la Convention, elle a en outre résolu que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de la requête.

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

4. La requérante est née le 29 juillet 1957 et réside à Genève. Elle est célibataire et titulaire d'un diplôme de maîtrise en musique. La musique constitue sa source de revenus.

5. Selon les dires de la requérante, quand elle avait environ trente ans, l'homme avec lequel elle avait entretenu une relation pendant une dizaine d'années mourut dans un accident. Depuis lors, elle n'a plus rencontré personne avec qui elle aurait souhaité fonder une famille. Toutefois, mue par le désir d'élever des enfants, elle décida, après mûre réflexion, d'adopter un premier enfant.

6. Le 16 avril 1996, elle sollicita du service de protection de la jeunesse du canton de Genève l'autorisation d'accueillir un enfant en vue de son adoption.

7. La requérante explique qu'ayant été informée qu'un avis défavorable serait probablement émis en raison de son état civil, elle retira sa demande par une lettre du 4 octobre 1996.

8. Après s'être installée à Delémont (canton du Jura), elle y déposa en janvier 1998 une nouvelle demande d'autorisation d'accueil d'un enfant, qui fut accordée à la suite de l'avis préalable favorable donné par le service de l'action sociale.

9. Le 8 janvier 2000, elle accueillit une petite fille, Violaine, née au Vietnam le 30 avril 1999.

10. Sur la base d'un rapport d'enquête sociale du 12 décembre 2001 qui recommandait cette adoption, l'autorité tutélaire de Delémont prononça l'adoption le 26 juin 2002.

11. Le 9 juillet 2002, la requérante sollicita une autorisation d'accueil d'un second enfant en vue de son adoption.

12. Le service de l'action sociale de la République et Canton du Jura rejeta cette requête par une décision du 5 septembre 2002, qui fut maintenue sur opposition le 7 novembre 2002.

13. La chambre administrative du tribunal cantonal du canton du Jura confirma ce refus le 25 août 2003.

14. Le 19 janvier 2004, la requérante – qui avait de nouveau déménagé à Genève en novembre 2003 – sollicita derechef l'autorisation d'accueillir un deuxième enfant, originaire d'Amérique du Sud et âgé de un à trois ans, en vue de son adoption.

15. Par une décision du 19 juillet 2004, le service de protection de la jeunesse rejeta la requête.

16. La requérante forma contre cette décision un recours qui fut déclaré tardif – et partant irrecevable – le 28 septembre 2004 par la cour de justice du canton de Genève.

17. Le 20 janvier 2005, elle présenta une nouvelle requête d'autorisation de placement aux fins d'adoption que l'office de la jeunesse du canton de Genève écarta par une décision du 12 septembre 2005.



18. Le 7 décembre 2005, entendue en comparution personnelle devant l'autorité cantonale, la requérante déclara vouloir accueillir un enfant âgé de cinq ans au maximum, exprimant son désir de se voir confier un enfant du Vietnam, comme son premier enfant adopté, tout en étant ouverte à l'adoption d'enfants d'autres pays.

19. Par une décision du 24 avril 2006, la cour de justice du canton de Genève débouta la requérante et confirma le refus d'autorisation de placement provisoire d'un enfant en vue de son adoption. Elle ne mit pas en question les qualités éducatives de la requérante, fondées sur l'amour, le respect et les valeurs chrétiennes, et sa capacité à prendre soin de Violaine était reconnue. Par ailleurs, la cour considéra que la requérante disposait de ressources suffisantes grâce à ses emplois salariés. Elle estima néanmoins que l'adoption d'un deuxième enfant pourrait porter une atteinte inéquitable à la situation de Violaine. Par ailleurs, la requérante aurait sous-estimé les difficultés propres à l'adoption, et en particulier à l'adoption internationale. La cour exprima en outre des réserves à propos de la disponibilité de la requérante et de l'aide que pourraient apporter son père et son frère à la prise en charge d'un second enfant. Elle conclut donc que l'ensemble des circonstances ne permettaient pas de prévoir que l'adoption servirait le bien de l'enfant.

20. Par un arrêt du 5 décembre 2006, notifié au représentant de la requérante le 22 janvier 2007, le Tribunal fédéral rejeta le recours de droit administratif de l'intéressée, dans les termes et pour les motifs suivants :

« (...)

2.1 Aux termes de l'art. 264 CC [code civil] – dans sa version en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003 –, un enfant peut être adopté si les futurs parents adoptifs lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins un an, et si toutes les circonstances permettent de prévoir que l'établissement d'un lien de filiation servira au bien de l'enfant sans porter une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants des parents adoptifs. Toute adoption doit ainsi être précédée d'un placement, d'un lien nourricier d'une certaine durée. Condition impérative de l'adoption, cette mesure constitue une justification de l'établissement ultérieur d'un rapport de filiation, un délai d'épreuve pour les intéressés, ainsi qu'une occasion et un moyen de s'assurer que l'adoption servira au bien de l'enfant (ATF 125 III 161 consid. 3a p. 162 et les citations). En vertu de l'art. 316 CC, le placement d'enfants auprès de parents nourriciers est soumis à l'autorisation et à la surveillance de l'autorité tutélaire ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal (al. 1<sup>er</sup>); lorsque l'enfant est placé en vue de son adoption, une autorité cantonale unique est compétente (al. 1bis, dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003); le Conseil fédéral édicte des prescriptions d'exécution (al. 2).

Conformément à l'art. 11b de l'Ordonnance du Conseil fédéral réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption du 19 octobre 1977 (OPEE;

RS 211.222.338), dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, l'autorisation de placement n'est délivrée que lorsque les qualités personnelles, l'état de santé et les aptitudes éducatives des futurs parents adoptifs et des autres personnes vivant dans leur ménage, ainsi que les conditions de logement, offrent toute garantie que l'enfant placé bénéficiera de soins, d'une éducation et d'une formation adéquats et que le bien-être des autres enfants vivant dans la famille sera sauvegardé (al. 1<sup>er</sup> let. a), et qu'il n'existe aucun empêchement légal s'opposant à la future adoption et que l'ensemble des circonstances, notamment les mobiles des futurs parents adoptifs, permettent de prévoir que l'adoption servira au bien de l'enfant (al. 1<sup>er</sup> let. b). L'autorité doit prendre tout particulièrement en compte l'intérêt de l'enfant lorsque la différence d'âge entre celui-ci et le futur parent adoptif est de plus de 40 ans (art. 11b al. 3 let. a OPEE; cf. sur cette problématique: ATF 125 III 161 consid. 7a p. 167/168).

Cette condition primordiale de l'adoption – le bien de l'enfant (art. 264 CC) – n'est pas aisée à vérifier. L'autorité doit rechercher si l'adoption est véritablement propre à assurer le meilleur développement possible de la personnalité de l'enfant et à améliorer sa situation; cette question doit être examinée à tous égards (affectif, intellectuel, physique), en se gardant d'attribuer un poids excessif au facteur matériel (ATF 125 III 161 consid. 3a in fine p. 163 et les citations).

2.2 Selon l'art. 264b al. 1 CC, une personne non mariée – célibataire, veuve ou divorcée – peut adopter seule si elle a 35 ans révolus. Par cette forme d'adoption, le lien de filiation n'est établi qu'avec un seul parent. En raison de cette situation, l'adoptant doit assumer seul les exigences qui répondent aux besoins de l'enfant et être disponible pour s'en occuper dans une mesure dépassant celle qui est demandée de chacun des parents qui adoptent conjointement. Aussi, l'autorité doit prendre tout particulièrement en compte l'intérêt de l'enfant lorsque la requérante ou le requérant n'est pas marié, ou qu'elle ou il ne peut pas adopter conjointement avec son époux ou son épouse (art. 11b al. 3 let. b OPEE). Dans l'intention du législateur, l'adoption conjointe est la règle, et l'adoption par une personne seule l'exception (ATF 111 II 233 consid. 2cc p. 234/235). On peut, en effet, concevoir que l'intérêt de l'enfant, qui est déterminant, consiste a priori à vivre dans une famille complète. Il n'en demeure pas moins que la loi permet expressément l'adoption par une personne seule, sans la subordonner – contrairement à l'adoption d'un majeur ou d'un interdit (art. 266 al. 1 ch. 3 CC) – à de « justes motifs ». De toute manière, lorsque les conditions nécessaires au bien de l'enfant sont remplies, et que l'adoption par une personne seule répond à toutes les exigences de son plein épanouissement et du développement de sa personnalité, elle sera prononcée; dans cette éventualité, au stade du placement préalable, les conditions posées à l'art. 11b OPEE sont réalisées, et l'autorisation de placement doit être accordée (ATF 125 III 161 consid. 4b p. 165 et les citations).

3.1 La juridiction précédente a constaté que la recourante dispose des qualités éducatives adéquates. Elle peut compter sur un large réseau de personnes qui la soutiennent dans son projet et se déclarent prêtes à lui apporter leur appui pour la prise en charge des enfants lorsqu'elle sera occupée. Depuis le refus qui lui a été opposé par les autorités du canton du Jura (supra, let. B.a), elle a modifié l'organisation de sa vie, en s'installant à Genève, où elle exerce ses activités professionnelles; depuis novembre 2004, elle a pris à bail un logement dans un quartier proche de la paroisse

dont elle est maîtresse de chapelle et dans l'immeuble des bureaux et du secrétariat du festival de musique dont elle est directrice artistique. Enfin, ses ressources financières sont suffisantes (7 000 [francs suisses] par mois). Ces points étant acquis, il n'y a pas lieu d'y revenir.

3.2 Dans sa requête du 19 janvier 2004, la recourante avait demandé l'autorisation d'accueillir « un deuxième enfant, originaire d'Amérique du Sud, âgé entre un et trois ans » ; il ne ressort pas de la requête déposée l'année suivante que ces critères auraient été modifiés. Or, entendue en comparution personnelle devant l'autorité cantonale le 7 décembre 2005, l'intéressée a déclaré vouloir accueillir un enfant « jusqu'à l'âge de 5 ans » ; rappelant que A. [le premier enfant adopté par la requérante] est originaire du Vietnam, elle a émis le désir de se voir confier un enfant « né dans ce pays », tout en étant « bien évidemment ouverte à d'autres pays ».

Comme l'a jugé la Cour de céans dans une affaire récente, ce procédé ne saurait être admis (cf. arrêt 5A.11/2005 du 3 août 2005, consid. 3.1, in : FamPra.ch 2006 p. 177). Le rapport d'évaluation (art. 268a CC et 11d OPEE) est établi en fonction de l'âge et de l'origine de l'enfant, que le requérant doit préciser (art. 11g al. 2 let. a et c OPEE). C'est donc à juste raison que, dans ses déterminations sur le recours cantonal, l'Office de la jeunesse a relevé que ce document « a[vait] été établi sur la base d'une demande tendant à l'adoption d'un enfant âgé entre un et trois ans au moment de son arrivée ». Admettre le contraire permettrait de transformer la requête au gré des besoins de la cause, en l'occurrence de réduire la différence d'âge. Il s'ensuit que le reproche adressé à la cour cantonale de ne pas avoir donné une « autorisation pour un enfant plus âgé, afin de réduire l'écart d'âge » se révèle mal fondé. Le fait que la convention entre la Suisse et le Vietnam relative à la coopération en matière d'adoption d'enfants est entrée en vigueur alors que la cause était pendante en appel, c'est-à-dire le 9 avril 2006 (RO 2006 p. 1767), n'y change rien ; du reste, la recourante ne démontre nullement qu'elle remplirait les conditions prévues par cet accord, ni même – nonobstant l'avis de la représentante de l'Office de la jeunesse (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 5 avril 2006) – que son projet serait par ailleurs réalisable.

3.3 Née en 1957, la recourante a 49 ans ; par rapport à un enfant entre un et trois ans – en faisant abstraction des délais d'attente en matière d'adoption internationale –, la différence d'âge se situerait entre 46 et 48 ans. Au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, un tel écart apparaît excessif (cf. arrêt 5A.6/2004 du 7 juin 2004, consid. 3.2, publié in : FamPra.ch 2004 p. 710 : célibataire ayant « près de 50 ans » désirant adopter une « fille de moins de 5 ans » ; cf. aussi les références citées dans l'arrêt paru aux ATF 125 III 161 consid. 7a p. 167/168). Comme le souligne à juste titre l'autorité cantonale, même une différence d'âge de 45 ans est trop importante. En effet, l'intéressée va se retrouver, à plus de 60 ans, l'unique parent de deux adolescent(e)s ; aux problèmes liés à cette période de la vie, risquent de s'ajouter les difficultés propres aux adoptés (cf. par exemple : arrêt 5A.21/1999 du 21 décembre 1999, consid. 3d, publié in : FamPra.ch 2000 p. 546), d'autant que l'enfant à venir pourrait avoir des besoins spécifiques. C'est à tort, à cet égard, que la recourante invoque l'ATF 125 III 161 (différence d'âge comprise entre 44 et 46 ans), où, au demeurant, l'adoption d'un seul enfant était en jeu (infra, consid. 3.4).

3.4 L'opinion de la juridiction précédente, selon laquelle la recourante sous-estime la charge représentée par un deuxième enfant, n'est pas contestable. Si l'on peut admettre, d'un point de vue théorique, que la présence d'une sœur ou d'un frère comporte des aspects bénéfiques sur les plans affectif et social (cf. arrêt 5A.25/1996 du 1<sup>er</sup> mai 1997, consid. 6b, non publié in: SJ 1997 p. 597 ss), cette appréciation mérite d'être nuancée s'agissant d'enfants adoptés. Le rapport d'évaluation a noté que A., après avoir profité sans partage de l'attention de sa mère adoptive, court le risque de «réactiver un sentiment d'abandon»; les effets positifs d'une nouvelle adoption sur sa situation (art. 264 in fine CC, 9 let. b LF-CLaH et 11b al. 1 let. a in fine OPEE) ne sont donc nullement acquis (cf. en général: Lücker-Babel, Adoption internationale et droits de l'enfant, Fribourg, 1991, p. 44, qui relève que «[c]'est dans les familles comprenant plusieurs enfants adoptifs ou plusieurs enfants biologiques [et un seul enfant adoptif] que le taux d'échec est le plus élevé»). Par surcroît, on ne peut exclure que le second enfant présente des difficultés liées aux carences dont souffrent les enfants ayant été abandonnés (arrêt 5A.9/1997 du 4 septembre 1997, consid. 4b, publié in: RDT 1998 p. 118), ce qui est de nature à compliquer l'organisation mise sur pied par la recourante. Ces conclusions rejoignent celles que le Service de l'action sociale jurassien avait émises dans son rapport complémentaire du 11 juin 2003.

La recourante conteste cette appréciation; elle affirme, déclarations de tierces personnes à l'appui, que la seconde adoption serait «bénéfique à A.» et reproche aux magistrats cantonaux de s'être perdus en «conjectures théoriques». Ces critiques apparaissent injustifiées. Etant donné que l'autorisation de placement précède le prononcé d'adoption, l'autorité doit, par la force des choses, se livrer à un pronostic. Compte tenu des caractéristiques de l'adoption par une personne seule et des conséquences dramatiques pour l'enfant d'un échec de l'adoption (cf. à ce sujet: Lücker-Babel, in: RDT 1994 p. 86 ss), on ne saurait faire grief à la juridiction inférieure de s'être montrée rigoureuse (cf. Breitschmid, op. cit., n. 19 ad art. 264 CC et la doctrine mentionnée), comme le lui impose du reste l'art. 11b al. 3 OPEE («tout particulièrement»). La Cour de céans n'a pas à substituer sa propre conception du bien de l'enfant à celle de l'autorité cantonale et des enquêteurs (cf. FamPra. ch 2006 p. 178 consid. 3.2 in fine et les citations), mais uniquement à examiner si des circonstances pertinentes n'ont pas été prises en considération ou, à l'inverse, des éléments déterminants ont été omis. Nonobstant les dénégations péremptoires de la recourante, tel n'est pas le cas ici.

3.5 L'autorité cantonale a retenu que l'aide que pourrait fournir le père de la recourante n'est pas une solution à la prise en charge de A. et d'un second enfant; la présence à domicile d'un père âgé de 85 ans représente, au contraire, un handicap à plus ou moins long terme, car sa fille sera elle-même amenée à lui prodiguer, à un moment ou à un autre, aide et soutien. Le frère de la recourante, qui n'a pas d'enfant et dont on ignore si l'épouse exerce une activité professionnelle, pourrait certes l'assister pour le futur enfant comme il le fait déjà pour A.; toutefois, l'intéressé est domicilié à Lausanne. De même, la personne pressentie pour devenir le parrain de l'enfant à adopter est domiciliée à Lyon. Enfin, le soutien des voisins de son immeuble et de son amie très proche ainsi que la présence des parrain et marraine de A. ne changent

rien à l'affaire, le critère essentiel étant la disponibilité de la requérante elle-même ; au demeurant, l'éducation des enfants repose toujours sur les parents, et il est plus facile de manifester des volontés d'assistance dans le cadre abstrait d'une procédure que dans la vie de tous les jours et pendant une vingtaine d'années.

Cette opinion est conforme à la jurisprudence de la Cour de céans et à la doctrine (FamPra.ch 2006 p. 178 consid. 3.2; Meier-Stettler, Droit de la filiation, vol. I, 3<sup>e</sup> éd., n° 263, avec d'autres citations). Quoi qu'en dise la recourante, l'autorité cantonale n'a pas minimisé l'engagement de sa famille et de ses proches au profit d'« affirmations théoriques ». La Cour de céans a pu le constater dans une cause récente, où, en dépit de sa « famille élargie », la candidate à une deuxième adoption avait dû confier sa fille adoptive à une voisine à l'occasion d'une hospitalisation (FamPra.ch 2006 ibidem). Quant à la prise en charge de son père, elle se borne à affirmer que son frère « serait présent », déclaration qui n'est nullement corroborée par l'intéressé, lequel est, en outre, censé pallier les carences éventuelles de la recourante. De toute façon, l'intérêt de l'enfant ne saurait se mesurer uniquement à l'aune de la disponibilité du parent qui demande à l'adopter seul (Meier-Stettler, ibidem). Quoi qu'il en soit, les motifs qui précèdent suffisent à maintenir la décision attaquée.

4. En conclusion, vu le pouvoir d'appréciation dont jouissent les autorités de placement (RDT 1998 p. 118 consid. 4b), la décision entreprise ne prête pas le flanc à la critique. Partant, le recours doit être rejeté, aux frais de la recourante (art. 156 al. 1 OJ).»

## II. LES DROITS INTERNE, COMPARÉ ET INTERNATIONAL PERTINENTS

### A. Le droit interne

21. Les dispositions du code civil, pertinentes en l'espèce, sont ainsi libellées :

#### Chapitre IV : De l'adoption

##### A. Adoption des mineurs

###### Article 264 (Condition générale)

« Un enfant peut être adopté si les futurs parents adoptifs lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins un an et si toutes les circonstances permettent de prévoir que l'établissement d'un lien de filiation servira au bien de l'enfant sans porter une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants des parents adoptifs. »

###### Article 264b (Adoption par une personne seule)

« 1. Une personne non mariée peut adopter seule si elle a 35 ans révolus. »

### **Article 268a (Enquête)**

« 1. L'adoption ne peut être prononcée avant qu'une enquête portant sur toutes les circonstances essentielles n'ait été faite, au besoin avec le concours d'experts.

2. L'enquête devra porter notamment sur la personnalité et la santé des parents adoptifs et de l'enfant, sur leur convenance mutuelle, l'aptitude des parents adoptifs à éduquer l'enfant, leur situation économique, leurs mobiles et leurs conditions de famille, ainsi que sur l'évolution du lien nourricier.

3. Lorsque les parents adoptifs ont des descendants, leur opinion doit être prise en considération. »

### **Article 316 (Surveillance des enfants placés chez des parents nourriciers)**

« 1. Le placement d'enfants auprès de parents nourriciers est soumis à l'autorisation et à la surveillance de l'autorité tutélaire ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal.

1 bis. *Lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, une autorité cantonale unique est compétente.*

2. Le Conseil fédéral édicte des prescriptions d'exécution. »

22. Les dispositions pertinentes de l'ordonnance du Conseil fédéral réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption (ci-après l'« OPEE ») du 19 octobre 1977 sont ainsi libellées :

#### **Article 11b (Conditions d'octroi de l'autorisation)**

« L'autorisation ne peut être délivrée que si :

a. les qualités personnelles, l'état de santé et les aptitudes éducatives des futurs parents adoptifs et des autres personnes vivant dans leur ménage, ainsi que les conditions de logement offrent toute garantie que l'enfant placé bénéficiera de soins, d'une éducation et d'une formation adéquats et que le bien-être des autres enfants vivant dans la famille sera sauvegardé; et si

b. il n'existe aucun empêchement légal s'opposant à la future adoption et que l'ensemble des circonstances, notamment les mobiles des futurs parents adoptifs, permettent de prévoir que l'adoption servira au bien de l'enfant.

Les aptitudes des futurs parents adoptifs feront l'objet d'une attention particulière s'il existe des circonstances pouvant rendre leur tâche difficile, notamment :

a. lorsqu'il est à craindre, au vu de l'âge de l'enfant, en particulier lorsqu'il a plus de 6 ans, ou de son développement, qu'il puisse avoir des difficultés à s'intégrer dans son nouveau milieu;

b. lorsque l'enfant est handicapé physiquement ou mentalement;

c. lorsqu'il s'agit de placer simultanément plusieurs enfants dans la même famille;

d. lorsque la famille comprend déjà plusieurs enfants.

L'autorité prendra tout particulièrement en compte l'intérêt de l'enfant lorsque :

- a. la différence d'âge entre l'enfant et le futur père adoptif ou la future mère adoptive est de plus de 40 ans;
- b. la requérante ou le requérant n'est pas marié ou qu'elle ou il ne peut adopter conjointement avec son époux ou son épouse.»

**Article 11g (Autorisation provisoire d'accueillir un enfant  
ayant vécu jusqu'alors à l'étranger)**

«Lorsque les futurs parents adoptifs remplissent les conditions prévues aux articles 11b et 11c, al. 1, l'autorisation provisoire d'accueillir un enfant ayant vécu jusqu'alors à l'étranger, en vue de son adoption, peut leur être délivrée même si cet enfant n'est pas encore déterminé.

Dans leur requête, les futurs parents adoptifs doivent indiquer :

- a. le pays d'origine de l'enfant;
- b. le service ou la personne en Suisse ou à l'étranger dont l'aide sera requise pour chercher l'enfant;
- c. les conditions qu'ils posent en ce qui concerne l'âge de l'enfant;
- d. éventuellement, les conditions qu'ils posent en ce qui concerne le sexe ou l'état de santé de l'enfant.

L'autorisation provisoire peut être limitée dans le temps et assortie de charges et de conditions.

L'enfant ne peut être accueilli en Suisse par ses futurs parents adoptifs qu'une fois que le visa a été accordé ou que l'octroi de l'autorisation de séjour a été assuré.

Après que l'enfant est entré sur le territoire suisse, l'autorité statue sur l'octroi d'une autorisation définitive.»

## **B. Le droit comparé**

### *1. L'adoption par des personnes seules*

23. La plupart des législations européennes autorisent l'adoption par une personne seule. Il existe toutefois plusieurs cas de figure. Les dispositions législatives de certains Etats permettent à toute personne, homme ou femme, avec ou sans précision relative à son état civil, de demander l'adoption. C'est le cas notamment des pays suivants: Belgique, Espagne, Estonie, Finlande, France, Hongrie, Irlande, «l'ex-République yougoslave de Macédoine», Malte, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Russie, Suède et Turquie. Certains Etats, comme l'Allemagne ou la Lettonie, subordonnent l'adoption par une personne seule au respect d'autres conditions. Dans la législation allemande, l'adoption est considérée

comme légitime si elle contribue au bien-être physique et moral de l'enfant et si l'établissement d'un lien de filiation peut effectivement être attendu.

24. D'autres Etats imposent des restrictions à l'adoption d'un enfant par une personne seule. A titre d'exemple, en Slovaquie et en Croatie, l'adoption par une telle personne demeure une exception. Cette possibilité n'est envisageable que lorsqu'il peut être démontré que l'adoption est dans l'intérêt de l'enfant (en Slovaquie et Croatie). Dans le même sens, les législations serbe et monténégrine admettent l'adoption par une personne seule uniquement en présence de raisons suffisantes la justifiant. Le droit luxembourgeois établit une distinction entre l'adoption simple et l'adoption plénière, et énonce que seule l'adoption simple, et non l'adoption plénière, est ouverte à une personne célibataire. A la différence de la France et de la Belgique, qui distinguent également l'adoption simple de l'adoption plénière, mais qui permettent toutefois aux personnes seules de demander l'adoption dans les deux cas, au Luxembourg et au Monténégro, les personnes seules ne peuvent pas demander l'adoption plénière.

25. La législation italienne est semblable à celles du Luxembourg et du Monténégro, les personnes seules n'étant autorisées à adopter des mineurs que dans le cadre de «l'adoption dans des circonstances spéciales». En effet, la définition de «l'adoption dans des circonstances spéciales» correspond à celle de l'adoption simple, puisqu'elle permet à l'adopté de conserver des liens légaux avec sa famille d'origine.

*2. Les conditions relatives à l'âge minimum et maximum des personnes voulant adopter*

26. La plupart des législations des Etats membres du Conseil de l'Europe imposent aux personnes désireuses d'adopter un âge minimum. Cet âge n'a cessé de baisser au cours du XXe siècle. La majorité des systèmes juridiques européens fixe aujourd'hui un âge minimum variant entre dix-huit et trente ans. La Hongrie, «l'ex-République yougoslave de Macédoine», la République tchèque et la Roumanie figurent parmi les rares Etats membres qui ne prévoient pas d'âge minimum pour les personnes souhaitant adopter un enfant.

27. Certaines législations, peu nombreuses toutefois, prévoient explicitement un âge maximum pour les personnes souhaitant adopter un enfant. A titre d'exemple, la Croatie, la Grèce, «l'ex-République yougoslave de Macédoine», le Monténégro, les Pays-Bas et le Portugal imposent une limite d'âge maximale variant de trente-cinq ans à soixante ans (pour ce dernier cas, voir notamment la Grèce et le Portugal). Des raisons spécifiques peuvent exceptionnellement justifier le non-respect des règles imposant l'âge maximum. C'est le cas, par exemple, en Croatie, au Monténégro



et aux Pays-Bas, où il peut être dérogé à la condition de l'âge maximum lorsqu'il existe des raisons suffisantes justifiant une telle exception ou des circonstances spécifiques. Dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine » et au Monténégro, lorsqu'une dérogation à l'âge maximum est possible, une condition supplémentaire, relative à la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté, est imposée.

28. Dans un deuxième groupe d'Etats, où aucun âge maximum n'est prévu, les autorités nationales compétentes en matière d'adoption prennent toutefois en considération l'âge de la personne désireuse d'adopter lorsqu'elles examinent sa situation personnelle. C'est ce qui ressort des informations disponibles sur les systèmes juridiques de la Belgique, de l'Espagne, de la France, de l'Irlande, de la Roumanie, du Royaume-Uni, de la Slovaquie et de la Suède.

### *3. Les conditions concernant la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté*

29. Il apparaît que les législations de la plupart des Etats membres renferment également des dispositions relatives à la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté.

30. Plusieurs systèmes juridiques – Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, « l'ex-République yougoslave de Macédoine », Luxembourg, Malte, Monténégro, Pays-Bas, Russie, Serbie et Turquie – imposent une différence d'âge minimale entre l'adoptant et l'adopté. Cette différence d'âge minimale, lorsqu'elle est exigée, varie entre quatorze et vingt et un ans. Il convient cependant de noter que les législations de ces Etats autorisent des dérogations au principe de la différence d'âge minimale dans certaines situations.

31. Dans un deuxième groupe de systèmes juridiques, englobant notamment l'Allemagne, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, l'Irlande, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède et l'Ukraine, aucune différence d'âge minimale n'est prévue par la loi. Dans ces cas, il arrive que la législation énonce expressément que la différence d'âge doit être « adéquate », « ni trop forte, ni trop faible » ou « raisonnable ».

32. Certaines législations fixent une différence d'âge maximale entre l'adoptant et l'adopté, à savoir quarante ans au Danemark, en Finlande et aux Pays-Bas (dans ce pays, uniquement en ce qui concerne l'adoption d'enfants étrangers), quarante-cinq ans en Croatie, en Hongrie, en Italie, dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine », à Malte, en Serbie et en Ukraine et cinquante ans en Grèce ainsi que, dans des circonstances exceptionnelles, au Monténégro et au Portugal. Toutefois, des dérogations aux dispositions relatives à la différence d'âge maximale sont possibles dans

des circonstances spécifiques, qui coïncident largement avec celles relatives à la différence d'âge minimale.

### C. Le droit international

33. Un nombre important d'instruments qui réglementent l'adoption, surtout afin de protéger l'intérêt de l'enfant, imposent diverses conditions. En revanche, peu de textes énoncent expressément des exigences liées à la possibilité d'adoption par des personnes seules et des conditions relatives à l'âge de l'adoptant ou à la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté. Certains textes internationaux relatifs à l'adoption renvoient à l'application des règles du droit interne des Etats parties aux conventions concernées.

#### *1. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants, du 24 avril 1967*

34. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants, du 24 avril 1967, demeure le principal instrument du Conseil de l'Europe dans le domaine de l'adoption. Elle est entrée en vigueur le 26 avril 1968. A ce jour, dix-huit Etats membres, dont la Suisse, l'ont ratifiée et trois l'ont signée.

35. En vertu de l'article premier de cet instrument, les Etats membres du Conseil de l'Europe, Parties contractantes à cette convention, s'engagent à assurer la conformité de leur législation aux dispositions de la partie II de la Convention. Celle-ci contient un minimum de principes essentiels auxquels les Parties contractantes s'engagent à donner effet et vise à l'unification de ces principes et des pratiques européennes en matière d'adoption.

36. S'agissant des personnes pouvant adopter un enfant, l'article 6 énonce que la législation des Parties contractantes peut permettre l'adoption d'un enfant par un seul adoptant. Mais la Convention n'impose pas aux Etats qui ne connaissent que l'adoption par un couple de se doter de dispositions permettant l'adoption par une personne seule.

37. Quant à la limite d'âge des parents adoptifs et la différence d'âge entre eux et les enfants, l'article 7 dispose que :

« 1. Un enfant ne peut être adopté que si l'adoptant a atteint l'âge minimum prescrit à cette fin, cet âge n'étant ni inférieur à vingt et un ans ni supérieur à trente-cinq ans.

2. Toutefois, la législation peut prévoir la possibilité de déroger à la condition d'âge minimum :

- a) si l'adoptant est le père ou la mère de l'enfant, ou
- b) en raison de circonstances exceptionnelles. »

38. L'article 8 dispose que :

«1. L'autorité compétente ne prononcera une adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption assurera le bien de l'enfant.

2. Dans chaque cas, l'autorité compétente attachera une particulière importance à ce que cette adoption procure à l'enfant un foyer stable et harmonieux.

3. En règle générale, l'autorité compétente ne considérera pas comme remplies les conditions précitées si la différence d'âge entre l'adoptant et l'enfant est inférieure à celle qui sépare ordinairement les parents de leurs enfants. »

*2. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), du 27 novembre 2008*

39. Les changements juridiques et sociaux intervenus en Europe depuis l'adoption de la première Convention européenne en matière d'adoption des enfants ont incité de nombreux Etats parties à réviser leur législation en matière d'adoption. Par conséquent, certaines dispositions de la convention de 1967 se sont trouvées progressivement dépassées. Ces considérations ont présidé à l'élaboration d'une convention révisée, qui répond à l'évolution de la société et du droit tout en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

40. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), qui a été ouverte à la signature le 27 novembre 2008, n'est pas encore entrée en vigueur ; quatorze Etats membres l'ont signée à l'heure actuelle. Elle aura pour effet, s'agissant des Etats qui y seront Parties, de remplacer la convention de 1967 en matière d'adoption des enfants.

41. Selon l'article 7 de cette convention (conditions de l'adoption), la législation nationale « permet l'adoption d'un enfant (...) par une seule personne ». L'article 9, relatif à « l'âge minimum de l'adoptant », énonce :

« 1. Un enfant ne peut être adopté que si l'adoptant a atteint l'âge minimum prescrit par la législation à cette fin, cet âge minimum n'étant ni inférieur à 18 ans ni supérieur à 30 ans. Il doit exister une différence d'âge appropriée entre l'adoptant et l'enfant, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, cette différence devant de préférence être d'au moins 16 ans.

2. Toutefois, la législation peut prévoir la possibilité de déroger à la condition de l'âge minimum ou de la différence d'âge eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant :

a) si l'adoptant est le conjoint ou le partenaire enregistré du père ou de la mère de l'enfant ; ou

b) en raison de circonstances exceptionnelles. »

42. Cet article n'interdit pas à la législation nationale d'imposer à l'adoptant un âge minimum supérieur à dix-huit ans. La tranche supérieure de l'âge minimum doit toutefois respecter le principe de l'adoption tel que

le conçoit la Convention et, dès lors, cet âge ne peut dépasser trente ans. La limite supérieure de l'âge minimum que la convention de 1967 fixait à trente-cinq ans semble aujourd'hui trop élevée ; ainsi, elle est désormais fixée à trente ans. Par ailleurs, la Convention ne prescrit pas d'âge maximum pour l'adoptant (Rapport explicatif relatif à la convention révisée, §§ 50-52).

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

43. Invoquant l'article 12, en combinaison avec l'article 14 de la Convention, la requérante, célibataire et âgée de quarante-sept ans et demi au moment de sa demande d'accueil d'un enfant en vue de son adoption, se plaint de ce que les autorités suisses lui ont interdit d'adopter un deuxième enfant à cause de son âge. A cet égard, elle se prétend notamment victime d'une discrimination par rapport aux femmes qui peuvent de nos jours avoir des enfants biologiques à cet âge. L'article 14 est ainsi libellé :

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

44. L'article 12 de la Convention est libellé comme il suit :

« 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. »

45. La requête a été communiquée au Gouvernement le 17 février 2009. Il a été invité à soumettre ses observations sur une éventuelle violation de l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention. Cette dernière disposition est libellée comme il suit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

(...)

## B. L'appréciation de la Cour

69. La Cour est consciente du fait que la requérante, non représentée devant la Cour lorsqu'elle a introduit la présente requête, a invoqué l'article 14 combiné avec l'article 12 de la Convention. Toutefois, étant maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (voir, par exemple, *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, et *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 48, CEDH 2009), elle considère plus opportun, à la lumière de l'ensemble des circonstances de l'espèce, d'examiner la présente affaire sous l'angle de l'article 8.

(...)

### 2. Sur le fond

#### a. Les principes applicables

76. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention offre une protection contre toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Toute différence de traitement n'empêche toutefois pas automatiquement violation de cet article. Il faut démontrer que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables jouissent d'un traitement préférentiel, et que cette distinction est discriminatoire (voir, par exemple, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, § 88, *Recueil* 1997-VII, et *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 71, CEDH 2006-VIII).

77. Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure en cause, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une différence de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime; l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, par exemple, *Zarb Adami*, précité, § 72, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 51, CEDH 2006-VI, et *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, § 177, série A n° 102).

78. En d'autres termes, la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement le plus favorable (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali*

*c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 82, série A n° 94). En effet, l'article 14 n'empêche pas une différence de traitement si elle repose sur une appréciation objective des circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention (voir, parmi d'autres, *G.M.B. et K.M. c. Suisse* (déc.), n° 36797/97, 27 septembre 2001, et *Zarb Adami*, précité, § 73).

79. 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 différences de traitement. Son étendue varie selon les circonstances, les domaines 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 (voir, notamment, les arrêts *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 40, série A n° 87, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 40, CEDH 2002-I, *Stec et autres*, précité, § 52, et *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, § 41, série A n° 126).

80. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible d'apparaître quant aux buts à atteindre. La présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut à cet égard constituer un élément pertinent pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation des autorités (*Rasmussen* précité, § 40, et, *mutatis mutandis*, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, § 59, série A n° 30).

81. La Convention et ses Protocoles doivent aussi s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 26, série A n° 32, et *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII). Enfin, la Cour réitère le principe bien établi de sa jurisprudence selon lequel le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, par exemple, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33, série A n° 37).

## **b. Application de ces principes au cas d'espèce**

### *i. Sur l'existence d'une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations analogues*

82. Célibataire et âgée de quarante-sept ans et demi au moment de sa demande d'accueil d'un enfant en vue d'une adoption, la requérante

soutient qu'elle s'est vu interdire par les autorités suisses l'adoption d'un deuxième enfant à cause de son âge. Elle se prétend notamment victime d'une discrimination par rapport aux femmes qui peuvent de nos jours avoir des enfants biologiques à cet âge.

83. Le Gouvernement soutient par contre que l'on n'est pas en présence d'une différence de traitement opérée par l'Etat dans des situations comparables ou analogues, puisque l'Etat ne peut aucunement influencer la possibilité ou non pour une femme d'avoir des enfants biologiques. Par ailleurs, le Gouvernement soutient que l'on ne saurait conclure du cas d'espèce qu'il existe en Suisse une attitude discriminatoire générale fondée sur l'âge des personnes souhaitant adopter un enfant. La jurisprudence du Tribunal fédéral illustrerait le contraire, dans la mesure où une différence d'âge de quarante-quatre ans, voire de quarante-six ans, n'a pas été jugée excessive dans deux affaires qu'il a jugées (...).

84. La Cour ne saurait partager l'avis de la requérante, selon lequel elle serait victime d'une discrimination par rapport aux femmes qui peuvent de nos jours avoir des enfants biologiques à cet âge. Comme le Gouvernement, elle estime qu'il n'est pas question ici d'une différence de traitement opérée par l'Etat dans des situations analogues ou comparables. En effet, comme le relève à juste titre le Gouvernement, l'Etat n'a aucune influence sur la possibilité ou non pour une femme d'avoir des enfants biologiques.

85. La Cour est en revanche d'avis que la requérante peut estimer qu'elle a été traitée différemment par rapport à une femme seule moins âgée qui, dans les mêmes circonstances, serait susceptible d'obtenir l'autorisation d'accueillir un second enfant en vue de son adoption. Dès lors, la requérante peut se prétendre victime d'un traitement différencié entre des personnes placées dans des situations analogues.

*ii. Sur l'existence d'une justification objective et raisonnable*

86. La Cour ne doute pas que le rejet de la demande d'autorisation de placement d'un enfant aux fins d'une adoption poursuivait au moins un but légitime: protéger le bien-être et les droits de cet enfant (voir, *mutatis mutandis*, *Fretté*, précité, § 38). Il reste à déterminer si la deuxième condition, l'existence d'une justification au traitement différencié, se trouve elle aussi remplie.

87. La Cour rappelle qu'en 1998 la requérante, alors âgée de quarante et un ans, soumit une demande d'autorisation d'accueillir un premier enfant, qui fut accordée. En janvier 2000, elle accueillit une petite fille, née au Vietnam. L'adoption fut prononcée le 26 juin 2002 (paragraphe 10 ci-dessus).

88. S'agissant, ensuite, de la procédure menée en vue de l'adoption du second enfant, la Cour rappelle que les autorités internes n'ont nullement mis en doute les qualités éducatives et les moyens financiers de la requérante nécessaires pour l'adoption d'un deuxième enfant. En revanche, le Tribunal fédéral a estimé que la différence d'âge entre la requérante, qui avait quarante-neuf ans au moment où il a rendu son arrêt, et l'enfant à adopter, se situerait entre quarante-six et quarante-huit ans, ce qu'il a considéré comme excessif et nullement dans l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'espèce. La Haute Cour a ajouté, à l'instar de l'instance inférieure, que même si l'on partait de l'hypothèse de l'adoption d'un enfant âgé de cinq ans, et non d'un enfant âgé de un à trois ans comme le souhaitait initialement la requérante, une différence d'âge de quarante-cinq ans avec l'enfant paraissait excessive.

89. Force est de constater qu'il n'existe pas de dénominateur commun dans ce domaine. En l'espèce, la requérante veut adopter seule, en tant que personne célibataire. Sur la base des recherches effectuées, la Cour relève que ce droit n'est pas garanti dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, en tout cas pas de manière absolue. Certaines législations admettent l'adoption par une personne seule à titre exceptionnel et à certaines conditions seulement (paragraphe 23-25 ci-dessus). La Convention européenne en matière d'adoption des enfants, dans sa version du 24 avril 1967, énonce que la législation des Etats parties peut permettre l'adoption d'un enfant par un adoptant seul, mais elle ne la rend pas obligatoire (paragraphe 36 ci-dessus). Il en est autrement dans la convention (révisée) du 27 novembre 2008, dont l'article 7 § 1 b) obligera les Etats parties, une fois la Convention entrée en vigueur, à autoriser l'adoption par une personne seule.

90. En ce qui concerne l'âge de la requérante, qui aurait été selon celle-ci le principal critère de distinction, aucun principe uniforme ne ressort des ordres juridiques des Etats contractants, ni relativement aux limites d'âge inférieur et supérieur fixées pour les personnes adoptantes, ni relativement à la différence d'âge entre celles-ci et l'enfant à adopter. La plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe imposent aux personnes désireuses d'adopter un âge minimum, qui n'a cessé de baisser au cours du XX<sup>e</sup> siècle (paragraphe 26 ci-dessus). En outre, l'article 264 b) du code civil suisse fixe à trente-cinq ans l'âge minimum pour pouvoir adopter seul (paragraphe 21 ci-dessus), ce qui est conforme à l'article 7 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants du 24 avril 1967. Il ressort du Rapport explicatif relatif à la convention révisée que cette limite semblait trop élevée et que, par conséquent, elle a été fixée à trente ans dans le cadre de la convention révisée. La Cour estime que ce développement ne joue pas en l'espèce contre le Gouvernement, étant donné que la requérante ne se plaint pas que cette limite d'âge l'ait empêchée d'adopter un deuxième enfant.



91. En ce qui concerne l'âge maximum des personnes souhaitant adopter un enfant, la Cour constate également une grande diversité dans les solutions adoptées par les législations des Etats membres. Certes, quelques Etats fixent l'âge maximum à soixante ans (paragraphe 27 ci-dessus), mais la Cour estime qu'aucune obligation ne saurait découler pour la Suisse de ces cas isolés. Il convient également de préciser que ni la convention de 1967 ni celle de 2008 ne prévoient d'âge maximum pour les adoptants. La Cour relève qu'il en va de même pour la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté. Elle rappelle que le Tribunal fédéral a estimé, à la lumière de sa propre jurisprudence, qu'une différence d'âge entre quarante-six et quarante-huit ans était en l'espèce excessive. D'après elle, cette conclusion n'est pas en soi contraire à l'article 14, même si certaines législations, plutôt rares, fixent une différence d'âge maximale encore plus élevée (paragraphe 32 ci-dessus). La convention de 1967 n'énonce pas de règle fixe à cet égard et l'article 9, alinéa premier, de celle de 2008 pose simplement comme condition l'existence d'« une différence d'âge appropriée ».

92. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime qu'en l'absence d'un consensus en la matière, les autorités suisses disposaient d'une grande marge d'appréciation et que la législation ainsi que les décisions prises semblent se situer clairement dans le cadre des solutions adoptées par la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et être par ailleurs en conformité avec le droit international en vigueur.

93. Pour la Cour, il est normal que les autorités nationales, qui doivent aussi prendre en considération, dans les limites de leurs compétences, les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer sur ces questions. Dès lors que les problèmes délicats soulevés en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il convient de laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat (voir, *mutatis mutandis*, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 44, *Recueil* 1996-IV, et *Ch'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII).

94. Pareille marge d'appréciation ne saurait cependant se transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'Etat et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 de la Convention.

95. Comme le soutient le Gouvernement, ce sont les intérêts concurrents de la requérante et des enfants qui sont ici en cause. L'Etat doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables à l'enfant adopté.

La Cour rappelle à cet égard qu'elle a déjà considéré que, lorsqu'un lien familial est établi entre un parent et un enfant, « une importance particulière doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent » (*E.P. c. Italie*, n° 31127/96, § 62, 16 septembre 1999, ainsi que *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, § 78, *Recueil* 1996-III).

96. S'agissant du cas d'espèce, les décisions des autorités internes sont intervenues dans le cadre de procédures contradictoires, au cours desquelles la requérante a pu présenter ses arguments, qui ont été dûment pris en compte par ces autorités. Les décisions de celles-ci ont été amplement motivées et se fondent notamment sur des enquêtes approfondies menées par les autorités cantonales. Elles sont inspirées non seulement par l'intérêt supérieur de l'enfant à adopter, mais également par celui de l'enfant déjà adopté. Par ailleurs, la Cour considère comme important de relever que le critère de la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté n'est pas fixé de manière abstraite par la législation suisse, mais a été appliqué par le Tribunal fédéral de manière souple et eu égard aux circonstances de chaque cas d'espèce. La Cour ne juge notamment pas déraisonnable ou arbitraire l'argument des instances internes selon lequel la prise en charge d'un deuxième enfant, même d'un âge comparable au premier, constituerait un fardeau supplémentaire pour la requérante. Il en est de même pour la thèse selon laquelle les problèmes sont plus nombreux dans des familles comprenant plusieurs enfants adoptés (voir l'arrêt du Tribunal fédéral, consid. 3.4, paragraphe 20 ci-dessus). Il est évident dans ce type d'affaires que le recours à des données statistiques est nécessaire et qu'une part de spéculation est inévitable.

97. Si l'on tient compte de la marge d'appréciation considérable qu'il convient de laisser aux Etats dans ce domaine et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants, le refus d'autoriser le placement d'un deuxième enfant n'a pas transgressé le principe de proportionnalité.

98. En d'autres termes, la justification avancée par le Gouvernement paraît objective et raisonnable et la différence de traitement litigieuse n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention.

99. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

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

(...)

2. *Dit qu'il* n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 10 juin 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen  
Greffier

Christos Rozakis  
Président



SCHWIZGEBEL v. SWITZERLAND  
*(Application no. 25762/07)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 10 JUNE 2010<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Single mother of a certain age debarred from adopting a second child****Article 14 in conjunction with Article 8**

*Discrimination – Single mother of a certain age debarred from adopting a second child – Private and family life – Applicability – Similar situation – Legitimate aim to protect child’s well-being and rights – Significant age difference – Child’s best interests – Wide margin of appreciation in absence of European consensus – Lack of arbitrariness – Proportionality*

\*

\* \*

After adopting a first child in 2002, the applicant, a single woman aged 47, sought authorisation to receive a second child with a view to adoption. However, all her applications were rejected, up to the Federal Court at last instance in 2006.

*Held*

Article 14 taken together with Article 8: The case concerned the issue of access to adoption. The legislation expressly authorised adoption by a single person aged at least 35 years old. Since such authorisation was indispensable for anyone wishing to adopt a child, the circumstances of the case fell within Article 8. The applicant alleged that she had been discriminated against on the basis of age in the exercise of a right recognised by domestic legislation; her age had been decisive in the domestic authorities’ rejection of her applications. Article 14, taken together with Article 8, was therefore applicable in the present case.

The applicant could claim that she was a victim of a difference in treatment in relation to a younger single woman who, in the same circumstances, might have been able to obtain authorisation to receive a second child with a view to adoption. The denial of such authorisation had pursued the legitimate aim of protecting the well-being and rights of the child. In 1998 the applicant, then aged 41, had been authorised to receive a first child. As regards the adoption of a second child, in 2006 the Federal Court had taken the view that the age difference between the applicant and the child to be adopted (between forty-six and forty-eight years) was excessive and not in the child’s interest. There was no common ground among the legal systems of the member States of the Council of Europe concerning the right to adopt as a single parent, the lower and upper age-limits for adopters or the age

---

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

difference between adopter and adoptee. The Swiss authorities thus had a wide margin of appreciation and both the domestic legislation and the decisions taken in the present case appeared to fall squarely within the framework of the solutions adopted by the majority of the member States of the Council of Europe and also to be in conformity with the applicable international law. Nor could any arbitrariness be detected in the domestic authorities' decisions, which had been taken in the context of adversarial proceedings and had been reasoned. They had considered not only the best interests of the child to be adopted, but also those of the child already adopted. Moreover, the criterion of the age difference between adopter and adoptee had not been laid down in an abstract manner by legislation but had been applied by the Federal Court flexibly and having regard to the circumstances of the situation. The arguments of the domestic courts had not been unreasonable or arbitrary as to the fact that the reception of a second child, even of an age comparable to the first, would constitute an additional burden for the applicant or that problems were more numerous in families with more than one adopted child. It was evident in this type of case that the use of statistics was necessary and that a degree of speculation was inevitable. Taking into account the broad margin of appreciation accorded to States in this area and the need to protect the child's best interests, the refusal to authorise the placement of a second child had not contravened the proportionality principle. The difference in treatment complained of was not discriminatory within the meaning of Article 14.

*Conclusion:* No violation (unanimously).

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

*Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26  
*The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, Series A no. 30  
*Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32  
*Artico v. Italy*, 13 May 1980, Series A no. 37  
*Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, Series A no. 87  
*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 94  
*Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, Series A no. 102  
*Inze v. Austria*, 28 October 1987, Series A no. 126  
*Johansen v. Norway*, 7 August 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III  
*Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, *Reports* 1996-IV  
*National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, *Reports* 1997-VII  
*Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports* 1998-I  
*E.P. v. Italy*, no. 31127/96, 16 September 1999  
*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, ECHR 2000-VII  
*G.M.B. and K.M. v. Switzerland (dec.)*, no. 36797/97, 27 September 2001  
*Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I



*Vo v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII

*Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI

*Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, ECHR 2006-VIII

*Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, ECHR 2009



**In the case of Schwizgebel v. Switzerland,**

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

Christos Rozakis, *President*,

Nina Vajić,

Khanlar Hajiyev,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 20 May 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 25762/07) against the Swiss Confederation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Swiss national, Ms Ariane Schwizgebel (“the applicant”), on 15 June 2007.

The applicant was represented by Ms C. Nebel, a lawyer practising in Geneva. The Swiss Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Schürmann, Head of Human Rights and Council of Europe section, Federal Office of Justice.

2. The applicant alleged, in particular, that the Swiss authorities had debarred her from adopting a second child on account of her age.

3. On 17 February 2009 the Court decided to communicate the application to the Government. It also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 3 of the Convention).

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

4. The applicant was born on 29 July 1957 and lives in Geneva. She is single and has a Master’s degree in music. Music constitutes her source of income.

5. According to the applicant, when she was about 30, a man with whom she had been in a relationship for some ten years died in an accident. Since then she had not wished to start a family with anyone else. However, driven by the desire to bring up children, she decided, after much thought, to adopt a first child.

6. On 16 April 1996 she sought authorisation from the Child Protection Department for the Canton of Geneva to receive a child with a view to adoption.

7. The applicant explained that, having been informed that she would probably receive a negative response on account of her marital status, she withdrew her application on 4 October 1996.

8. After settling in Delémont (Canton of Jura), in 1998 she submitted a new application for authorisation to receive a child, and it was granted on the basis of the favourable opinion issued by the Welfare Department.

9. On 8 January 2000 she received a little girl, Violaine, born in Vietnam on 30 April 1999.

10. On the basis of a home study report of 12 December 2001, which recommended the child's adoption, the supervisory authority of Delémont granted the adoption on 26 June 2002.

11. On 9 July 2002 the applicant sought authorisation to receive a second child with a view to adoption.

12. The Social Action Department of the Republic and Canton of Jura rejected that application by a decision of 5 September 2002, which was confirmed on appeal on 7 November 2002.

13. The Administrative Division of the Jura Cantonal Court upheld that refusal on 25 August 2003.

14. On 19 January 2004 the applicant – who had moved back to Geneva in 2003 – again sought authorisation to receive a second child with a view to adoption: a child from South America between one and three years old.

15. In a decision of 19 July 2004, the Child Protection Department rejected her application.

16. The applicant appealed against that decision but her appeal was declared out of time – and therefore inadmissible – on 28 September 2004 by the Court of Justice of the Canton of Geneva.

17. On 20 January 2005 she submitted a fresh application for authorisation to receive a child for purposes of adoption but it was rejected by the Youth Office of the Canton of Geneva in a decision of 12 September 2005.

18. On 7 December 2005, at an individual hearing before the cantonal authority, the applicant stated that she wished to receive a child no older than five and that she would prefer a child from Vietnam, like her first

adopted child, whilst remaining open to the possibility of adopting a child from another country.

19. In a decision of 24 April 2006, the Court of Justice for the Canton of Geneva dismissed the applicant's appeal and upheld the refusal to authorise provisional placement of a child with a view to adoption. It did not call into question the fact that the applicant's educational qualities, based on love, respect and Christian values, were recognised. Moreover, the court considered that the applicant had sufficient resources as a result of her salaried jobs. It took the view, however, that the adoption of a second child could unfairly affect the situation of Violaine. Moreover, it found that the applicant had underestimated the specific difficulties of adoption, and in particular international adoption. The court further expressed certain reservations about the applicant's availability and about the prospect of her father and brother being able to assist in caring for a second child. It thus concluded that the circumstances as a whole did not enable it to foresee that the adoption would further the child's welfare.

20. In a judgment of 5 December 2006, notified to the applicant's representative on 22 January 2007, the Federal Court dismissed the applicant's administrative-law appeal, finding as follows:

“ ...

2.1. Under Article 264 of the Civil Code – in the version in force since 1 January 2003 – a child may be adopted if the future adoptive parents have cared for it and provided for its education for at least one year, and if all the circumstances make it foreseeable that the establishment of a parent-child relationship will further the child's welfare without unfairly affecting the situation of any other children of the adoptive parents. All adoptions must thus be preceded by a placement and fostering relationship of a certain duration. An imperative condition for adoption, this measure serves to justify the subsequent establishment of a parent-child relationship, to allow a probationary period for those concerned, and to provide the opportunity and means to ensure that the adoption will further the child's welfare (*ATF* [Federal Court judgments] 125 III 161 point 3a p. 162 and citations). Under Article 316 of the Civil Code, the placement of children with foster parents is subject to the authorisation and supervision of the supervisory authority or another office for the place of residence of the said parents, as designated by cantonal law (§ 1); where the child is placed with a view to its adoption, a single cantonal authority is competent (§ 1 *bis*, as in force since 1 January 2003); the Federal Council stipulates the requirements for implementation (§ 2).

In accordance with Article 11b of the Federal Council Order of 19 October 1977 governing the placement of children for the purposes of support and with a view to adoption ('the *OPEE*'; *RS* 211.222.338), as in force since 1 January 2003, placement authorisation is given only where the personal qualities, state of health and educational capacities of the future adoptive parents and other persons living in their household,

together with the housing conditions, offer every guarantee that the placed child will benefit from appropriate care, education and training, and that the well-being of the other children living in the family will be safeguarded (§ 1 (a)), that there is no statutory impediment to the future adoption and that all the circumstances put together, in particular the motives of the future adoptive parents, enable it to be foreseen that the adoption will further the child's welfare (§ 1 (b)). The authority must particularly take the child's interest into account where the age difference between the child and the adoptive parent is more than forty years (Article 11b § 3 (a) *OPEE*; see, on this issue, *ATF* 125 III 161 point 7a p. 167/168).

This primary condition of adoption – the welfare of the child (Article 264 of the Civil Code) – is not easy to verify. The authority must ascertain whether the adoption is really capable of ensuring the best possible development of the child's personality and of improving his or her situation; that question must be examined in all respects (emotional, intellectual, physical), without attributing excessive weight to the material factor (*ATF* 125 III 161 point 3a *in fine* p. 163 and citations).

2.2. Under Article 264b § 1 of the Civil Code, an unmarried person – whether single, widowed or divorced – may adopt alone if he or she is at least 35 years old. In this form of adoption, the parent-child relationship is established with a single parent. As a result of that situation, the adoptive parent must, on his or her own, assume the duties that meet the child's needs and remain available to care for the child to a degree that exceeds that required of each parent in a couple adopting jointly. Accordingly, the authority must particularly take into account the child's interest where the applicant is not married, or where he or she is unable to adopt jointly with his or her spouse (Article 11b § 3 (b) *OPEE*). The legislature's intention was that joint adoption should be the rule and adoption by a single parent the exception (*ATF* 111 II 233 point 2cc p. 234/235). It may indeed be considered that the child's interest, which is paramount, consists in principle of living in a complete family. Nevertheless, the law does expressly permit adoption by a single person, without subjecting him or her – unlike those wishing to adopt an adult or a person deprived of legal capacity (Article 266 § 1 Chapter 3 of the Civil Code) – to the existence of 'valid reasons'. In any event, where the requisite conditions for the child's welfare are satisfied, and the adoption by a single person meets all the requirements for the child's fulfilment and personality development, the adoption will be granted; in such cases, at the preliminary placement stage, the conditions laid down in Article 11b of the *OPEE* will be satisfied, and the placement authorisation must be granted (*ATF* 125 III 161 point 4b p. 165 and citations).

3.1. The court below found that the appellant had appropriate educational qualities. She can count on a wide network of persons who support her in her project and have promised to help her take care of the children when she is busy. Since the refusal of the authorities of the Canton of Jura (see B.a above), she has changed the organisation of her life by moving to Geneva, where she carries on her professional activities; since November 2004 she has been renting accommodation in an area close to the parish church of which she is *maître de chapelle* and in a building that also houses the offices and secretariat of the music festival of which she is the artistic director. Lastly, her

financial resources are sufficient (7,000 [Swiss francs] per month). Those points being established, it is not necessary to examine them again.

3.2. In her application of 19 January 2004 the appellant had sought authorisation to receive 'a second child, from South America, aged between 1 and 3'; it does not appear from the application lodged the following year that those criteria had changed. However, when she appeared personally before the cantonal authority on 7 December 2005 she declared that she wished to receive a child 'up to the age of five'; pointing out that A. [the first child adopted by the applicant] was from Vietnam, she expressed a desire to be entrusted with a child who was 'born in that country', whilst 'of course remaining open to other countries'.

As this Court found in a recent case, such an approach cannot be admitted (see judgment of 5A.11/2005 of 3 August 2005, point 3.1, published in *FamPra.ch* 2006 p. 177). The home study report (Article 268a Civil Code and Article 11d *OPEE*) is drawn up according to the age and origin of the child, factors that the applicant must indicate (Article 11g § 2 (a) and (c) *OPEE*). The Youth Office thus quite rightly, in its findings on the cantonal appeal, found that this document had been 'drawn up on the basis of an application for the adoption of a child aged between 1 and 3 at the time of its arrival'. Any finding to the contrary would suggest that an application could be changed as and when the case so required, for a reduction of the age difference in this instance. It follows that the criticism of the cantonal court for not having granted an 'authorisation for an older child, in order to reduce the age difference' appears ill-founded. The fact that the Convention between Switzerland and Vietnam on cooperation in matters of child adoption came into force while the case was pending on appeal, that is to say on 9 April 2006 (*RO* 2006 p. 1767), is immaterial; moreover, the appellant does not show that she would satisfy the conditions laid down in that agreement, or even – notwithstanding the opinion of the Youth Office's representative (see record of individual hearing on 5 April 2006) – that her project would in fact be feasible.

3.3. The appellant was born in 1957 and is thus 49 years old; in relation to a child of between one and three years old – leaving aside the waiting times in international adoption – the age difference would be between forty-six and forty-eight years. In the light of the Federal Court's case-law such a difference appears excessive (see judgment 5A.6/2004 of 7 June 2004, point 3.2, published in *FamPra.ch* 2004 p. 710: single person 'of almost 50 years' wishing to adopt a 'girl under 5 years old'; see also the references cited in *ATF* 125 III 161 point 7a, p. 167/168). As the cantonal authority rightly pointed out, even an age difference of forty-five years is too great. In that case the appellant would, at over 60, find herself the single parent of two teenagers, who, in addition to the problems arising in that period of life, may well face particular difficulties as adopted children (see, for example, judgment 5A.21/1999 of 21 December 1999, point 3d, published in *FamPra.ch* 2000 p. 546), especially as the future child might have specific needs. The appellant is thus wrong to rely on Federal Court judgment 125 III 161 (age difference between forty-four and forty-six years), where, moreover, the adoption of a single child was at stake (see point 3.4 below).

3.4. The opinion of the court below, according to which the appellant underestimated the burden represented by a second child, cannot be disputed. Whilst it may be admitted, from a theoretical standpoint, that the presence of a sister or brother may have beneficial effects in emotional and social terms (see judgment 5A.25/1996 of 1 May 1997, point 6b, unpublished, in *SJ* 1997 pp. 597 et seq.), that assessment should be nuanced as far as adopted children are concerned. The home study report noted that A., after enjoying exclusive maternal attention, faced the risk of ‘reactivating a feeling of abandonment’; the positive effects of a new adoption on her situation (Article 264 *in fine* of the Civil Code, section 9(b) *LF-ClaH* [Federal Law on the Hague Convention], and Article 11b § 1 (a), *in fine*, *OPEE*) are not therefore certain (see, in general, Lücker-Babel, *Adoption internationale et droits de l'enfant*, Fribourg 1991, p. 44; this author observes that ‘it is in families that have a number of adopted children or a number of biological children [and only one adoptive child] that the failure rate is the highest’). In addition, it cannot be ruled out that the second child might have difficulties related to the deprivations suffered by children who have been abandoned (judgment 5A.9/1997 of 4 September 1997, point 4b, published in *RDT* 1998 p. 118), and this might complicate the arrangements made by the appellant. These findings are consistent with those of the Jura Social Action Department in its additional report of 11 June 2003.

The appellant disputes that assessment; she asserts, relying on statements from third parties, that the second adoption would be ‘beneficial for A.’ and criticises the cantonal judges for straying into ‘theoretical conjectures’. Those criticisms appear unjustified. Given that the placement authorisation precedes the adoption decision, the authority must inevitably make a prognosis. In view of the characteristics of an adoption by a single person and the dramatic consequences that a failed adoption would have for the child (see, on this subject, Lücker-Babel in *RDT* 1994 pp. 86 et seq.), the court below cannot be reproached for its rigour (see Breitschmid, *op. cit.*, n. 19 *ad* Article 264 of the Civil Code and the literature cited), as was in fact required of it by Article 11b § 3 of the *OPEE* (‘most particularly’). It is not for this Court to substitute its own conception of the child’s welfare for that of the cantonal authority and of the investigators (see *FamPra.ch* 2006 p. 178, point 3.2 *in fine* and citations), but solely to ascertain whether relevant circumstances have not been taken into consideration or, indeed, whether crucial factors have been overlooked. Notwithstanding the appellant’s categorical denials, that is not the case here.

3.5. The cantonal authority found that the assistance that the appellant’s father could provide was not a solution for the care of A. and a second child; the presence at home of an 85-year-old father would represent, on the contrary, a handicap in the future, because his daughter would herself be required to provide him with help and support at some point. The appellant’s brother, who has no children – and it is not known whether his wife has a professional activity – could admittedly help her with the future child, as he has already done with A.; however, the brother lives in Lausanne. Similarly, the person intended to become the adopted child’s godfather lives in Lyons. Lastly, the support of neighbours in her building and of her very close friend, together with the presence of A.’s godfather and godmother, does not change anything, as the important criterion is the availability of the appellant herself; moreover, the education



of children always rests with the parents, and it is easier to express an intention of assistance in the abstract context of a procedure than in everyday life and for some twenty years.

This opinion is consistent with the case-law of this Court and with legal opinion (*FamPra.ch* 2006 p. 178 point 3.2; Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, vol. I, 3rd ed., no. 263, with other citations). Whatever the appellant may claim, the cantonal authority did not minimise the involvement of her family and friends by preferring ‘theoretical assertions’. The Court had occasion to observe this in a recent case, where, in spite of her ‘extended family’, a mother applying for a second adoption had had to entrust her adopted daughter to a neighbour when she went into hospital (*FamPra.ch* 2006 *ibid.*). As to the possibility of having to care for her father, she merely asserts that her brother ‘would be present’, but the latter has not corroborated this claim and in addition is supposed to make up for any deficiencies of the appellant. Moreover, the child’s interest cannot be measured solely in terms of the availability of the parent who is seeking to adopt alone (Meier/Stettler, *ibid.*). The grounds set out above are, in any event, sufficient for the decision appealed against to be upheld.

4. In conclusion, having regard to the discretionary powers enjoyed by the placement authorities (*RDT* 1998 p. 118 point 4b), the decision of the court below does not lay itself open to criticism. Accordingly, the appeal must be dismissed, with costs awarded against the appellant (section 156(1) of the Judicial Organisation Act).”

## II. RELEVANT DOMESTIC, COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW

### A. Domestic law

21. The relevant provisions of the Swiss Civil Code are as follows:

#### **Chapter IV: Adoption**

##### **A. Adoption of minors**

##### **Article 264 (General condition)**

“A child may be adopted if the future adoptive parents have provided it with care and education for at least one year and if, in the light of all the circumstances, it may be foreseen that the establishment of a parent-child relationship will further the child’s welfare without unfairly affecting the situation of other children of the adoptive parents.”

##### **Article 264b (Adoption by a single person)**

“1. An unmarried person may adopt a child alone if he or she is at least 35 years old.  
...”

##### **Article 268a (Enquiries)**

“1. An adoption shall not be granted until enquiries have been made, covering all essential circumstances, where necessary with the assistance of experts.

2. The enquiries shall concern, in particular, the personality and health of the adoptive parents and the child, their mutual suitability, the parents' ability to bring up the child, their financial situation, their motives, their family circumstances and the development of the fostering relationship.

3. Where the adoptive parents have descendants, the opinion of the latter shall be taken into account."

**Article 316 (Supervision of children placed with foster parents)**

"1. The placement of children with foster parents shall be subject to the authorisation and supervision of the supervisory authority or another office for the foster parents' place of residence, as designated by the law of the canton.

1 *bis*. Where a child is placed with a view to adoption, a single cantonal authority shall be responsible.

2. The Federal Council shall issue implementing regulations."

22. The relevant provisions of the Federal Council's Order governing the placement of children for support and with a view to adoption ("the OPEE") of 19 October 1977 read as follows:

**Article 11b (Conditions for grant of authorisation)**

"Authorisation may only be granted where:

(a) the personal qualities, state of health and educational capacities of the future adoptive parents and other persons living in their household, together with the housing conditions, offer every guarantee that the fostered child will benefit from appropriate care, education and training and that the well-being of other children in the family will be safeguarded; and where

(b) there is no legal impediment preventing the future adoption and provided it can be foreseen, in the light of all the circumstances, in particular the motives of the future adoptive parents, that the adoption will further the child's welfare.

The capacities of the future adoptive parents will require special attention if there are circumstances that may render their task difficult, in particular:

(a) where it may be feared, in view of the child's age, especially if it is over six years of age, or in view of its development, that it may have difficulties settling into its new environment;

(b) where the child is physically or mentally handicapped;

(c) where more than one child will be placed in the same family;

(d) where the family already has more than one child.

The authority will take particular account of the child's interest where:

(a) the age difference between the child and future adoptive father or mother is more than forty years;

(b) the applicant is not married or he or she cannot adopt jointly with his or her spouse.”

**Article 11g (Provisional authorisation  
to receive a child who has previously been living abroad)**

“Where the future adoptive parents meet the conditions laid down in Articles 11b and 11c, § 1, provisional authorisation to receive a child who has previously been living abroad, with a view to his or her adoption, may be delivered, even if the child has not yet been determined.

In their application, the future adoptive parents shall indicate:

- (a) the child’s country of origin;
- (b) the service or person in Switzerland or abroad whose assistance will be required in finding the child;
- (c) their stipulated conditions regarding the child’s age;
- (d) where appropriate, their stipulated conditions regarding the child’s gender or state of health.

The provisional authorisation may be limited in time and may be subject to obligations and conditions.

The child may be received in Switzerland by its future adoptive parents only once the visa has been issued or leave to remain has been secured.

After the child has entered Swiss territory, the authority shall decide on the granting of permanent authorisation.”

## **B. Comparative law**

### *1. Adoption by single persons*

23. Most European legislations authorise adoption by a single person. However, a number of different situations can be found. The legislative provisions of certain States permit any person, man or woman, with or without a precise indication of marital status, to apply for adoption. This is the case, in particular, for the following countries: Belgium, the Czech Republic, Estonia, Finland, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, France, Hungary, Ireland, Malta, the Netherlands, Portugal, Russia, Spain, Sweden, Turkey and the United Kingdom. Certain States, such as Germany or Latvia, allow adoption by a single person subject to certain conditions. In German legislation, adoption is regarded as legitimate where it contributes to the child’s physical and moral well-being and where the establishment of an effective parent-child relationship can be expected.

24. Other States impose restrictions on the adoption of a child by a single person. For example, in Slovakia and Croatia, adoption by a single parent remains an exception. The possibility may be envisaged only if it can be shown that the adoption is in the child's interest (in Slovakia and Croatia). In the same vein, Serbian and Montenegrin legislations allow adoption by a single person only where there are sufficient reasons to justify it. Luxembourg law draws a distinction between simple adoption (which does not terminate the connection with the family of origin) and full adoption (which terminates all legal connection with the family of origin), stipulating that simple adoption alone, not full adoption, is possible for a single person. Unlike France and Belgium, which also have such a distinction, but which nevertheless allow single persons to adopt in both cases, it is not possible in Luxembourg or Montenegro for single persons to apply for full adoption.

25. The Italian legislation is similar to that of Luxembourg and Montenegro, as single persons are authorised to adopt minors only in the context of "adoption in special circumstances". The definition of "adoption in special circumstances" corresponds to that of simple adoption, as it enables the adopted child to retain legal connections with his or her family of origin.

## *2. Conditions as to minimum and maximum age of prospective adopters*

26. Most of the legislations of the Council of Europe's member States require a minimum age for prospective adopters. That age continually decreased throughout the twentieth century. The majority of European legal systems now fix a minimum age of between 18 and 30 years. The Czech Republic, "the former Yugoslav Republic of Macedonia", Hungary and Romania are among the rare member States that do not stipulate a minimum age for persons wishing to adopt.

27. Some legislations, albeit few in number, expressly provide for a maximum age for prospective adopters. For example, Croatia, "the former Yugoslav Republic of Macedonia", Greece, Montenegro, the Netherlands and Portugal impose a maximum age of between 35 and 60 years (for the latter limit, Greece and Portugal in particular). Specific reasons may exceptionally justify non-observance of the maximum age rule. This is the case, for example, in Montenegro and the Netherlands, where an exemption from the maximum age requirement may be granted where there are sufficient reasons to justify such an exception or specific circumstances. In Montenegro and the "the former Yugoslav Republic of Macedonia", when exemption from the maximum age is possible, an additional condition, relating to the difference in age between adopter and adoptee, is imposed.

28. In another group of States, where no maximum age is stipulated, the competent national authorities in the area of adoption nevertheless take into consideration the age of the person wishing to adopt when they examine his or her personal situation. This is apparent from the material available on the legal systems of Belgium, France, Ireland, Romania, Slovakia, Spain, Sweden and the United Kingdom.

*3. Conditions concerning age difference between adopter and adoptee*

29. It appears that the legislations of most member States also contain provisions concerning the age difference between adopter and adoptee.

30. A number of legal systems – Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, France, Greece, Hungary, Italy, Luxembourg, Malta, Montenegro, the Netherlands, Russia, Serbia, Spain and Turkey – impose a minimum age difference between adopter and adoptee. That difference, where required, varies between fourteen and twenty-one years. It should be noted, however, that the legislations of these States do allow derogations from the principle of the minimum age difference in certain situations.

31. In another group of legal systems, including in particular the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Germany, Ireland, Portugal, Romania, Slovakia, Sweden, Ukraine and the United Kingdom, no minimum age difference is provided for by law. In those cases the legislation may expressly provide that the age difference must be “appropriate”, “neither too wide nor too narrow” or “reasonable”.

32. Some legislations set a maximum age difference between adopter and adoptee, namely forty years in Denmark, Finland and the Netherlands (in the latter, only for the adoption of foreign children), forty-five years in Croatia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Hungary, Italy, Malta, Serbia and Ukraine, and fifty years in Greece; also, in exceptional circumstances, in Montenegro and Portugal. However, derogations from the provisions concerning the maximum age difference are possible in specific circumstances, which are largely the same as those that are considered in respect of the minimum age difference.

**C. International law**

33. A significant number of instruments governing adoption, particularly in order to protect the child’s interest, lay down various conditions. However, few texts expressly lay down requirements related to the possibility of adoption by single persons or conditions concerning the adopter’s age or the age difference between adopter and adoptee. Certain

international instruments concerning adoption refer to the application of the domestic law rules of the States Parties to the conventions in question.

*1. European Convention on the Adoption of Children, 24 April 1967*

34. The European Convention on the Adoption of Children, 24 April 1967, remains the main instrument of the Council of Europe in the area of adoption. It came into force on 26 April 1968. To date, eighteen member States, including Switzerland, have ratified it and three have just signed it.

35. Under the first Article of this instrument, the member States of the Council of Europe, Contracting Parties to the Convention, undertake to ensure the conformity of their law with the provisions of Part II of the Convention. This Part sets out a minimum number of essential principles to which the Contracting Parties undertake to give effect, seeking to harmonise such principles and European practice in matters of adoption.

36. As regards persons who are allowed to adopt a child, Article 6 stipulates that the law of the Contracting Party may permit a child to be adopted by one person. However, States that only allow adoption by a couple are not required to enact provisions to allow adoption by a single person.

37. As to the age-limit for adoptive parents and the age difference between them and the children, Article 7 provides that “a child may be adopted only if the adopter has attained the minimum age prescribed for the purpose, this age being neither less than 21 nor more than 35 years”. However, “the law may ... permit the requirement as to the minimum age to be waived when (a) the adopter is the child’s father or mother, or (b) by reason of exceptional circumstances”.

38. Article 8 provides as follows:

“1. The competent authority shall not grant an adoption unless it is satisfied that the adoption will be in the interest of the child.

2. In each case the competent authority shall pay particular attention to the importance of the adoption providing the child with a stable and harmonious home.

3. As a general rule, the competent authority shall not be satisfied as aforesaid if the difference in age between the adopter and the child is less than the normal difference in age between parents and their children.”

*2. European Convention on the Adoption of Children (Revised),  
27 November 2008*

39. The legal and social changes that have occurred in Europe since the first Council of Europe Convention on the Adoption of Children have led a large number of States Parties to amend their adoption laws. As a

result, certain provisions of the 1967 Convention have gradually become outdated. With that in mind, a revised Convention was drawn up in line with the social and legal developments whilst taking the child's best interests into account.

40. The Council of Europe's European Convention on the Adoption of Children (Revised) ("the Revised Convention"), which was opened for signature on 27 November 2008, has not yet come into force; fourteen member States have signed it to date. It will replace, as regards the States Parties thereto, the European Convention on the Adoption of Children.

41. Under Article 7 of the Revised Convention (conditions for adoption), domestic law will "permit a child to be adopted ... by one person". Article 9 (minimum age of the adopter) provides as follows:

"1. A child may be adopted only if the adopter has attained the minimum age prescribed by law for this purpose, this minimum age being neither less than 18 nor more than 30 years. There shall be an appropriate age difference between the adopter and the child, having regard to the best interests of the child, preferably a difference of at least sixteen years.

2. The law may, however, permit the requirement as to the minimum age or the age difference to be waived in the best interests of the child:

a. when the adopter is the spouse or registered partner of the child's father or mother; or

b. by reason of exceptional circumstances."

42. This Article does not prevent the national law from imposing a minimum age of more than 18 years on the adopter. Any higher level of minimum age must nevertheless respect the principle of adoption as enshrined in the Convention and, accordingly, that age cannot exceed 30. The upper limit of the minimum age that was set by the 1967 Convention, namely 35 years, now appears excessive; it has thus been set at 30. Moreover, the Convention does not prescribe a maximum age for the adopter (see Explanatory Report on the Revised Convention, §§ 50-52).

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

43. Relying on Article 12 of the Convention, taken in conjunction with Article 14, the applicant, a single woman aged forty-seven and a half at the time of her application to receive a child with a view to adoption, complained that the Swiss authorities had debarred her from adopting a

second child because of her age. In this connection, she also claimed to be a victim of discrimination in relation to women who could nowadays have biological children at that age. Article 14 reads 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.”

44. Article 12 of the Convention 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.”

45. Notice of the application was given to the Government on 17 February 2009. They were invited to submit their observations on a possible violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

...

## **B. The Court’s assessment**

69. The Court is aware of the fact that the applicant, who was not represented before the Court when she lodged the present application, relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 12. However, since the Court is master of the characterisation to be given in law to the facts of the case (see, for example, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, and *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 48, ECHR 2009), it considers it more appropriate, in the light of all the circumstances of the case, to examine the present case under Article 8.

...

### *2. Merits*

#### **(a) Applicable principles**

76. The Court reiterates that Article 14 of the Convention affords protection against any discrimination in the enjoyment of the rights and



freedoms set forth in the other substantive provisions of the Convention and Protocols thereto. However, not every difference in treatment will automatically amount to a violation of that Article. It must be established that other persons in an analogous or relevantly similar situation enjoy preferential treatment and that this distinction is discriminatory (see, for example, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 88, *Reports* 1997-VII, and *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 71, ECHR 2006-VIII).

77. According to the Court's case-law, a difference of treatment is discriminatory within the meaning of Article 14 if it has no objective or reasonable justification. The existence of such justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure in question, having regard to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down by the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 will also be violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see, for example, *Zarb Adami*, cited above, § 72; *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 51, ECHR 2006-VI; and *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, § 177, Series A no. 102).

78. In other words, the notion of discrimination generally covers those cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even if the more favourable treatment is not called for by the Convention (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 82, Series A no. 94). Article 14 does not prohibit distinctions in treatment which are founded on an objective assessment of essentially different factual circumstances and which, being based on the public interest, strike a fair balance between the protection of the interests of the community and respect for the rights and freedoms safeguarded by the Convention (see, among other authorities, *G.M.B. and K.M. v. Switzerland* (dec.), no. 36797/97, 27 September 2001, and *Zarb Adami*, cited above, § 73).

79. The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background. One of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, among other authorities, *Rasmussen v. Denmark*, 28 November

1984, § 40, Series A no. 87; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 40, ECHR 2002-I; *Stec and Others*, cited above, § 52; and *Inze v. Austria*, 28 October 1987, § 41, Series A no. 126).

80. Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the aims to be achieved. The existence or non-existence of common ground between the legal systems of the Contracting States may in this connection constitute a relevant factor in determining the extent of the authorities' margin of appreciation (see *Rasmussen*, cited above, § 40, and, *mutatis mutandis*, *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, § 59, Series A no. 30).

81. The Convention and Protocols thereto must also be interpreted in the light of present-day conditions (see *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26; *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 26, Series A no. 32; and *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII). Lastly, the Court reiterates the well-established principle in its case-law that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (see, for example, *Artico v. Italy*, 13 May 1980, § 33, Series A no. 37).

**(b) Application of these principles to the present case**

*(i) The existence of a difference in treatment between persons placed in analogous situations*

82. The applicant, a single woman aged forty-seven and a half at the time of her application to receive a child with a view to adoption, complained that the Swiss authorities had debarred her from adopting a second child because of her age. She claimed, in particular, to be a victim of discrimination in relation to women who could nowadays have biological children at that age.

83. The Government submitted, by contrast, that there had been no difference in treatment on the part of the State in similar or analogous situations, since the State could not have any influence over a woman's ability or inability to have biological children. Moreover, the Government argued that it could not be concluded from the present case that in Switzerland there was a general discriminatory attitude based on the age of persons wishing to adopt a child. The Federal Court's case-law illustrated the contrary, since an age difference of forty-four years, or even of forty-six years, had not been found excessive in two cases that it had examined ...

84. The Court cannot share the applicant's opinion that she has been the victim of discrimination in relation to women who, nowadays, are able to have biological children at that age. Like the Government, it finds that this does not correspond to a difference in treatment on the part of the State in analogous or similar situations. As the Government rightly observed, the State has no influence over a woman's ability or inability to have biological children.

85. The Court is of the opinion, by contrast, that the applicant may consider herself to have been treated differently from a younger single woman who, in the same circumstances, would be likely to obtain authorisation to receive a second child with a view to its adoption. Accordingly, the applicant may claim to be a victim of a difference in treatment between persons in analogous situations.

*(ii) The existence of objective and reasonable justification*

86. The Court has no doubt that the denial of authorisation to receive a child with a view to adoption pursued at least one legitimate aim: to protect the well-being and rights of the child (see, *mutatis mutandis*, *Fretté*, cited above, § 38). It remains to be determined whether the second condition – the existence of justification for a difference in treatment – was also met.

87. The Court notes that in 1998 the applicant, then aged 41, applied for authorisation to receive a first child and it was granted. In January 2000 she received a little girl, who was born in Vietnam. The adoption was finalised on 26 June 2002 (see paragraph 10 above).

88. As regards the subsequent procedure with a view to the adoption of a second child, the Court observes that the domestic authorities by no means called into question the fact that the applicant had the requisite child-rearing capacities and financial means in order to adopt a second child. However, the Federal Court found that there would be an age difference between the applicant, who was 49 at the time it delivered its judgment, and the child to be adopted, of between forty-six and forty-eight years, a difference that it regarded as excessive and not in the child's interest in the circumstances of the case. The Federal Court added, like the court below, that even assuming that the adoption concerned a 5-year-old child, and not a 3-year-old as the applicant had initially wished, an age difference of forty-five years in relation to the child appeared excessive.

89. It must be noted that there is no common ground in this area. In the present case the applicant wished to adopt alone, as a single mother. On the basis of research it has carried out, the Court notes that such a right is not guaranteed in all the member States of the Council of Europe, at least not in an absolute manner. Certain legislations permit adoption by a

single person on an exceptional basis and only subject to certain conditions (paragraphs 23-25 above). The European Convention on the Adoption of Children, in its 24 April 1967 version, stipulates that the laws of the States Parties may permit a child to be adopted by one person, but it does not make this mandatory (see paragraph 36 above), unlike the Revised Convention of 27 November 2008, Article 7 § 1 (b) of which will oblige States Parties thereto, once it has come into force, to authorise adoption by a single person.

90. As regards the applicant's age, which according to her was the main criterion of distinction, no uniform principle can be found in the legal systems of the Contracting States, neither in respect of the lower and upper age-limits for adopters nor in respect of the age difference between the adopter and the adopted child. Most of the Council of Europe's member States require a minimum age for prospective adopters, an age that continually decreased throughout the twentieth century (see paragraph 26 above). In addition, Article 264 (b) of the Swiss Civil Code sets the minimum age for a person wishing to adopt alone at 35 (see paragraph 21 above), which is consistent with Article 7 of the European Convention on the Adoption of Children of 24 April 1967. It can be seen from the Explanatory Report on the Revised Convention that such a limit appeared too high and it was therefore reduced to 30 in the new version. The Court observes that this development does not undermine the Government's position in the present case, as the applicant did not complain that this minimum age had prevented her from adopting a second child.

91. As regards the maximum age for prospective adopters, the Court again finds that there is great diversity in the solutions adopted by the legislatures of the member States. Admittedly, some States have set the maximum age at 60 (see paragraph 27 above), but the Court finds that no obligation can arise for Switzerland from those isolated cases. It should also be taken into account that neither the Convention of 1967 nor that of 2008 prescribes a maximum age-limit for adopters. The Court notes that the same applies to the age difference between adopter and adoptee. It would point out that the Federal Court found, in the light of its own case-law, that an age difference of between forty-six and forty-eight years was in the present case excessive. In the Court's view, such a conclusion is not *per se* incompatible with Article 14, even though some legislations, albeit few in number, allow for an even greater maximum age difference (see paragraph 32 above). The 1967 Convention does not lay down any fixed rule in this connection and Article 9 § 1 of the 2008 Convention simply provides that there should be "an appropriate age difference".

92. In view of the foregoing, the Court takes the view that, in the absence of any consensus in this area, the Swiss authorities had a wide margin of appreciation and that both the domestic legislation and their decisions appear to fall squarely within the framework of the solutions adopted by the majority of the member States of the Council of Europe and, moreover, to be in conformity with the applicable international law.

93. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy broad discretion when they are asked to make rulings on such matters. Since the delicate issues raised in the present case touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State (see, *mutatis mutandis*, *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, § 44, *Reports* 1996-IV, and *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 84, ECHR 2000-VII).

94. This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention.

95. As the Government submitted, at issue here are the competing interests of the applicant and the children in question. The State must see to it that the persons chosen to adopt are those who can offer the child the most suitable home in every respect. The Court points out in that connection that it has already found that where a family tie is established between a parent and a child, "particular importance must be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent" (see *E.P. v. Italy*, no. 31127/96, § 62, 16 September 1999, and *Johansen v. Norway*, 7 August 1996, § 78, *Reports* 1996-III).

96. As to the present case, the domestic authorities' decisions were taken in the context of adversarial proceedings during which the applicant was able to submit her arguments, which were duly taken into account by the authorities. Those decisions contained detailed reasoning and were based in particular on the in-depth enquiries carried out by the cantonal authorities. They were inspired not only by the best interests of the child to be adopted, but also by those of the child already adopted. Moreover, the Court finds it noteworthy that the criterion of the age difference between adopter and adoptee is not laid down by Swiss law in the abstract but has been applied by the Federal Court flexibly and having regard to the circumstances of each case. In particular, the Court does not find unreasonable or arbitrary the argument of the domestic bodies that the placement of a second child,

even of a similar age to the first, would constitute an additional burden for the applicant. Nor would it disagree with the point that problems are more numerous in families with more than one adopted child (see Federal Court judgment, point 3.4, paragraph 20 above). It is clear in this type of case that the use of statistical data is necessary and that a degree of speculation is inevitable.

97. If account is taken of the broad margin of appreciation accorded to States in this area and the need to protect children's best interests, the refusal to authorise the placement of a second child did not contravene the proportionality principle.

98. In short, the justification given by the Government appears objective and reasonable and the difference in treatment complained of is not discriminatory within the meaning of Article 14 of the Convention.

99. Accordingly, there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

2. *Holds* that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

Done in French, and notified in writing on 10 June 2010, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen  
Registrar

Christos Rozakis  
President

GATT v. MALTA  
*(Application no. 28221/08)*

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 27 JULY 2010<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Disproportionate detention for failure to pay amount due for breach of bail conditions****Article 5 § 1 (b)**

*Non-compliance with court order – Secure fulfilment of obligation prescribed by law – Lawfulness of detention – Disproportionate detention for failure to pay amount due for breach of bail conditions*

\*

\* \*

The applicant, who had been charged with drug trafficking, was granted bail subject to his providing a personal guarantee of approximately 23,000 euros (EUR) and with restrictions on his leaving his place of residence. Following a complaint that he had breached his curfew, the criminal court revoked his bail, ordered his arrest and the payment of the guarantee. As he was unable to pay, proceedings were brought under Articles 585 and 586 of the Criminal Code and the guaranteed sum was converted into detention at the rate of one day per EUR 11.50. In total, this amounted to more than five years and six months' imprisonment. The applicant brought a constitutional complaint which was ultimately dismissed.

*Held*

Article 5 § 1 (b): In so far as the Government had claimed that the detention in the applicant's case fell under the first limb of Article 5 § 1 (b), the Court held that consequently issues such as the purpose of the court order, the feasibility of complying with it and the duration of the detention were matters to be taken into consideration. Moreover, proportionality assumed particular significance in the overall scheme of things. The applicant, who had been under strict bail conditions for nearly five years – presumably without being able to earn a living – could not realistically have been expected to comply with the court order to secure payment in the amount due. Bearing in mind the relatively shorter periods of detention in other similar cases the Court had examined in the past, it found that the duration of the detention imposed on the applicant for a single breach of curfew could not be considered to have struck a fair balance between the importance of securing compliance with a lawful court order and the importance of his right to liberty. In so far as the Government claimed that the detention fell within the second limb

---

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

of Article 5 § 1 (b) of the Convention, the Court found that Maltese law and its application in the applicant's case had been deficient in two aspects. Firstly, the law had made no distinction between a breach of bail conditions related to the primary purpose of bail (namely, appearance at the trial) and other considerations of a less serious nature, such as a curfew. Secondly, it had not applied a ceiling on the duration of the detention, or made any assessment of proportionality. In sum, the domestic law as applied in the applicant's case had failed to strike a balance between the importance in a democratic society of securing the fulfilment of the obligation in question and the importance of the right to liberty.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The question of the application of Article 41 was not ready for decision and was reserved.

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

*X v. Germany*, no. 6659/74, Commission decision of 10 December 1975, Decisions and Reports 3

*Airey v. Ireland*, no. 6289/73, Commission decision of 7 July 1977, Decisions and Reports 8

*X v. Austria*, no. 8278/78, Commission decision of 13 December 1979, Decisions and Reports 18

*Freda v. Italy*, no. 8916/80, Commission decision of 7 October 1980, Decisions and Reports 21

*Jamil v. France*, 8 June 1995, Series A no. 317-B

*Benham v. the United Kingdom*, 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

*Eriksen v. Norway*, 27 May 1997, *Reports* 1997-III

*Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII

*Göktan v. France*, no. 33402/96, ECHR 2002-V

*Vasileva v. Denmark*, no. 52792/99, 25 September 2003

*Enhorn v. Sweden*, no. 56529/00, ECHR 2005-I

*Paradis and Others v. Germany* (dec.), no. 4065/04, 4 September 2007

**In the case of Gatt v. Malta,**

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

Nicolas Bratza, *President*,

Lech Garlicki,

Giovanni Bonello,

Ljiljana Mijović,

David Thór Björgvinsson,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 6 July 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 28221/08) against Malta lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Maltese national, Mr Lawrence Gatt (“the applicant”), on 10 June 2008.

2. The applicant was represented by Dr J. Herrera, a lawyer practising in Valletta. The Maltese Government (“the Government”) were represented by their Agent, Dr Silvio Camilleri, Attorney General.

3. The applicant alleged that his imprisonment in consequence of his failure to pay the guaranteed sum for having breached his bail conditions was excessive and disproportionate.

4. On 21 September 2009 the President of the Fourth 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 § 1 of the Convention).

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

5. The applicant was born in 1947 and lived in Senglea, Malta.

6. He is currently in detention.

### **A. Background of the case**

7. The applicant was facing proceedings before the Magistrates' Court, sitting as a court of criminal judicature, for drug trafficking.

8. On 13 August 2001 the applicant was granted bail under certain conditions, including a guarantee of approximately 23,300 euros (EUR). One of these conditions stipulated that the applicant could only leave his residence to accompany his son to and from school, and was therefore only authorised to go out, accompanied by his son, between 6 a.m. and 9 a.m. and between 3 p.m. and 6 p.m. On 14 August 2001 the applicant signed a declaration stating that he agreed to comply with the above-mentioned obligation and to pay the guarantee in the event that he breached any of the conditions. He further paid the sum of EUR 1,165 by way of deposit.

9. Following a complaint that the applicant had been seen in Valletta, on an unspecified date, between 6 p.m. and 8 p.m., the Criminal Court, by a decision of 6 June 2006, held that the applicant had breached one of his bail conditions, namely being home by the established curfew. The Criminal Court therefore revoked his bail, ordered his arrest and decreed that the EUR 1,165 deposit he had already paid as well as the EUR 23,300 guarantee were to be paid to the government.

10. As he was unable to pay the guarantee, proceedings were initiated by the Registrar of Courts under Article 585 of the Criminal Code ("the CC") to convert the debt into imprisonment. As stipulated in Article 586 of the CC the length of the detention could not exceed more than one day per EUR 13 (see 'Relevant domestic law' below).

11. On 28 July 2006 the Criminal Court ordered the guaranteed sum to be converted into a period of detention at the rate of one day per EUR 11.50, namely two thousand days (more than five years and six months), and the applicant was placed in detention.

### **B. Constitutional proceedings**

12. On 12 June 2007 the applicant instituted constitutional proceedings, claiming that Article 586 of the CC and the Criminal Court decision of 28 July 2006 constituted a breach of Article 3 of the Convention in that they provided for an excessive and disproportionate punishment. Unlike other similar provisions of the law, Article 586 did not apply a ceiling on the length of the imprisonment to which a debt could be converted and it therefore gave rise to a degrading punishment in the applicant's case.

13. On 19 October 2007 the Civil Court (First Hall) dismissed the applicant's complaint. It noted that the applicant did not complain under Articles 5 or 6 of the Convention that the conditions imposed – which he

had freely accepted, knowing the consequences they could entail – had been excessive, but solely under Article 3 on the ground that the length of his penalty had been “excessive” and disproportionate. It held that the length of imprisonment had been clear as soon as the amount of the guarantee had been fixed; accordingly, after knowingly accepting these conditions the applicant could not now complain that the penalty was excessive, since it was linked to the amount of the guarantee. Furthermore, the Convention did not afford a right to call into question the length of a sentence imposed by a competent court and in no way had the penalty imposed on the applicant been shown to have reached the threshold required to fall within Article 3.

14. On 12 February 2008 the Constitutional Court rejected an appeal lodged by the applicant. It held, however, that the Civil Court had erred in considering his detention as falling within Article 5 § 1 (a), namely, detention following a conviction. His detention had its basis in Article 5 § 1 (b), namely, to secure the fulfilment of an obligation prescribed by law. It followed that, according to Strasbourg case-law, there should be a reasonable relationship of proportionality between the deprivation of liberty and the fulfilment of the obligation. In the present case the applicant had undertaken an obligation knowing the unambiguous and non-arbitrary consequences it entailed, according to a pre-established rate which remained valid up to the date of payment. The fact that no ceiling applied to the provision in question did not affect the proportionality between the obligation and the consequences it entailed. Absolving a person of such an obligation when it had not been fulfilled would render the notion of guarantees against detention futile. This reasoning applied to both Article 5 and Article 3 of the Convention. Indeed, the applicant had neither contested the proportionality of the amount specified in the guarantee imposed nor stated that it was beyond his means. It followed that it could not amount to inhuman or degrading treatment or punishment. Notwithstanding that elements of shocking disproportionality could raise an issue under Article 3 (see *Léger v. France*, no. 19324/02, 11 April 2006, and *Price v. the United Kingdom*, no. 33394/96, ECHR 2001-VII), this was not so in the present case.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

15. Article 579 of the CC, Chapter 9 of the Laws of Malta, reads as follows:

“(1) If the person charged or accused fails to appear (when ordered by the authority specified in the bail bond, or fails to observe any of the conditions imposed by the court in its decree granting bail, or absconds or leaves Malta, or while on bail commits any crime not being one of an involuntary nature, or interferes or attempts to interfere

with witnesses or otherwise obstructs or attempts to obstruct the course of justice whether in relation to himself or any other person, the sum stated in the bail bond shall be forfeited to the government of Malta, and, moreover, a warrant of arrest shall be issued against him:

Provided that this Article shall not apply where the court considers that the infringement of the condition imposed in the decree granting bail is not of serious consequence.

(2) Any person who fails to observe any of the conditions imposed by the court in its decree granting bail shall be guilty of an offence and shall, on conviction, be liable to the punishment of a fine (*multa*) or to a term of imprisonment not exceeding six months, or to both such fine and imprisonment and the sum stated in the bail bond may be forfeited to the government of Malta.

(3) Notwithstanding the provisions of any law, any person charged with any offence as mentioned in sub-article (2) shall be arraigned in court under arrest, and it shall be lawful for the police to request in the same proceedings the revocation of bail and the rearrest of such person. The proceedings for an offence under sub-article (2) shall be taken by the police and shall be decided by the court with urgency.”

16. Article 585 of the CC, in so far as relevant, reads as follows:

“(1) For the recovery of the sum fixed in the bail bond in the case referred to in Article 579, the court before which the person charged or accused was bound to appear, shall, as the case may be, either issue and enforce a warrant of seizure or of arrest against the surety until payment is effected, or declare the deposit to be forfeited in favour of the government of Malta, or, in case of pledge, order the sale thereof.”

17. Article 586 of the CC, in so far as relevant, reads as follows:

“(1) Any person who is arrested for non-payment of the sum in which he bound himself, shall be detained for a period not exceeding one day for every eleven euros and sixty-five cents (11.65) of that sum, whether such person is the person charged or accused or the surety.”

## THE LAW

18. The applicant complained that the application of Article 586 of the Criminal Code (“the CC”) in his case breached his rights under the Convention in that it gave rise to an excessive and disproportionate punishment. He relied on Article 3, which reads as follows:

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

19. The Court, being master of the characterisation to be given in law to the facts of the case (see *Castravet v. Moldova*, no. 23393/05, § 23, 13 March 2007; *Marchenko v. Ukraine*, no. 4063/04, § 34, 19 February 2009; and *Berhani v. Albania*, no. 847/05, § 46, 27 May 2010), is not bound by

the characterisation given by the parties. By virtue of the *jura novit curia* principle, it has, for example, considered of its own motion complaints under Articles or paragraphs not relied on by the parties (see *Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], no. 10249/03, § 54, 17 September 2009, and *Anusca v. Moldova*, no. 24034/07, § 26, 18 May 2010). A complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on (see, for instance, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I). Thus, in the present case the Court has decided to examine the issue raised by the applicant also under Article 5 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 4 to the Convention, in addition to Article 3 (see, *mutatis mutandis*, *Zehentner v. Austria*, no. 20082/02, § 35, 16 July 2009) and to obtain the parties' submissions thereon.

20. The provisions, in so far as relevant, read as follows:

#### **Article 5**

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

...

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

...”

#### **Article 1 of Protocol No. 4**

“No one shall be deprived of his liberty merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.”

### I. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTION

21. The Government submitted that the applicant had failed to exhaust domestic remedies in respect of his complaint in so far as it was to be examined under Article 5 and Article 1 of Protocol No. 4. The applicant’s complaint to the constitutional jurisdictions had been limited to Article 3 and although the domestic courts had referred to Article 5, *en passant*, they had taken no decision on the matter. In consequence, the State had not been given the opportunity to redress the violations in question.

22. The Court reiterates that the purpose of the requirement that domestic remedies must be exhausted is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right – normally through the courts – the violations alleged against them before those allegations are submitted

to the Convention institutions. This means that the complaint which is intended to be brought before the Court must first be raised, at least in substance and in compliance with the relevant requirements of domestic law, before the appropriate national courts (see *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, 23 February 1995, § 48, Series A no. 306-B).

23. The Court notes that in the domestic proceedings before the constitutional jurisdictions the applicant, invoking Article 3, complained about the proportionality of the measure applied to him, namely the Criminal Court's decision of 28 July 2006 ordering his detention for two thousand days, in accordance with Article 586 of the CC.

24. The Court considers that the complaints, as characterised by the Court, under Article 5 and Article 1 of Protocol No. 4 (see paragraph 19 above) arise out of the same facts and are based on the same arguments, namely the proportionality of the impugned measure, which were brought before the domestic courts. Indeed the Constitutional Court itself referred to the proportionality test under Article 5. Thus, the Court considers that the constitutional jurisdictions were given the opportunity to redress the alleged violations (see, *mutatis mutandis*, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH*, cited above, § 49).

25. It follows that in these circumstances the Government's objection must be dismissed.

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

26. The applicant complained that the application of Article 586 of the CC in his case breached Article 3 of the Convention in that it gave rise to an excessive and disproportionate punishment. Indeed, Article 586 did not apply a ceiling on the length of the imprisonment to which a sum could be converted. In the present case, there was no relationship of proportionality between the severity of the punishment (two thousand days' imprisonment) and the minor infringement committed (the failure to observe a curfew). Moreover, this prison term, unlike in other cases, was not subject to remission for good behaviour.

27. The Government submitted that the applicant had freely entered into the obligation, the breach of which entailed the conversion of the guaranteed sum into detention at a pre-determined rate. Moreover, whether the treatment at issue amounted to punishment or otherwise, it had not reached the threshold required to find a violation of Article 3.

28. The Court reiterates that Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim's behaviour. Ill-treatment



must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. The Court has consistently stressed that the suffering and humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment. Measures depriving a person of his liberty may often involve such an element (see *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, §§ 95-96, ECHR 2008)

29. The Court does not exclude that the imposition of a disproportionate sentence, having regard to all the circumstances of the case, may give rise to an issue under Article 3 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Hussain v. the United Kingdom*, 21 February 1996, *Reports* 1996-I; *T. v. the United Kingdom* [GC], no. 24724/94, § 99, 16 December 1999; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 100, ECHR 1999-IX; and *Einhorn v. France* (dec.), no. 71555/01, ECHR 2001-XI). However, to find a State in violation of Article 3 is particularly serious and a minimum level of severity is required for a complaint to fall within the scope of Article 3. The Court observes that, while the length of the applicant's detention as a result of his failure to pay the guarantee may be a source of stress and anxiety to the applicant, it cannot be said to have reached the threshold proscribed by Article 3.

30. It follows that this complaint is inadmissible as manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected pursuant to Article 35 § 4 of the Convention.

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

#### **A. Admissibility**

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

#### **B. Merits**

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

32. The applicant submitted that the measure in question was punitive in nature. It was applied solely in consequence of his failure to fulfil a

contractual obligation, thus it ran counter to Article 5 § 1, particularly in view of its disproportionality. The applicant highlighted that unlike other similar provisions in the law, Article 586 of the CC did not apply a ceiling placing a reasonable cap on the maximum length of detention. Moreover, in such circumstances the applicant could not benefit from remission for good behaviour.

33. The Government submitted that, following the breach of his bail conditions, the applicant was placed in detention in accordance with the second limb of Article 5 § 1 (b), namely in order to secure the fulfilment of an obligation that was prescribed by law and was entered into freely. However, the measure applied was also a result of the applicant's failure to comply with the lawful order of a court and also fell under the first limb of Article 5 § 1 (b). Hence, it was punitive in nature. In such circumstances, there had been no other course of action than to apply the detention prescribed by law.

34. The Government submitted that the bail conditions imposed by the court had been specific, clear and unequivocal. They were necessary measures giving due importance to the right to liberty. Once the applicant breached one of the conditions imposed, he suffered the envisaged consequences. The applicant had had every opportunity to comply with the the court order to pay the guarantee, at which moment he would be released, yet he had failed to do so. The obligation therefore remains unfulfilled to the present day. The Government further submitted that remission did not apply to the applicant's case since he could secure his freedom by providing payment in the amount due.

## 2. *The Court's assessment*

35. The Court reiterates that Article 5 § 1 contains an exhaustive list of permissible grounds of deprivation of liberty. However, the applicability of one ground does not necessarily preclude that of another; a detention may, depending on the circumstances, be justified under more than one sub-paragraph (see, for example, *Eriksen v. Norway*, 27 May 1997, § 76, *Reports* 1997-III, and *Enhorn v. Sweden*, no. 56529/00, § 34, ECHR 2005-I). The Court considers that the same applies to separate limbs of the same sub-paragraph.

36. In the present case, the Government submitted that the detention was in accordance with Article 5 § 1 (b) under both its first and second limbs.

37. The first limb refers to detention for "non-compliance with the lawful order of a court", already made against the individual. The Convention organs have applied it to include, *inter alia*, failure to pay a

court fine (see *Airey v. Ireland*, no. 6289/73, Commission decision of 7 July 1977, Decisions and Reports (DR) 8, p. 42), failure to undergo medical examinations ordered by a court (see *X v. Austria*, no. 8278/78, Commission decision of 13 December 1979, DR 18, p. 154, and *X v. Germany*, no. 6659/74, Commission decision of 10 December 1975, DR 3, p. 93), failure to comply with a decision to hand over children to a parent (see *Paradis and Others v. Germany* (dec.), no. 4065/04, 4 September 2007), failure to observe residence restrictions imposed by a judicial decision (see *Freda v. Italy*, no. 8916/80, Commission decision of 7 October 1980, DR 21, p. 254) and failure to observe binding-over orders (see, for example, *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 69, *Reports* 1998-VII).

38. The Court notes that the applicant did not comply with the court order of 6 June 2006 ordering him to pay EUR 23,300 and was consequently imprisoned for two thousand days.

39. Bearing in mind that the Convention and its Protocols have to be read as a whole, the Court draws attention to the provision of Article 1 of Protocol No. 4 which prohibits imprisonment merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation. The Court has already expressed reservations about the imprisonment in default system, considering it as constituting an archaic custodial measure available only to the Treasury (in the French system) (see *Göktan v. France*, no. 33402/96, § 51, ECHR 2002-V). However, it noted that Article 1 of Protocol No. 4 would not apply to such a system, since the provision prohibits imprisonment for debt solely when the debt arises under a contractual obligation (see *Göktan*, cited above § 51). However, although the circumstances in the present case are different to those in *Göktan* and require a further analysis under Article 1 of Protocol No. 4, the Court is ready to accept that the Government could rely on the first limb of Article 5 § 1 (b) as a ground for the applicant's detention.

40. The Court reiterates that Article 5 § 1 of the Convention requires in the first place that the detention be "lawful", which includes the condition of compliance with a procedure prescribed by law. The Convention here essentially refers back to national law and states the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be consistent with the purpose of Article 5, namely to protect individuals from arbitrariness. A period of detention will in principle be lawful if it is carried out pursuant to a court order (see *Benham v. the United Kingdom*, 10 June 1996, §§ 40 and 42, *Reports* 1996-III). However, the domestic authorities must strike a fair balance between the importance in a democratic society of securing

compliance with a lawful order of a court, and the importance of the right to liberty (see *Paradis and Others*, cited above). The Court considers that in such circumstances issues such as the purpose of the order, the feasibility of compliance with the order, and the duration of the detention are matters to be taken into consideration. The issue of proportionality assumes particular significance in the overall scheme of things.

41. The Court observes that it is not in dispute that the detention was ordered by the domestic courts pursuant to Article 585 of the CC and that the length of the detention was stipulated on the basis of Article 586. It remains to be determined whether the measure in question was proportionate.

42. The purpose of the court order was to secure payment of an amount due to the authorities by way of a penalty for breaching bail conditions. The Court considers that monetary guarantees are indispensable to ensure respect for the right to liberty when remand in custody is envisaged. It notes however that in 2006 the applicant was indigent and unable to pay the said amount, although he might have been able to do so when he assented to the obligation in 2001. Indeed, it would have been reasonable for the applicant to assume that the proceedings against him would not have lasted over five years. The Court observes that the applicant had been under strict bail conditions (see paragraph 8 above) for nearly five years. Thus, it is plausible to conclude that he had been unable to earn a living during that period. In such circumstances, it was unrealistic to expect that the applicant would be able to comply with the court order.

43. The Court further notes that in the cases examined under the first limb of Article 5 § 1 (b) the duration of the detention amounted to short periods, such as four days (see, *Airey*, cited above) or one week (see *Freda*, and *Steel and Others*, both cited above) and at maximum six months (see *Paradis and Others*, cited above). In the present case, the detention for non-compliance with a court order has so far amounted to over four years and is set to last for over five years and six months in total. Moreover, this period was not subject to remission, as would have been the case had the applicant been detained after conviction (Article 5 § 1 (a)). Nor was this period of detention subject to the guarantees of Article 5 § 3, as would have been the case had the applicant been remanded in custody on suspicion of having committed a crime (Article 5 § 1 (c)). In light of the above, the Court considers that a period of detention of more than five years and six months (two thousand days) for failure to comply with a court order to pay EUR 23,300 as a result of a single breach of curfew imposed as a bail condition cannot be considered to strike a fair balance between the importance in a democratic society of securing compliance with a lawful order of a court and the importance of the right to liberty.

44. In consequence, in so far as it is based on this ground, the applicant's entire period of detention cannot be said to have been in accordance with Article 5 § 1 of the Convention.

45. The Court must nevertheless consider whether the detention was Convention compatible on the basis of the second ground invoked by the Government, namely the second limb of Article 5 § 1 (b) "in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law".

46. The Court reiterates that the second limb of Article 5 § 1 (b) allows for detention to secure the fulfilment of a specific and concrete obligation prescribed by law, which is already incumbent on the person concerned. The arrest and detention must be for the purpose of securing its fulfilment and not punitive in character. Moreover, a balance must be struck between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfilment of the obligation in question and the importance of the right to liberty. In this assessment the nature of the obligation arising from the relevant legislation including its underlying object and purpose, the person being detained, the particular circumstances leading to the detention and the length of the detention are relevant (see *Vasileva v. Denmark*, no. 52792/99, §§ 36-38, 25 September 2003).

47. The Court considers that the obligation undertaken by the applicant on 14 August 2001 to pay EUR 23,300 in the event that he breached his bail conditions was concrete and sufficiently precise.

48. As to the purpose of detention, the Court notes that at that stage it was no longer to ensure compliance with bail conditions, but simply to ensure the payment of the guaranteed sum. The Court has previously held that imprisonment in default of payment (of a customs fine) was not a means of enforcing the fine, but a penalty (see *Jamil v. France*, 8 June 1995, § 32, Series A no. 317-B, and *Göktan*, cited above, § 48) and the Government have acknowledged that in the present case the measure was punitive in nature (see paragraph 33 above). The Court sees no reason to differ. In particular, it notes that imprisonment in default, as applied to the failure to pay a guarantee following a breach of bail conditions, may give rise to a situation where an individual is imprisoned for a longer time than the term he would have served had he been found guilty of the crime he was charged with. The situation would be even more paradoxical if the individual were to be acquitted of such charges. The Court, furthermore, has difficulty in accepting that the detention of the applicant could secure the fulfilment of the obligation as his indigent state (see paragraph 42 above) will undoubtedly persist and quite plausibly increase while he remains in jail.

49. As regards the circumstances leading to the detention, the Court notes that the applicant, who, pending criminal proceedings for drug trafficking, was on bail subject to residence restrictions, had not abided by his curfew on one occasion. As a result he has been detained, and will continue to be so, for a total of more than five and a half years (two thousand days), unless he pays the sum of EUR 23,300. The Court observes that Maltese law, in respect of the circumstances in which a bail bond will be forfeited to the Government as a result of a failure to observe bail conditions (Article 579 of the CC), makes no distinction between conditions related to the primary purpose of bail, namely appearance at the trial, and conditions related to other considerations. However, it gave the authorities discretion not to apply the said provision if the breach of conditions was not of a serious nature. In the present case, where the condition breached referred to a curfew and was not connected to the primary purpose of granting bail, the Court has difficulty in understanding the authorities' decision to apply the relevant Article. In this light, the Court finds it relevant to point out that in the absence of proper guidelines as to the exercise of discretion under Article 579, or of a distinction between breaches of conditions relating to the primary purpose of bail and other considerations, Maltese law is deficient in that it can lead to arbitrary and disproportionate results.

50. The Court accepts that, in granting the applicant bail in the first place, the domestic authorities were bearing in mind the importance of the right to liberty. It is also ready to accept that subsequently the domestic court applied the relevant conversion parameters correctly and in good faith. However, the Court observes that Article 586 of the CC does not apply to imprisonment in default a ceiling on the duration of the detention (an individual could hypothetically be imprisoned for life) or provide for any assessment of proportionality. Therefore Maltese law is deficient also in this respect. Indeed, the application of the law in the present case gave rise to a period of detention of excessive duration *vis-à-vis* the obligation to be fulfilled as a consequence of the breach committed.

51. In conclusion, the Court considers that in the circumstances of the present case, and especially on account of its duration, the applicant's detention was disproportionate. In particular, the law as applied in the applicant's case failed to strike a balance between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfilment of the obligation in question and the importance of the right to liberty.

52. Accordingly, the Court finds a violation of Article 5 § 1 of the Convention.

#### IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 4 TO THE CONVENTION

53. The applicant submitted that he was deprived of his liberty as a result of a court order for failure to fulfil a contractual obligation contrary to Article 1 of Protocol No. 4 to the Convention.

54. The Government submitted that in the present case the provision was not applicable and, even if it were so, there had been no violation.

55. Leaving open the question as to whether Article 1 of Protocol No. 4 is applicable in the present case, the Court notes that this complaint is closely linked to the one examined above and must therefore likewise be declared admissible (see, *mutatis mutandis*, *Ezel Tosun v. Turkey*, no. 33379/02, § 27, 10 January 2006).

56. However, having regard to its finding of a violation of Article 5 § 1 the Court does not consider it necessary to examine the complaint separately.

#### V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

57. 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.”

58. The applicant did not formulate a detailed Article 41 claim, confining himself to indicating what might be an acceptable settlement of the case, namely the deduction of the time already spent in detention from any sentence of imprisonment which might be imposed if he were ultimately convicted of the criminal charges pending against him or, in the event of his acquittal of those charges, the award of compensation for the period of his unlawful detention.

59. Having examined the circumstances of the case, the Court considers that the question under Article 41 is not ready for decision. That question must accordingly be reserved and the subsequent procedure fixed, having due regard to any agreement which might be reached between the respondent Government and the applicant (Rule 75 § 1 of the Rules of Court). The Court can only note in this latter connection that the applicant has been in detention since 28 July 2006, a period of time which the Court has found to be disproportionate and in flagrant breach of Article 5 of the Convention. Bearing in mind the urgent need to put an end to the violation

of Article 5 § 1 (see paragraph 52 above), the respondent State should in any event give consideration to securing the applicant's immediate release from detention in so far as the legal basis for this period of detention is the Criminal Court's decision of 28 July 2006 applying Articles 585 and 586 of the Criminal Code.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaint concerning Article 5 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 4 to the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention;
3. *Holds* that it is not necessary to examine the complaint under Article 1 of Protocol No. 4 to the Convention;
4. *Holds* that the question of the application of Article 41 is not ready for decision and accordingly,
  - (a) *reserves* the said question as a whole;
  - (b) *invites* the Government and the applicant to submit, within one month from the date on which this judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, their written observations on the matter and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;
  - (c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Chamber the power to fix the same if need be.

Done in English, and notified in writing on 27 July 2010, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early  
Registrar

Nicolas Bratza  
President



GATT c. MALTE  
(*Requête n° 28221/08*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 JUILLET 2010<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Caractère disproportionné d'une détention imposée pour défaut de paiement d'une somme due pour violation des règles de la liberté surveillée****Article 5 § 1 b)**

*Non-respect d'une décision de justice – Assurer le respect d'une obligation prévue par la loi – Légalité de la détention – Caractère disproportionné d'une détention imposée pour défaut de paiement d'une somme due pour violation des règles de la liberté surveillée*

\*

\* \*

Le requérant, qui avait fait l'objet d'une procédure pour trafic de drogue, fut libéré à condition de fournir une caution personnelle de 23 300 EUR et de ne sortir de son domicile qu'à certaines heures. A la suite d'une dénonciation indiquant qu'il n'avait pas respecté les heures de sortie autorisées, le tribunal pénal révoqua sa libération conditionnelle et ordonna son arrestation et le paiement de la caution. Le requérant n'étant pas en mesure de payer cette somme, une procédure fut engagée contre lui en vertu des articles 585 et 586 du code pénal, et la caution fut convertie en peine d'emprisonnement à raison d'un jour par tranche de 11,50 EUR, ce qui représentait un total de plus de cinq ans et six mois. Le requérant forma un recours constitutionnel qui fut rejeté.

Pour autant que le Gouvernement soutient que la détention du requérant relève du premier volet de l'article 5 § 1 b), la Cour dit que, en conséquence, des questions telles que le but de l'ordonnance du tribunal, la faisabilité de sa mise en œuvre et la durée de la détention sont à prendre en compte. De plus, la proportionnalité revêt une importance particulière si l'on considère le contexte dans son ensemble. On ne pouvait de manière réaliste attendre du requérant – dont la libération avait été assortie de conditions strictes pendant près de cinq ans et qui n'avait probablement pas pu gagner sa vie – qu'il respecte l'ordonnance du tribunal et paye la somme due. Sachant que, dans les autres affaires similaires dont elle a déjà eu à connaître, les périodes de détention étaient plus brèves, la Cour conclut que la durée de la détention infligée alors que l'intéressé avait méconnu une seule fois les heures de sortie autorisées ne saurait passer pour avoir ménagé un juste équilibre entre la nécessité de faire respecter une ordonnance rendue par un tribunal conformément à la loi et l'importance du droit du requérant à la liberté. Pour autant que le

---

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

Gouvernement déclare que la détention relève du second volet de l'article 5 § 1 b) de la Convention, la Cour conclut que la législation maltaise et son application à l'égard du requérant présentent deux déficiences. Premièrement, la loi n'établit pas de distinction entre une violation des règles de la liberté conditionnelle en rapport avec le but principal de ces règles (obliger l'intéressé à comparaître à son procès) et d'autres violations moins graves telles que le non-respect des heures de sortie. Deuxièmement, elle ne plafonne pas la durée de la détention et ne prévoit pas d'évaluer la proportionnalité de la mesure. Dès lors, la législation interne, telle qu'appliquée au requérant, n'a pas ménagé un équilibre entre, d'une part, l'importance que revêt, dans une société démocratique, le respect de l'obligation en question et, d'autre part, l'importance du droit à la liberté.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41: la question de l'application de l'article 41 ne se trouve pas en état et est réservée.

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

*X c. Allemagne*, n° 6659/74, décision de la Commission du 10 décembre 1975, Décisions et rapports 3

*Airey c. Irlande*, n° 6289/73, décision de la Commission du 7 juillet 1977, Décisions et rapports 8

*X c. Autriche*, n° 8278/78, décision de la Commission du 13 décembre 1979, Décisions et rapports 18

*Freda c. Italie*, n° 8916/80, décision de la Commission du 7 octobre 1980, Décisions et rapports 21

*Jamil c. France*, 8 juin 1995, série A n° 317-B

*Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III

*Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, *Recueil* 1997-III

*Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII

*Göktan c. France*, n° 33402/96, CEDH 2002-V

*Vasileva c. Danemark*, n° 52792/99, 25 septembre 2003

*Enhorn c. Suède*, n° 56529/00, CEDH 2005-I

*Paradis et autres c. Allemagne* (déc.), n° 4065/04, 4 septembre 2007

**En l'affaire Gatt c. Malte,**

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

Nicolas Bratza, *président*,  
Lech Garlicki,  
Giovanni Bonello,  
Ljiljana Mijović,  
David Thór Björgvinsson,  
Ledi Bianku,  
Mihai Poalelungi, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 6 juillet 2010,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 28221/08) dirigée contre la République de Malte et dont un ressortissant de cet Etat, M. Lawrence Gatt («le requérant»), a saisi la Cour le 10 juin 2008 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<sup>e</sup> J. Herrera, avocat à La Valette. Le gouvernement maltais («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. S. Camilleri, procureur général.

3. Dans sa requête, M. Gatt se plaignait d'avoir été placé en détention pour ne s'être pas acquitté d'une caution après avoir enfreint les règles de sa liberté conditionnelle. Il soutenait que cette mesure était excessive et disproportionnée.

4. Le 21 septembre 2009, le président de la quatrième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire (article 29 § 1 de la Convention).

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

5. Le requérant est né en 1947 et résidait précédemment à Senglea (Malte).

6. Il se trouve actuellement en détention.

### A. La genèse de l'affaire

7. Le requérant faisait l'objet de poursuites pénales pour trafic de drogue. Il devait être jugé par la *Magistrates' Court*.

8. Le 13 août 2001, il bénéficia d'une mesure de liberté conditionnelle assortie notamment d'une caution de 23 300 euros (EUR) environ. Il n'avait le droit de quitter son domicile que pour accompagner son fils à l'école et aller le chercher, et n'était donc autorisé à sortir qu'en compagnie de l'enfant, de 6 heures à 9 heures et de 15 heures à 18 heures. Le 14 août 2001, il signa une déclaration par laquelle il acceptait de respecter cette obligation et de verser la caution s'il manquait à l'une quelconque des conditions énoncées. Il déposa également la somme de 1 165 EUR.

9. A la suite d'une dénonciation indiquant qu'il avait été vu à La Valette, à une date non précisée, entre 18 heures et 20 heures, la *Criminal Court* jugea, dans une décision du 6 juin 2006, qu'il avait enfreint l'une des règles de sa liberté conditionnelle, à savoir l'obligation de se trouver à son domicile à partir d'une certaine heure. En conséquence, elle révoqua sa liberté conditionnelle, ordonna sa réarrestation et décida que les 1 165 EUR déjà déposés ainsi que la caution de 23 300 EUR seraient versés à l'Etat.

10. Le requérant n'étant pas en mesure de payer la caution, le greffier de la *Criminal Court* intenta, sur le fondement de l'article 585 du code pénal, une procédure de conversion de la dette en détention. Selon l'article 586 du code pénal, la durée de la détention ne pouvait dépasser une journée par tranche de 13 EUR (voir « Le droit interne pertinent », ci-dessous).

11. Le 28 juillet 2006, la *Criminal Court* ordonna la conversion de la caution en une période de détention d'une journée par tranche de 11,50 EUR, soit deux mille jours (plus de cinq ans et six mois), et le requérant fut placé en détention.

### B. Le recours constitutionnel

12. Le 12 juin 2007, le requérant forma un recours constitutionnel, soutenant que l'article 586 du code pénal et la décision rendue par la *Criminal Court* le 28 juillet 2006 étaient contraires à l'article 3 de la Convention en ce qu'ils avaient eu pour effet de lui infliger une peine « excessive et disproportionnée ». Soulignant que l'article 586, à la différence d'autres dispositions semblables, ne prévoyait pas de plafond pour la durée de la détention pouvant se substituer à la dette, il s'estimait victime d'une peine dégradante.

13. Le 19 octobre 2007, la *Civil Court* (première chambre) rejeta ce recours. Elle observa que le requérant n'invoquait ni l'article 5 ni l'article 6 de la Convention et ne prétendait pas que les règles de sa liberté conditionnelle

– règles qu’il avait librement acceptées, en sachant quelles en étaient les conséquences – étaient déraisonnables, mais se plaignait exclusivement, sous l’angle de l’article 3, de la durée selon lui « excessive et disproportionnée » de sa peine. Elle considéra que cette durée était clairement prévisible dès le moment où le montant de la caution avait été fixé et que, par conséquent, l’intéressé, ayant accepté ces conditions en connaissance de cause, ne pouvait se plaindre de la sévérité de la peine, qui résultait du montant de la caution. Elle ajouta que la Convention ne garantissait pas le droit de remettre en question la durée d’une peine imposée par une juridiction compétente, et qu’il n’avait nullement été démontré que la détention litigieuse avait atteint le seuil minimal de gravité requis pour qu’une peine tombe sous le coup de l’article 3.

14. Le 12 février 2008, la Cour constitutionnelle rejeta un recours formé par le requérant contre cette décision. Elle observa cependant que la *Civil Court* avait considéré à tort que la détention relevait de l’article 5 § 1 a), qui vise la détention consécutive à une condamnation, et que la disposition pertinente de la Convention, s’agissant d’une détention ordonnée en vue de garantir l’exécution d’une obligation prescrite par la loi, était l’article 5 § 1 b). Elle en déduisit que la privation de liberté, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, devait être proportionnée à l’obligation. Elle nota à cet égard que le requérant, en l’espèce, avait accepté cette obligation en en connaissant les conséquences, qui n’étaient ni ambiguës ni arbitraires mais suivaient un taux préétabli dont la validité s’étendait jusqu’à la date du paiement. Selon la Cour constitutionnelle, l’absence de plafond applicable à la disposition en question n’entamait pas la proportionnalité de l’obligation aux conséquences d’une éventuelle défaillance, et le fait d’exempter un individu d’une telle obligation sans qu’elle ait été respectée aurait rendu vaine la notion de caution – raisonnement qui s’appliquait tant à l’article 5 qu’à l’article 3 de la Convention. La haute juridiction souligna à cet égard que le requérant n’avait pas contesté la proportionnalité du montant de la caution ni indiqué qu’il serait incapable de payer une telle somme. Elle en déduisit que même si, en principe, des éléments présentant une disproportion flagrante pouvaient poser problème sous l’angle de l’article 3 (*Léger c. France*, n° 19324/02, 11 avril 2006, *Price c. Royaume-Uni*, n° 33394/96, CEDH 2001-VII), la mesure en cause ne pouvait s’analyser en une peine ou un traitement inhumain ou dégradant, car une telle disproportion n’était pas présente en l’espèce.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

15. L’article 579 du code pénal (chapitre 9 des lois de Malte) est ainsi libellé :

« 1) Si l'individu prévenu ou accusé ne se présente pas lorsqu'il est convoqué par l'autorité mentionnée dans l'ordre de libération conditionnelle ou s'il enfreint l'une quelconque des conditions imposées par le tribunal ayant ordonné la libération conditionnelle, s'il s'enfuit ou quitte Malte, s'il commet volontairement pendant sa liberté conditionnelle quelque infraction que ce soit, s'il suborne ou tente de suborner des témoins, ou si, d'une autre manière, il entrave ou tente d'entraver le cours de la justice en ce qui le concerne ou en ce qui concerne toute autre personne, la somme visée dans l'ordre de libération conditionnelle est due à l'Etat maltais et, en outre, un mandat d'arrêt est émis contre l'intéressé;

Toutefois, le présent article ne s'applique pas lorsque le tribunal considère que le non-respect de la condition imposée dans l'ordre de libération conditionnelle n'emporte pas de conséquences graves.

2) Quiconque enfreint l'une quelconque des conditions imposées par le tribunal dans l'ordre de libération conditionnelle commet une infraction et est passible, lorsqu'il en est reconnu coupable, d'une amende [*multa*] ou d'une peine de prison d'une durée maximale de six mois, ou de l'amende et de la peine de prison, et la somme visée dans l'ordre de libération conditionnelle peut être due à l'Etat maltais.

3) Nonobstant toute autre disposition légale, tout individu accusé d'une infraction visée au paragraphe 2) est arrêté et traduit en justice, et les forces de police sont fondées à demander à cette occasion la révocation de la liberté conditionnelle et la réarrestation de l'intéressé. La procédure de constat d'une infraction au paragraphe 2) est engagée par la police et tranchée en urgence par le tribunal.»

#### 16. En ses parties pertinentes, l'article 585 du code pénal est ainsi libellé :

« 1) Aux fins du recouvrement de la somme visée dans l'ordre de libération conditionnelle dans les cas mentionnés à l'article 579, le tribunal devant lequel doit comparaître l'individu prévenu ou accusé prononce ou fait exécuter, selon le cas, un mandat de saisie ou d'arrestation contre le garant jusqu'au paiement, ou déclare la somme déposée acquise à l'Etat maltais ou, lorsqu'il s'agit d'un bien gagé, en ordonne la vente.»

#### 17. En ses parties pertinentes, l'article 586 du code pénal est ainsi libellé :

« 1) Tout individu arrêté pour défaut de paiement de la somme à hauteur de laquelle il s'est engagé est détenu pendant une durée ne dépassant pas une journée par tranche de onze euros soixante-cinq centimes (11,65 EUR), que l'intéressé soit le prévenu ou l'accusé ou le garant.»

## EN DROIT

18. Le requérant estime que l'application dans son cas de l'article 586 du code pénal a constitué une peine excessive et disproportionnée et, dès lors, porté atteinte à ses droits garantis par la Convention. Il invoque l'article 3, qui est ainsi libellé :



«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

19. La Cour, maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (*Castravet c. Moldova*, n° 23393/05, § 23, 13 mars 2007, *Martchenko c. Ukraine*, n° 4063/04, § 34, 19 février 2009, et *Berhani c. Albanie*, n° 847/05, § 46, 27 mai 2010), n'est pas liée par celle que leur attribuent les parties. En vertu du principe *jura novit curia*, elle a par exemple étudié d'office plus d'un grief sous l'angle d'articles ou de paragraphes que n'avaient pas invoqués les comparants (*Scoppola c. Italie (n° 2)* [GC], n° 10249/03, § 54, 17 septembre 2009, et *Anusca c. Moldova*, n° 24034/07, § 26, 18 mai 2010). Un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués (voir, par exemple, *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I). Ainsi, en l'espèce, la Cour a décidé d'examiner le grief soulevé par le requérant non seulement sous l'angle de l'article 3 de la Convention, mais aussi sous ceux de l'article 5 et de l'article 1 du Protocole n° 4 (voir, *mutatis mutandis*, *Zehentner c. Autriche*, n° 20082/02, § 35, 16 juillet 2009), et de recueillir les observations des parties à cet égard.

20. En leurs parties pertinentes, ces dispositions sont ainsi libellées :

#### **Article 5**

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

(...)

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi (...)

#### **Article 1 du Protocole no 4**

« Nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle. »

### **I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT**

21. Le Gouvernement soutient que le requérant, n'ayant pas invoqué devant les juridictions maltaises l'article 5 et l'article 1 du Protocole n° 4, n'a pas épuisé les voies de recours internes à l'égard de son grief pour autant qu'il est tiré de ces articles. Il fait valoir que l'intéressé n'a fondé son action devant les juridictions constitutionnelles que sur l'article 3 et arguë que ces

juridictions internes, quand bien même elles ont mentionné l'article 5 de manière incidente, n'ont pas statué sur le fondement de cette disposition. L'Etat n'aurait donc pas eu l'occasion de redresser les violations alléguées.

22. La Cour rappelle que le but de la condition d'épuisement des voies de recours internes est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser – normalement par l'intermédiaire des tribunaux – les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention. Cela signifie que le grief dont on entend saisir la Cour doit d'abord être soulevé, au moins en substance et dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales appropriées (*Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, 23 février 1995, § 48, série A n° 306-B).

23. La Cour observe que, dans la procédure interne qu'il a intentée devant les juridictions constitutionnelles, le requérant s'est plaint, sous l'angle de l'article 3, du caractère disproportionné de la mesure que la *Criminal Court* lui avait appliquée, en ordonnant, par sa décision du 28 juillet 2006, son placement en détention pour une durée de deux mille jours, sur le fondement de l'article 586 du code pénal.

24. Elle considère que les griefs qu'elle a décidé d'examiner sous l'angle de l'article 5 et de l'article 1 du Protocole n° 4 (paragraphe 19 ci-dessus) découlent des mêmes faits et reposent sur les mêmes arguments, à savoir le caractère disproportionné de la mesure litigieuse, que ceux dont les juridictions internes ont été saisies. La Cour constitutionnelle elle-même a mentionné le critère de proportionnalité de l'article 5. La Cour juge donc que les juridictions constitutionnelles ont eu l'occasion de redresser les violations alléguées (voir, *mutatis mutandis*, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH*, précité, § 49).

25. Il s'ensuit que l'exception préliminaire du Gouvernement doit être rejetée.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

26. Le requérant se plaint que l'application dans son cas de l'article 586 du code pénal lui a fait subir une peine excessive et disproportionnée, en violation de l'article 3 de la Convention. Il souligne à cet égard que l'article 586 ne prévoit pas de plafond pour la durée de la détention pouvant se substituer à la dette. En l'espèce, il n'y aurait pas de rapport de proportionnalité entre la sévérité de la peine (deux mille jours de détention)

et le caractère mineur de l'infraction commise (non-respect d'obligations horaires). De surcroît, cette peine, à la différence d'autres peines privatives de liberté, ne serait pas susceptible d'allègement pour bonne conduite.

27. Le Gouvernement arguë que le requérant a librement accepté l'obligation dont le non-respect entraînait la conversion de la dette en une période de détention d'une durée préétablie. Il soutient en outre que le traitement en cause, qu'il constitue ou non une peine, n'a pas atteint le seuil de gravité emportant violation de l'article 3.

28. La Cour rappelle que l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les circonstances et les agissements de la victime. Des mauvais traitements doivent atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire, telles que la durée du traitement ou ses effets physiques ou psychologiques et, dans certains cas, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. La Cour a toujours souligné que la souffrance et l'humiliation infligées doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes. Les mesures privatives de liberté s'accompagnent ordinairement de pareilles souffrance et humiliation (*Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, §§ 95 et 96, CEDH 2008).

29. La Cour n'exclut pas que l'imposition d'une peine disproportionnée au regard de l'ensemble des circonstances de la cause puisse poser problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Hussain c. Royaume-Uni*, 21 février 1996, *Recueil* 1996-I, *T. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94, § 99, 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, § 100, CEDH 1999-IX, et *Einhorn c. France* (déc.), n° 71555/01, CEDH 2001-XI). Cependant, un constat de violation de l'article 3 est une chose particulièrement grave, et un seuil minimal de gravité est requis pour que des faits tombent sous le coup de cette disposition. En l'espèce, la Cour observe que, si la durée de la détention ordonnée à l'égard du requérant pour défaut de paiement d'une caution peut constituer pour lui une source de stress et d'anxiété, on ne peut pas dire qu'elle ait atteint le seuil de déclenchement de l'article 3.

30. Ce grief est donc irrecevable pour défaut manifeste de fondement au sens de l'article 35 § 3 de la Convention, et doit dès lors être rejeté (article 35 § 4).

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

#### **A. Sur la recevabilité**

31. La Cour note que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention, et qu'il n'est pas irrecevable pour d'autres motifs. Il doit donc être déclaré recevable.

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

##### *1. Thèses des parties*

32. Le requérant soutient que la mesure en cause était de nature punitive et n'a été appliquée que parce qu'il a manqué à s'acquitter d'une obligation contractuelle. Elle serait donc contraire à l'article 5 § 1, notamment parce qu'elle serait disproportionnée. Le requérant souligne par ailleurs que l'article 586 du code pénal, à la différence d'autres dispositions, ne prévoit pas de plafond permettant de limiter à une durée raisonnable la détention, et que, de plus, il ne peut, dans les circonstances de l'espèce, bénéficier d'une remise de peine pour bonne conduite.

33. Le Gouvernement indique que le requérant, ayant enfreint les règles de sa liberté conditionnelle, a été placé en détention conformément à l'un des volets de l'article 5 § 1 b), c'est-à-dire en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi et qu'il avait librement acceptée. Cette mesure résulte toutefois aussi de l'insoumission du requérant à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal, et par là elle relève de l'autre volet de l'article 5 § 1 b). Il s'agissait donc d'une mesure de nature punitive. Dans ces circonstances il n'y avait pas d'autre possibilité que d'appliquer la détention prévue par la loi.

34. Selon le Gouvernement, les règles auxquelles le tribunal avait soumis la liberté conditionnelle du requérant étaient précises, claires et sans équivoque, et il s'agissait de mesures nécessaires qui tenaient dûment compte de l'importance du droit à la liberté. Le requérant ayant enfreint l'une de ces règles, il avait eu à subir les conséquences prévues de cette infraction. Il aurait en outre tout à fait la possibilité de verser la caution, ce qui lui permettrait d'être libéré, mais il ne le faisait pas et ne s'était toujours pas acquitté à ce jour de l'obligation qui lui incombait. Enfin, la remise de peine ne serait pas applicable en l'espèce, l'intéressé pouvant lui-même obtenir sa libération en s'acquittant de la somme due.

## 2. *Appréciation de la Cour*

35. La Cour rappelle que l'article 5 § 1 renferme une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté. L'applicabilité de l'un de ces motifs n'excluant pas celle d'un autre, la détention peut, selon les circonstances, se justifier au titre de plusieurs des alinéas de cette disposition (voir, par exemple, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, § 76, *Recueil* 1997-III, et *Enhorn c. Suède*, n° 56529/00, § 34, CEDH 2005-I). Il en va de même des différentes parties du même alinéa.

36. En l'espèce, le Gouvernement soutient que la détention reposait sur les motifs visés dans les deux volets de l'article 5 § 1 b).

37. Le premier volet vise la détention pour « insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal », c'est-à-dire le non-respect d'une décision déjà prise à l'égard d'un individu. Les organes de la Convention ont jugé qu'il s'appliquait notamment aux cas d'individus n'ayant pas payé une amende ordonnée par un tribunal (*Airey c. Irlande*, n° 6289/73, décision de la Commission du 7 juillet 1977, Décisions et rapports (DR) 8, p. 50), ne s'étant pas soumis à des examens médicaux ordonnés par un tribunal (*X c. Autriche*, n° 8278/78, décision de la Commission du 13 décembre 1979, DR 18, p. 154, et *X c. Allemagne*, n° 6659/74, décision de la Commission du 10 décembre 1975, DR 3, p. 92), n'ayant pas respecté une décision de remise d'enfants à un parent (*Paradis et autres c. Allemagne* (déc.), n° 4065/04, 4 septembre 2007), n'ayant pas respecté des restrictions de résidence imposées par une décision de justice (*Freda c. Italie*, n° 8916/80, décision de la Commission du 7 octobre 1980, DR 21, p. 251) ou des sommations (voir, par exemple, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, § 69, *Recueil* 1998-VII).

38. La Cour note que le requérant n'a pas respecté la décision du 6 juin 2006 lui ordonnant de payer la somme de 23 300 EUR et que, en conséquence, il a été placé en détention pour deux mille jours.

39. Rappelant que la Convention et ses Protocoles doivent se lire comme un tout, la Cour appelle l'attention des parties sur la disposition de l'article 1 du Protocole n° 4 qui interdit la privation de liberté fondée sur la seule raison que l'intéressé n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle. Elle a déjà exprimé des réserves à l'égard du système même de la contrainte par corps, considérant qu'il s'agissait d'une mesure privative de liberté archaïque jouant au seul profit du Trésor public (voir, dans le système français, *Göktan c. France*, n° 33402/96, § 51, CEDH 2002 -V). Toutefois, elle a noté que l'article 1 du Protocole n° 4 n'était pas applicable à ce système puisqu'il prohibe l'emprisonnement pour dette seulement dans le cas des obligations contractuelles (*ibidem*). Cela étant, même si les circonstances de

la présente affaire sont différentes de celles de l'affaire *Göktan* et appellent une analyse plus poussée sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 4, la Cour est disposée à admettre que les autorités nationales pouvaient se fonder sur le premier volet de l'article 5 § 1 b) pour ordonner le placement en détention du requérant.

40. La Cour rappelle que l'article 5 § 1 de la Convention requiert d'abord la « régularité » de la détention, y compris l'observation des voies légales. La Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et énonce l'obligation d'en respecter les dispositions normatives et procédurales, mais elle commande de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire. Une période de détention est en principe régulière si elle a lieu en exécution d'une décision de justice (*Benham c. Royaume-Uni*, §§ 40 et 42, 10 juin 1996, *Recueil* 1996-III). Les autorités internes doivent toutefois ménager un juste équilibre entre l'importance, dans une société démocratique, d'assurer le respect des ordonnances rendues conformément à la loi par un tribunal et celle du droit à la liberté (*Paradis et autres*, décision précitée). La Cour considère que, dans ces conditions, il faut tenir compte du but de l'ordonnance, de la possibilité matérielle de s'y conformer et de la durée de la détention. La question de la proportionnalité joue un rôle particulièrement important à cet égard.

41. La Cour observe qu'il n'est pas contesté que les juridictions internes ont ordonné la détention sur le fondement de l'article 585 du code pénal et que sa durée était prévue à l'article 586. Il reste à déterminer si elle était proportionnée.

42. Le but de l'ordonnance était de garantir le paiement d'une somme due aux autorités à titre de sanction pour un manquement aux règles de la liberté conditionnelle. La Cour considère que les cautions pécuniaires sont indispensables pour assurer le respect du droit à la liberté lorsqu'une détention provisoire est envisagée. Elle note cependant que le requérant, en 2006, était indigent et incapable de payer le montant de la caution, alors qu'il en était peut-être capable en 2001 lorsqu'il a accepté l'obligation correspondante. De fait, il pouvait alors raisonnablement penser que la procédure dirigée contre lui ne durerait pas plus de cinq ans. La Cour observe qu'en 2006, l'intéressé était en liberté conditionnelle assortie de règles strictes (paragraphe 8 ci-dessus) depuis près de cinq ans. Il est donc permis de conclure qu'il n'avait pas pu gagner sa vie pendant cette période. Vu cette situation, il n'était pas réaliste de penser qu'il pourrait respecter l'ordonnance de paiement.

43. La Cour note également que dans les affaires précédemment examinées au regard du premier volet de l'article 5 § 1 b), la détention était de courte durée : quatre jours (*Airey*, décision précitée) à une semaine (*Freda*

ou *Steel et autres*, affaires précitées) ou, au maximum, six mois (*Paradis et autres*, décision précitée). En l'espèce, la détention pour insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal a duré à ce jour plus de quatre ans, et doit durer au total plus de cinq ans et six mois. De plus, le requérant ne peut bénéficier d'une remise de peine pour bonne conduite, comme ce serait le cas s'il était détenu après une condamnation (article 5 § 1 a)). Il ne bénéficie pas non plus des garanties de l'article 5 § 3, comme ce serait le cas s'il avait été placé en détention provisoire parce qu'il était soupçonné d'avoir commis une infraction (article 5 § 1 c)). A la lumière de ce qui précède, la Cour ne peut considérer que le fait de placer un individu en détention pour plus de cinq ans et six mois (deux mille jours) au motif qu'il n'a pas respecté une décision de justice lui ordonnant de payer 23 300 EUR pour avoir enfreint une fois des obligations horaires imposées dans le cadre d'une liberté conditionnelle ménage un juste équilibre entre l'importance, dans une société démocratique, d'assurer le respect des ordonnances rendues conformément à la loi par un tribunal et celle du droit à la liberté.

44. En conséquence, pour autant qu'elle repose sur ce motif, on ne saurait dire que l'intégralité de la détention du requérant est conforme à l'article 5 § 1 de la Convention.

45. La Cour doit cependant examiner si la détention est compatible avec la Convention au regard du second motif invoqué par le Gouvernement, c'est-à-dire si, conformément au second volet de l'article 5 § 1 b), elle vise à « garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ».

46. La Cour rappelle que le second volet de l'article 5 § 1 b) autorise à détenir quelqu'un pour le contraindre à s'acquitter d'une obligation spécifique et concrète prescrite par la loi, qui incombe déjà à l'intéressé. L'arrestation et la détention doivent alors viser à assurer l'exécution de l'obligation et non être de nature punitive. De plus, il faut ménager un juste équilibre entre l'importance, dans une société démocratique, d'assurer l'exécution immédiate de l'obligation en question et celle du droit à la liberté. A cette fin, il faut prendre en compte la nature de l'obligation découlant de la législation pertinente, y compris son objet et son but, le profil de la personne détenue, les circonstances particulières qui ont abouti à la détention et la durée de la privation de liberté (*Vasileva c. Danemark*, n° 52792/99, §§ 36-38, 25 septembre 2003).

47. La Cour considère que l'obligation à laquelle s'est engagé le requérant le 14 août 2001, à savoir le versement de 23 300 EUR en cas de non-respect des règles de sa liberté conditionnelle, était concrète et suffisamment précise.

48. En ce qui concerne le but de la détention, la Cour note qu'il ne s'agit plus, à ce stade, de veiller au respect des règles de la liberté conditionnelle, mais simplement d'assurer l'acquiescement de la caution. Elle a déjà dit que

la contrainte par corps au paiement d'une amende (en matière douanière) n'était pas un moyen d'assurer l'acquittement de la somme, mais une peine (*Jamil c. France*, 8 juin 1995, § 32, série A n° 317-B, et *Göktan*, précité, § 48), et, en l'espèce, le Gouvernement a lui-même reconnu que la mesure était de nature punitive (paragraphe 33 ci-dessus). La Cour ne voit pas de raison de conclure différemment. Elle note en particulier que la contrainte par corps appliquée pour non-paiement d'une caution, à la suite d'un manquement aux règles de la liberté conditionnelle, peut créer une situation dans laquelle un individu est privé de liberté pendant plus longtemps que s'il avait purgé une peine après avoir été reconnu coupable de l'infraction dont il est accusé. La situation serait encore plus paradoxale si l'intéressé était déclaré non coupable. De surcroît, la Cour voit mal comment la détention du requérant pourrait assurer l'exécution de l'obligation en l'espèce, l'intéressé se trouvant dans un état d'indigence (paragraphe 42 ci-dessus) qui, tant qu'il restera en prison, persistera sans aucun doute, et, probablement même, empirera.

49. Pour ce qui est des circonstances qui ont abouti à la détention, la Cour note que le requérant – qui, dans l'attente de son procès pour trafic de drogue, se trouvait en liberté conditionnelle assortie de restrictions en matière de résidence – a enfreint ses obligations horaires en une occasion, qu'en conséquence il a été placé en détention pour une durée totale de plus de cinq ans et demi (deux mille jours) et qu'il y restera à moins de verser la somme de 23 300 EUR. Le droit maltais ne fait pas de distinction, en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles une caution est acquise à l'État en raison d'un manquement aux règles de la liberté conditionnelle (article 579 du code pénal), entre les conditions liées à l'objectif principal de la mesure, à savoir la comparution de l'intéressé à son procès, et celles liées à d'autres considérations. Il laisse cependant aux autorités la possibilité de ne pas appliquer la disposition en question si le manquement n'est pas grave. En l'espèce, où la règle enfreinte par le requérant, à savoir des obligations horaires, n'était pas liée à l'objectif principal de la mesure, la Cour peine à comprendre la décision des autorités d'appliquer cet article. A cet égard, elle souligne qu'en l'absence tant de directives adéquates quant à l'exercice de la marge d'appréciation laissée par l'article 579 que de distinction entre le non-respect de règles relatives à l'objectif principal de la mesure et celui de règles relatives à d'autres considérations, le droit maltais est défectueux, en ce qu'il peut être source d'arbitraire et de mesures disproportionnées.

50. La Cour admet que le fait même que les autorités internes aient accordé au requérant le bénéfice de la liberté conditionnelle montre qu'elles avaient à l'esprit l'importance du droit à la liberté. Elle est également disposée à admettre que, par la suite, elles ont appliqué correctement et de



bonne foi les paramètres de conversion de la dette en mesure privative de liberté. Cependant, elle observe que l'article 586 du code pénal ne prévoit ni plafond quant à la durée de la détention en matière de contrainte par corps (de sorte que son application pourrait, en théorie, aboutir à une détention à vie), ni aucun examen de la proportionnalité. Le droit maltais est donc aussi défectueux à cet égard. De fait, l'application de la loi en l'espèce a donné lieu à une détention d'une durée excessive par rapport à l'obligation découlant du manquement commis.

51. En conclusion, la Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, la détention du requérant, compte tenu spécialement de sa durée, est disproportionnée. En particulier, il n'a été ménagé ni dans la loi ni dans son application à l'intéressé un juste équilibre entre l'importance, dans une société démocratique, d'assurer l'exécution immédiate de l'obligation en question et celle du droit à la liberté.

52. En conséquence, la Cour conclut à la violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

#### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 4 À LA CONVENTION

53. Le requérant se plaint d'avoir été privé de sa liberté par une décision de justice pour ne pas avoir exécuté une obligation contractuelle, en violation de l'article 1 du Protocole n° 4 à la Convention.

54. Le Gouvernement soutient pour sa part que cette disposition n'est pas applicable en l'espèce. Il ajoute que, même si tel était le cas, elle ne se trouverait pas violée.

55. Laissant ouverte la question de savoir si l'article 1 du Protocole n° 4 est applicable en l'espèce, la Cour note que ce grief est étroitement lié à celui examiné ci-dessus, et qu'il doit donc de même être déclaré recevable (voir, *mutatis mutandis*, *Ezel Tosun c. Turquie*, n° 33379/02, § 27, 10 janvier 2006).

56. Cela étant, compte tenu du constat de violation auquel elle est parvenue relativement à l'article 5 § 1, la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner ce grief séparément.

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

57. 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. »

58. Le requérant n'a pas présenté de demande détaillée au titre de l'article 41. Il s'est borné à indiquer ce qu'il estimerait constituer un règlement acceptable de l'affaire, à savoir la déduction du temps qu'il a déjà passé en détention de toute peine privative de liberté qui pourrait lui être imposée s'il était finalement reconnu coupable des charges retenues contre lui ou, s'il est relaxé, l'octroi d'une indemnité pour la période correspondant à sa détention irrégulière.

59. Après avoir examiné les circonstances de la cause, la Cour considère que la question de l'article 41 ne se trouve pas en état. En conséquence, elle la réserve et fixera la procédure ultérieure compte tenu de la possibilité que le Gouvernement et le requérant parviennent à un accord (article 75 § 1 du règlement de la Cour). Elle ne peut que rappeler à cet égard que le requérant est détenu depuis le 28 juillet 2006, et qu'elle a jugé que cette détention était disproportionnée et constituait une violation flagrante de l'article 5 de la Convention (paragraphe 52 ci-dessus). Eu égard à l'urgente nécessité de mettre un terme à cette violation, l'Etat défendeur devrait en toute hypothèse envisager de veiller à la libération immédiate de l'intéressé dans la mesure où la base légale de cette détention est la décision rendue le 28 juillet 2006 par la *Criminal Court* appliquant les articles 585 et 586 du code pénal.

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

1. *Déclare* les griefs tirés de l'article 5 § 1 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 4 à la Convention recevables, et le surplus de la requête irrecevable;
  2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention;
  3. *Dit* qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 4 à la Convention;
  4. *Dit* que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état;
- en conséquence,
- a) la *réserve* en entier;
  - b) *invite* le Gouvernement et le requérant à lui adresser par écrit, dans le délai d'un mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, leurs observations sur cette question et notamment à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient aboutir;

c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président de la chambre le soin de la fixer au besoin.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 27 juillet 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early  
Greffier

Nicolas Bratza  
Président



KOROLEV v. RUSSIA  
(*Application no. 25551/05*)

FIRST SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 1 JULY 2010<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Christos Rozakis, *President*, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, George Nicolaou, *judges*, and Søren Nielsen, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Complaint concerning inability to recover judgment debt worth less than one euro****Article 35 § 3 (b)**

*No significant disadvantage – Complaint concerning inability to recover judgment debt worth less than one euro – Minimum level of severity – Criteria relevant to determination of severity of violation – Negligible pecuniary loss – Absence of compelling reasons of public order (ordre public) requiring an examination on the merits – Case duly considered by a domestic tribunal*

\*

\* \*

In his application to the European Court of Human Rights, the applicant complained of a failure by a State authority to pay a judgment debt in his favour worth 22.50 Russian roubles (less than one euro) and of the domestic courts' refusal to consider an application he had lodged complaining of the court bailiffs' failure to collect the sum.

*Held*

Article 35 § 3 (b): The new “no significant disadvantage” criterion hinged on the idea that a violation of a right, however real from a purely legal point of view, should attain a minimum level of severity to warrant consideration by an international court. The assessment of this minimum level was, in the nature of things, relative and depended on all the circumstances of the case. The severity of the violation had to be assessed, taking into account both the applicant's subjective perceptions and what was objectively at stake in the case. In the instant case, the Court was struck by the almost negligible size of the pecuniary loss, which was equivalent to less than one euro. Although even modest pecuniary damage could be significant in the light of an individual's specific circumstances and the economic climate in which he or she lived, it was beyond any doubt in the present case that the amount at stake was of minimal significance to the applicant. Although it was relevant that the matter may have been an important question of principle for the applicant, that did not suffice for the Court to conclude that he had suffered a significant disadvantage. An applicant's subjective feeling about the impact of alleged violations had to be

---

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

justifiable on objective grounds. The Court did not perceive any such justification in the present case.

Further, respect for human rights did not require an examination of the application on the merits in the absence of any compelling reason of public order (*ordre public*) warranting such an examination. The Court had on numerous occasions determined analogous issues to that arising in the instant case and ascertained in great detail the States' Convention obligations in that respect. Both the Court and the Committee of Ministers had addressed the systemic problem of non-enforcement of domestic judgments in the Russian Federation and the need for adoption of general measures to prevent new violations on that account.

The Court also found that the requirement for the case to have been duly considered by a domestic tribunal was satisfied. The initial grievances against the State authorities had been considered at two levels of jurisdiction and the applicant's claims granted. His subsequent complaint about the bailiffs' failure to recover the judgment debt was rejected for non-compliance with the domestic procedural requirements. That did not constitute a denial of justice imputable to the authorities. Lastly, the fact that domestic law did not grant the applicant a right to judicial review of alleged breaches of procedural requirements once his case had been decided at final instance did not constitute an obstacle for the application of the new admissibility criterion as otherwise the Court would be prevented from rejecting any claim, however insignificant, relating to alleged violations imputable to a final national instance. Such an approach would be neither appropriate nor consistent with the object and purpose of the new provision: no significant disadvantage.

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

*Tyrer v. the United Kingdom*, no. 5856/72, Commission's report of 14 December 1976, Series B no. 24

*Can v. Austria*, 30 September 1985, Series A no. 96

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

*Hornsby v. Greece*, 19 March 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II

*Burdov v. Russia*, no. 59498/00, ECHR 2002-III

*Tregubenko v. Ukraine* (dec.), no. 61333/00, 21 October 2003

*Sitkov v. Russia* (dec.), no. 55531/00, 9 November 2004

*Burdov v. Russia (no. 2)*, no. 33509/04, ECHR 2009

*Léger v. France* (striking out) [GC], no. 19324/02, 30 March 2009



...

## THE FACTS

The applicant, Mr Vladimir Petrovich Korolev, is a Russian national who was born in 1954 and lives in Orenburg, in the Russian Federation.

### **The circumstances of the case**

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

The applicant sued the Head of the Passport and Visa Department at the Regional Directorate of the Interior for having denied him access to documents pertaining to a delay in issuing his new travel passport.

On 25 September 2001 the Verkh-Issetkiy District Court of Ekaterinburg dismissed the applicant's claim. On 13 November 2001 the Sverdlovskiy Regional Court quashed the judgment on appeal and referred the case back to the District Court.

On 16 April 2002 the District Court allowed the applicant's claim, ordering the Head of the Passport and Visa Department to allow the applicant access to all the documents and materials relating to the issuing of his passport. The court also held that the Passport and Visa Department should pay the applicant 22.50 Russian roubles ((RUB) – less than one euro) in compensation for the court fees.

On 4 July 2002 this judgment was upheld on appeal and became final.

It is not evident from the case file if and when the respondent authority complied with the judgment in the part concerning the applicant's access to his file. All reported actions taken by the applicant in the wake of the judgment were solely aimed at recovering the RUB 22.50 awarded by the District Court.

On 22 July 2002 the District Court issued a writ of execution which was explicitly limited to the payment of the court's award of RUB 22.50. On 28 April 2003 the bailiff initiated enforcement proceedings.

On 15 December 2003 the applicant challenged the bailiff's inactivity before the District Court. On 22 December 2003 the judge found the complaint to fall short of the procedural requirements and requested the applicant to comply therewith by 5 January 2004. The applicant was in particular requested to substantiate the bailiff's alleged failure.

The applicant supplemented his complaint on 31 December 2003.

On 6 January 2004 the court found that the applicant had not complied with the said requirements and dismissed the complaint without considering

its merits. On 10 February 2004 the Sverdlovskiy Regional Court upheld that decision.

## COMPLAINTS

The applicant complained that the authorities' failure to pay him the amount awarded by the domestic courts had violated his rights under Article 6 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1. He also complained under Article 6 of the domestic courts' refusal to consider the application he had lodged complaining of the bailiffs' inactivity.

Referring also to Article 6, the applicant furthermore complained of various breaches of domestic procedural requirements by the domestic courts, notably of the time-limits provided for by domestic law.

## THE LAW

The Court must first determine whether the complaints are admissible under Article 35 of the Convention, as amended by Protocol No. 14 which entered into force on 1 June 2010.

The Protocol added a new admissibility requirement to Article 35 which, in so far as relevant, provides as follows:

“3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:

...

(b) the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.”

In accordance with Article 20 of the Protocol, the new provision shall apply from the date of its entry into force to all applications pending before the Court, except those declared admissible. In view of the circumstances of the present case the Court finds it appropriate to examine at the outset whether the applicant's complaints comply with this new admissibility requirement.

In doing so, the Court will bear in mind that the purpose of the new admissibility criterion is, in the long run, to enable more rapid disposal of unmeritorious cases and thus to allow it to concentrate on the Court's central mission of providing legal protection of human rights at the European level (see Explanatory Report to Protocol No. 14, CETS No. 194 (“Explanatory Report”), §§ 39 and 77-79). The High Contracting Parties clearly wished

that the Court devote more time to cases which warrant consideration on the merits, whether seen from the perspective of the legal interest of the individual applicant or considered from the broader perspective of the law of the Convention and the European public order to which it contributes (see Explanatory Report, § 77). More recently, the High Contracting Parties invited the Court to give full effect to the new admissibility criterion and to consider other possibilities of applying the principle *de minimis non curat praetor* (see Action Plan adopted by the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken, 19 February 2010, § 9(c)).

#### **A. Whether the applicant has suffered a significant disadvantage**

The main element contained in the new admissibility criterion is the question of whether the applicant has suffered a “significant disadvantage”. It is common ground that these terms are open to interpretation and that they give the Court some degree of flexibility, in addition to that already provided by the existing admissibility criteria (see Explanatory Report, §§ 78 and 80).

In the Court’s view, these terms are not susceptible to exhaustive definition, like many other terms used in the Convention. The High Contracting Parties thus expected the Court to establish objective criteria for the application of the new rule through the gradual development of the case-law (see Explanatory Report, § 80).

Inspired by the above-mentioned general principle *de minimis non curat praetor*, the new criterion hinges on the idea that a violation of a right, however real from a purely legal point of view, should attain a minimum level of severity to warrant consideration by an international court. The assessment of this minimum level is, in the nature of things, relative and depends on all the circumstances of the case (see, *mutatis mutandis*, *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 100, Series A no. 161). The severity of a violation should be assessed, taking account of both the applicant’s subjective perceptions and what is objectively at stake in a particular case.

In the circumstances of the present case, the Court is struck at the outset by the tiny and indeed almost negligible size of the pecuniary loss which prompted the applicant to bring his case to the Court. The applicant’s grievances were explicitly limited to the defendant authority’s failure to pay a sum equivalent to less than one euro awarded to him by the domestic court.

The Court is conscious that the impact of a pecuniary loss must not be measured in abstract terms; even modest pecuniary damage may be significant in the light of the person’s specific condition and the economic

situation of the country or region in which he or she lives. However, with all due respect for varying economic circumstances, the Court considers it to be beyond any doubt that the petty amount at stake in the present case was of minimal significance to the applicant.

The Court is mindful at the same time that the pecuniary interest involved is not the only element to determine whether the applicant has suffered a significant disadvantage. Indeed, a violation of the Convention may concern important questions of principle and thus cause a significant disadvantage without affecting pecuniary interest. It could even have been so in the present case had the applicant complained, for example, of the authorities' failure to enforce his legitimate right to consult his file at the Passport and Visa Department. Yet, the applicant did not challenge the execution of the domestic judgment in that part, limiting his claims solely to pecuniary damage. Thus, the Court can see no hindrance to the enforcement of the applicant's right of access to his file, which was the main purpose of the domestic litigation at issue.

Admittedly, the applicant's insistence on the payment of 22.50 Russian roubles by the respondent authority may have been prompted by his subjective perception that it was an important question of principle. Although relevant, this element does not suffice for the Court to conclude that he suffered a significant disadvantage. The applicant's subjective feeling about the impact of the alleged violations has to be justifiable on objective grounds. However, the Court does not perceive any such justification in the present case, as the main issue of principle was in all likelihood resolved to the applicant's advantage.

In view of the foregoing, the Court concludes that the applicant has not suffered a significant disadvantage as a result of the alleged violations of the Convention.

**B. Whether respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits**

The second element contained in the new criterion is intended as a safeguard clause (see Explanatory Report, § 81) compelling the Court to continue the examination of the application, even in the absence of any significant damage caused to the applicant, if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires. The Court notes that the wording is drawn from the second sentence of Article 37 § 1 of the Convention where it fulfils a similar function in the context of

decisions to strike applications out of the Court's list of cases. The same wording is used in Article 39 § 1 as a basis for securing a friendly settlement between the parties.

The Court notes that the Convention organs have consistently interpreted those provisions as compelling them to continue the examination of a case, notwithstanding its settlement by the parties or the existence of any other ground for striking the case out of its list. A further examination of a case was thus found to be necessary when it raised questions of a general character affecting the observance of the Convention (see *Tyrer v. the United Kingdom*, no. 5856/72, Commission's report of 14 December 1976, Series B no. 24, p. 2, § 2).

Such questions of a general character would arise, for example, where there is a need to clarify the States' obligations under the Convention or to induce the respondent State to resolve a structural deficiency affecting other persons in the same position as the applicant. The Court has thus been frequently led, under Articles 37 and 39, to verify that the general problem raised by the case had been or was being remedied and that similar legal issues had been resolved by the Court in other cases (see, among many others, *Can v. Austria*, 30 September 1985, §§ 15-18, Series A no. 96, and *Léger v. France* (striking out) [GC], no. 19324/02, § 51, 30 March 2009).

Considering the present case in this way, as required by new Article 35 § 3 (b), and having regard to its responsibilities under Article 19 of the Convention, the Court does not see any compelling reason of public order (*ordre public*) to warrant its examination on the merits. Firstly, the Court has on numerous occasions determined issues analogous to that arising in the instant case and ascertained in great detail the States' obligations under the Convention in that respect (see, among many others, *Hornsby v. Greece*, 19 March 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II; *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, ECHR 2002-III; and *Burdov v. Russia* (no. 2), no. 33509/04, ECHR 2009). Secondly, both the Court and the Committee of Ministers have addressed the systemic problem of non-enforcement of domestic judgments in the Russian Federation and the need for adoption of general measures to prevent new violations on that account (see *Burdov* (no. 2), cited above, and the Committee of Ministers' Interim Resolutions CM/ResDH(2009)43 of 19 March 2009 and CM/ResDH(2009)158 of 3 December 2009). An examination on the merits of the present case would not bring any new element in this regard.

The Court concludes that respect for human rights, as defined in the Convention and the Protocols thereto, does not require an examination of the present application on the merits.

### **C. Whether the case was duly considered by a domestic tribunal**

Article 35 § 3 (b) does not allow the rejection of an application on the ground of the new admissibility requirement if the case has not been duly considered by a domestic tribunal. Qualified by the drafters as a second safeguard clause (see Explanatory Report, § 82), its purpose is to ensure that every case receives a judicial examination whether at the national level or at the European level, in other words, to avoid a denial of justice. The clause is also consistent with the principle of subsidiarity, as reflected notably in Article 13 of the Convention, which requires that an effective remedy against violations be available at the national level.

In the Court's view, the facts of the present case taken as a whole disclose no denial of justice at the domestic level. The applicant's initial grievances against the State authorities were considered at two levels of jurisdiction and his claims were granted. His subsequent complaint against the bailiff's failure to recover the judicial award in his favour was rejected by the District Court for non-compliance with domestic procedural requirements. The applicant failed to comply with those requirements, not having resubmitted his claim in accordance with the judge's request. This situation does not constitute a denial of justice imputable to the authorities.

As regards the alleged breaches of domestic procedural requirements by those two courts, the Convention does not grant the applicant a right to challenge them in further domestic proceedings once his case has been decided at final instance (see *Tregubenko v. Ukraine* (dec.), no. 61333/00, 21 October 2003, and *Sitkov v. Russia* (dec.), no. 55531/00, 9 November 2004). That these complaints were not subject to further judicial review under domestic law does not, in the Court's view, constitute an obstacle for the application of the new admissibility criterion. To construe the contrary would prevent the Court from rejecting any claim, however insignificant, relating to alleged violations imputable to a final national instance. The Court finds that such an approach would be neither appropriate nor consistent with the object and purpose of the new provision.

The Court concludes that the applicant's case was duly considered by a domestic tribunal within the meaning of Article 35 § 3 (b).

### **D. Conclusion**

In view of the foregoing, the Court finds that the present application must be declared inadmissible in accordance with Article 35 § 3 (b) of the Convention, as amended by Protocol No. 14. This conclusion obviates the need to consider if the application complies with other admissibility requirements.

For these reason, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.





KOROLEV c. RUSSIE  
(Requête n° 25551/05)

PREMIÈRE SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 1<sup>ER</sup> JUILLET 2010<sup>2</sup>

---

1. 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 Søren Nielsen, *greffier de section*.

2. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Grief relatif à l'impossibilité de recouvrer une créance reconnue par la justice et portant sur une somme inférieure à un euro****Article 35 § 3 b)**

*Absence de préjudice important – Grief relatif à l'impossibilité de recouvrer une créance reconnue par la justice et portant sur une somme inférieure à un euro – Seuil minimal de gravité – Critères d'appréciation de la gravité de la violation – Perte pécuniaire négligeable – Absence de motif impérieux d'ordre public exigeant l'examen au fond – Cause dûment entendue par un tribunal national*

\*

\* \*

Dans la requête dont il a saisi la Cour, le requérant se plaint du non-paiement par une autorité de l'Etat d'une indemnité judiciaire en sa faveur, d'un montant de 22,50 roubles russes (soit moins d'un euro), et du refus par les tribunaux nationaux d'examiner un recours qu'il avait formé pour se plaindre du défaut de recouvrement de cette dette par l'huissier de justice.

Article 35 § 3 b) : le nouveau critère de l'« absence de préjudice important » repose sur l'idée que, quelle que soit sa matérialité d'un point de vue purement théorique, la violation d'un droit doit atteindre un seuil minimal de gravité pour justifier son examen par un tribunal international. L'appréciation de ce seuil minimal est, par essence, relative et dépend de l'ensemble des circonstances de l'espèce. La gravité de la violation doit être examinée en tenant compte à la fois de la perception subjective de l'intéressé et des enjeux objectifs de l'affaire. Dans la présente affaire, la Cour est frappée par le montant presque négligeable de la perte pécuniaire en cause, équivalent à moins d'un euro. Bien qu'un préjudice matériel même modeste puisse avoir son importance eu égard à la situation particulière de la personne concernée et au contexte économique dans lequel elle vit, il ne fait aucun doute en l'espèce que le montant en jeu est minime pour le requérant. Certes, il s'agit peut-être d'une question de principe décisive pour l'intéressé, mais cela ne suffit pas à la Cour pour conclure qu'il avait subi un préjudice important. Ce que pense subjectivement un requérant des répercussions des violations qu'il allègue doit pouvoir se justifier par des éléments objectifs. Or la Cour ne voit en l'espèce aucun élément justificatif de ce type.

---

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

En outre, le respect des droits de l'homme n'exige pas l'examen de la requête au fond, faute de motif impérieux d'ordre public justifiant pareil examen. La Cour a déjà tranché à de nombreuses reprises des questions analogues à celles qui se posent en l'espèce et vérifié avec soin les obligations des Etats en vertu de la Convention à cet égard. La Cour et le Comité des Ministres ont l'une et l'autre examiné le problème structurel de l'inexécution des jugements internes en Fédération de Russie et la nécessité d'adopter des mesures générales pour prévenir de nouvelles violations similaires.

La Cour juge en outre que le droit du requérant à ce que sa cause soit dûment examinée par un tribunal interne a été respecté. Les griefs initialement soulevés contre les autorités de l'Etat ont été examinés à deux niveaux de juridiction et l'intéressé a obtenu gain de cause. Sa plainte subséquente pour non-recouvrement par l'huissier de sa créance a été rejetée pour non-respect des règles procédurales internes. Cela ne vaut pas déni de justice imputable aux autorités. Enfin, l'inexistence en droit interne d'un recours permettant au requérant de faire examiner par le juge, une fois l'affaire tranchée en dernière instance, des violations de règles procédurales qu'auraient commises les tribunaux ne fait pas obstacle à l'application du nouveau critère de recevabilité. En effet, dans le cas contraire, la Cour serait empêchée de rejeter tout grief, aussi insignifiant soit-il, dès lors qu'il porte sur des violations alléguées imputables à une juridiction interne ayant statué en dernier ressort. Pareille approche ne serait ni appropriée ni compatible avec l'objet et le but de la nouvelle disposition : aucun préjudice important.

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

*Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, rapport de la Commission du 14 décembre 1976, série B n° 24

*Can c. Autriche*, 30 septembre 1985, série A n° 96

*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161

*Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II

*Bourdov c. Russie*, n° 59498/00, CEDH 2002-III

*Tregoubenko c. Ukraine*, (déc.), n° 61333/00, 21 octobre 2003

*Sitkov c. Russie* (déc.), n° 55531/00, 9 novembre 2004

*Bourdov c. Russie (n° 2)*, n° 33509/04, CEDH 2009

*Léger c. France* (radiation) [GC], n° 19324/02, 30 mars 2009

(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Vladimir Petrovitch Korolev, est un ressortissant russe né en 1954 et résidant à Orenbourg (Fédération de Russie).

### **Les circonstances de l'espèce**

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

Le requérant assigna en justice le chef du service des passeports et visas de la direction régionale de l'Intérieur, qui lui avait refusé l'accès à des documents relatifs à un retard dans la délivrance de son nouveau passeport externe.

Le 25 septembre 2001, le tribunal du district Verkh-Issetski d'Ekaterinbourg rejeta l'action du requérant. Le 13 novembre 2001, le tribunal régional de Sverdlovsk infirma le jugement en appel et renvoya l'affaire au tribunal de district.

Le 16 avril 2002, le tribunal de district accueillit l'action du requérant et ordonna au chef du service des passeports et visas de laisser l'intéressé consulter l'ensemble des pièces et informations liées à la délivrance de son passeport. Par ailleurs, le tribunal décida que le service des passeports et visas devait verser au requérant 22,50 roubles russes ((RUB) – soit moins d'un euro) pour les frais de justice.

Le 4 juillet 2002, ce jugement fut confirmé en appel et devint définitif.

Le dossier ne montre pas clairement si – et le cas échéant quand – l'autorité défenderesse s'est conformée au jugement pour ce qui concerne l'accès du requérant à son dossier. Toutes les démarches répertoriées que l'intéressé a entreprises à la suite du jugement visaient exclusivement au recouvrement du montant de 22,50 RUB alloué par le tribunal de district.

Le 22 juillet 2002, ladite juridiction émit un ordre d'exécution, expressément limité au versement de cette somme. Le 28 avril 2003, l'huissier déclencha une procédure d'exécution.

Le 15 décembre 2003, le requérant saisit le tribunal de district d'une plainte dénonçant l'inertie de l'huissier. Le 22 décembre 2003, le juge estima que cette plainte ne satisfaisait pas aux règles de procédure et pria l'intéressé de se conformer à celles-ci d'ici le 5 janvier 2004, notamment en étayant son accusation relative à un éventuel manquement de l'huissier.

Le requérant compléta le dossier à la date du 31 décembre 2003.

Le 6 janvier 2004, le tribunal estima que l'intéressé ne s'était pas conformé aux règles en question et rejeta sa plainte sans examen au fond. Le 10 février 2004, le tribunal régional de Sverdlovsk confirma cette décision.

## GRIEFS

Le requérant allègue que le manquement des autorités à lui verser la somme allouée par les juridictions nationales a emporté violation de ses droits en vertu de l'article 6 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1. Sous l'angle de l'article 6, il se plaint également que les tribunaux nationaux ne se soient pas penchés sur son action relative à l'inertie de l'huissier.

Toujours sur le terrain de l'article 6, il affirme en outre que les tribunaux nationaux ont commis diverses infractions aux règles procédurales internes, notamment au sujet des délais prévus par le droit interne.

## EN DROIT

La Cour doit tout d'abord déterminer si les griefs du requérant sont recevables au regard de l'article 35 de la Convention, tel que modifié par le Protocole n° 14 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010).

Ce Protocole a introduit un nouveau critère de recevabilité à l'article 35, dont les passages pertinents sont ainsi libellés :

« 3. La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime :

(...)

b) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

L'article 20 du Protocole n° 14 énonce que la nouvelle disposition s'applique à compter de la date de l'entrée en vigueur du Protocole à toutes les requêtes pendantes devant la Cour, excepté celles qui ont été déclarées recevables. Eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour juge approprié de rechercher d'emblée si les griefs du requérant répondent au nouveau critère de recevabilité.

Ce faisant, elle gardera à l'esprit que ce nouveau critère vise, à long terme, à lui permettre de trancher plus rapidement les affaires ne méritant pas d'être examinées au fond et ainsi de se concentrer sur sa mission première qui est de garantir la protection juridique des droits de l'homme au niveau

européen (rapport explicatif du Protocole n° 14, STCE n° 194 (ci-après « rapport explicatif »), §§ 39 et 77-79). Les Hautes Parties contractantes ont clairement souhaité que la Cour consacre plus de temps aux affaires qui justifient un examen au fond, que ce soit du point de vue de l'intérêt juridique du requérant individuel ou de celui plus général du droit de la Convention et de l'ordre public européen auquel celle-ci participe (rapport explicatif, § 77). Plus récemment, les Hautes Parties contractantes ont invité la Cour à donner plein effet au nouveau critère de recevabilité et à envisager d'autres possibilités d'appliquer le principe de *minimis non curat praetor* (Plan d'action adopté lors de la Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Interlaken, 19 février 2010, § 9 c)).

### **A. Sur le point de savoir si le requérant a subi un préjudice important**

Le principal élément de ce nouveau critère de recevabilité est la question de savoir si le requérant a subi un « préjudice important ». Il n'est pas contesté que ces termes demandent à être interprétés et qu'ils donnent à la Cour une certaine souplesse, en plus de celle dont elle bénéficie déjà par l'effet des critères de recevabilité existants (rapport explicatif, §§ 78 et 80).

De l'avis de la Cour, ces termes, comme nombre d'autres utilisés dans la Convention, ne peuvent être définis de manière exhaustive. Les Hautes Parties contractantes attendent donc d'elle qu'elle établisse des critères objectifs aux fins de l'application de la nouvelle règle, par le biais du développement progressif de la jurisprudence (rapport explicatif, § 80).

Inspiré par le principe général de *minimis non curat praetor*, évoqué plus haut, le nouveau critère repose sur l'idée que la violation d'un droit, même réelle d'un point de vue purement juridique, doit atteindre un minimum de gravité pour mériter d'être examinée par une juridiction internationale. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause (voir, *mutatis mutandis*, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 100, série A n° 161). La gravité d'une violation doit être appréciée compte tenu à la fois de la perception subjective du requérant et de l'enjeu objectif d'une affaire donnée.

Dans les circonstances de l'espèce, la Cour est frappée d'emblée par le caractère infime, voire quasi négligeable, de la perte pécuniaire qui a amené le requérant à porter sa cause devant elle. Les griefs soumis par l'intéressé se bornent expressément au manquement de l'autorité défenderesse à verser la somme équivalant à moins d'un euro que lui avaient allouée les tribunaux nationaux.

La Cour est consciente que l'incidence d'une perte pécuniaire ne doit pas se mesurer de façon abstraite; un préjudice matériel même modeste peut être

important eu égard à la situation particulière de l'individu concerné et à la conjoncture économique du pays ou de la région où il vit. Toutefois, même en tenant dûment compte de la variation des conditions économiques, la Cour estime que la somme insignifiante ici en jeu avait sans nul doute une portée minimale pour le requérant.

La Cour n'ignore pas, en même temps, que l'intérêt patrimonial en jeu n'est pas le seul élément qui permette de déterminer si le requérant a subi un préjudice important. En effet, une violation de la Convention peut avoir trait à une question de principe décisive et causer ainsi un préjudice important sans pour autant avoir lésé un intérêt patrimonial. Il aurait même pu en être ainsi en l'espèce si l'intéressé s'était plaint, par exemple, du manquement des autorités à faire respecter son droit légitime à consulter son dossier auprès du service des passeports et visas. Cependant, le requérant n'a pas remis en cause l'exécution du jugement interne à cet égard, mais a limité ses griefs au préjudice matériel. Dès lors, la Cour n'aperçoit aucune entrave à l'exercice du droit d'accès du requérant à son dossier, question qui constituait l'objet principal du litige au niveau interne.

Sans doute l'insistance du requérant à obtenir le versement de 22,50 roubles russes par l'autorité défenderesse a-t-elle été suscitée par sa perception subjective selon laquelle il s'agissait là d'une question de principe décisive. Bien que pertinent, cet élément est insuffisant pour amener la Cour à conclure que l'intéressé a subi un préjudice important. L'impression subjective du requérant quant aux conséquences des violations alléguées doit pouvoir être justifiée par des motifs objectifs. Or, la Cour ne décèle pas de justification semblable en l'espèce, car la principale question de principe a vraisemblablement été résolue de manière positive pour l'intéressé.

Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour conclut que le requérant n'a pas subi de préjudice important du fait des violations alléguées de la Convention.

**B. Sur le point de savoir si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond**

Le second élément contenu dans le nouveau critère est conçu comme une clause de sauvegarde (rapport explicatif, § 81) qui oblige la Cour à poursuivre l'examen de la requête même lorsque le requérant n'a subi aucun préjudice important, si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige. La Cour observe que cette formulation



s'inspire de la seconde phrase de l'article 37 § 1 de la Convention, où il remplit une fonction similaire dans le contexte de la décision de rayer une requête du rôle. Les mêmes termes sont employés à l'article 39 § 1 au sujet des règlements amiables entre les parties.

La Cour note que les organes de la Convention ont constamment interprété ces dispositions comme leur imposant de poursuivre l'examen de la requête même si un règlement est intervenu entre les parties ou s'il existe un autre motif justifiant de rayer l'affaire du rôle. C'est ainsi qu'un examen plus approfondi avait été jugé nécessaire dans une affaire qui soulevait des questions de caractère général touchant au respect de la Convention (*Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, rapport de la Commission du 14 décembre 1976, § 2, série B 24).

Pareilles questions de caractère général se posent, par exemple, lorsqu'il y a lieu de préciser les obligations des Etats en vertu de la Convention ou d'inciter un Etat défendeur à résoudre une défaillance structurelle touchant d'autres personnes placées dans la même situation que le requérant. Ainsi, la Cour a souvent été conduite, en vertu des articles 37 et 39, à vérifier que le problème général soulevé par l'affaire avait été réglé ou était en passe de l'être et que des questions juridiques similaires avaient été résolues par la Cour dans d'autres affaires (voir, parmi bien d'autres, *Can c. Autriche*, 30 septembre 1985, § 15-18, série A n° 96, et *Léger c. France* (radiation) [GC], n° 19324/02, § 51, 30 mars 2009).

Considérant l'espèce sous cet angle, comme le requiert le nouvel article 35 § 3 b), et eu égard à ses responsabilités en vertu de l'article 19 de la Convention, la Cour ne voit aucune raison impérieuse touchant à l'ordre public qui justifierait un examen au fond. Tout d'abord, il lui est arrivé à maintes occasions de se prononcer sur des questions identiques à celle qui se pose en l'espèce et de vérifier avec soin les obligations des Etats en vertu de la Convention à cet égard (voir, parmi bien d'autres, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, *Bourdov c. Russie*, n° 59498/00, CEDH 2002-III, et *Bourdov c. Russie* (n° 2), n° 33509/04, CEDH 2009). Ensuite, tant la Cour que le Comité des Ministres se sont penchés sur le problème structurel de l'inexécution de décisions de justice internes dans la Fédération de Russie et sur la nécessité d'adopter des mesures générales pour prévenir de nouvelles violations similaires (voir *Bourdov* (n° 2), précité, et les Résolutions intérimaires du Comité des Ministres CM/ResDH(2009)43 du 19 mars 2009 et CM/ResDH(2009)158 du 3 décembre 2009). Un examen au fond de la présente affaire n'apporterait pas de nouvel élément à ce sujet.

La Cour conclut que le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles n'exige pas un examen de la requête au fond.

**C. Sur le point de savoir si l'affaire a été dûment examinée par un tribunal interne**

L'article 35 § 3 b) n'autorise pas le rejet d'une requête sur la base du nouveau critère de recevabilité, si l'affaire n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne. Qualifiée par les rédacteurs de seconde clause de sauvegarde (rapport explicatif, § 82), cette disposition vise à garantir que toute affaire fera l'objet d'un examen juridictionnel, soit sur le plan national, soit sur le plan européen; autrement dit, il s'agit d'éviter le déni de justice. Cette clause se concilie également avec le principe de subsidiarité, tel qu'il ressort surtout de l'article 13 de la Convention, qui exige l'existence au niveau national d'un recours effectif permettant de se plaindre d'une violation.

De l'avis de la Cour, les faits de la présente espèce considérés dans leur ensemble ne révèlent aucun déni de justice au niveau national. Les griefs initiaux du requérant contre les autorités nationales ont été examinés à deux niveaux de juridiction, et les actions de l'intéressé ont été accueillies. La plainte subséquente de celui-ci pour manquement de l'huissier à recouvrer le montant que lui avait alloué la justice a été rejetée par le tribunal de district pour non-respect des règles procédurales internes. Le requérant n'a pas satisfait à ces règles parce qu'il n'a pas soumis à nouveau sa demande, comme l'en avait prié le juge. Cette situation ne constitue pas un déni de justice imputable aux autorités.

Concernant les manquements allégués des deux juridictions aux règles procédurales internes, la Convention ne confère pas à un requérant un droit de s'en plaindre au moyen d'une nouvelle procédure interne une fois que sa cause a été tranchée en dernier ressort (*Tregoubenko c. Ukraine* (déc.), n° 61333/00, 21 octobre 2003, et *Sitkov c. Russie* (déc.), n° 55531/00, 9 novembre 2004). Le fait que les griefs en question n'aient pas été soumis à un nouvel examen juridictionnel en vertu du droit interne ne constitue pas, de l'avis de la Cour, un obstacle à l'application du nouveau critère de recevabilité. Une interprétation contraire empêcherait la Cour d'écarter tout grief, même insignifiant, lié à une éventuelle violation imputée à une juridiction interne ayant statué en dernier ressort. La Cour estime que pareille approche ne serait ni appropriée ni compatible avec le but et l'objet de la nouvelle disposition.

La Cour conclut que la cause du requérant a été dûment examinée par un tribunal interne au sens de l'article 35 § 3 b).

**D. Conclusion**

A la lumière de ce qui précède, la Cour considère que la présente requête doit être déclarée irrecevable en application de l'article 35 § 3 b) de la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n° 14. Eu égard à cette conclusion, il n'y a plus lieu de rechercher si la requête satisfait à d'autres conditions de recevabilité.

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

*Déclare* la requête irrecevable.



NEULINGER ET SHURUK c. SUISSE  
*(Requête n° 41615/07)*

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 6 JUILLET 2010

---

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Ordonnance de retour d'un enfant, accompagné de sa mère, dans le pays, quitté clandestinement, de résidence du père****Article 8**

*Vie familiale – Ordonnance de retour d'un enfant, accompagné de sa mère, dans le pays, quitté clandestinement, de résidence du père – Marge d'appréciation – Proportionnalité d'une mesure d'expulsion visant un mineur intégré dans le pays d'accueil – Acquisition de la nationalité du pays dans lequel il est présent sans interruption depuis environ quatre ans – Risque de conséquences graves sur l'enfant en cas de déracinement – Menace de sanctions pénales pour la mère en cas de retour – Doutes quant aux capacités du père à prendre soin de l'enfant – Intérêt supérieur de l'enfant – Proportionnalité*

\*

\* \*

La requérante, de nationalité suisse, s'établit en Israël où elle épousa le futur père de son fils (le requérant). Devant sa crainte que l'enfant (le second requérant) ne soit emmené par son père à l'étranger dans une communauté ultra-orthodoxe pratiquant un prosélytisme intense, le tribunal des affaires familiales prononça une interdiction de sortie du territoire israélien pour le fils jusqu'à sa majorité. La garde provisoire de l'enfant fut attribuée à la requérante, et l'autorité parentale confiée conjointement aux deux parents. Le droit de visite du père fut ultérieurement restreint en raison de la nature menaçante de son comportement. Le divorce des époux fut prononcé et la requérante quitta clandestinement Israël pour la Suisse avec son fils. En dernière instance, le Tribunal fédéral suisse ordonna à la requérante d'assurer le retour de l'enfant en Israël. Devant la Cour, les requérants allèguent que le Tribunal fédéral avait ainsi violé leur droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

Article 8 : aux yeux des juridictions et experts nationaux, seul un retour de l'enfant avec sa mère en Israël est envisageable. La mesure en question entre dans la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière. Toutefois, pour juger du respect de l'article 8, il convient de tenir compte aussi des développements qui se sont produits depuis l'arrêt du Tribunal fédéral ordonnant le retour de l'enfant. La Cour estime qu'elle peut s'inspirer ici, *mutatis mutandis*, de sa jurisprudence sur l'expulsion des étrangers et des critères pour apprécier la proportionnalité d'une

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

mesure d'expulsion visant un mineur intégré dans le pays d'accueil. En l'espèce, l'enfant a la nationalité suisse et il est parfaitement intégré dans le pays dans lequel il vit sans interruption depuis environ quatre ans. Mais, alors même que sa faculté d'adaptation est encore grande à son âge (sept ans), un nouveau déracinement aurait sans doute des conséquences graves pour lui et doit être pesé par rapport au bénéfice qu'il est susceptible d'en retirer. A cet égard, il y a lieu de relever que le droit de visite du père était restreint avant l'enlèvement de l'enfant. Par ailleurs, celui-ci a été remarié deux fois depuis et il est à nouveau père mais ne paye pas la pension alimentaire pour sa fille. La Cour craint que de telles circonstances ne soient pas bénéfiques au bien-être et au développement de l'enfant. Quant à la mère, son retour en Israël pourrait l'exposer à un risque de sanctions pénales, y compris une peine d'emprisonnement. Il est évident qu'un tel scénario ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour lequel la requérante représente probablement la seule personne de référence. Aussi le refus de la mère de retourner en Israël n'apparaît-il pas entièrement injustifié. Et si elle consentait à y revenir, il est permis de douter des capacités du père de prendre en charge l'enfant dans l'hypothèse où la requérante serait poursuivie, puis incarcérée, compte tenu du passé du père et du caractère limité de ses ressources financières. En outre, il n'a jamais habité seul avec l'enfant et ne l'a pas vu depuis son départ à l'âge de deux ans. Ainsi, la Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël et la mère, quant à elle, subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale le cas échéant. En conséquence, il y aurait violation de l'article 8 dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour en Israël du second était exécutée.

*Conclusion* : le retour forcé de l'enfant emporterait violation (seize voix contre une). Article 41 : la Cour estime que le constat de violation constitue en soi une satisfaction équitable suffisante quant au préjudice moral. La Cour alloue aux requérants des indemnités au titre des frais et dépens.

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

- Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18  
*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A n° 299-A  
*Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310  
*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I  
*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, CEDH 2000-I  
*Tiemann c. France et Allemagne* (déc.), n°s 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV  
*Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, CEDH 2000-VIII  
*Gnavoré c. France*, n° 40031/98, CEDH 2000-IX  
*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II  
*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI  
*Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, CEDH 2002-I



*Sylvester c. Autriche*, n<sup>os</sup> 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003  
*Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n<sup>o</sup> 56673/00, CEDH 2003-V  
*Paradis et autres c. Allemagne* (déc.), n<sup>o</sup> 4783/03, 15 mai 2003  
*Maire c. Portugal*, n<sup>o</sup> 48206/99, CEDH 2003-VII  
*Sabin c. Allemagne* [GC], n<sup>o</sup> 30943/96, CEDH 2003-VIII  
*Haase c. Allemagne*, n<sup>o</sup> 11057/02, CEDH 2004-III  
*Monory c. Roumanie et Hongrie*, n<sup>o</sup> 71099/01, 5 avril 2005  
*Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n<sup>o</sup> 14600/05, CEDH 2005-XIII  
*Maršálek c. République tchèque*, n<sup>o</sup> 8153/04, 4 avril 2006  
*Bianchi c. Suisse*, n<sup>o</sup> 7548/04, 22 juin 2006  
*Üner c. Pays-Bas* [GC], n<sup>o</sup> 46410/99, CEDH 2006-XII  
*Maumousseau et Washington c. France*, n<sup>o</sup> 39388/05, 6 décembre 2007  
*Emre c. Suisse*, n<sup>o</sup> 42034/04, 22 mai 2008  
*Maslov c. Autriche* [GC], n<sup>o</sup> 1638/03, CEDH 2008  
*Korbely c. Hongrie* [GC], n<sup>o</sup> 9174/02, CEDH 2008  
*Koons c. Italie*, n<sup>o</sup> 68183/01, 30 septembre 2008  
*Carlson c. Suisse*, n<sup>o</sup> 49492/06, 6 novembre 2008



**En l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Ireneu Cabral Barreto,  
Corneliu Bîrsan,  
Boštjan M. Zupančič,  
Elisabet Fura,  
Egbert Myjer,  
Danutė Jočienė,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Päivi Hirvelä,  
Giorgio Malinverni,  
András Sajó,  
Nona Tsotsoria,  
Zdravka Kalaydjieva, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 7 octobre 2009 et 2 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° 41615/07) dirigée contre la Confédération suisse et dont deux ressortissants de cet Etat, M<sup>me</sup> Isabelle Neulinger et son fils, Noam Shuruk (« les requérants »), ont saisi la Cour le 26 septembre 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). La requérante a également la nationalité belge et le requérant la nationalité israélienne.

2. Les requérants sont représentés par M<sup>e</sup> Lestourneaud, avocat à Thonon-les-Bains (France). Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. F. Schürmann, de l'Office fédéral de la justice.

3. Les requérants alléguaient en particulier qu'en ordonnant le retour de Noam Shuruk en Israël, le Tribunal fédéral avait violé leur droit au respect

de la vie familiale au sens de l'article 8, pris isolément et en combinaison avec les articles 3 et 9 de la Convention. Ils se plaignaient également d'une violation de l'article 6, estimant que le Tribunal fédéral, en adoptant une interprétation selon eux trop restrictive des exceptions à l'obligation de la Suisse d'ordonner le retour du requérant, n'avait pas pris en compte l'intérêt supérieur de celui-ci.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

5. Le 27 septembre 2007, le président de la chambre a décidé d'indiquer au Gouvernement, en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il était souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas procéder au retour de Noam Shuruk.

6. Le 22 novembre 2007, la Cour a décidé de communiquer au Gouvernement la partie de la requête concernant le grief tiré de l'article 8. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, elle a en outre décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire. Elle a également décidé de la traiter en priorité, en vertu de l'article 41 du règlement.

7. La chambre ayant décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine* du règlement), les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre.

8. Le 14 février 2008, des observations ont été reçues de M. Shai Shuruk, le père du requérant, admis comme tiers intervenant conformément à l'article 44 § 2 du règlement de la Cour.

9. Le 8 janvier 2009, une chambre composée des juges Christos Rozakis, président, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni et George Nicolaou, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, a rendu un arrêt. A l'unanimité, elle a déclaré le grief tiré de l'article 8 de la Convention recevable et le surplus de la requête irrecevable. Par quatre voix contre trois, elle a conclu à la non-violation de l'article 8. A l'arrêt se trouvaient joints les exposés des opinions séparées dissidentes des juges Kovler, Steiner et Spielmann.

10. Le 31 mars 2009, les requérants ont demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande le 5 juin 2009. Il a par ailleurs confirmé l'application des mesures provisoires prises en vertu de l'article 39 du règlement.

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

12. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire.

13. Des observations ont également été reçues de M. Shuruk. Toutefois, celles-ci ne respectant pas les conditions prévues à l'article 44 §§ 2 et 4 du règlement combiné avec l'article 36 § 2 de la Convention, elles n'ont pas été versées au dossier.

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

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. F. Schürmann, chef de l'unité Droit européen et Protection internationale des droits de l'homme, Office fédéral de la justice, *agent*,  
D. Urwyler, chef suppléant de l'unité Droit international privé, Office fédéral de la justice, *conseil*,  
M<sup>me</sup> C. Ehrich, collaboratrice scientifique, unité Droit européen et Protection internationale des droits de l'homme, Office fédéral de la justice, *conseil*;

– *pour les requérants*

M<sup>es</sup> A. Lestourneaud, avocat,  
P. Lestourneaud, avocate,  
M.-E. Favre,  
Y. Zander, *conseils*,  
M. Marquez-Lestourneaud, *conseil*.

La requérante était également présente.

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>es</sup> A. Lestourneaud, P. Lestourneaud, Favre et Zander et M. Schürmann. Elle a également entendu les réponses des représentants des parties aux questions de juges.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

15. Les requérants sont nés respectivement en 1959 et en 2003 et résident à Lausanne (canton de Vaud).

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

17. La requérante, qui déclare être de confession juive, décida en 1999 de s'établir en Israël. Elle y fit la connaissance d'un ressortissant israélien, également de confession juive. Ils se marièrent le 23 octobre 2001 en Israël et eurent un enfant, Noam, de nationalités israélienne et suisse, qui naquit à Tel Aviv le 10 juin 2003.

18. Selon les dires des requérants, le père de l'enfant adhéra à l'automne 2003 au mouvement juif «Loubavitch», qu'ils décrivent comme ultra-orthodoxe, radical et pratiquant un prosélytisme intense.

19. Des difficultés conjugales surgirent alors et la requérante, redoutant que son mari n'emène leur fils dans une communauté «Habad-Loubavitch» à l'étranger pour lui inculquer ses préceptes religieux, demanda au tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv de rendre une ordonnance d'interdiction de sortie du territoire israélien visant Noam. Le 20 juin 2004, le tribunal prononça une interdiction de sortie qui devait prendre fin à la majorité de l'enfant, c'est-à-dire le 10 juin 2021, à moins d'être annulée par le tribunal entre-temps.

20. Par une ordonnance provisoire du 27 juin 2004, le même tribunal attribua la garde provisoire (*temporary custody*) de l'enfant à la mère et demanda aux services sociaux de Tel Aviv de procéder à une enquête d'urgence. L'autorité parentale (*guardianship*) devait être exercée conjointement par les deux parents.

21. Par une décision du 17 novembre 2004, le tribunal, suivant les recommandations d'une assistante sociale, confirma l'attribution de la garde de l'enfant à la requérante. Il fixa un droit de visite pour le père.

22. Le 10 janvier 2005, les services sociaux israéliens durent intervenir. Ils ordonnèrent aux parents de vivre séparément dans l'intérêt de l'enfant. La lettre qu'ils leur adressèrent alors indique ceci :

« 1. Nous estimons que le maintien d'un domicile commun, le fait que vous habitiez sous un même toit, n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, et c'est là un euphémisme. Il nous semble que le climat de récriminations et d'invectives constantes de la part de Shai à l'encontre d'Isabelle induit chez celle-ci un stress permanent susceptible de nuire à l'exercice de son rôle de mère, et ce, alors qu'elle est confrontée à la nécessité de trouver un emploi afin d'assurer sa subsistance et de payer le loyer. Il convient de noter que Shai ne paie ni la pension alimentaire ordonnée par la justice ni le loyer.

Il nous est apparu que certaines des récriminations de Shai frôlent l'absurde. Ainsi, il a estimé que la maladie de l'enfant, de même que la mononucléose infectieuse et la crise d'épilepsie dont il a été victime, sont imputables à la mère. Il s'entête à affirmer qu'Isabelle « n'est pas une bonne mère » ; il n'accepte pas le fait que l'enfant fréquente l'école maternelle, et il prétend que les certificats médicaux sont insuffisants. Nous conseillons à Shai de parler aux médecins qui traitent l'enfant.

Bien qu'il se fasse entretenir par Isabelle, Shai exige que la nourriture du foyer présente un haut degré de conformité aux lois diététiques juives, respecte telle ou telle prescription alimentaire (...)

Il ne fait aucun doute que des domiciles séparés régleraient une partie de ces problèmes.

Il nous semble que Shai fait régner au domicile une ambiance hostile, une atmosphère d'agressions verbales et de menaces qui terrorise la mère.

A la lumière de tous ces éléments, nous ne pouvons que constater que la mère se trouve exposée à un harcèlement moral et que le maintien d'un domicile commun est préjudiciable au mineur.

2. En vertu des pouvoirs qui nous sont conférés aux termes des articles 19 et 68 de la loi sur la capacité juridique, nous renouvelons notre avertissement à l'endroit de Shai, l'enjoignant de ne pas emmener son enfant avec lui lorsqu'il se livre au prosélytisme religieux sur la voie publique, où il exhorte les passants à mettre les phylactères et récolte des dons.

De même, le père est invité à ne pas emmener l'enfant avec lui des journées entières à la synagogue.

Nous tenons à souligner que les dispositions en matière de visite de l'enfant visent la mise en présence du père et de l'enfant ainsi que leurs activités communes, et non d'autres fins.»

23. Le même jour, la requérante déposa plainte contre son mari auprès de la police pour agression simple.

24. Par une ordonnance provisoire rendue le 12 janvier 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv, faisant suite à une requête urgente déposée par la requérante le même jour, interdit au père de pénétrer dans l'école maternelle où l'enfant était inscrit ou dans l'appartement de la requérante, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque manière que ce soit, et de porter ou détenir une arme. Des restrictions furent également apportées au droit de visite de l'intéressé, qui ne fut plus autorisé à voir l'enfant que deux fois par semaine, sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv.

25. Le divorce des époux fut prononcé le 10 février 2005, sans modification de l'attribution de l'autorité parentale.

26. Le père de l'enfant ne s'étant pas acquitté du paiement d'une pension alimentaire au profit de la requérante, un mandat d'arrêt fut délivré à son encontre le 20 mars 2005.

27. Par une décision du 27 mars 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv rejeta la requête déposée par la requérante en vue de l'annulation de l'ordre judiciaire d'interdiction de sortie du territoire israélien visant le requérant. Il estima notamment que le

risque que la mère ne retourne pas en Israël avec l'enfant après son voyage dans sa famille à l'étranger était sérieux, compte tenu du fait qu'elle n'avait pas d'attaches dans ce pays.

28. Le 24 juin 2005, la requérante quitta clandestinement le territoire israélien et s'installa en Suisse avec le requérant.

29. Le 27 juin 2005, le père de Noam s'adressa à l'Autorité centrale israélienne. Celle-ci ne fut pas en mesure de localiser l'enfant avant le 21 mai 2006, date à laquelle Interpol Jérusalem lui fit parvenir une note d'Interpol Berne indiquant que la requérante se trouvait en Suisse.

30. Le 22 mai 2006, le ministère israélien de la Justice adressa à l'Office fédéral suisse de la justice une requête tendant au retour de l'enfant, en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (« la Convention de La Haye » ; paragraphe 57 ci-dessous). A l'appui de sa requête, il indiqua notamment qu'Interpol Berne ne lui avait signalé que la veille que Noam et sa mère vivaient à Lausanne et que celle-ci avait demandé le renouvellement de son passeport suisse.

31. Dans une décision du 30 mai 2006, rendue sur requête du père de l'enfant, le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv constata que l'enfant avait sa résidence habituelle à Tel Aviv et que le 24 juin 2005, date du départ des requérants, les parents détenaient conjointement l'autorité parentale sur leur fils, la mère ayant la garde provisoire et le père bénéficiant d'un droit de visite. Le tribunal conclut que le déplacement de l'enfant hors du territoire israélien sans l'accord du père constituait un acte illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye.

32. Par une requête du 8 juin 2006, le père de l'enfant saisit la justice de paix du district de Lausanne, en vue de voir ordonner le retour de son fils en Israël. Il demanda notamment, par voie de mesures d'extrême urgence, qu'il soit ordonné au Bureau des passeports de la commune de Lausanne de retenir les passeports suisses des requérants.

33. Le 12 juin 2006, le juge de paix rendit une ordonnance admettant la requête d'extrême urgence du père de Noam.

34. Pour faire suite à une nouvelle requête d'extrême urgence télécopiée le 27 juin 2006 par le père de l'enfant, par une ordonnance de mesures provisoires rendue le même jour, le juge de paix ordonna à la requérante de remettre immédiatement au greffe de la Justice de paix son passeport et celui de Noam, sous peine de sanctions pénales pour insoumission à une décision de l'autorité.

35. La requérante, assistée de son conseil, et le conseil du père, représentant son client qui était dispensé de comparaître personnellement, furent entendus par le juge de paix le 18 juillet 2006.



36. Par une décision du 29 août 2006, rendue après audience, le juge de paix du district de Lausanne rejeta la requête du père. Il estima que le déplacement de l'enfant était effectivement illicite aux termes de l'article 3 de la Convention de La Haye, mais que l'on se trouvait dans un cas d'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de ladite convention, étant donné qu'il existait un risque grave que le retour de l'enfant l'exposât à un danger psychique ou physique ou le plaçât de toute autre manière dans une situation intolérable.

37. Le 25 septembre 2006, le père déposa un recours contre cette décision auprès de la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud, qui ordonna une mesure d'expertise et désigna à cet effet le docteur B., pédiatre et pédopsychiatre. Celui-ci rendit le 16 avril 2007 un rapport d'expertise d'où il ressortait que le retour de l'enfant en Israël avec sa mère l'exposerait à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à la mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant; que le retour de l'enfant sans sa mère l'exposerait à un danger psychique majeur; et que le maintien de la situation qui prévalait alors représenterait également pour l'enfant un risque psychique majeur à long terme.

38. Le 30 novembre 2006, le juge compétent de Tel Aviv classa sans suite une plainte pénale pour violences familiales qui avait été déposée par la seconde épouse du père de Noam, celle-ci ayant quitté le pays.

39. Au cours de la procédure en vue du retour de l'enfant, l'Autorité centrale israélienne communiqua à son homologue suisse les observations suivantes par une lettre du 12 mars 2007 :

« Nous accusons réception de votre lettre en date du 7 février 2007. Nous souhaitons répondre de la manière suivante aux questions soulevées dans cette lettre :

M. Shuruk affirme que, dans le cas où la mère refuserait de retourner en Israël, il s'occuperait de l'enfant. Il vit actuellement dans un appartement en colocation mais il affirme que, si l'enfant était renvoyé en Israël, il prendrait aussitôt un appartement pour y habiter avec l'enfant. Actuellement, il travaille et il étudie dans un établissement d'enseignement religieux, de 9 heures à 15 heures. L'enfant serait en garderie/jardin d'enfants pendant ces heures-là. M. Shuruk signale qu'avant d'être enlevé pour être conduit en Suisse, l'enfant était en garderie, car la mère travaillait. M. Shuruk indique que sa famille élargie lui apporterait un soutien au cas où il aurait besoin d'aide de temps à autre.

La juridiction d'appel suisse s'est inquiétée de savoir comment M. Shuruk pourrait s'occuper de l'enfant alors même que son droit de visite a été restreint. Ainsi que nous l'avons déclaré dans notre lettre du 28 septembre 2006 à votre Bureau, il faut se rappeler que, selon le rapport du travailleur social en Israël, le père et l'enfant ont une

merveilleuse relation. Il était envisagé d'élargir le droit de visite, pour y inclure le droit d'hébergement, mais ce projet a été interrompu à la suite de l'enlèvement de l'enfant par sa mère. Si la mère refusait de retourner en Israël avec l'enfant, elle serait considérée comme acceptant que le père ait la garde de fait, et M. Shuruk pourrait saisir la justice israélienne pour obtenir une décision reflétant la réalité nouvelle.

Vous avez demandé en outre quelles mesures pourraient être prises pour protéger la mère au cas où elle reviendrait, compte tenu de ses allégations de violences de la part de M. Shuruk. M. Shuruk réfute toutes ces allégations. En outre, nous vous adressons ci-joint une copie de la décision du tribunal de première instance de Tel Aviv en date du 30 novembre 2006 ainsi qu'une traduction en anglais. Cette décision concernait une mise en examen de M. Shuruk pour des allégations de violences formulées par sa seconde épouse. Ainsi que vous pourrez le voir, celle-ci ayant apparemment quitté Israël sans pouvoir être localisée, le tribunal a abandonné les poursuites à l'encontre de M. Shuruk.

En tout état de cause, nous tenons à attirer votre attention sur la loi qui assure en Israël une protection en cas d'allégations de violences familiales. Cette loi est la loi de 1991 relative à la prévention des violences familiales. Nous vous adressons ci-joint une traduction de cette loi en anglais ainsi qu'une traduction officieuse en français. L'article 2 prévoit la possibilité de rendre des ordonnances de protection. En conséquence, si la mère a la moindre inquiétude pour sa sécurité, elle peut saisir la justice en Israël et demander la protection qui pourrait être nécessaire. Ses allégations ne sauraient constituer un fondement permettant au tribunal suisse de refuser le retour de l'enfant en Israël.

Vous nous avez fait savoir que le tribunal avait ordonné une évaluation psychologique de l'enfant. Nous nous devons d'exprimer notre préoccupation à cet égard. Cette évaluation n'avait pas été ordonnée par la juridiction inférieure, aussi aimerions-nous savoir pourquoi elle a été ordonnée à ce stade tardif. Il faut se rappeler que l'enfant a été enlevé par la mère en juin 2005. L'enfant n'a pas vu son père depuis près de deux ans. Pendant tout ce temps, il a été soumis à l'influence exclusive de la mère. Par conséquent, nous nous demandons ce que l'on peut gagner à effectuer une évaluation psychologique de l'enfant. Il faut se rappeler qu'il s'agit d'une procédure en application de la Convention de La Haye, et non pas d'une affaire de garde. Il semble que la mère soit en train d'essayer de prouver que l'enfant subira un préjudice psychologique en étant séparé d'elle s'il retourne en Israël. Or cela peut être évité si la mère agit dans l'intérêt supérieur de l'enfant et revient avec lui. Ainsi que nous l'avons déclaré dans notre lettre du 28 septembre 2006, la mère ne semble avoir aucun motif légitime en vertu de la Convention de La Haye qui l'empêcherait de revenir (...)»

40. Par une lettre du 30 avril 2007, adressée à l'avocate du père de Noam, l'Autorité centrale israélienne formula les observations suivantes quant à l'éventualité que la requérante fasse l'objet de poursuites pénales ou d'un emprisonnement en cas de retour en Israël :

« (...) Vous nous avez demandé de vous informer des conséquences juridiques auxquelles se trouverait exposée la mère, Isabelle Neulinger, si elle retournait en Israël avec l'enfant, en raison du fait qu'elle l'a enlevé.

S'agissant des conséquences de l'enlèvement au regard du droit pénal, l'enlèvement est un délit prévu par le Code pénal israélien de 1977 et il rend son auteur passible d'une peine d'emprisonnement. Toutefois, conformément aux lignes directrices du Procureur général d'Israël, dès réception d'une plainte pour enlèvement parental, la police doit saisir l'Autorité centrale prévue par la Convention de La Haye pour obtenir des instructions sur la manière de procéder dans l'affaire en question. Les lignes directrices du Procureur général prévoient que des poursuites pénales ne doivent être exercées que dans des circonstances très exceptionnelles. Dans le cas de M<sup>me</sup> Neulinger, si celle-ci se conformait à la décision ordonnant le retour de l'enfant en Israël, si elle ne disparaissait pas avec l'enfant à son arrivée en Israël, si elle coopérait avec les autorités israéliennes et si elle se conformait à la décision de justice en vigueur, qui prévoit un droit de visite sous surveillance de M. Shuruk (dans l'attente de toute décision ultérieure), l'Autorité centrale israélienne envisagerait favorablement d'ordonner à la police israélienne de classer l'affaire pénale pour absence d'intérêt général, à condition que M<sup>me</sup> Neulinger ne commette pas de nouveaux actes d'enlèvement concernant l'enfant.

S'agissant des conséquences civiles, nous pouvons vous informer que, tant devant les juridictions civiles israéliennes que devant les tribunaux rabbiniques, en matière de garde et de droit de visite, la seule considération est l'intérêt supérieur de l'enfant (...)»

41. Par un arrêt du 22 mai 2007, la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud rejeta le recours du père. Ayant procédé à une instruction complémentaire et se fondant sur le rapport d'expertise du docteur B. du 16 avril 2007, elle estima que le retour de l'enfant comporterait un risque grave non seulement de l'exposer à un danger psychique, que l'enfant soit ou non accompagné de sa mère, mais également de le placer dans une situation intolérable. Elle considéra dès lors que les conditions de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye étaient réunies. Estimant cependant que l'on ne pouvait priver l'enfant de toute relation avec son père, elle prescrivit la prise de mesures destinées à rétablir des relations personnelles entre l'un et l'autre. La chambre des tutelles s'exprima ainsi :

« 4. d) (...) En réponse aux questions qui lui étaient posées, l'expert B. (...) indique dans ses conclusions que le retour de Noam en Israël, *avec* sa mère, l'exposera à un danger psychique dont l'intensité ne peut être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à sa mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant; quant au retour de l'enfant en Israël, *sans* sa mère, il est d'avis qu'il l'exposera à un danger psychique majeur, tel que détaillé dans la discussion. Or, dans la partie « discussion » de son rapport, l'expert souligne que la situation de Noam semble actuellement totalement bloquée. D'un côté, vu son jeune âge et son absence totale de souvenirs de ses premières années en Israël, y compris de son père, toute visite dans ce pays sans sa mère, même brève et même si la situation judiciaire le permettait, constituerait un traumatisme psychologique majeur, susceptible de provoquer une angoisse massive de séparation et comportant un risque majeur de dépression sévère. D'un autre côté, la possibilité d'un retour de sa mère

en Israël avec Noam, même ponctuel, est écarté d'emblée par celle-ci. A la question qui lui était posée de déterminer si le retour de Noam en Israël risquait de placer l'enfant dans une situation intolérable, l'expert a répondu que c'étaient «évidemment» les conditions d'un éventuel retour de l'enfant en Israël qui lui rendraient la situation intolérable ou non. Il a relevé que, de même, c'étaient les conditions de la poursuite de sa résidence en Suisse qui lui rendraient la situation intolérable ou non et que le maintien du statu quo actuel représente un risque psychique majeur à long terme pour l'enfant, de sorte que, faute d'entente entre ses parents, il est urgent qu'un accord s'établisse entre les services de protection de l'enfance des Etats de résidence de ceux-ci afin de suppléer à leur carence.

En application de l'article 13 alinéa 3 [de la Convention de La Haye], la cour de céans a également requis de l'Autorité centrale israélienne qu'elle la renseigne sur la situation sociale de l'enfant, en répondant aux questions suivantes : « Pour le cas où, comme elle l'a annoncé, la mère ne retourne pas en Israël, qui s'occupera de l'enfant et où celui-ci séjournera-t-il ? Le père paraissant sans activité lucrative, qui pourvoira à l'entretien de l'enfant ? Le droit de visite ayant été restreint par des décisions judiciaires, quelles seront les mesures prises pour que l'exercice du droit de visite ne mette pas en danger le bien-être physique et psychique de l'enfant ? » Dans son écriture du 12 mars 2007, l'Autorité centrale israélienne n'a pas vraiment répondu aux questions qui lui avaient été posées, ce qui ne permet pas de rassurer sur l'intérêt de l'enfant. Elle s'est contentée de mentionner les intentions du recourant à l'égard de son fils, dans l'hypothèse où celui-ci reviendrait en Israël sans sa mère en ces termes : « Si la mère de Noam refuse de revenir en Israël, le père de l'enfant prendra soin de lui. Actuellement, il partage un appartement avec un colocataire, mais en cas de retour de l'enfant, il s'assurera immédiatement de disposer d'un appartement où il pourra vivre avec l'enfant. Il travaille actuellement et étudie dans une institution d'enseignement religieux de 9 h 00 à 15 h 00. L'enfant pourrait fréquenter la crèche-garderie durant ces heures. Le père fait valoir à cet égard, qu'avant l'enlèvement de l'enfant, celui-ci fréquentait une crèche pendant que sa mère travaillait. Shay Shuruk expose encore que sa famille pourrait lui assurer un soutien s'il était nécessaire qu'il ait besoin d'aide de temps en temps. » En ce qui concerne la question relative à la façon dont Shay Shuruk pourrait s'occuper de l'enfant, eu égard au fait qu'il ne dispose que d'un droit de visite restreint, l'Autorité centrale israélienne a souligné que, « comme elle l'avait déjà indiqué dans ses déterminations du 28 septembre 2006, selon le rapport établi par l'assistant social en Israël, le père et l'enfant avaient une merveilleuse relation. Il était prévu d'étendre son droit de visite, en y incluant aussi des nuits, ce qui n'a pas pu se faire en raison de l'enlèvement de l'enfant par sa mère. » L'Autorité centrale israélienne concluait que, « si la mère devait refuser de retourner en Israël avec l'enfant, cela signifierait qu'elle accepte que le père en ait la garde *de facto* et Shay Shuruk pourrait demander aux tribunaux israéliens une décision reflétant cette nouvelle situation. »

Il faut constater que tant les conclusions du rapport d'expertise pédopsychiatrique que les éléments fournis par l'Autorité centrale israélienne s'opposent à un retour de l'enfant Noam en Israël. Un tel retour comporte non seulement un risque grave de l'exposer à un danger psychique, qu'il soit accompagné de sa mère ou non, mais également de le placer encore dans une situation intolérable. D'une part, l'expert

psychiatre relève que si l'enfant retourne en Israël avec sa mère, il risque d'être exposé à un danger psychique dont l'intensité ne peut être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour. A cet égard, la chambre des tutelles est d'avis que, dès lors que le déplacement de l'enfant en Israël risque, même si sa mère l'accompagne, de mettre l'enfant psychologiquement en danger et que contrairement au «schéma classique» envisagé par la [Convention de La Haye], l'intimée a le droit de garde sur son fils, l'on ne saurait exiger raisonnablement de celle-ci qu'elle retourne en Israël. A ces éléments s'ajoute le fait qu'un retour de la mère en Israël porterait aussi atteinte à la sécurité économique de l'enfant, puisqu'il obligerait sa mère à retrouver un emploi sur place, afin de subvenir non seulement à ses propres besoins, mais également à ceux de son fils. Le fait que le recourant n'a jamais pourvu à l'entretien de son enfant et que l'on sait qu'il ne gagne que 300 francs [suisses] par mois ne saurait être négligé dans la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans ce contexte. Enfin, il faut considérer que l'exigence d'un retour de la mère est disproportionnée par rapport au motif du renvoi : le but de la [Convention de La Haye] est en effet de replacer l'enfant dans la situation juridique qui était la sienne avant son déplacement. Or, le présent retour est requis afin de permettre au recourant d'exercer son droit aux relations personnelles, droit dont il est établi qu'avant le départ de l'enfant, il se déroulait sous la surveillance des services sociaux à raison de deux rencontres hebdomadaires de deux heures. Obliger une mère à se déraciner pour permettre l'exercice d'un droit de visite aussi restreint, alors que le retour de l'enfant comporte certainement le risque d'une atteinte psychologique grave, vu les conditions d'insécurité dans lesquelles le retour s'effectuera, constitue une situation intolérable pour l'enfant au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b) [de la Convention de La Haye].

Quant au retour de Noam en Israël sans sa mère, l'expert est d'avis qu'il l'exposerait à un traumatisme psychologique majeur, susceptible de provoquer une angoisse massive de séparation et comportant un risque majeur de dépression sévère, qui s'explique par son jeune âge et son absence totale de souvenirs de ses premières années en Israël, y compris de son père. Cet élément suffit pour considérer que la condition de l'article 13, alinéa premier, lettre b) [de la Convention de La Haye] est remplie. A cela s'ajoute que les renseignements fournis par l'Autorité centrale israélienne quant aux aménagements prévus en cas de retour de l'enfant sans sa mère sont pour le moins préoccupants : alors que le recourant ne dispose juridiquement que d'un droit de visite très restreint et surveillé, il est prévu, selon les indications fournies par l'Autorité centrale, que le recourant prenne son fils chez lui, (étant au demeurant relevé qu'aucune garantie n'est donnée qu'il disposera alors d'un appartement individuel), exerçant ainsi une garde de fait. A cet égard, l'Autorité centrale fait valoir qu'en refusant de retourner avec son fils en Israël, l'intimée acquiescerait implicitement à ce changement de situation, situation nouvelle que le recourant ferait ensuite valider par les autorités judiciaires israéliennes. Cela ne correspond pas au but poursuivi par la [Convention de La Haye], qui prévoit le retour immédiat de l'enfant illicitement déplacé pour le replacer dans le *statu quo ante*. Un tel retour ne saurait dès lors être ordonné sur la base de la [Convention de La Haye], étant souligné qu'il n'est pas douteux qu'un retour de Noam en Israël dans de telles conditions l'exposerait assurément à un risque psychologique majeur, dû non seulement au fait qu'il serait brutalement séparé de sa mère, alors que celle-ci a été sa principale référence parentale depuis qu'il est né et a été la seule à pourvoir à son

entretien, mais également au fait qu'il serait tout aussi brutalement confronté à un père dont il vient d'apprendre l'existence. Vu ce qui précède, le recours sur ce point doit être rejeté.

(...)

5. (...) En l'espèce, il ressort du dossier que Noam Shuruk vit avec sa mère, qui en a la garde, depuis au moins une année à Lausanne. Ainsi, la Justice de paix du district de Lausanne était compétente, *rationae loci* et *rationae materiae*, pour prendre la mesure de protection contestée. Sur le fond, il suffit de constater que, dès lors que l'enfant n'a gardé aucun souvenir de son père, en raison du processus d'amnésie physiologique dû à son très jeune âge, il est fondé de le protéger d'une brutale mise en présence, le bien-être de l'enfant commandant que la reprise des relations personnelles avec son père se déroule en douceur et progressivement, après qu'il aura été préparé de façon adéquate à cette nouvelle situation, ainsi que cela ressort des considérations convaincantes de l'expert sur ce point. Le moyen est dès lors mal fondé et doit être rejeté (...)

42. Le père saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile aux fins de l'annulation de l'arrêt cantonal et du retour de l'enfant en Israël. Il se plaignait d'une mauvaise application de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye, principalement, et de l'article 3 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, subsidiairement.

43. Par une ordonnance du 27 juin 2007, le président de la cour compétente du Tribunal fédéral admit la demande d'effet suspensif présentée par le père.

44. Par un arrêt du 16 août 2007, notifié à l'avocat de la requérante le 21 septembre 2007, le Tribunal fédéral admit le recours du père. Les passages pertinents de cet arrêt sont ainsi libellés :

«3. L'objectif de la [Convention de La Haye] est d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans un Etat contractant (article 1, lettre a), [de la Convention de La Haye]). Est considéré comme illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour (article 3, lettre a) [de la Convention de La Haye]). Le «droit de garde» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (article 5, lettre a) [de la Convention de La Haye]). En l'espèce, il n'est pas contesté que le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où le père détenait conjointement avec l'intimée l'autorité parentale [*guardianship*], ce qui comprend selon le droit israélien le droit de déterminer la résidence de l'enfant. Par ailleurs, dès lors que la demande de retour a été présentée dans le délai d'un an à partir du déplacement, l'intimée ne remet pas non plus en question qu'en principe, en application de l'article 12 [de la Convention de La Haye], le retour immédiat de l'enfant devrait être ordonné. La seule question litigieuse est donc de savoir s'il peut être fait exception au retour en vertu de l'article 13, alinéa 1, lettre b) [de la Convention de La Haye].

4. Selon le recourant, en refusant d'ordonner le retour de l'enfant en Israël, les juges cantonaux ont fait une fausse application de l'article 13, alinéa 1, lettre b) [de la Convention de La Haye].

4.1 En vertu de l'article 13, alinéa 1, lettre b) [de la Convention de La Haye], dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (article 95 lettre b [de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral]), l'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la [Convention de La Haye] doivent être interprétées de manière restrictive; le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêt 5P.71/2003 du 27 mars 2003 consid. 2.2 *in*: FamPra.ch 2003 p. 718). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la [Convention de La Haye] n'a pas pour but d'attribuer l'autorité parentale ([arrêt du Tribunal fédéral] 131 III 334 consid. 5.3; 123 II 419 consid. 2b p. 425). Une exception au retour en vertu de l'article 13, alinéa 1, lettre b) [de la Convention de La Haye] n'entre donc en considération que si le développement intellectuel, physique, moral ou social de l'enfant est menacé d'un danger sérieux (arrêt 5P.65/2002 du 11 avril 2002 consid. 4c/bb *in*: FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée). Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui s'oppose au retour de l'enfant (arrêt précité consid. 4b *in*: FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée).

4.2 La cour cantonale a observé qu'il s'agit d'un enfant très jeune qui est sous la garde de la mère, laquelle a toujours pourvu à son entretien. De son côté, le père vit dans une communauté religieuse où il est nourri et ne tire de son activité de professeur de sport et d'art dramatique qu'un revenu mensuel de 300 fr. [suisses]. La garde de l'enfant lui a été retirée en raison du climat de peur qu'il faisait régner au domicile familial. Pour cette même raison, les tribunaux israéliens lui ont ordonné de se constituer un domicile séparé et lui ont interdit de s'approcher de l'appartement de la mère. Avant le déplacement de l'enfant en Suisse, le père ne disposait que d'un droit de visite restreint, à savoir deux fois deux heures par semaine, sous la surveillance des services sociaux israéliens. Concernant les conditions d'un éventuel retour de l'enfant sans la mère, selon les éléments fournis par le Ministère israélien de la justice le 12 mars 2007, le père qui partage actuellement un appartement avec un colocataire et travaille toujours dans une institution d'enseignement religieux serait disposé à prendre soin de l'enfant. Se fondant sur le caractère lacunaire et peu rassurant de ces renseignements ainsi que sur l'expertise judiciaire menée par le Dr [...], médecin psychiatre, la cour cantonale a considéré qu'un retour en Israël impliquait un risque de danger psychologique pour l'enfant et pouvait le placer dans une situation intolérable, qu'il soit accompagné ou non de sa mère. Elle a ajouté que, vu les faibles ressources financières du père, un retour en Israël de l'intimée porterait également atteinte à la sécurité économique de l'enfant dont la mère devrait retrouver un emploi afin de subvenir à leurs besoins.

En l'occurrence, le recourant ne critique pas l'appréciation de la cour cantonale selon laquelle il existe un risque grave que l'enfant soit exposé à un danger psychique en cas

de retour sans l'intimée. En revanche, il est d'avis que ce danger est inexistant si la mère accompagne l'enfant en Israël, ce que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci. Or, concernant ce dernier cas de figure, on cherche en vain dans le jugement cantonal la preuve d'un risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant. L'expert psychiatre ne s'est en particulier pas prononcé sur cette question, mais a expliqué que ce danger ne pouvait être évalué sans connaître les conditions d'un éventuel retour. S'agissant du comportement violent du recourant à l'encontre de l'intimée, il ne ressort pas du jugement cantonal que l'enfant soit menacé directement ou indirectement, à savoir par le fait d'être témoin de cette violence à l'encontre de la mère. Celle-ci a précisé que le père respectait les modalités fixées pour le droit de visite qui se passait bien. L'assistante sociale mandatée pour surveiller le droit de visite a qualifié de merveilleuse la relation père-fils telle qu'elle s'était établie juste avant l'enlèvement de l'enfant par sa mère. Cette dernière ne prétend pas que le recourant enfreignait les ordres judiciaires qui lui interdisaient d'approcher de l'appartement ainsi que de l'importuner et/ou de la harceler. Quant aux considérations tirées de l'absence de revenu du père et à ses liens avec la communauté religieuse «Loubavitch», en l'état, elles ne démontrent pas l'existence d'un risque grave de danger pour l'enfant au sens de l'article 13, alinéa 1, lettre b) [de la Convention de La Haye]. Si ces indications sont utiles pour déterminer lequel des deux parents dispose des meilleures capacités éducatives afin de décider de l'attribution du droit de garde – question qui est tranchée par les autorités judiciaires du lieu de la résidence habituelle (article 16 [de la Convention de La Haye]) –, elles ne sont en revanche pas pertinentes pour décider du retour de l'enfant après un enlèvement illicite (cf. consid. 4.1 *supra*).

S'agissant de la menace de la mère de ne pas rentrer en Israël, le jugement cantonal ne traite pas du tout des motifs de ce refus alors qu'il appartenait à celle-ci d'établir l'existence de circonstances objectives justifiant cette attitude. Les magistrats cantonaux citent l'expert psychiatre qui évoque les «risques judiciaires» encourus en cas de retour en Israël, sans qu'il soit précisé si l'intimée risque concrètement une peine de prison ferme comme conséquence de l'enlèvement. A supposer que ce risque soit avéré, on ne pourrait attendre de celle-ci qu'elle rentre en Israël avec l'enfant – ce qui exclurait par conséquent le retour de [l'enfant] au vu du danger psychique majeur auquel l'exposerait la séparation d'avec sa mère. Celle-ci ne s'est pas exprimée à ce sujet dans sa réponse adressée au Tribunal fédéral; en particulier elle ne prétend pas être menacée d'une peine de prison ferme ni même d'une sanction pénale. Elle ne soutient pas non plus qu'en cas de retour en Israël, il lui serait impossible ou très difficile de s'y intégrer, en particulier de trouver un nouvel emploi. En conséquence, on ne discerne pas davantage d'éléments de nature économique qui rendraient insupportable le retour de la mère et, par conséquent, de l'enfant. Ainsi, faute pour l'intimée d'avoir établi l'existence de motifs qui justifieraient objectivement un refus de rentrer en Israël, il faut admettre que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne dans l'Etat de provenance en compagnie de l'enfant. Dans ces circonstances, le caractère peu rassurant des renseignements fournis par l'Autorité centrale israélienne (cf. consid. 4.2 *supra*) sur lesquels s'est notamment fondée la cour cantonale pour justifier l'exception au retour prévue par l'article 13, alinéa 1, lettre b) [de la Convention de La Haye] n'est pas déterminant car ces informations ne tiennent compte que de l'hypothèse d'un retour de l'enfant sans sa mère.



En conséquence, les magistrats cantonaux ont enfreint l'article 13, alinéa 1, lettre b) [de la Convention de La Haye] en considérant qu'il y avait lieu de faire exception au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle. Le recours doit donc être admis et l'arrêt attaqué annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le grief relatif à la violation de l'art. 3 CDE. Il appartiendra à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant (...) en Israël d'ici à la fin septembre 2007 (...)

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.

2. Il est ordonné à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant (...) en Israël d'ici à la fin septembre 2007.

(...)»

45. Le 20 août 2007, le père de l'enfant saisit par l'intermédiaire de son conseil la justice de paix du district de Lausanne, chargée d'exécuter la décision de retour, d'une requête tendant à la nomination d'un curateur *ad hoc* pour l'enfant, chargé d'organiser son départ. Le 1<sup>er</sup> octobre 2007, il retira cette requête, la Cour ayant décidé le 27 septembre 2007 d'indiquer au Gouvernement des mesures provisoires.

46. Ultérieurement, les requérants firent parvenir à la Cour un certificat médical établi le 23 février 2009 par le docteur M.-A., pédiatre à Lausanne. Ce certificat se lit comme il suit:

«Je soussignée certifie avoir été amenée à voir Noam Shuruk, né le 10 juin 2003, à plusieurs reprises depuis le 7 octobre 2005.

Noam se présente à chaque fois accompagné de sa mère avec laquelle il entretient une très bonne relation.

Son comportement est adéquat, son niveau de développement psychomoteur, son langage dans les normes plutôt supérieures. Il ne semble souffrir d'aucun traumatisme psychologique ni de carences affectives ou éducatives.

C'est un garçon confiant, capable d'établir de bonnes relations avec les autres et notamment avec les adultes que nous sommes.

Il est en bonne santé physique et présente peu d'infections intercurrentes.

Un retour brutal en Israël sans sa mère constituerait un traumatisme important et une perturbation psychologique grave pour cet enfant.»

47. Par une ordonnance de mesures provisionnelles en date du 29 juin 2009, le président du tribunal d'arrondissement de Lausanne, sur demande de la requérante, fixa le domicile de Noam chez sa mère à Lausanne, suspendit le droit de visite du père sur son fils et attribua l'autorité parentale à la mère, aux fins de permettre à cette dernière de renouveler les papiers d'identité de l'enfant. Le tribunal parvint à ces conclusions notamment sur la base des considérations qui suivent:

« [I] convient de préciser que l'intimé a été cité à l'audience par acte judiciaire à sa dernière adresse connue en Israël,

que le pli est revenu en retour avec la mention « gone away », ce qui peut être traduit par « parti sans laisser d'adresse »

considérant

(...) que la mère en aurait la garde alors que l'autorité parentale serait restée commune,

que le père aurait été astreint à « l'exercice d'un droit de visite » surveillé par les services sociaux (...)

que dans le cadre de ce procès, l'intimé ne s'est jamais présenté aux audiences mais y était représenté par un conseil, dont le mandat a, semble-t-il, été résilié (...)

que selon la jurisprudence, le déplacement illicite d'un enfant mineur n'exclut pas, à lui seul, la constitution d'une nouvelle résidence habituelle de l'enfant dans le pays où il a été emmené ([arrêt du Tribunal fédéral] 125 III 301, [*Journal des Tribunaux*] 1999 I 500),

qu'en l'espèce, Noam vit en Suisse sans discontinuer depuis juin 2005,

qu'il y est scolarisé,

qu'il y a des attaches familiales du côté de sa mère,

qu'il y est suivi médicalement,

qu'il est également ressortissant suisse,

qu'il en parle la langue, en l'espèce le français,

que la requérante est au bénéfice de mesures provisoires de la [C]our européenne des droits de l'homme, qui a demandé au gouvernement suisse de ne pas procéder au retour de Noam en Israël, malgré la décision rendue par le Tribunal fédéral,

que malgré son combat judiciaire, l'intimé n'a jamais cherché à voir son enfant,

que son domicile est inconnu,

qu'il paraît se désintéresser de la présente cause,

qu'ainsi, l'enfant n'a plus de lien stable qu'avec sa mère,

qu'il convient donc de faire droit à la requête de cette dernière et fixer, à titre provisoire, le domicile de Noam en Suisse, à Lausanne, lieu de sa résidence habituelle, auprès de sa mère;

considérant que l'article 273, alinéa premier, [du code civil] prévoit que le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances,

que le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (...)

que le maintien et le développement de ce lien est évidemment bénéfique pour l'enfant,

que les relations personnelles doivent donc être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger,

que l'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas,

que le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important ([arrêt du Tribunal fédéral] 127 III 295, c. 4a),

qu'il faut en outre prendre en considération la situation et les intérêts de l'ayant droit : sa relation avec l'enfant, sa personnalité, son lieu d'habitation, son temps libre, son environnement,

que des conditions particulières pour l'exercice du droit de visite peuvent être imposées (...)

que la requérante a conclu à la suppression du droit de visite de l'intimé sur son fils Noam,

qu'en l'espèce, le droit de visite de l'intimé était déjà limité par des décisions rendues par les autorités israéliennes, avant le départ de l'enfant pour la Suisse,

que l'enfant n'a pas revu son père depuis 2005,

qu'ils n'ont, semble-t-il, aucune langue en commun,

qu'en tout état de cause, une reprise du droit de visite, s'il était demandé par l'intimé, ne pourrait se faire que progressivement,

qu'en l'état, le lieu de résidence de celui-ci est inconnu,

qu'il paraît adéquat, en l'état, de suspendre provisoirement le droit de visite de l'intimé sur son fils Noam ;

considérant que la requérante conclut à ce que l'« autorité parentale sur Noam, né le 10 juin 2003, est attribuée à titre exclusif et provisoire à sa mère Isabelle Neulinger à Lausanne aux fins de renouveler ses papiers d'identité »,

que la requérante a expliqué que son fils, qui est binational – israélien et suisse – est actuellement sans papier d'identité,

qu'il était jusqu'il y a peu au bénéfice d'un passeport suisse,

que toutefois, lorsque sa validité est échue, les autorités administratives ont refusé de lui en délivrer un nouveau sans l'accord du père, les parties ayant l'autorité parentale commune sur l'enfant,

qu'en l'état, l'intimé est sans domicile connu,

que la requérante est ainsi dans l'impossibilité pratique de lui demander cette autorisation,

que l'enfant réside en Suisse avec elle,

qu'elle en a la garde [de l'enfant],

que certes la cause au fond porte sur une modification de l'autorité parentale, la requérante demandant à ce qu'en vertu du droit suisse, elle lui soit octroyée exclusivement,

qu'il pourrait apparaître que la conclusion provisionnelle, si elle était accordée, vide le sort de la cause au fond,

que toutefois ladite conclusion a une portée bien moindre puisqu'elle ne tend qu'à la possibilité d'obtenir des papiers d'identité pour son enfant,

que ce dernier est ressortissant suisse, résidant en Suisse,

qu'il convient donc qu'il puisse obtenir, comme tout autre citoyen, l'établissement de papiers d'identité,

qu'il est donc fait droit à la conclusion de la requérante,»

En l'état des informations dont dispose la Cour, ni l'une ni l'autre des parties au litige n'a interjeté appel de cette décision.

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

### A. Quant à la protection des droits de l'enfant

#### 1. *La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant*

48. Les dispositions pertinentes de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, sont libellées comme suit :

#### **Préambule**

« Les Etats parties à la présente Convention,

(...)

Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,

Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension (...)

Sont convenus de ce qui suit :

(...)

### Article 7

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci (...) le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. (...)

### Article 9

1. Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré (...)

### Article 14

1. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

(...)

### Article 18

1. Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

(...)»

#### 2. *La notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant*

49. Le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant est issu du deuxième principe de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, en vertu duquel

«L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante.»

50. Ce terme a été repris en 1989 à l'article 3 § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant :

«Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.»

51. Il ne ressort ni des travaux préparatoires à cette convention ni de la pratique du Comité des droits de l'enfant des propositions de définition ou de critères d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, en général ou par rapport à des circonstances particulières. L'un comme l'autre se sont limités à dire que toutes les valeurs et tous les principes de la convention devaient être appliqués à chaque cas particulier (voir le Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, sous la direction de Rachel Hodgkin et Peter Newell, UNICEF 1998, p. 37). De plus, le Comité a souligné à plusieurs reprises que la convention devait être comprise comme un tout et interprétée en tenant compte de la relation entre les différents articles, de manière toujours conforme à l'esprit de cet instrument, et en mettant l'accent sur l'enfant en tant qu'individu doté de droits civils et politiques nourrissant ses propres sentiments et opinions (*ibid.*, p. 40).

52. Selon les Lignes directrices du Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR) relatives à la détermination de l'« intérêt supérieur de l'enfant »,

« l'expression « intérêt supérieur » renvoie de manière générale au bien-être de l'enfant, qui dépend de différentes circonstances particulières telles que son âge et sa maturité, la présence ou l'absence de ses parents, l'environnement dans lequel il vit et son histoire personnelle ». (HCR, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, mai 2008)

53. On retrouve le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » aux articles 5 et 16 de la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Ainsi, en vertu de l'article 5 b), les Etats parties doivent prendre toutes les mesures appropriées pour

« [f]aire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ».

54. En vertu de l'article 16 § 1 d) de la même convention, les hommes et les femmes doivent avoir

« [l]es mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale ».

55. Bien que cette notion n'apparaisse pas dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme, dans ses Observations générales n<sup>os</sup> 17 et 19, a fait référence à l'intérêt supérieur (*paramount interest*) de l'enfant en cas de séparation ou de divorce de ses parents. Dans son Observation générale n<sup>o</sup> 17 (adoptée à sa 35<sup>e</sup> session,

1989), le Comité a estimé qu'en cas de dissolution du mariage, il relève de l'intérêt supérieur de l'enfant que lui soient assurées, autant que possible, des relations continues avec ses deux parents. Dans le cas des enfants abandonnés, des mesures spéciales doivent être prises pour permettre aux enfants de se développer dans des conditions analogues, autant que possible, à celles qu'offre le milieu familial. Dans son Observation générale n° 19 (adoptée à sa 39<sup>e</sup> session, 1990), le Comité a souligné que toute discrimination en matière de divorce, de droit de garde, de droit de visite, etc. doit être interdite, sauf si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige.

56. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis une force juridique contraignante avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Son article 24 se lit comme suit :

#### **Article 24: Droits de l'enfant**

« 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. »

### **B. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (« la Convention de La Haye »)**

#### *1. Le texte de l'instrument*

57. Les dispositions pertinentes de la Convention de La Haye qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 1984, sont ainsi libellées :

« Les Etats signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes :

(...)

### **Article premier**

La présente Convention a pour objet :

a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ;

b) de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant.

(...)

### **Article 3**

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et

b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat.

### **Article 4**

La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans.

### **Article 5**

Au sens de la présente Convention :

a) le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ;

b) le « droit de visite » comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

(...)

### **Article 11**

Les autorités judiciaires ou administratives de tout Etat contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'Etat requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'Etat requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. (...)



### Article 12

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre Etat, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant.

### Article 13

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

(...)

b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.

### Article 14

Pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'article 3, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables.

(...)

### Article 20

Le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(...)

### Article 21

Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un Etat contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

Les Autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer.

Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.»

#### 2. *La notion d'«intérêt supérieur» dans l'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye*

58. Selon le rapport explicatif de M<sup>me</sup> Elisa Pérez-Vera sur la rédaction de la Convention,

«(...) étant donné qu'un facteur caractéristique des situations considérées réside dans le fait que l'enleveur prétend que son action soit légalisée par les autorités compétentes de l'Etat de refuge, un moyen efficace de le dissuader est que ses actions se voient privées de toute conséquence pratique et juridique. Pour y parvenir, la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs, le rétablissement du *statu quo* (...).» (§ 16, p. 429)

59. Cependant, on trouve dans la convention cinq exceptions au principe du retour immédiat de l'enfant, parmi lesquelles celle prévue à l'article 13, alinéa premier, lettre b) qui est l'exception la plus souvent invoquée.

60. La Cour de cassation en France, la Chambre des lords au Royaume-Uni et la Cour suprême en Finlande ont toutes expressément intégré la notion d'«intérêt supérieur de l'enfant» dans leur interprétation de l'exception relative à un «risque grave» visée à l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye.

61. Dans une affaire de 2005, la Cour de cassation française a indiqué

«(...) qu'il résulte de l'article 13, b), de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable;»

et

«qu'en vertu de l'article 3, 1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.» (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, numéro de pourvoi: 04-16942)

62. La haute juridiction a ainsi confirmé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 13 mai 2004 en concluant que

« (...) l'intérêt supérieur de l'enfant a[vait] été pris en considération par la cour d'appel, qui en a[vait] déduit (...) qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat de l'enfant, en application de la Convention de La Haye ».

63. La Cour suprême finlandaise a adopté des conclusions similaires dans une affaire où elle a appliqué l'exception de l'article 13, alinéa premier, lettre b) en indiquant que

« (...) la cour a[vait] souligné que le risque grave de danger n'exist[erait] pas si la mère rentr[ait] en France avec les enfants et fai[sai]t en sorte que leurs conditions de vie soient adaptées compte tenu de leur intérêt supérieur (...) » (Cour suprême de Finlande, 27 décembre 1996; 1996:151, S96/2489)

64. Dans une affaire concernant l'enlèvement d'un enfant depuis la Roumanie vers le Royaume-Uni, examinée le 16 novembre 2006 par la Chambre des lords, Lord Hope a également indiqué qu'il

« ne vo[ya]it pas comment le retour immédiat de l'enfant en Roumanie pouvait être dans l'intérêt supérieur de celui-ci ». (*In re D (a child) (abduction: foreign custody rights)* [2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619)

### 3. La notion de « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye

65. L'article 5 a) de la Convention de La Haye définit le droit de garde comme « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ». La convention reconnaît que le droit de garde peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (article 3 *in fine*). Le rapport explicatif de la convention souligne l'intention des auteurs de protéger l'exercice de tous les modes de garde de l'enfant, et reconnaît qu'il peut y avoir déplacement ou non-retour illicite même si les parents ont la garde conjointe de leur enfant :

« [A]ux termes de l'article 3, le droit de garde peut avoir été attribué, seul ou conjointement, à la personne qui demande qu'on en respecte l'exercice. (...) Or, dans l'optique adoptée par la Convention, le déplacement d'un enfant par l'un des titulaires de la garde conjointe, sans le consentement de l'autre titulaire, est également illicite; ce caractère illicite proviendrait, dans ce cas précis, non pas d'une action contraire à la loi, mais du fait qu'une telle action aurait ignoré les droits de l'autre parent, également protégé par la loi, et interrompu leur exercice normal. » (Rapport explicatif d'Elisa Pérez-Vera, Actes et documents de la Quatorzième session, tome III, Enlèvement d'enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, § 71, pp. 447-448)

66. Les auteurs de la convention ont créé une définition autonome du droit de garde, tout à fait distincte des interprétations faites de cette notion en droit interne. Cette autonomie a été confirmée dans les « Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants » (§ 9, pp. 3-4), selon lesquelles

« (...) le « droit de garde » visé dans la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants constitu[e] un concept autonome, ce qui [a] pour conséquence qu'un tel droit ne coïncid[e] pas nécessairement avec des droits qualifiés de « droit de garde » ou de « *custody rights* » résultant de la loi d'un pays particulier ou d'une juridiction de ce pays. (...) l'attribution à un seul parent de la « *custody* » selon la loi nationale ne signifie pas nécessairement que tous les « *rights of custody* » au sens de la Convention de La Haye sont accordés à ce même parent. Chaque système juridique national possédant sa propre terminologie à propos des droits relatifs à la protection des enfants et à l'autorité parentale – au point que certains systèmes anglophones n'utilisent pas le terme « *custody* » – il importe d'examiner le contenu des droits sans s'en tenir à leur désignation. »

67. L'autonomie du concept de « droit de garde » a encore été confirmée lors de la deuxième réunion de la Commission spéciale, au cours de laquelle a notamment été adoptée la conclusion suivante :

« La signification de l'expression « droit de garde » au regard de la Convention ne coïncide pas avec l'un quelconque des concepts de « droit de garde » reçu dans les Etats parties, mais voit ses contours propres tracés par les définitions, la structure et le but de la Convention elle-même. » (Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993, p. 4)

68. En outre, selon le rapport explicatif, la convention ne porte que sur les problèmes relatifs à la violation d'un droit de garde. Elle ne concerne *a priori* pas les situations nées de l'atteinte à un droit de visite, notamment les cas où le titulaire du droit de garde déplace l'enfant à l'étranger (§ 65 du rapport).

#### 4. *La jurisprudence des tribunaux internes relative à la notion de « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye*

69. La Convention de La Haye ne prévoit pas de dispositif d'application ni d'organe de contrôle qui garantiraient sa mise en œuvre par les Etats contractants. Il se peut, dès lors, que la jurisprudence des juridictions nationales relative à cet instrument diffère d'un Etat contractant à l'autre. En pratique, on observe des divergences dans l'interprétation que font les différentes autorités judiciaires de la distinction établie dans la convention entre le droit de garde et le droit de visite, en particulier lorsqu'il s'agit

d'accueillir ou non un recours du parent non titulaire de la garde mais bénéficiaire d'un droit de visite qui demande le retour de son enfant.

70. Toutefois, une tendance semble se dégager vers une interprétation extensive de la notion de déplacement ou de non-retour illicite, qui élargit la portée du droit de garde de telle manière que d'autres personnes que le titulaire de ce droit ont pu bénéficier de la protection de la convention.

71. Dans l'affaire *C. v. C.* (Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles; [1989] 1 WLR 654, 657-658), par exemple, un parent titulaire de la garde avait emmené l'enfant hors d'Australie en violation d'une interdiction de déplacement (disposition également appelée *ne exeat*, interdisant de quitter une zone géographique déterminée). En l'espèce, le déplacement ne pouvait se faire sans le consentement du parent non titulaire de la garde. Les juges ont estimé que le droit de demander en justice le retour de l'enfant en vertu des dispositions de la convention s'appliquait. Ils ont justifié ce raisonnement en estimant que la possibilité de donner ou de refuser son consentement pour le déplacement était équivalente au droit du titulaire de la garde « de décider du lieu de résidence de l'enfant ».

72. La Cour des affaires familiales d'Australie a suivi la même démarche dans l'affaire *José García Resina*, où un père, invoquant la convention, avait introduit une demande de retour de ses enfants emmenés en France par les grands-parents maternels (*In re José García Resina and Muriel Ghislaine Henriette Resina*, [1991] Appeal N° 52 (Fam) (Austl.)). La cour australienne a examiné d'une part l'ordonnance d'attribution du droit de garde, qui assurait au père un « droit de visite raisonnable » au plus jeune des enfants, et d'autre part l'injonction interdisant à la mère comme au père d'emmener les enfants hors d'Australie. En définitive, elle a ordonné le retour des enfants sur le fondement de la convention, estimant que leur déplacement violait le droit de garde conféré au père par l'interdiction de déplacement. De même, la Cour suprême d'Israël a conclu qu'un accord passé entre les parents quant à la garde de l'enfant comportait une clause de consultation mutuelle pour les modifications majeures et les événements inhabituels, et que cette clause impliquait que les parents devaient décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant (*Foxman c. Foxman*, Cour suprême d'Israël, 1992). Elle a donc considéré que le père avait un droit de garde au sens de la convention.

73. Il apparaît que d'autres juridictions nationales, en particulier dans les pays de *common law*, se sont appuyées sur l'affaire *C. v. C.*, et ont suivi son attendu de principe selon lequel si le parent titulaire de la garde a besoin de l'autorisation d'une autorité judiciaire ou du parent non titulaire de la garde pour pouvoir emmener l'enfant hors du pays, un déplacement fait sans une telle autorisation peut être considéré comme « illicite » au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye (*Re F*; Cour d'appel de l'Angleterre et du

Pays de Galles [1995] 3 WLR 339: décision concluant à l'existence d'un « droit de garde » au bénéfice du père nonobstant le fait que la mère s'était vu attribuer la garde temporaire par une décision de justice et qu'aucune ordonnance n'interdisait le déplacement de l'enfant).

74. Néanmoins, la pratique des juridictions nationales n'est pas homogène. Ainsi, par exemple, la cour d'appel des Etats-Unis a-t-elle jugé qu'une interdiction de déplacement ne transformait pas le droit de visite en un « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye (*Croll c. Croll*, 229 F.3d 133, 143, 2<sup>nd</sup> circuit, 2000).

### **C. Lois nationales pertinentes pour la mise en œuvre des instruments sus-mentionnés au niveau interne**

#### *1. La nouvelle loi fédérale suisse sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes*

75. La « loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes », qui a été adoptée par le Parlement fédéral suisse le 21 décembre 2007 et qui a pour but de clarifier et de préciser certaines notions, relatives notamment à l'application de la Convention de La Haye de 1980, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2009. Les articles de cette loi invoqués par les requérants sont libellés comme suit :

#### **« Article 5 : Retour et intérêt de l'enfant »**

Du fait de son retour, l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'art. 13, al. 1, let. b, CLaH 80 notamment lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a. le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant ;
- b. le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui ;
- c. le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

#### **Article 6 : Mesures de protection**

Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant règle, au besoin, les relations personnelles de l'enfant avec ses parents et ordonne les mesures nécessaires pour assurer sa protection.

Si la demande a été déposée auprès de l'autorité centrale, le tribunal compétent peut ordonner la représentation de l'enfant, une curatelle ou d'autres mesures de protection,

sur requête de cette autorité ou de l'une des parties, quand bien même la demande n'est pas encore pendante devant lui.»

76. Dans le cadre de l'adoption de l'arrêté fédéral concernant cette loi, le Conseil fédéral a rédigé un message (*Feuille fédérale* 2007, pp. 2433-2682) dont les passages pertinents sont libellés comme suit :

#### « 6.4 Retour et intérêt de l'enfant (article 5)

Afin d'assurer une application de la [Convention de La Haye de 1980] mieux adaptée aux intérêts de l'enfant, il est nécessaire que le législateur définisse un ensemble de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable. La réglementation prévue à l'art. 5 n'est pas censée remplacer celle qui figure à l'article 13, § 1, lettre b) [de la Convention de La Haye de 1980]. Le terme « notamment » signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention.

Tout d'abord la let. a se réfère aux cas dans lesquels l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant. Si tel n'est pas le cas, notamment parce que le parent qui a introduit la demande est le seul à exercer le droit de garde ou le seul à pouvoir être investi d'une telle responsabilité, il n'y a en principe pas lieu de craindre que l'enfant soit placé dans une situation intolérable à son retour, de sorte qu'il n'y a aucune raison de refuser celui-ci. Il en va autrement lorsque, aux yeux du tribunal, il apparaît manifeste que la partie qui a introduit la demande n'est pas en mesure de prendre en charge l'enfant.

La let. b règle les cas dans lesquels l'opportunité du retour de l'enfant ne peut être appréciée que sous l'angle de sa relation avec le parent auteur de l'enlèvement. Lorsque l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a fait la demande de retour n'entre manifestement pas en ligne de compte, le problème de son retour dans l'Etat de provenance se présente de manière différente selon que la personne qui a enlevé l'enfant ou l'a retenu illicitement (il s'agit très souvent de la mère) est en mesure ou non de retourner dans cet Etat. Si elle n'est pas en mesure de le faire parce que, par exemple, elle y encourt une peine de prison qui entraînera une séparation d'avec l'enfant ou parce qu'elle entretient en Suisse un lien familial très étroit (par exemple par suite d'un remariage ou en raison de la situation de détresse dans laquelle se trouve un autre membre de la famille vivant en Suisse), il peut y aller de l'équilibre psychique et physique de l'enfant parce qu'à son retour il serait contraint de vivre séparé de ses deux parents. Une telle séparation n'est tolérable que dans des cas exceptionnels et doit constituer une *ultima ratio*.

Second cas de figure : celui dans lequel, compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne saurait raisonnablement exiger du parent ravisseur qu'il prenne soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement (article 5, lettre b)). Il ne suffit pas que le parent qui a enlevé l'enfant ou qui le retient illicitement déclare qu'il se refuse à retourner dans cet Etat. Il faut encore qu'il soit dans une situation de détresse telle qu'on ne saurait raisonnablement attendre de lui qu'il retourne dans son lieu d'existence antérieur pour y attendre avec

l'enfant la décision définitive du tribunal portant sur l'attribution du droit de garde. Dans ce contexte, nous songeons d'abord aux cas dans lesquels on ne peut assurer à la mère qu'elle trouve un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable en dehors du logement de son ancien partenaire. Entrent ensuite en ligne de compte les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, alors que l'auteur de l'enlèvement est manifestement la personne qui s'occupe en premier lieu de la prise en charge de l'enfant. En pareille occurrence, l'enfant ne serait reconduit dans l'Etat de provenance que pour y attendre l'attribution définitive du droit de garde au parent auteur de l'enlèvement, avant de retourner à nouveau en Suisse avec ce dernier. Or un tel aller-retour ne servirait en définitive qu'à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Il s'agit là d'une solution qui n'est pas admissible selon l'esprit et au regard du but de la Convention de La Haye, car elle est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Encore faut-il que la situation soit indubitable pour le tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour. Si l'état de fait ne peut pas être établi de manière limpide, le tribunal devra statuer que le retour dans l'Etat de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, il n'en résultera pas pour l'enfant de situation intolérable, laquelle justifierait une décision négative de retour en vertu de l'art. 13, par. 1, let. b, [de la Convention de La Haye.]

La let. c se réfère au placement auprès de tiers. En effet, si le retour de l'enfant devait entraîner une séparation du parent qui l'a enlevé ou retenu illicitement (parce que le retour est impossible à ce dernier ou ne saurait être raisonnablement exigé de lui), il ne pourrait être exécuté dans des conditions convenables que si l'enfant pouvait être placé chez des tiers dans son Etat de provenance. Toutefois, une telle solution ne doit être recherchée et, partant, amener le tribunal suisse compétent à ordonner le retour de l'enfant que si le placement auprès de tiers n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette troisième condition ne peut être remplie que si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant – ce qui peut être le cas lorsqu'il entretient avec ce parent une relation conflictuelle – et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier. En tout état de cause, une telle solution ne doit être envisagée qu'à titre d'*ultima ratio*.

Notons encore que pour que le retour soit conforme aux intérêts de l'enfant et, notamment, pour que les conditions visées à l'article 13 [de la Convention de La Haye] soient remplies, il faut que l'autorité qui statue soit au fait de la situation qui règne dans l'Etat de provenance et du régime juridique qui y est en vigueur. Aussi, les parties et, en particulier, les parents ont le devoir de participer à l'établissement des faits. Leur audition en personne par le tribunal (art. 9, al. 1 et 2) revêt donc une grande importance. Les nouvelles dispositions relatives à la procédure et à la coopération avec les autorités compétentes dans l'Etat de provenance jouent également un rôle essentiel. Le tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant (article 10, al. 2). S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser toutes les conséquences que pourrait avoir un retour pour l'enfant. Il en sera de même s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en



particulier lorsque l'on est en droit de douter de la capacité du parent demandeur de s'occuper correctement de l'enfant. Sous ce rapport, l'art. 10 est donc directement lié à l'application pratique de l'art. 5.»

## 2. Les notions de «garde» et d'«autorité parentale» en droit israélien

77. La notion d'«autorité parentale» (*guardianship*) est définie au chapitre 2 de la loi de 1962 sur la capacité juridique et la tutelle. La «garde» (*custody*) n'est pas définie en tant que telle, mais il en est fait mention.

78. En vertu de l'article 14 de cette loi, «les parents sont naturellement investis de l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs». En Israël, les parents, qu'ils soient mariés, divorcés ou non mariés, sont investis conjointement et à égalité de l'autorité parentale sur leurs enfants. Le terme *guardianship* peut être considéré comme équivalant à l'expression *parental authority* utilisée dans d'autres systèmes juridiques.

79. L'autorité parentale (*guardianship*) est un droit que les deux parents acquièrent automatiquement et qui ne peut être restreint ou supprimé que dans des circonstances exceptionnelles (quand un tribunal de paix a prononcé l'une des mesures visées à l'article 3 §§ 3 et 4 de la loi sur la jeunesse (soins et supervision)). Cette règle est énoncée à l'article 27 de la loi.

80. L'article 15 définit et décrit le rôle des parents en droit israélien, et souligne que l'autorité parentale (*guardianship*) comporte les éléments suivants:

«L'autorité parentale dont sont investis les parents comprend le droit et le devoir de pourvoir aux besoins du mineur, y compris son éducation, ses études, sa formation et son activité professionnelles et de protéger, gérer et faire fructifier ses biens; elle comprend également le droit de garde du mineur, le droit de décider de son lieu de résidence et la qualité pour agir en son nom et pour son compte.»

81. L'article 17 définit les obligations des parents. Il dispose que dans l'exercice de leur autorité parentale (*guardianship*), «les parents agissent dans l'intérêt supérieur du mineur en adaptant leur comportement aux circonstances en parents dévoués».

82. De manière générale, il est présumé que les parents doivent coopérer l'un avec l'autre dans la prise des décisions relevant de l'exercice de leur autorité parentale (article 18). Si toutefois ils ne parviennent pas à un accord, ils peuvent demander à un tribunal de trancher (article 19).

83. L'article 24 prévoit que lorsque les parents ne vivent pas ensemble, ils peuvent décider d'un commun accord qui aura l'autorité parentale (*guardianship*) sur le mineur, en tout ou en partie, et qui aura la garde du mineur, et quels droits aura l'autre parent, en particulier en ce qui concerne

les contacts avec l'enfant. L'accord ainsi conclu est soumis à l'approbation du tribunal.

84. En vertu de l'article 25, si les parents ne parviennent pas à un accord sur ces questions, elles peuvent être réglées par le tribunal, qui doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

85. L'article 25 pose en outre une présomption de droit de garde en faveur de la mère pour les enfants de moins de six ans, à moins que des raisons particulières ne commandent de renverser cette présomption.

86. Ainsi, les deux parents ont conjointement le droit de décider du lieu de résidence de leur enfant. Un parent ne peut emmener l'enfant hors d'Israël sans y avoir été autorisé par l'autre parent ou par une décision de justice. Si l'un des parents souhaite emmener l'enfant hors d'Israël sans le consentement de l'autre parent, il doit introduire auprès des juridictions israéliennes une demande d'ordonnance de déplacement et d'ordonnance attributive du droit de garde de l'enfant.

## EN DROIT

### I. ÉTENDUE DE LA SAISINE DE LA GRANDE CHAMBRE

87. Dans leur mémoire devant la Grande Chambre, les requérants dénoncent une violation de leur droit au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. En outre, ils soutiennent que le retour forcé du requérant sans la requérante constituerait un traitement inhumain proscrit par l'article 3 ainsi qu'une violation de l'article 9, dans la mesure où il faudrait s'attendre à ce que le père du requérant le soumette aux préceptes de la communauté «Loubavitch», considérée par eux comme «ultra-orthodoxe», dont la requérante souhaite définitivement éloigner son enfant.

88. La Cour note toutefois que la chambre a déclaré irrecevables les griefs tirés des articles 3 et 9 de la Convention pour non-épuisement des voies de recours internes. Dès lors, elle ne saurait en connaître (voir, parmi d'autres, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 141, CEDH 2001-VII).

### II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

89. Les requérants allèguent une violation de leur droit au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, qui est ainsi libellé :

- «1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

### *1. Applicabilité de l'article 8*

90. La Cour rappelle les constatations suivantes de l'arrêt de la chambre :

«79. Pour en venir aux circonstances de l'espèce, la Cour constate d'emblée que, pour les requérants, la possibilité de continuer à vivre ensemble est un élément fondamental qui relève à l'évidence de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, lequel est donc applicable (voir, parmi beaucoup d'autres, *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 68, CEDH 2003-VII).

(...)

81. Par ailleurs, il ne prête pas à controverse que le retour de l'enfant ordonné par le Tribunal fédéral constitue une «ingérence» dans le chef des deux requérants au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention.»

91. La Grande Chambre souscrit à ces conclusions, que les parties n'ont d'ailleurs pas contestées. Il convient donc de rechercher si l'ingérence litigieuse répond aux exigences du paragraphe 2 de l'article 8, c'est-à-dire si elle était «prévue par la loi», motivée par un ou des buts légitimes et «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

### *2. Sur la justification de l'ingérence*

#### **a. Base légale**

##### *i. L'arrêt de la chambre*

92. La chambre s'est exprimée comme suit (§ 80 de l'arrêt) :

«La Cour rappelle qu'en vertu de la Convention de La Haye, est considéré comme illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour (article 3, alinéa premier, lettre a)). Le «droit de garde», au sens de la Convention de La Haye, comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (article 5 lettre a)). La Cour estime qu'en l'espèce, le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où, conformément à la décision du 27 juin 2004, le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale [*guardianship*], qui comprend, dans le cadre juridique israélien, le droit de déterminer la résidence de l'enfant. De

plus, le déplacement de Noam rend illusoire, en pratique, le droit de visite (article 4, alinéa premier) qui avait été accordé à son père par la décision du 17 novembre 2004. Partant, il est indubitablement illicite au sens de la Convention de La Haye.»

*ii. Thèses des parties*

α) Les requérants

93. Les requérants considèrent qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un enlèvement international au sens de la Convention de La Haye. Ils soutiennent d'abord que l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mère n'était pas illicite au sens de cet instrument. Selon eux, le Gouvernement commet une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'il considère que la décision rendue le 17 novembre 2004 par le tribunal israélien instituait au profit de la mère une mesure de garde provisoire (*temporary custody*).

94. Les requérants estiment licite le déplacement de l'enfant en Suisse, notamment pour les raisons suivantes: le comportement du père à l'égard de la requérante et les menaces de mort qu'il aurait proférées à son endroit justifiaient une mesure spéciale de protection qui aurait été accordée le 12 janvier 2005; le père, par le fanatisme religieux qu'il afficherait publiquement, voudrait imposer unilatéralement à son enfant en bas âge, au mépris de l'intérêt de celui-ci et malgré le désaccord manifesté par la mère, un style de vie et une éducation religieuse radicale ultra-orthodoxes; il aurait fait l'objet d'un mandat d'arrêt le 20 mars 2005 pour non-paiement de la pension alimentaire et aurait vu son droit de visite restreint et soumis à la surveillance des services sociaux en raison de son comportement irresponsable; les plaintes pénales déposées contre lui en Israël seraient restées inefficaces; enfin, le déplacement de l'enfant aurait été légal en vertu de la loi israélienne n° 5722-1962 (*Capacity and Guardianship Law*), dont l'article 25 *in fine* prévoit qu'en cas de désaccord entre les parents, l'enfant âgé de moins de six ans doit rester avec sa mère, et dont l'article 18 *in fine* autorise expressément l'un ou l'autre des parents à agir seul en cas d'urgence, ce qui serait le cas *a fortiori* quand il a la garde de l'enfant.

β) Le Gouvernement

95. Le Gouvernement estime que le déplacement du requérant était illicite. Soulignant que le rapport explicatif de la Convention de La Haye, établi en avril 1981, oppose le «droit de garde» à un simple «droit de visite», il arguë qu'«on aurait abouti à des résultats contestables si, à travers une égale protection accordée aux droits de garde et de visite, l'application de la Convention avait conduit, au fond, à la substitution des titulaires de

l'un par ceux de l'autre». Ainsi, la question de savoir s'il existe une garde conjointe devrait être déterminée pour chaque cas d'espèce à la lumière du droit de la résidence habituelle de l'enfant.

96. Selon le Gouvernement, il apparaît clairement, au regard de la définition donnée à l'article 5, alinéa premier, lettre a) de la Convention de La Haye, que le *guardianship* israélien couvre «le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence» au sens de cette disposition. Cette interprétation serait confirmée par le fait que l'article 3 de la Convention de La Haye mentionne expressément le cas où, comme en l'espèce, la garde est exercée conjointement. Il ressortirait clairement du rapport explicatif que sont notamment visés les cas de garde conjointe après une séparation ou un divorce des parents. A cet égard, le Gouvernement souligne que la Convention de La Haye prévoit expressément l'illicéité du déplacement de l'enfant contre la volonté du parent qui détient un droit de garde conjoint sans que l'enfant habite avec lui.

97. L'avis selon lequel l'autorité parentale conjointe serait dénuée de pertinence dès lors que la mère serait investie du droit de garde (*custody*, voir l'opinion dissidente du juge Spielmann, jointe à l'arrêt de la chambre) ne trouverait pas de fondement suffisant dans les passages du rapport explicatif cités à l'appui de cette opinion. Relativement à l'observation du juge Spielmann, qui a relevé notamment que le rapport explicatif semblait opérer une distinction entre le droit de garde et l'autorité parentale en ce qui concerne des enfants confiés à une institution, le Gouvernement soutient qu'il ressort du passage en cause qu'en cas de placement forcé de l'enfant, c'est l'institution en question qui en a la garde au sens de la Convention de La Haye. Arguant qu'en pareil cas, l'institution est appelée à veiller aux besoins de l'enfant et, notamment, à déterminer son lieu de résidence, le Gouvernement conclut que ce passage confirme également que la garde au sens de la Convention de La Haye correspond, en droit israélien, au *guardianship* et non à la *custody*.

98. Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement considère que la Convention de La Haye trouve à s'appliquer et que le déplacement du requérant hors d'Israël doit être considéré comme illicite au sens de cet instrument. L'ensemble des autorités saisies de l'affaire, qu'il s'agisse des autorités israéliennes, des autorités suisses ou de la chambre de la Cour, auraient d'ailleurs partagé cette appréciation.

*iii. Appréciation de la Cour*

99. En l'espèce, la Cour relève que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 se fonde principalement sur la Convention de La Haye,

qui est incorporée au droit suisse. Toutefois, les requérants contestent l'applicabilité de cet instrument en l'espèce car, d'après eux, l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mère n'était pas illicite. La Cour doit dès lors examiner si la Convention de La Haye constituait une base légale suffisante pour ordonner le retour de l'enfant en Israël.

100. Elle rappelle d'emblée que c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne. Il en va de même lorsque le droit interne renvoie à des règles du droit international général ou à des accords internationaux. Le rôle de la Cour se limite à vérifier leur applicabilité et la compatibilité avec la Convention de l'interprétation qui en est faite (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, et *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 72, CEDH 2008).

101. En l'espèce, le déplacement du requérant a été examiné par trois juridictions internes qui ont toutes conclu, au terme de décisions dûment motivées, que ce déplacement était illicite au sens de la Convention de La Haye. Cette appréciation a été confirmée par la chambre, principalement pour deux raisons: d'une part, bien que la requérante eût la garde, au moins provisoire, de l'enfant, le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (*guardianship*) en vertu du droit israélien; d'autre part, le déplacement de Noam rendait en pratique le droit de visite du père illusoire.

102. Il convient d'observer également que la notion de droit de garde, au sens de la Convention de La Haye, a une portée autonome (paragraphes 66-67 ci-dessus), dans la mesure où elle est appelée à s'appliquer à tous les Etats parties à cette convention, dont les systèmes juridiques peuvent varier quant à la définition de cette notion. En l'espèce, il apparaît qu'en droit israélien, l'institution du *guardianship* se rapproche du droit de garde au sens de l'article 5, alinéa premier, lettre a) de la Convention de La Haye, cette notion comprenant en effet le droit «de décider du lieu de résidence» de l'enfant. Or le *guardianship* comporte, lui aussi, ce droit. En l'espèce, il a été violé, puisqu'il devait être exercé conjointement par les deux parents, et rien n'indique d'ailleurs qu'il n'a pas été exercé effectivement jusqu'au déplacement de l'enfant, comme le requiert l'article 3, alinéa premier, lettre b) de cette convention.

103. En outre, il y a lieu de tenir compte de ce que la mère a emmené l'enfant en Suisse en violation de l'ordonnance d'interdiction de sortie du territoire israélien imposée à sa demande par le tribunal israélien compétent. Or il apparaît que les juridictions de certains Etats considèrent la violation de telles ordonnances comme donnant lieu à l'application de la Convention de La Haye (paragraphes 69-74 ci-dessus).

104. Enfin, même si en principe la Convention de La Haye ne s'applique qu'en cas de violation d'un droit de garde, il ressort de son préambule, de son article premier, alinéa premier, lettre b) et de son article 21 (paragraphe 57 ci-dessus) qu'elle vise également à protéger le droit de visite. Or, en l'espèce, il ne fait pas de doute que le déplacement du requérant a porté atteinte à la possibilité pour son père d'exercer le droit de visite dont il était investi.

105. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime, avec la chambre, que la requérante a déplacé son enfant d'Israël vers la Suisse de manière « illicite » au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye. Elle a ainsi commis un enlèvement au sens de cette convention, laquelle trouve donc à s'appliquer en l'espèce. Partant, en ce qu'elle ordonnait le retour de l'enfant conformément à l'article 12 de la convention, la mesure litigieuse reposait sur une base légale suffisante.

#### **b. But légitime**

106. La Cour partage l'avis de la chambre selon lequel la décision de retour adoptée par le Tribunal fédéral avait pour but légitime de protéger les droits et libertés de Noam et de son père, ce qui n'a d'ailleurs pas été contesté par les parties devant la Grande Chambre.

#### **c. Nécessité de l'ingérence dans une société démocratique**

##### *i. L'arrêt de la chambre*

107. De l'avis de la chambre, l'ingérence que constituerait le retour de Noam ne serait pas disproportionnée. A cet égard, la chambre a noté les nombreuses mesures prises par les autorités israéliennes afin de protéger les requérants lorsqu'ils résidaient encore dans le pays. Le retour en Israël était envisageable pour la mère ainsi que pour l'enfant, étant donné que celui-ci avait un âge où il pouvait encore s'adapter (arrêt de chambre, §§ 80 et 89). En ce qui concerne le risque de sanction pénale contre la mère, la chambre a estimé dignes de foi les assurances données par les autorités israéliennes en la matière, eu égard notamment à leur attitude envers la mère et l'enfant avant leur départ en Suisse (*ibidem*, § 90). Elle a souligné également qu'il était dans l'intérêt supérieur de tout enfant de grandir dans un environnement lui permettant d'entretenir des contacts réguliers avec ses deux parents (*ibidem*, § 91). En outre, aucun indice ne porterait à croire que la requérante ne pourrait pas exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils ou que les autorités et tribunaux israéliens ne pourraient pas empêcher le père de l'envoyer dans une école religieuse « Heder » (*ibidem*, § 92).

*ii. Thèses des parties**α) Les requérants*

108. Les requérants indiquent que, dans le cas d'espèce, il convient de rappeler que la requérante est titulaire du droit de garde de l'enfant tandis que le père ne bénéficie que d'un droit de visite limité et sous surveillance, compte tenu de son comportement selon eux inadmissible, qui aurait été reconnu comme tel de manière unanime par tous les juges saisis de cette affaire. Selon les requérants, ce point est essentiel, car il distingue nettement le présent cas de l'affaire *Bianchi c. Suisse* (n° 7548/04, § 77, 22 juin 2006), dans laquelle la Cour a souligné que si elle n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes pour régler les questions de garde et de visite, elle peut néanmoins apprécier, sous l'angle de la Convention, les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

109. Les requérants estiment que la méthode employée par le Tribunal fédéral s'éloigne très sensiblement de celle adoptée par les deux premières instances à l'appui de leurs décisions respectives: si celles-ci ont refusé de retenir une interprétation trop stricte des dispositions découlant des instruments internationaux pertinents, tel ne serait pas le cas du Tribunal fédéral, qui aurait limité le champ de son analyse en adoptant délibérément une position ouvertement restrictive. Alors que les premiers juges s'étaient prononcés contre le retour, en se fondant notamment sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que sur le risque grave de danger psychique et sur la situation intolérable auxquels ils estimaient qu'il serait confronté en cas de retour en Israël, avec ou sans sa mère, le Tribunal fédéral aurait purement et simplement écarté cette approche, pourtant étayée par un rapport d'expertise, en déclarant que la mesure à prendre était finalement de contraindre la mère titulaire du droit de garde à retourner en Israël avec l'enfant sous peine de l'en séparer. Or, la requérante aurait toujours déclaré qu'elle ne retournerait pas en Israël, en raison non seulement de la situation intolérable qui l'avait précisément conduite à en partir en juin 2005, mais aussi du déracinement que cela entraînerait pour elle et pour son enfant et des démêlés judiciaires auxquels elle serait exposée dans ce pays. De plus, étant seule à assumer financièrement la charge de l'enfant, la requérante ne pourrait raisonnablement se voir contrainte d'abandonner son emploi en Suisse. Par ailleurs, l'enfant et sa mère seraient parfaitement intégrés dans le milieu et la vie sociale de Lausanne depuis plus de quatre ans.

110. Les requérants estiment que le risque d'emprisonnement de la mère en cas de retour en Israël est avéré, et que les conséquences civiles d'une



séparation d'avec son fils seraient désastreuses. Ils exposent qu'en vertu de la loi pénale israélienne 5737-1977, la mère encourt des sanctions pénales très sévères; et que, contrairement à ce qu'a indiqué le Tribunal fédéral, elle se verrait très certainement infliger une telle sanction en cas de retour en Israël, ce qui constituerait indubitablement, selon eux comme selon le rapport du médecin expert en date du 16 avril 2007, un traumatisme psychique majeur et une situation intolérable pour l'enfant, auquel on imposerait en pratique une séparation immédiate et douloureuse d'avec sa mère. Les requérants affirment que les conséquences d'une incarcération de la requérante en Israël seraient également désastreuses sur le plan civil pour l'avenir de la mère et du fils. Ils allèguent qu'en pareil cas, Noam, séparé de sa mère incarcérée, ne serait pas non plus confié à son père, en raison des décisions précédemment rendues à l'encontre de celui-ci, de son instabilité et de l'insuffisance de ses ressources. Ils rappellent à ce stade que le père s'est remarié le 1<sup>er</sup> novembre 2005 avec G., dont il a divorcé le 29 mars 2006 alors qu'elle était enceinte; et ils précisent qu'il a ensuite contracté une troisième union et qu'il a de nouveau été poursuivi en 2008, par sa seconde épouse cette fois, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour leur fille.

111. Les requérants soutiennent également que ni les autorités israéliennes ni le gouvernement défendeur n'ont donné de garantie fiable qu'en cas de retour en Israël, la requérante serait à l'abri de sanctions pénales et d'une séparation d'avec son enfant, dont elle a la garde. La lettre produite par le gouvernement défendeur à l'appui de ses observations du 15 février 2008 (annexe 3; paragraphe 40 ci-dessus) ne contiendrait aucun élément permettant d'écarter de façon certaine tout risque de sanction pénale à l'encontre de l'intéressée en cas de retour.

112. Les requérants rappellent également que, dans son rapport d'expertise du 16 avril 2007, le docteur B., médecin expert, tenant compte du fait que la mère excluait un retour en Israël en raison des risques judiciaires auxquels elle serait exposée, a conclu qu'un retour de l'enfant sans sa mère constituerait un traumatisme psychologique majeur, générateur d'une angoisse de séparation extrême et d'un risque important de dépression sévère.

113. Selon les requérants, l'avis exprimé par le Tribunal fédéral et par le gouvernement défendeur dans la présente affaire ne reflète pas ceux du Conseil fédéral, de la doctrine et du Parlement suisse, ni ceux des principales organisations qui ont été consultées avant l'adoption, le 21 décembre 2007, de la nouvelle loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes.

114. Le non-retour de l'enfant en Israël ne porterait pas non plus atteinte au système international de protection institué par la Convention

de La Haye; au contraire, il le renforcerait. Selon les requérants, s'il est vrai que le principe de cet instrument est de renvoyer un enfant déplacé de manière illicite dans l'Etat de sa résidence habituelle avec l'aide des autorités centrales désignées à cette fin, il faut néanmoins souligner que ce principe est assorti d'une exception dans le cas où le retour exposerait l'enfant à un risque grave de danger physique ou psychique et/ou à une situation intolérable (article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye). Par ailleurs, ils rappellent qu'aujourd'hui la Convention de La Haye n'est plus le seul instrument d'appréciation applicable aux procédures de cette nature. Ils soulignent que la Convention relative aux droits de l'enfant fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant. Ainsi, ils estiment que le Tribunal fédéral aurait dû se garder d'écarter l'intérêt supérieur de l'enfant, et qu'à cette fin, il lui fallait, d'une part, rechercher et peser concrètement et objectivement les conséquences d'un éventuel retour du requérant en Israël et, d'autre part, rechercher et décrire, avant de se prononcer, les modalités adéquates et applicables après l'éventuel retour de l'enfant.

115. Quant à la possibilité, pour les parents, de décider ensemble de l'éducation de l'enfant, elle ne serait pas envisageable en l'espèce, du fait de la position radicale adoptée par le père. Les requérants soulignent à ce propos qu'au moment de son mariage avec la requérante, le 16 octobre 2001, M. Shuruk n'avait pas encore adopté un comportement religieux radical. Ce ne serait qu'à partir de l'automne 2003, soit peu de temps après la naissance de l'enfant, que le père aurait choisi, sans tenir compte de l'avis de la mère, de rejoindre un mouvement religieux ultra-orthodoxe, bouleversant ainsi totalement les règles de vie adoptées par les époux au moment de leur union. M. Shuruk ne contesterait d'ailleurs pas avoir rejoint le mouvement juif ultra-orthodoxe «Loubavitch», qui est selon les requérants un «courant mystique et ascétique» traditionnel relevant du judaïsme hassidique, et pratiquant un prosélytisme intense. M. Shuruk ne contesterait pas davantage avoir cherché à imposer à son épouse et à son enfant un mode de vie radical, qui impose par exemple aux femmes de se cacher les cheveux et aux garçons d'être envoyés dès l'âge de trois ans dans des écoles religieuses appelées «Heder». A cet égard, la requérante précise qu'elle n'entend pas couper son fils de ses racines et que, depuis 2006, celui-ci fréquente une garderie laïque municipale un jour par semaine, et une garderie israélienne privée agréée par l'Etat où lui sont enseignés, outre les modules du programme scolaire du canton de Vaud, les principes de base du judaïsme.

116. Enfin, les requérants soutiennent que la protection de l'enfant commande que les autorités de l'Etat requis aient préalablement pris toutes les mesures de précaution nécessaires au retour ordonné. Or ils estiment

qu'il ressort notamment des observations du Gouvernement du 15 février 2008 que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 ne prévoyait aucune modalité d'exécution.

117. Pour ces raisons, les requérants concluent que le retour de l'enfant en Israël constituerait une ingérence injustifiée, dans une société démocratique, dans l'exercice de leur droit au respect de la vie familiale tel qu'il est établi par l'article 8 de la Convention.

β) Le Gouvernement

118. Le Gouvernement estime que si le retour en Israël implique pour la requérante des désagréments qui peuvent être source d'insatisfaction, ceux-ci sont inhérents au système de la Convention de La Haye, dont ils ne sauraient rendre le mécanisme inopérant. Selon le Gouvernement, ce ne serait que si le retour impliquait des violations des droits de l'homme allant au-delà de l'ingérence inhérente au retour prévu par la Convention de La Haye qu'il devrait être déclaré incompatible avec la Convention, hypothèse d'ailleurs prévue à l'article 20 de la Convention de La Haye. De l'avis du Gouvernement, les exceptions au retour de l'enfant doivent être appliquées de manière restrictive si l'on veut éviter que la Convention de La Haye ne devienne lettre morte.

119. Le Gouvernement s'appuie également sur l'arrêt *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, 6 décembre 2007, dans lequel la Cour a précisé que le but de la Convention de La Haye était d'empêcher le parent ravisseur de parvenir à légitimer juridiquement, par le passage du temps jouant en sa faveur, une situation de fait qu'il aurait unilatéralement créée. Dans cette affaire, les autorités nationales auraient notamment souligné que la mère pouvait, contrairement à ce qu'elle soutenait, accompagner son enfant dans l'Etat où il avait sa résidence habituelle, afin d'y faire valoir ses droits. La Cour aurait attaché une importance déterminante à cet élément, la mère pouvant accéder librement au territoire de l'Etat en question et y saisir les juridictions compétentes.

120. Selon le Gouvernement, l'argumentation développée dans les opinions dissidentes en la présente affaire, puis reprise par les requérants dans leur demande de renvoi, n'est pas susceptible de remettre en question le bien-fondé de l'appréciation faite par le Tribunal fédéral et par la chambre. On ne pourrait pas déduire, dans le contexte de la Convention de La Haye, que la bonne intégration sociale de la requérante à Lausanne s'oppose à ce qu'elle accompagne le requérant si celui-ci retournerait en Israël. L'intéressée ayant vécu six ans dans ce pays, il y aurait lieu d'admettre qu'elle y dispose d'un certain réseau social. A cet égard, le Gouvernement souligne que

l'expertise du docteur B. mentionne qu'elle a décidé de s'établir en Israël après y avoir passé des vacances dans sa famille.

121. En ce qui concerne le risque de sanctions pénales, le Gouvernement estime que les opinions dissidentes et la demande de renvoi de la partie requérante ne font apparaître aucun élément nouveau. Il souligne qu'il ressort certes d'une lettre de l'Autorité centrale israélienne remise à la chambre des tutelles par le père de l'enfant que le droit pénal israélien prévoit une peine privative de liberté pour enlèvement d'enfant; mais que des directives du ministère public israélien prévoient que lorsqu'elle est saisie d'une telle affaire, la police transfère le cas à l'Autorité centrale israélienne, qui est chargée de l'application de la Convention de La Haye et qui formule alors des recommandations sur la solution à apporter au cas d'espèce. A cet égard, le Gouvernement rappelle que, selon les directives pertinentes, une procédure pénale ne doit être ouverte que dans des cas très exceptionnels, et que l'Autorité centrale israélienne a indiqué que, dans la présente affaire, elle envisageait de donner pour instruction à la police de clore l'affaire pénale si la requérante se montrait prête à coopérer avec les autorités israéliennes et à respecter le droit de visite accordé au père par le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv et si elle ne disparaissait pas à nouveau avec l'enfant (lettre du 30 avril 2007, jointe aux observations du Gouvernement du 14 août 2009). A cet égard, le Gouvernement estime que le système de la Convention de La Haye est fondé sur la confiance mutuelle des Etats parties à cet instrument, et que si un Etat devait ne pas se conformer aux assurances qu'il donne, il s'exposerait au risque que les autres Etats ne coopèrent plus avec lui de la manière prévue. Ainsi, le Gouvernement considère, comme la chambre, qu'il n'y a pas lieu de douter de la crédibilité des assurances données dans cette lettre et que la requérante ne risque pas de se voir infliger des sanctions pénales (arrêt de chambre, § 90).

122. Le Gouvernement estime encore que, tout au long de la procédure interne, la requérante n'a jamais évoqué le moindre élément concret concernant d'éventuelles conséquences judiciaires auxquelles elle se verrait exposée en cas de retour. Bien au contraire, elle aurait affirmé devant la justice de paix, lors de l'audience du 29 août 2006, qu'elle n'envisageait même pas l'éventualité d'un retour en Israël et qu'elle ignorait ce qu'elle risquerait personnellement si elle retournait dans ce pays.

123. Enfin, le fait que le père du requérant ne s'acquitte pas de ses obligations d'entretien ne s'opposerait pas non plus à ce que l'on puisse raisonnablement attendre de la requérante qu'elle retourne en Israël. De l'avis du Gouvernement, si l'on se place du strict point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant, il serait sans doute préférable pour lui de grandir en

entretenant des contacts avec son père, même si celui-ci ne subvient pas à ses besoins matériels, que sans le connaître.

124. En réponse aux craintes exprimées dans les opinions dissidentes, et reprises par les requérants dans leur demande de renvoi, selon lesquelles, premièrement, toute tentative de la requérante d'exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils serait vouée à l'échec et, deuxièmement, la chambre se serait fiée de manière abstraite à un système juridique dont les principes en matière de droit de la famille diffèrent parfois sensiblement de ceux appliqués en Europe, le Gouvernement renvoie au rapport explicatif de la Convention de La Haye, qui précise que l'une des préoccupations prises en compte lors de la rédaction de la convention a été d'éviter le risque que les décisions rendues en application de cet instrument ne traduisent «des manifestations du particularisme culturel, social, etc., d'une communauté nationale donnée» et donc, au fond, ne portent «des jugements de valeur subjectifs sur l'autre communauté nationale d'où l'enfant vient d'être arraché» (paragraphe 22 du rapport explicatif). De plus, en cas de désaccord quant à l'éducation religieuse d'un mineur, le tribunal attribuant l'autorité parentale se prononcerait en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si les tribunaux israéliens saisis de l'affaire étaient religieux ou laïcs, on ne pourrait faire abstraction du fait qu'ils ont suivi les recommandations de l'assistante sociale en charge du cas et qu'ils ont imposé maintes restrictions au père du requérant, dont le comportement aurait pourtant été lié à ses idées religieuses. Rien ne permettrait donc d'affirmer que ces juridictions n'agiraient pas de manière appropriée en raison du «contexte religieux de l'affaire».

125. Le Gouvernement rappelle également qu'avant le départ des requérants, leur situation familiale était suivie de près par les services sociaux de Tel Aviv et par le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv, lequel a notamment interdit au père de l'enfant de s'approcher de l'appartement de la requérante et de l'école maternelle où se trouvait le requérant, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque façon que ce soit, y compris moralement, et ce en tout lieu, d'utiliser l'appartement où elle vivait, et de porter ou de détenir une arme. Le Gouvernement souligne qu'il n'est pas contesté que le père respectait ces mesures (protocole de l'audience du 29 août 2006 devant la justice de paix).

126. Il ressortirait également d'une lettre adressée par l'Autorité centrale israélienne au Tribunal cantonal que la loi israélienne de 1991 pour la prévention de la violence familiale prévoit des mesures de protection en cas d'allégations de violence dans le cadre de la famille (voir la lettre du 12 mars 2007, annexe 6 aux observations du Gouvernement du 14 août 2009). L'attitude des autorités israéliennes et les mesures prises avant le départ de

la requérante avec son fils démontreraient que les dispositions de cette loi sont appliquées de manière efficace. Dans ces circonstances, et à la lumière des mesures prises par les autorités israéliennes, le Gouvernement estime que l'attitude du père du requérant ne constitue pas un risque au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye.

127. Enfin, le séjour prolongé des requérants en Suisse ne constituerait pas un obstacle à leur retour dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye. Le Gouvernement, s'appuyant à cet égard sur l'arrêt de la chambre, considère en particulier que, compte tenu du jeune âge du requérant, celui-ci ne serait exposé à aucun risque au sens des dispositions pertinentes.

128. Dans la mesure où les requérants ont également critiqué l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 en ce qu'il ne prévoit aucune modalité d'exécution, le Gouvernement rappelle que l'exécution des jugements du Tribunal fédéral relève de la compétence des autorités cantonales. Il précise que l'autorité compétente en l'espèce était la justice de paix du district de Lausanne, qui avait rendu la décision de première instance; que, le 20 août 2007, le père de l'enfant a saisi cette autorité d'une requête tendant à la nomination d'un curateur *ad hoc* pour l'enfant chargé d'organiser son départ conformément à la décision du Tribunal fédéral; et que, la Cour ayant décidé, le 27 septembre 2007, d'accorder l'effet suspensif au cas d'espèce, le père a retiré sa requête le 1<sup>er</sup> octobre 2007. Telles seraient les raisons pour lesquelles, à ce stade, les modalités du retour de l'enfant n'ont pas encore été définies. Le Gouvernement rappelle également que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 16 août 2007, a ordonné le retour de l'enfant en partant du principe que l'on pouvait attendre de la mère qu'elle l'accompagne. De plus, l'organisation du retour relèverait en premier lieu de la responsabilité de la requérante qui, ayant enlevé son fils, se trouverait à l'origine du présent litige. Le Gouvernement expose cependant que, si la requérante avait fait part à l'autorité compétente pour l'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral de craintes concrètes liées à des aspects précis d'un retour en Israël, ladite autorité aurait pu examiner des mesures à même d'y remédier. Enfin, les autorités suisses n'auraient pas examiné plus avant les modalités du retour de l'enfant en raison des mesures provisoires indiquées par la Cour.

129. Le Gouvernement considère que, de toute évidence, en présence d'un séjour d'une durée de plus de quatre ans dans le pays d'accueil, on ne peut plus parler de retour immédiat au sens de la Convention de La Haye; et que, s'il est vrai qu'au moment de l'arrêt du Tribunal fédéral, il était justifié de ne pas tenir compte de l'écoulement du temps, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En d'autres termes, il estime que les autorités compétentes pour l'exécution du retour ont le droit et le devoir d'examiner dans quelles

conditions ce retour pourrait être effectué sans emporter violation des droits des intéressés.

130. Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement est convaincu que les conditions visées à l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye ne sont manifestement pas réunies en l'espèce et que, effectuée dans le respect de cette disposition, la pesée des intérêts en présence, même si elle implique des conséquences difficiles pour la requérante, respecte les exigences de l'article 8 § 2 de la Convention.

*iii. Appréciation de la Cour*

a) Principes généraux

131. La Convention ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international. Il convient en effet, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A n° 18, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 90, CEDH 2001-II, et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI).

132. En matière d'enlèvement international d'enfants, les obligations que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants doivent dès lors s'interpréter notamment en tenant compte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (*Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, § 51, CEDH 2003-V, et *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 95, CEDH 2000-I) et de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (*Maire*, précité, § 72). La Cour s'est, par exemple, à plusieurs reprises inspirée de la Convention de La Haye, en particulier de son article 11, lorsqu'elle a été confrontée à la question de savoir si les autorités judiciaires ou administratives saisies d'une demande de retour d'un enfant ont procédé avec la rapidité et la diligence nécessaires, toute inaction d'une durée qui excède six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation (voir, pour le texte de cette disposition, le paragraphe 57 ci-dessus et, pour des cas d'application, les arrêts *Carlson c. Suisse*, n° 49492/06, § 76, 6 novembre 2008, *Ignaccolo-Zenide*, précité, § 102, *Monory c. Roumanie et Hongrie*, n° 71099/01, § 82, 5 avril 2005, et *Bianchi*, précité, § 94).

133. Toutefois, la Cour doit également tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour

la protection des êtres humains, et de sa propre mission, fixée à l'article 19, consistant à « assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes » à la Convention (voir, parmi d'autres, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 93, série A n° 310). C'est pourquoi elle est compétente pour contrôler la procédure suivie devant les tribunaux internes, en particulier pour rechercher si, dans l'application et l'interprétation de la Convention de La Haye, ceux-ci ont respecté les garanties de la Convention, notamment de son article 8 (dans ce sens *Bianchi*, précité, § 92, et *Carlson*, précité, § 73).

134. Dans ce domaine, le point décisif consiste à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – a été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation dont jouissent les Etats en la matière (*Maumousseau et Washington*, précité, § 62), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (dans ce sens *Gnaboré c. France*, n° 40031/98, § 59, CEDH 2000-IX), comme en atteste d'ailleurs le Préambule de la Convention de La Haye selon lequel « l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde ». L'intérêt supérieur de l'enfant peut, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*ibidem*, et *Haase c. Allemagne*, n° 11057/02, § 89, CEDH 2004-III, ou *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 58, CEDH 2002-I, avec les nombreuses références citées).

135. La Cour note qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (voir, ci-dessus, les multiples références citées dans les paragraphes 49-56, et notamment l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Comme l'indique par exemple la Charte, « tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

136. L'intérêt de l'enfant présente un double aspect. D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne. En conséquence, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille (*Gnaboré c. France*, précité, § 59). D'autre part, il est certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement



sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant (voir, parmi d'autres, *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 50, CEDH 2000-VIII, et *Marsálek c. République tchèque*, n° 8153/04, § 71, 4 avril 2006).

137. La même philosophie se trouve à la base de la Convention de La Haye, qui prévoit en principe le retour immédiat d'un enfant enlevé sauf en cas de risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable (article 13, alinéa premier, lettre b)). En d'autres termes, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est sous-jacente également à la Convention de La Haye. D'ailleurs, certaines juridictions nationales ont expressément intégré cette notion dans l'application du terme «risque grave» au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de cette convention (paragraphes 58-64 ci-dessus). Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que l'article 13 doit être interprété en conformité avec la Convention.

138. Il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique. L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle (voir les lignes directrices du HCR, paragraphe 52 ci-dessus). C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir (voir, par exemple, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A, p. 20, et *Kutzner*, précité, §§ 65-66; voir également *Tiemann c. France et Allemagne* (déc.), nos 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV, *Bianchi*, précité, § 92, et *Carlson*, précité, § 69).

139. En outre, la Cour doit s'assurer que le processus décisionnel ayant conduit les juridictions nationales à prendre la mesure litigieuse a été équitable et qu'il a permis aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits (*Tiemann*, précité, et *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n° 14600/05, CEDH 2005-XIII). Pour ce faire, elle doit vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont

procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine (*Maumousseau et Washington*, précité, § 74).

140. La Cour a déjà eu à examiner la question de savoir si les conditions d'exécution d'une mesure de retour d'un enfant étaient compatibles avec l'article 8 de la Convention. Elle a défini ainsi les obligations incombant aux Etats à cet égard dans l'affaire *Maumousseau et Washington* (arrêt précité, § 83) :

« Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, la Cour rappelle qu'il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. S'agissant de l'obligation pour l'Etat d'arrêter des mesures positives, l'article 8 implique le droit d'un parent – en l'occurrence le père – à des mesures propres à le réunir à son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre (voir, par exemple, *Ignaccolo-Zenide* précité, § 94). Toutefois, cette obligation n'est pas absolue, car il arrive que la réunion d'un parent avec ses enfants ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs. La nature et l'étendue de ceux-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées constituent toujours un facteur important. En outre, lorsque des difficultés apparaissent, dues principalement au refus du parent avec lequel se trouve l'enfant de se soumettre à l'exécution de la décision ordonnant son retour immédiat, il appartient aux autorités compétentes de prendre les mesures adéquates afin de sanctionner ce manque de coopération et, si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas, en principe, souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant (*Maire* précité, § 76). Enfin, dans ce genre d'affaire, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre: les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale, y compris l'exécution de la décision rendue à leur issue, appellent en effet un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. La Convention de La Haye le reconnaît d'ailleurs, en prévoyant un ensemble de mesures tendant à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus de façon illicite dans tout Etat contractant. Aux termes de l'article 11 de cette convention, les autorités judiciaires ou administratives saisies doivent ainsi procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant, tout retard pour agir dépassant six semaines pouvant donner lieu à une demande d'explication (*Maire* précité, § 74). »

β) Application de ces principes au cas d'espèce

141. La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté à un risque grave de danger psychique, au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye, en cas de retour en Israël. En revanche, elle est compétente pour

rechercher si les tribunaux internes, dans l'application et l'interprétation des dispositions de cette convention, ont respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

142. La Cour note que les juridictions nationales saisies du dossier n'ont pas été unanimes quant à la suite à lui donner. Ainsi, le 29 août 2006, le juge de paix du district de Lausanne rejeta la requête du père tendant au retour de l'enfant, estimant qu'il se trouvait dans un cas d'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye (paragraphe 36 ci-dessus). Le 22 mai 2007, cette décision fut confirmée en substance par la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud (paragraphe 41 ci-dessus). En revanche, le 16 août 2007, le Tribunal fédéral admit le recours du père et ordonna le retour de Noam. Selon lui, on chercherait en vain dans le jugement cantonal la preuve d'un risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant, dans l'hypothèse – acceptable, d'après le Tribunal – où la mère rentrerait en Israël (paragraphe 44 ci-dessus). Enfin, le 29 juin 2009, le président du tribunal d'arrondissement de Lausanne prit une ordonnance de mesures provisionnelles fixant le domicile de Noam chez sa mère à Lausanne, suspendant le droit de visite du père sur son fils et attribuant à titre exclusif l'autorité parentale à la mère. Il observa notamment que ni le père ni son avocat ne s'étaient jamais présentés aux audiences devant ce tribunal et estima que, dès lors, le père s'était désintéressé de la cause (paragraphe 47 ci-dessus).

143. Par ailleurs, plusieurs rapports d'expertise ont conclu à l'existence d'un danger pour l'enfant en cas de retour en Israël. D'après le premier, rendu le 16 avril 2007 par le docteur B., le retour de l'enfant en Israël avec sa mère l'aurait exposé à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à la mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant. Quant au retour de l'enfant sans sa mère, il l'aurait également exposé à un danger psychique majeur (paragraphe 37 ci-dessus). Le second rapport, établi le 23 février 2009 par le docteur M.-A., conclut au fait qu'un retour brutal de Noam en Israël sans sa mère constituerait un traumatisme important et une perturbation psychologique grave pour l'enfant (paragraphe 46 ci-dessus).

144. Il semble donc qu'aux yeux des juridictions et experts nationaux, en tout état de cause seul un retour de Noam avec sa mère soit envisageable. Même le Tribunal fédéral, seule juridiction nationale à avoir ordonné le retour de l'enfant, a fondé sa décision sur la considération qu'en l'absence

de motifs qui justifieraient objectivement un refus de la mère de rentrer en Israël, on pouvait raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne dans cet Etat avec l'enfant. Il convient dès lors de déterminer si cette conclusion se justifie sur le terrain de l'article 8, c'est-à-dire si le retour forcé de l'enfant, accompagné de sa mère, qui semble pourtant exclure cette éventualité, représenterait une ingérence proportionnée dans le droit au respect de la vie familiale de chacun des requérants.

145. Même si des doutes à ce sujet peuvent paraître justifiés, la Cour est prête à admettre qu'en l'espèce, la mesure en question entre encore dans la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière. Toutefois, pour juger du respect de l'article 8, il convient de tenir compte aussi des développements qui se sont produits depuis l'arrêt du Tribunal fédéral ordonnant le retour de l'enfant (voir, *mutatis mutandis*, *Sylvester c. Autriche*, nos 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003). La Cour doit en effet se placer au moment de l'exécution de la mesure litigieuse (voir, *mutatis mutandis*, *Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, § 91, CEDH 2008). Si celle-ci intervient un certain temps après l'enlèvement de l'enfant, cela peut affecter notamment la pertinence en la matière de la Convention de La Haye, qui est essentiellement un instrument de nature procédurale, et non un traité relatif à la protection des droits de l'homme, protégeant les individus de manière objective. D'ailleurs, selon l'article 12, alinéa deuxième, de cette convention, l'autorité judiciaire ou administrative saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa premier doit certes ordonner le retour de l'enfant, mais à condition qu'il ne soit pas établi que celui-ci s'est intégré dans son nouveau milieu (voir, dans ce sens, *Koons c. Italie*, n° 68183/01, §§ 51 et suiv., 30 septembre 2008).

146. La Cour estime qu'elle peut s'inspirer ici, *mutatis mutandis*, de sa jurisprudence sur l'expulsion des étrangers (*Maslov*, précité, § 71, et *Emre c. Suisse*, n° 42034/04, § 68, 22 mai 2008) en vertu de laquelle, pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'expulsion visant un mineur intégré dans le pays d'accueil, il y a lieu de prendre en compte son intérêt et son bien-être, en particulier la gravité des difficultés qu'il est susceptible de rencontrer dans le pays de destination, ainsi que la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte, d'une part, et avec le pays de destination, d'autre part. Entre également en ligne de compte la gravité des difficultés que l'un des membres de la famille de la personne menacée de l'expulsion risque de rencontrer dans le pays vers lequel elle doit être expulsée (dans ce sens *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, § 57, CEDH 2006-XII).

147. S'agissant de Noam, la Cour note qu'il a la nationalité suisse et qu'il est arrivé dans le pays en juin 2005, à l'âge de deux ans. Il y vit depuis

lors sans interruption. Aux dires des requérants, il y est parfaitement intégré et y fréquente depuis 2006 une garderie laïque municipale et une garderie israélite privée agréée par l'Etat. Par ailleurs, il est scolarisé en Suisse et parle le français (voir l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juin 2009, paragraphe 47 ci-dessus). Même s'il est vrai qu'à son âge la faculté d'adaptation est encore grande, le fait d'être une nouvelle fois déraciné de son milieu habituel aurait sans doute des conséquences graves pour lui, en particulier s'il rentrait seul, comme cela ressort des rapports médicaux. Son retour en Israël ne saurait donc être considéré comme bénéfique.

148. Dès lors, le trouble important que le retour forcé du requérant risque de provoquer dans son esprit doit être pesé par rapport au bénéfice qu'il est susceptible d'en retirer. A cet égard, il y a lieu de relever, avec le tribunal d'arrondissement, que des restrictions avaient été imposées par les tribunaux israéliens, dès avant l'enlèvement de l'enfant, au droit de visite du père, lequel ne fut plus autorisé à le voir que deux fois par semaine, sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv (paragraphe 47 ci-dessus). Par ailleurs, selon les requérants, non contredits par le Gouvernement, le père de Noam se serait remarié le 1<sup>er</sup> novembre 2005 et aurait divorcé quelques mois plus tard seulement, alors que sa nouvelle épouse était enceinte. Il aurait ensuite contracté une troisième union. Il aurait à nouveau été poursuivi en 2008, par sa deuxième épouse cette fois, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour sa fille. La Cour doute que de telles circonstances, à les supposer avérées, soient bénéfiques au bien-être et au développement de l'enfant.

149. Quant aux inconvénients qu'un retour représenterait pour la mère, elle pourrait être exposée à un risque de sanctions pénales, dont l'ampleur reste toutefois à déterminer. Les requérants ont invoqué devant la Cour la lettre de l'Autorité centrale israélienne, du 30 avril 2007, dont il ressort que l'éventuelle renonciation par les autorités israéliennes à des poursuites pénales serait soumise à plusieurs conditions liées au comportement de la requérante (paragraphe 40 ci-dessus). Dans ces conditions, de telles poursuites, qui le cas échéant pourraient donner lieu à une peine d'emprisonnement, ne sont pas à exclure entièrement (voir, *a contrario*, *Paradis et autres c. Allemagne*, n° 4783/03 (déc.), 15 mai 2003). Il est évident qu'un tel scénario ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour lequel la requérante représente sans doute la seule personne de référence.

150. Aussi le refus de la mère de retourner en Israël n'apparaît-il pas entièrement injustifié. Possédant la nationalité suisse, elle a le droit de rester dans ce pays. A supposer même qu'elle consente à retourner en Israël, se pose la question de savoir qui prendrait en charge l'enfant dans l'hypothèse

où la requérante serait poursuivie, puis incarcérée. Il est permis de douter des capacités du père de le faire, compte tenu de son passé et du caractère limité de ses ressources financières. Il n'a jamais habité seul avec l'enfant et ne l'a pas vu depuis son départ.

151. En conclusion, et à la lumière de toutes ces considérations, notamment des changements ultérieurs dans la situation des intéressés, indiqués en particulier dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juin 2009, la Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. Quant à la mère, elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale si elle était contrainte de rentrer en Israël. En conséquence, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour en Israël du second était exécutée.

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

152. La chambre a considéré que le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention devait être considéré comme constituant l'un des points essentiels du grief tiré de l'article 8 et qu'il n'y avait pas lieu de l'examiner séparément (arrêt de chambre, § 104).

153. La Grande Chambre juge opportun de confirmer cette conclusion, et constate d'ailleurs que les parties ne l'ont pas contestée devant elle.

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

154. 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**

155. Les requérants ne demandent aucune somme au titre du dommage matériel. Ils estiment que le constat éventuel de violation de l'article 8 suffirait à réparer le préjudice moral subi.

156. La Cour partage l'avis des requérants et conclut qu'aucun montant n'est dû au titre du dommage.

#### **B. Frais et dépens**

157. Au titre des frais et dépens, les requérants demandent que leur soit allouée la somme globale de 53 625 euros (EUR), qui se décompose comme

suit: 18 158,81 EUR pour la procédure interne, 13 112,92 EUR pour la procédure devant la chambre, et 22 353,27 EUR pour la procédure devant la Grande Chambre.

158. Le Gouvernement rappelle que les questions transmises par la chambre ne concernent qu'une partie des griefs soulevés. Dès lors, il estime que si la Cour devait constater une violation des droits des requérants, un montant total de 10 000 francs suisses (CHF) (environ 6 667 EUR) serait approprié en l'espèce au titre des frais et dépens engagés dans la procédure devant les instances internes et devant la chambre. En ce qui concerne la procédure devant la Grande Chambre, le Gouvernement considère qu'une somme de 7 000 CHF (environ 4 667 EUR) serait un montant approprié.

159. La Cour rappelle que lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder aux requérants le remboursement des frais et dépens qu'ils ont engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation (*Zimmermann et Steiner c. Suisse*, 13 juillet 1983, § 36, série A n° 66, et *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 63, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI). Il faut aussi que se trouvent établis la réalité de ces frais, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, § 30, CEDH 1999-V, et *Linnekogel c. Suisse*, n° 43874/98, § 49, 1<sup>er</sup> mars 2005).

160. Eu égard à ce qui précède, la Cour note que seul le grief tiré de l'article 8 a en l'espèce abouti à un constat de violation de la Convention. Le surplus de la requête est irrecevable. De surcroît, il n'est pas certain que les prétentions des requérants soient suffisamment étayées pour satisfaire entièrement aux exigences de l'article 60 § 2 du règlement de la Cour. En tout état de cause, elles s'avèrent exagérées, notamment pour ce qui est du montant demandé pour la procédure devant la Grande Chambre. L'enlèvement de Noam ayant déjà été examiné en détail par les instances internes et par la chambre, la Cour n'est pas convaincue que la procédure devant la Grande Chambre, en particulier l'audience du 7 octobre 2009, ait nécessité l'assistance de cinq avocats, pour un coût total de 21 456 EUR.

161. Compte tenu des éléments en sa possession et des critères dégagés dans sa jurisprudence, la Cour octroie aux requérants conjointement la somme globale de 15 000 EUR au titre des frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme par les requérants à titre d'impôt.

### C. Intérêts moratoires

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par seize voix contre une, que, dans l'éventualité de la mise à exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention ;
3. *Dit*, à l'unanimité,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants conjointement, dans les trois mois, la somme de 15 000 EUR (quinze mille euros), pour frais et dépens, à convertir en francs suisses au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme par les requérants à titre d'impôt ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 6 juillet 2010.

Vincent Berger  
Jurisconsulte

Jean-Paul Costa  
Président

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

- opinion concordante du juge Lorenzen, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva ;
- opinion concordante du juge Cabral Barreto ;
- opinion concordante du juge Malinverni ;
- opinion séparée commune aux juges Jočienė, Sajó et Tsotsoria ;
- opinion dissidente du juge Zupančič.

J.-P.C.  
V.B.



OPINION CONCORDANTE DU JUGE LORENZEN,  
À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE KALAYDJIEVA

*(Traduction)*

J'ai voté avec la majorité en faveur de la violation en cas d'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007, et je souscris en partie au raisonnement qui a abouti au constat de violation. Cependant, je souhaiterais ajouter quelques observations personnelles relatives en particulier à un point sur lequel je ne partage pas l'opinion exprimée dans l'arrêt.

Je tiens tout d'abord à souligner que je suis entièrement d'accord avec la majorité sur le fait que la Convention de La Haye est applicable en l'espèce et que la requérante a agi de manière « illicite » au sens de cet instrument en emmenant son enfant en Suisse sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire d'une juridiction israélienne. Il est donc clair que cette affaire doit être appréciée à partir du fait que l'enfant devait être renvoyé en Israël en vertu de l'article 12 de la Convention de La Haye, à moins que les conditions justifiant de ne pas le faire énoncées à l'article 13 soient réunies. Je souscris totalement à ce qui est exposé au paragraphe 141 de l'arrêt : la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté, en cas de retour, à un risque grave de danger psychique au sens de cet article. Les juridictions nationales, qui se trouvent au contact direct des protagonistes, sont mieux placées pour procéder à cette appréciation et doivent se voir accorder une marge d'appréciation raisonnable. Toutefois, il appartient à la Cour de rechercher si l'application qui a été faite de la Convention de La Haye a respecté les garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le retour en Israël du second requérant sans sa mère l'exposerait à un risque grave de danger psychique. Ce point a été reconnu par toutes les juridictions suisses qui ont eu à connaître de l'affaire, et même par le père de l'enfant. Le gouvernement défendeur lui-même l'a admis. Il me semble donc que la Cour peut considérer ce risque comme un fait établi sans procéder à un examen complémentaire.

Cependant, l'arrêt du Tribunal fédéral repose sur le postulat que « l'on peut raisonnablement attendre de [la première requérante] [qu'elle] accompagne l'enfant en Israël ». De même, la Chambre a estimé qu'il fallait « examiner si le retour en Israël [était] envisageable pour la mère », et elle a conclu que, celle-ci « n'invoquant pas d'autres motifs qui l'empêcheraient de vivre en Israël, [on pouvait] raisonnablement attendre d'elle qu'elle regagne ce pays » (paragraphe 88 de l'arrêt de chambre).

Ces conclusions n'emportent pas mon adhésion et je ne trouve pas que la majorité les ait traitées de manière convaincante, et ce pour les raisons suivantes :

La Convention de La Haye s'applique aux enlèvements illicites d'enfants, et pose en pareil cas une obligation pour les parties contractantes de garantir le retour rapide de ces enfants dans leur Etat d'origine. On ne saurait l'interpréter comme obligeant le parent – ou toute autre personne responsable de l'enlèvement – à retourner lui aussi dans le pays en question. A ma connaissance, aucune autre loi suisse n'impose non plus pareille obligation. En retenant une telle application de la Convention de La Haye, on créerait en réalité la possibilité de « condamner » un individu à vivre hors de son pays d'origine pendant de nombreuses années, avec toutes les complications que cela comporte, au simple motif que l'on estime de l'intérêt supérieur de l'enfant de pouvoir voir son autre parent. A mon avis, une telle démarche se heurterait à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit notamment le droit au respect de la vie privée, ainsi qu'à l'article 2 du Protocole n° 4, qui garantit la liberté de circulation (voir par exemple, *mutatis mutandis*, *Riener c. Bulgarie*, n° 46343/99, 23 mai 2006, et *Gotchev c. Bulgarie*, n° 34383/03, 26 novembre 2009). En conséquence, je considère qu'il est inutile, aux fins de la décision à prendre eu égard à la Convention de La Haye, d'examiner, comme cela a été fait dans la présente affaire, le point de savoir si une personne a des motifs pertinents de ne pas vivre dans un pays donné – de plus, je trouve déplacé de procéder à un tel examen, car la seule personne qui puisse raisonnablement trancher cette question est l'intéressé lui-même. Il est frappant que le Tribunal fédéral et la chambre de la Cour aient conclu que l'on pouvait raisonnablement attendre de la première requérante qu'elle retourne en Israël alors même que le tribunal des affaires familiales israélien avait indiqué dans sa décision du 27 mars 2005 que l'intéressée « n'avait pas d'attaches dans ce pays » (paragraphe 27 de l'arrêt).

A mon avis, le fait que la première requérante ait agi de manière « illicite » au sens de la Convention de La Haye n'a d'importance que pour déterminer s'il pouvait exister en vertu de cet instrument une obligation de retour de l'enfant. A cet égard, il ne faut pas oublier qu'en réalité, la requérante a d'abord fait ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle dans la situation à laquelle elle se trouvait confrontée, c'est-à-dire qu'elle a demandé aux juridictions israéliennes de lever l'interdiction de sortie du territoire de son enfant. Or les juges ont rejeté sa demande sans paraître tenir compte de sa situation personnelle ni de l'intérêt supérieur de l'enfant. La réaction de l'intéressée face aux conséquences de ce refus catégorique est donc

compréhensible, même si elle était « illicite » au sens de la Convention de La Haye.

Cela étant dit, il me semble que le Tribunal fédéral n'a pas imposé à la requérante l'obligation juridique de s'installer en Israël, et qu'il ne pouvait d'ailleurs pas le faire. Dès lors, celle-ci ne pouvait se voir opposer directement l'arrêt du Tribunal si elle refusait de quitter la Suisse; et le flou subsiste quant au point de savoir si, en ce cas, l'arrêt en question aurait pu être exécuté quant à ses autres dispositions, puisqu'il reposait sur le postulat que la mère accompagnerait l'enfant. Il semble plutôt que l'intention des juges dans cette partie de leur raisonnement était de faire pression moralement sur la première requérante pour qu'elle retourne en Israël avec le second requérant. Je vois mal comment un tribunal pourrait prétendre fonder une décision de cette sorte sur des considérations d'ordre moral, sans aucune base légale. Quoi qu'il en soit, cette démarche a eu pour conséquence malheureuse, en l'espèce, d'éviter au Tribunal fédéral de tirer la conclusion qui s'imposait, à savoir que le retour de l'enfant sans sa mère ne se justifiait pas en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye. Il n'est pas question ici de sous-entendre que le Tribunal s'est délibérément appuyé sur ce raisonnement pour contourner l'article 13. Au contraire, je suis convaincu que tel n'était pas le cas, et que les juges étaient animés de l'intention de faire appliquer les obligations découlant de la Convention de La Haye. J'estime cependant qu'ils ont mal interprété cet article, de sorte qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'exécution de l'arrêt qu'ils ont rendu le 16 août 2007, quelle que puisse être l'évolution ultérieure de la situation des requérants.

Dans le souci d'éviter tout malentendu quant aux raisons qui motivent cette opinion séparée, je voudrais encore ajouter ceci: je tiens à ce qu'il soit bien clair qu'il n'est nullement dans mon intention de remettre en cause la Convention de La Haye, qui est un instrument international extrêmement important pour la lutte contre les enlèvements d'enfant, ou son application dans la jurisprudence de la Cour jusqu'à présent. Cependant, je considère que les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, dans la mesure où nul ne conteste qu'il était clairement dans l'intérêt supérieur du second requérant de rester avec sa mère, quel que soit le pays où celle-ci résiderait. Je ne me rappelle pas avoir vu d'autres cas portés devant la Cour dans lesquels le retour de l'enfant ait été ordonné en pareilles circonstances. Dès lors, refuser le retour du second requérant dans cette affaire ne porte nullement atteinte à l'application normale de la Convention de La Haye.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE CABRAL BARRETO

Si je suis d'accord pour dire qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention en cas d'exécution de la décision ordonnant le retour en Israël du second requérant, j'aimerais ajouter les remarques suivantes.

1. Que ce soit le Tribunal fédéral suisse ou le gouvernement suisse, nul ne préconise le retour du requérant sans tenir compte de sa situation spéciale.

Le Tribunal fédéral a toujours admis que le retour du requérant se ferait avec sa mère et considéré cet élément comme une condition *sine qua non* :

«A supposer que ce risque [risque d'emprisonnement de la mère à son arrivée en Israël] soit avéré, on ne pourrait attendre de celle-ci qu'elle rentre en Israël avec l'enfant – ce qui exclurait par conséquent le retour de [l'enfant] au vu du danger psychique majeur auquel l'exposerait la séparation d'avec sa mère.» (paragraphe 44)

A son tour, le Gouvernement a précisé que «les autorités compétentes pour l'exécution du retour ont le droit et le devoir d'examiner dans quelles conditions ce retour pourrait être effectué sans emporter violations des droits des intéressés» (paragraphe 129).

2. Il est accordé beaucoup de poids dans l'arrêt au risque pour la mère d'être poursuivie, puis incarcérée (paragraphe 150).

Comme tous, je suis d'accord pour dire que ce risque rend le retour inenvisageable.

Il faut donc écarter ce risque, ce qui me semble possible avec des garanties sûres des autorités israéliennes compétentes assurant aux autorités suisses et à la mère que celle-ci ne sera pas poursuivie pour l'enlèvement de l'enfant.

3. Mais cela ne me suffit pas.

Pour moi, il faut aussi que le retour et le séjour de l'enfant et de sa mère en Israël se déroulent dans une ambiance sereine et propice à leur bien-être.

Il faut ainsi que soient réunies un certain nombre de conditions, telles qu'un logement approprié pour la mère et pour son fils et un travail adéquat pour la mère.

De plus, la mère doit avoir la possibilité d'entamer une procédure de révision en ce qui concerne l'autorité parentale et le droit de visite du père.

4. Enfin, je crains que le non-retour de l'enfant en Israël puisse avoir des conséquences néfastes pour son avenir : Israël reste son pays de naissance, c'est là que se trouvent ses racines, et sa situation par rapport à son pays demeure irrégulière.

5. Avec toutes les précautions que j'ai énoncées, et d'autres qui peut-être m'échappent, je serais prêt à admettre que le retour du requérant n'emporterait pas violation de l'article 8 de la Convention.

6. Je ne peux pas accepter que le passage du temps suffise pour transformer une situation « illicite » en situation « licite ».

Je ne veux pas entériner le comportement de la requérante et, en quelque sorte, justifier les enlèvements d'enfants dont les auteurs parviennent à résister aux démarches juridiques pendant que le temps s'écoule.

Je déplore tout ce qui pourrait être vu comme une sorte d'acceptation des conduites qui ont pour conséquence de rendre lettre morte la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE MALINVERNI

Le 8 janvier 2009, j'ai dit avec la majorité des juges de la chambre que le retour de Noam en Israël n'emporterait pas violation de l'article 8. Aujourd'hui, j'affirme, toujours avec la majorité, que les droits garantis par cette disposition seraient violés dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour du second en Israël était mise à exécution.

Je me dois de donner quelques explications sur les raisons qui m'ont conduit à voir aujourd'hui cette affaire sous un jour différent et à revenir sur ma position antérieure. Ces raisons tiennent à plusieurs facteurs, tous postérieurs à l'arrêt rendu par la chambre.

1. Le but de la Convention de La Haye est d'empêcher que le parent ravisseur ne parvienne à légitimer par le passage du temps, qui joue en sa faveur, une situation illicite qu'il a créée de manière unilatérale. Il faut toutefois reconnaître que plus un enlèvement dure, plus il devient difficile d'exiger le retour de l'enfant, car la situation créée par l'enlèvement se consolide avec le passage du temps.

Comme l'a affirmé la Cour dans un arrêt récent,

« dans ce genre d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre. Les procédures relatives au retour d'un enfant enlevé (...) exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre l'enfant et celui des parents qui ne vit pas avec lui ». <sup>1</sup>

Il s'agit donc, en d'autres termes, une fois les conditions d'application de la Convention de La Haye réunies, de revenir au plus vite au *statu quo ante*, en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites.

Il convient de noter à cet égard que la Convention de La Haye elle-même exige, en son article 11, que les autorités judiciaires ou administratives saisies procèdent d'urgence au retour de l'enfant, toute inaction dépassant six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation.

Quant à l'article 12, il dispose que lorsqu'un enfant a été déplacé et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir de ce déplacement, l'autorité saisie doit ordonner son retour immédiat (alinéa premier). Lorsqu'une période de plus d'un an s'est écoulée depuis le jour du déplacement, l'autorité doit également ordonner le retour de l'enfant, à moins toutefois qu'il ne soit établi que celui-ci s'est intégré dans son nouveau milieu (alinéa deuxième).

Noam est né le 10 juin 2003. Il est arrivé en Suisse le 24 juin 2005, alors qu'il était âgé de deux ans et quelques jours. L'Autorité centrale israélienne

1. *Macready c. République tchèque*, n<sup>os</sup> 4824/06 et 15512/08, 22 avril 2010, non encore définitif au moment de l'adoption du présent arrêt.

n'a été en mesure de le localiser que le 21 mai 2006, et le ministère israélien de la Justice a adressé à l'Office fédéral de la justice à Berne le lendemain une requête tendant au retour de l'enfant.

La procédure judiciaire en Suisse a commencé le 8 juin 2006, lorsque le père de Noam a saisi la justice de paix du district de Lausanne afin que celle-ci ordonne le retour de l'enfant en Israël. Elle a pris fin par un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 16 août 2007 et notifié à l'avocat de la requérante le 21 septembre 2007. Dans cet arrêt, la haute juridiction ordonnait à la mère de Noam d'assurer son retour en Israël avant la fin du mois de septembre 2007.

L'enfant avait alors à peu près quatre ans et trois mois. Il en avait passé environ deux en Suisse et tout autant en Israël.

La chambre de la Cour a rendu son arrêt le 8 janvier 2009 et la Grande Chambre le 2 juin 2010.

Noam est aujourd'hui âgé de sept ans, dont deux passés en Israël et cinq en Suisse.

Je suis d'avis qu'après l'écoulement d'un tel laps de temps, le rétablissement du *statu quo ante* n'est tout simplement plus envisageable.

2. La chambre avait admis que l'on pouvait exiger de la mère qu'elle retourne en Israël avec son fils. L'intéressée y avait vécu pendant six ans, et on pouvait supposer qu'elle y disposait encore d'un certain réseau social. S'agissant du risque qu'elle soit condamnée à une peine d'emprisonnement en cas de retour en Israël, la chambre s'était fiée aux assurances qui avaient été données par les autorités israéliennes. Or il semblerait que l'éventuelle renonciation par lesdites autorités à des poursuites pénales serait soumise à plusieurs conditions liées au comportement de la requérante. On ne peut donc pas considérer que la lettre de l'Autorité centrale israélienne datée du 30 avril 2007 contient des assurances fermes selon lesquelles la requérante n'encourrait aucune sanction pénale. Se pose dès lors la question de savoir qui prendrait en charge l'enfant dans l'hypothèse où sa mère serait poursuivie puis incarcérée.

3. La chambre avait estimé que le déplacement de Noam en Suisse était illicite parce que le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (*guardianship*), qui comprend, selon le droit israélien, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (article 5 de la Convention de La Haye). La mère ne pouvait donc pas décider seule du lieu où résiderait son fils. En outre, ce déplacement rendait illusoire, en pratique, le droit de visite qui avait été accordé au père. Le but même d'un éventuel retour de Noam en Israël était donc de lui permettre de connaître son père et d'avoir des relations avec lui.

La chambre avait accordé un certain poids au rapport du docteur B., pédopsychiatre, selon lequel il existait un risque important que Noam soit perturbé à l'adolescence en l'absence de figure d'identification paternelle, surtout lorsqu'il apprendrait dans quelles circonstances il avait été séparé de son père.

Il ressort toutefois de l'ordonnance du 29 juin 2009, rendue après l'arrêt de la chambre, qui est la décision judiciaire nationale la plus récente dans cette affaire, et contre laquelle les parties n'ont apparemment pas interjeté appel, que le domicile actuel du père est inconnu, qu'il n'a jamais cherché à voir son fils depuis que l'enfant est en Suisse et qu'il semble désormais se désintéresser de la cause. D'ailleurs, selon les requérants, non contredits par le gouvernement, le père se serait remarié le 1<sup>er</sup> novembre 2005 pour divorcer quelques mois plus tard seulement, alors que sa nouvelle épouse était enceinte. Il aurait ensuite contracté une troisième union et aurait été poursuivi en 2008, par sa deuxième épouse, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour sa fille.

4. Enfin, une dernière raison m'a conduit à revoir ma position : il s'agit de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2009, donc postérieurement à l'arrêt du Tribunal fédéral et à celui de la chambre. L'article 5 de cette loi vise à concrétiser l'exception prévue à l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye, en raison des difficultés d'interprétation de cette disposition qu'ont rencontrées les autorités suisses chargées de son application.

Intitulé « Retour et intérêt de l'enfant », cet article dispose notamment que l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'article 13 alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye dans les hypothèses suivantes :

a) D'abord, lorsque le placement de l'enfant auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans son intérêt. Cette condition me paraît réalisée dans le cas d'espèce, au vu de la personnalité du père de Noam, telle qu'elle ressort de plusieurs passages de l'arrêt. Il est d'ailleurs permis de douter des capacités du père à s'occuper de l'enfant, compte tenu de son passé et du caractère limité de ses ressources financières. Il n'a jamais habité seul avec son fils et ne l'a jamais revu depuis son départ d'Israël.

b) Ensuite, lorsque le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui. Cette condition me paraît elle aussi réalisée. Comme l'observe la Cour à juste titre, le refus de la mère de retourner en Israël n'apparaît pas entièrement injustifié. Ayant la nationalité suisse, elle a le droit de rester en Suisse. A supposer même qu'elle consente à



retourner en Israël, il se poserait la question de savoir qui prendrait l'enfant en charge dans l'hypothèse où elle serait incarcérée (paragraphe 150 de l'arrêt).

En conclusion, c'est donc principalement le passage du temps, conjugué avec la découverte du véritable visage du père de Noam, qui m'a conduit à modifier mon appréciation des enjeux dans cette affaire, et à conclure que le retour de l'enfant en Israël ne serait pas dans son intérêt.

OPINION SÉPARÉE COMMUNE  
AUX JUGES JOČIENĚ, SAJÓ ET TSOTSORIA

(Traduction)

1. Nous sommes d'accord avec la majorité pour dire qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention en cas d'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007.

Nous considérons de surcroît qu'un retour en Israël opéré conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral (qui ordonne à la mère de renvoyer son fils dans ce pays sans conditions supplémentaires) aurait emporté violation de l'article 8 de la Convention parce que le Tribunal n'a pas tenu dûment compte, dans son application de la Convention de La Haye, des droits des requérants protégés par cet article.

2. La première requérante ayant agi de manière « illicite » au sens de la Convention de La Haye en enlevant son enfant et en l'emmenant en Suisse sans l'autorisation des juridictions israéliennes, il s'ensuit que cet instrument est applicable en l'espèce.

3. La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes dans l'exercice de leurs responsabilités (voir, parmi d'autres arrêts, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A, et *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 65, CEDH 2002-I). Cela étant, nous sommes entièrement d'accord avec la majorité pour dire que la Cour est compétente pour déterminer si, dans leur application et leur interprétation des dispositions de la Convention de La Haye, les juridictions internes ont bien veillé au respect des garanties consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme, et en particulier celles posées à l'article 8 (paragraphe 133 de l'arrêt). La question qui se pose en l'espèce est donc de savoir si le Tribunal fédéral suisse a bien respecté les garanties de l'article 8 à l'égard des deux requérants lorsqu'il a décidé et ordonné le retour contraint du second requérant en Israël.

4. Lorsqu'il a examiné l'affaire sous l'angle de l'article 13 de la Convention de La Haye, le Tribunal fédéral a estimé que « [l]es exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la [Convention de La Haye] [devaient] être interprétées de manière *restrictive* », et il a précisé que « le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal » et que « [s]euls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents (...) » (extraits de l'arrêt suisse cité au paragraphe 44 de l'arrêt de la Cour, soulignements ajoutés). Or il était tenu de veiller au respect des garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (paragraphe 133). La gravité du risque

doit s'interpréter en accord avec la Convention européenne et à la lumière de ses dispositions. L'intérêt d'ordre public consistant à veiller à ce qu'un comportement illégal ne procure à son auteur aucun avantage ne saurait exclure les autres considérations relatives à la protection des droits individuels, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Convention de La Haye elle-même permet, par son article 13, cette approche mesurée.

Pour bien appliquer l'article 13 de la Convention de La Haye, il aurait fallu tenir dûment compte des droits protégés par l'article 8, en gardant à l'esprit que dans ce contexte, il ne peut être ménagé de juste équilibre qu'en accordant une importance primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, lorsqu'une autorité nationale doit annuler les effets nuisibles du déplacement ou du non-retour illicites d'un enfant, elle doit tenir compte des conséquences qu'aurait le retour de celui-ci; en d'autres termes, elle doit appliquer la Convention de La Haye en se tournant vers l'avenir. Une conception restrictive de la notion de risque grave peut faire obstacle à un examen mesuré. De plus, l'application de l'article 13 de la Convention de La Haye appelle une analyse complète, comme le suggère l'alinéa premier, lettre b), de cette disposition, qui commande expressément d'éviter de placer l'enfant, par son retour, dans une « situation intolérable ».

Nous estimons que, du fait de l'interprétation restrictive qu'il a retenue, le Tribunal fédéral n'a pas accordé le poids qu'il fallait aux intérêts et aux droits protégés par l'article 8, combinés avec d'autres droits garantis par la Convention (en particulier le droit de M<sup>me</sup> Neulinger à la dignité en tant que personne autonome).

5. Le Tribunal fédéral n'a pas avancé de motifs raisonnables pour justifier son rejet de l'expertise du docteur B., qui avait été ordonnée et admise par le tribunal du canton de Vaud. Selon cette expertise, le retour de l'enfant en Israël *avec* sa mère l'aurait exposé à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à la mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant (paragraphe 37). Les juges n'ont pas non plus examiné l'impact du caractère limité des droits de visite du père et du préjudice financier potentiel. Or ce sont là des facteurs qu'il est extrêmement important de prendre en compte lorsqu'on applique l'article 8, même lorsqu'il s'agit de décider du retour d'un enfant ayant fait l'objet d'un déplacement illicite. Bien entendu, compte tenu de la nature particulière de la situation, le poids respectif des différents facteurs (par exemple, celui de l'ordre public lié à la dissuasion de l'idée de l'enlèvement) diffère de ce qui s'applique dans les affaires « ordinaires » de placement d'enfants. Les juridictions nationales, qui se trouvent au *contact direct* des

intéressés, sont mieux placées pour procéder à cette appréciation et doivent se voir accorder une marge d'appréciation raisonnable.

6. L'arrêt de la Grande Chambre expose un certain nombre de considérations que la Cour juge pertinentes *aujourd'hui* pour apprécier le respect de l'article 8. Le raisonnement de la majorité indique que dans l'application de la Convention de La Haye, l'article 8 de la Convention appelle une approche tournée vers le futur, qui serve l'intérêt supérieur de l'enfant.

Nous considérons que, dans leur écrasante majorité, ces considérations étaient déjà applicables le 16 août 2007. En particulier, la Cour mentionne l'intégration du second requérant dans son nouvel environnement (paragraphe 145) et la gravité des difficultés que sa mère et lui seraient susceptibles de rencontrer dans le pays de destination (paragraphe 146). Or en 2007, l'enfant, qui avait passé deux années en Suisse, s'était déjà adapté à son nouvel environnement. Cela avait été démontré au cours de la procédure interne. La Cour elle-même le constate lorsqu'elle observe qu'il allait régulièrement à l'école depuis 2006. Cependant, l'arrêt du Tribunal fédéral ne tient pas compte de cet élément. La Cour considère également que les restrictions posées au droit de visite du père avant 2007 sont un facteur pertinent d'appréciation des risques pour le bien-être de l'enfant en cas de retour en Israël (paragraphe 22 et 24). Là encore, le Tribunal fédéral a expressément refusé de tenir compte de ces facteurs en adoptant une interprétation délibérément restrictive de la Convention de La Haye. Enfin, selon la majorité, les sanctions pénales que la mère risquerait de se voir imposer en cas de retour sont également un risque pertinent pour le bien-être de l'enfant. En effet, l'intéressée étant probablement la seule personne de référence pour son fils, la Cour ne juge pas un tel risque acceptable en 2010. Or les faits et les risques qui en découlaient étaient les mêmes en 2007.

7. Le Tribunal fédéral a reconnu qu'un retour du second requérant sans sa mère le soumettrait à un risque grave, mais il a estimé que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'intéressée qu'elle accompagne son fils en Israël, et que le risque susmentionné n'existait donc pas.

Il a considéré que la première requérante n'avait pas avancé de motifs justifiant objectivement son choix de ne pas retourner en Israël. Retenant une interprétation restrictive de l'article 13 de la Convention de La Haye, il a jugé notamment qu'il incombait à la requérante de démontrer de manière satisfaisante le risque allégué de poursuites en cas de retour en Israël, qu'elle n'avait pas établi la réalité de ce risque et que, dès lors, il ne constituait pas un motif objectif de non-retour. Ce raisonnement implique qu'en l'absence de raisons objectives, la mère est tenue de retourner avec son enfant dans le

pays de départ. Or, s'il n'est pas contesté que les responsables légaux d'un enfant sont juridiquement tenus de prendre soin de lui personnellement, cette obligation ne leur impose pas de manière inconditionnelle de le faire *dans un lieu imposé*, ce qui serait absolument contraire à leurs droits garantis par la Convention. Dans son raisonnement, le Tribunal fédéral a exclu la possibilité, et le risque correspondant, que l'enfant ne soit pas accompagné par sa mère, en partant du principe que celle-ci devait suivre l'enfant – ignorant ainsi les droits de l'intéressée garantis par l'article 8, sa liberté de circulation et son autonomie personnelle. A cet égard, nous souscrivons totalement à l'opinion concordante du juge Lorenzen rejoint par la juge Kalaydjieva.

8. Comme eux, nous sommes persuadés que les juges du Tribunal fédéral étaient animés des meilleures intentions et qu'ils voulaient faire appliquer les obligations imposées par la Convention de La Haye; mais nous estimons qu'ils n'ont pas interprété correctement l'article 13 de cet instrument à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et que, dès lors, leur arrêt du 16 août 2007 a emporté violation de l'article 8 de la Convention européenne, quelle que puisse être l'évolution ultérieure de la situation des requérants.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

1. J'ai voté contre le constat d'une violation conditionnelle de l'article 8 (en d'autres termes, contre le constat qu'il y aurait violation *dans l'hypothèse* où l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007 serait exécuté). A mon avis, l'article 8 de la Convention est déjà violé, et ce pour deux raisons.

2. Il est clair que la violation se serait concrétisée – c'est-à-dire que la décision de la juridiction suisse aurait été exécutée – si la Cour n'avait pas indiqué de mesure provisoire (en vertu de l'article 39 du règlement).

3. En ce sens, et par quelques autres aspects, la violation a clairement été consommée en Suisse.

4. La Cour n'a jamais, jusqu'ici, considéré comme des violations potentielles la simple exécution de décisions de justice définitives (alors que la non-exécution peut emporter violation).

5. Lorsque la Cour constate une violation, l'élément constitutif est la décision définitive d'une juridiction interne, et non pas simplement l'exécution de la décision en question.

6. Plus concrètement, le caractère hypothétique de la violation à laquelle conclut la majorité empêche probablement maintenant les requérants d'obtenir la réouverture de la procédure devant les juridictions internes. De plus, en vertu du droit suisse – qui a, de manière louable, joué un rôle pionnier en la matière – le constat par la Cour d'une violation nette, et non d'une violation purement hypothétique en cas d'exécution d'une décision de justice définitive, n'entraînerait pas uniquement la réouverture de l'affaire devant les juridictions internes.

7. En effet, il est clair aujourd'hui qu'une telle réouverture imposerait en outre à la juridiction suisse de suivre l'arrêt de la Cour non seulement en son dispositif, mais aussi en ses motifs.

8. Il est clair également que si les juges nationaux manquaient à cette obligation, les requérants pourraient revenir devant la Cour européenne des droits de l'homme et demander que la décision de justice interne, quelle qu'elle puisse être, soit mise en conformité avec cet arrêt.

9. Cette seconde raison n'est pas seulement d'ordre pragmatique. Elle soulève aussi l'importante question de savoir dans quelle mesure les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont effectivement contraignants pour les juridictions nationales.

10. Cela étant, c'est bien entendu la première raison qui est cruciale, car la conclusion de la majorité implique que le constat par la Cour de la violation ou de la non-violation peut dépendre du simple fait qu'une

décision définitive des juridictions internes a ou n'a pas été exécutée, et ce, même lorsque le sursis à l'exécution n'est dû, comme en l'espèce, qu'à une mesure provisoire imposée par la Cour (en vertu de l'article 39 du règlement).

11. Mon objection de fond à l'avis de la majorité vient toutefois de ce qu'il est absolument erroné de s'appuyer sur l'affaire *Maumousseau et Washington c. France* (n° 39388/05, 6 décembre 2007) pour conclure à la violation.

12. Les affaires semblables devraient connaître une issue semblable. A l'évidence, les circonstances factuelles des deux affaires sont analogues, si ce n'est que dans l'affaire *Maumousseau et Washington* le risque qu'aurait encouru la mère si elle était retournée aux Etats-Unis aurait été bien plus important, puisqu'elle se serait alors exposée à une arrestation à la frontière, à l'obligation de déposer une caution de 25 000 dollars et à l'impossibilité de voir sa fille autrement qu'en présence d'un garde, au tribunal, et pendant environ une demi-heure, pour ne citer que certaines des conditions draconiennes imposées par le juge aux affaires familiales de l'Etat de New York en première instance.

13. S'il y avait ici une différence avec l'affaire *Maumousseau et Washington*, elle résiderait donc dans le fait que la situation en cause dans cette affaire-là était bien pire que celle en question en l'espèce.

14. Il apparaît par conséquent que l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse* constitue un total revirement par rapport à l'arrêt rendu par la troisième section dans l'affaire *Maumousseau et Washington c. France*.

15. Il est d'ailleurs très facile de le démontrer. Dans la présente affaire, l'Etat défendeur, la Suisse, s'est appuyé ouvertement sur l'arrêt rendu par la troisième section dans l'affaire *Maumousseau et Washington* (paragraphe 119 de l'arrêt).

16. Dans cette affaire, la majorité de la section avait déclaré (voir cependant mon opinion dissidente) que le but de la Convention de La Haye était d'empêcher le « parent ravisseur » de parvenir à légitimer juridiquement, le passage du temps jouant en sa faveur, une situation de fait unilatéralement créée par lui (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Elle avait ainsi choisi d'ignorer l'intérêt supérieur de l'enfant, lui-même déterminé par le passage du temps et par d'autres facteurs concernant le père.

17. Il s'ensuit qu'au regard du principe *stare decisis*, la démarche du gouvernement suisse consistant à s'appuyer sur l'arrêt *Maumousseau et Washington* était d'une logique imparable.

18. Le gouvernement suisse pouvait *a fortiori* considérer comme certain que les circonstances factuelles de l'affaire *Neulinger et Shuruk*, comparées à celles de l'affaire *Maumousseau et Washington*, étaient bien moins désastreuses

pour la mère et pour l'enfant. Dans l'affaire contre la France, en effet, la fille avait pour finir été brutalement arrachée à sa mère pour être remise, à New York, à son père, avec lequel elle n'avait notamment jamais vécu seule.

19. Ayant déjà expliqué ma position dans l'affaire *Maumousseau et Washington*, je me bornerai à dire que les autorités suisses avaient toutes les raisons de croire, en s'appuyant sur ce précédent, qu'en l'affaire *Neulinger et Shuruk* la Cour considérerait *a fortiori* qu'il n'y aurait pas de violation dans le cas où l'enfant serait renvoyé en Israël.

20. Dans l'affaire *Maumousseau et Washington*, le collège de la Grande Chambre avait, de manière inexplicable, rejeté la demande de renvoi devant celle-ci.

21. Cependant, la question tranchée alors de manière si discutable s'est à nouveau posée, et la Cour est parvenue à une décision qui, malgré le caractère hypothétique de la violation constatée en l'espèce, est acceptable.

22. Il s'ensuit inexorablement que l'affaire *Neulinger et Shuruk* constitue un revirement complet par rapport à l'affaire *Maumousseau et Washington* et à sa « logique ».

23. Je trouve dès lors quelque peu étrange de citer l'arrêt *Maumousseau et Washington* comme si non seulement il était compatible avec l'arrêt *Neulinger et Shuruk*, mais encore le justifiait.



NEULINGER AND SHURUK v. SWITZERLAND  
*(Application no. 41615/07)*

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 6 JULY 2010

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Order for return of child, accompanied by mother, to father's country of residence from which it had been wrongfully removed****Article 8**

*Family life – Order for return of child, accompanied by mother, to father's country of residence from which it had been wrongfully removed – Margin of appreciation – Proportionality of expulsion measure concerning a child who has settled in host country – Acquisition of nationality of country in which minor has continually resided for about four years – Risk of serious consequences for child if uprooted – Threat of criminal sanctions for mother in the event of her return – Doubts about father's capacities to take care of child – Best interests of child – Proportionality*

\*

\* \*

The first applicant, a Swiss national, settled in Israel, where she got married and the couple had a son (the second applicant). When she feared that the child would be taken by his father to an ultra-orthodox community abroad, known for its zealous proselytising, the Family Court imposed a ban on the child's removal from Israel until he attained his majority. The first applicant was awarded temporary custody, and guardianship was to be exercised by both parents jointly. The father's access rights were subsequently restricted on account of his threatening behaviour. The parents divorced and the first applicant secretly left Israel for Switzerland with her son. At last instance, the Swiss Federal Court ordered the first applicant to return the child to Israel. Before the Court the applicants alleged that the Federal Court had thus breached their right to respect for their family life within the meaning of Article 8 of the Convention.

*Held*

Article 8: In the opinion of the national courts and experts, the child's return to Israel could be envisaged only if he was with his mother. The measure in question remained within the margin of appreciation afforded to national authorities in such matters. Nevertheless, in order to assess compliance with Article 8, it was also necessary to take into account any developments since the Federal Court's judgment ordering the child's return. The Court took the view that it could be guided on this point, *mutatis mutandis*, by its case-law on the expulsion of aliens

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

and the criteria on which to assess the proportionality of an expulsion order against a minor who had settled in the host State. In the present case, the child was a Swiss national and had settled very well in the country where he had been living continuously for about four years. Even though he was at an age (seven years old) where he still had a significant capacity for adaptation, the fact of being uprooted again would probably have serious consequences for him and had to be weighed against any benefit that he was likely to gain from it. In this connection, it was noteworthy that restrictions had been imposed on the father's right of access before the child's abduction. Moreover, the father had remarried twice since then and was now a father again but had failed to pay maintenance for his daughter. The Court doubted that such circumstances would be conducive to the child's well-being and development. As to the mother, her return to Israel could expose her to a risk of criminal sanctions, such as a prison sentence. It was clear that such a situation would not be in the child's best interests, his mother probably being the only person to whom he related. The mother's refusal to return to Israel was not therefore totally unjustified. Even supposing that she agreed to return to Israel, the father's capacity to take care of the child in the event of criminal proceedings against her and of her subsequent imprisonment could be called into question, in view of his past conduct and limited means. Moreover, the father had never lived alone with the child and had not seen him since the child's departure at the age of two. The Court was thus not convinced that it would be in the child's best interests for him to return to Israel. As to the mother, she would sustain a disproportionate interference with her right to respect for her family life. Consequently, there would be a violation of Article 8 in respect of both applicants if the decision ordering the second applicant's return to Israel were to be enforced.

*Conclusion:* the enforcement of the child's return would entail a violation (sixteen votes to one).

Article 41: For the Court, the finding of a violation constituted sufficient just satisfaction in respect of any non-pecuniary damage. It awarded the applicants costs and expenses.

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

- Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, Series A no. 18  
*Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, Series A no. 299-A  
*Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, Series A no. 310  
*Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I  
*Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, ECHR 2000-I  
*Tiemann v. France and Germany* (dec.), nos. 47457/99 and 47458/99, ECHR 2000-IV  
*Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, ECHR 2000-VIII  
*Gnaboré v. France*, no. 40031/98, ECHR 2000-IX

*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II  
*Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI  
*Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, ECHR 2002-I  
*Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, 24 April 2003  
*Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, ECHR 2003-V  
*Paradis and Others v. Germany* (dec.), no. 4783/03, 15 May 2003  
*Maire v. Portugal*, no. 48206/99, ECHR 2003-VII  
*Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, ECHR 2003-VIII  
*Haase v. Germany*, no. 11057/02, ECHR 2004-III  
*Linnekogel v. Switzerland*, no. 43874/98, 1 March 2005  
*Monory v. Romania and Hungary*, no. 71099/01, 5 April 2005  
*Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII  
*Maršálek v. the Czech Republic*, no. 8153/04, 4 April 2006  
*Bianchi v. Switzerland*, no. 7548/04, 22 June 2006  
*Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, ECHR 2006-XII  
*Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, 6 December 2007  
*Emre v. Switzerland*, no. 42034/04, 22 May 2008  
*Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, ECHR 2008  
*Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, ECHR 2008  
*Koons v. Italy*, no. 68183/01, 30 September 2008  
*Carlson v. Switzerland*, no. 49492/06, 6 November 2008



**In the case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Ireneu Cabral Barreto,  
Corneliu Bîrsan,  
Boštjan M. Zupančič,  
Elisabet Fura,  
Egbert Myjer,  
Danutė Jočienė,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Päivi Hirvelä,  
Giorgio Malinverni,  
András Sajó,  
Nona Tsotsoria,  
Zdravka Kalaydjieva, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 7 October 2009 and on 2 June 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 41615/07) against the Swiss Confederation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Swiss nationals, Ms Isabelle Neulinger and her son Noam Shuruk (“the applicants”), on 26 September 2007. The first applicant also has Belgian nationality and the second applicant also has Israeli nationality.

2. The applicants were represented by Mr A. Lestourneaud, a lawyer practising in Thonon-les-Bains (France). The Swiss Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Schürmann, of the Federal Office of Justice.

3. The applicants alleged in particular that by ordering the return of Noam Shuruk to Israel, the Federal Court had breached their right to

respect for their family life as guaranteed by Article 8, taken separately and in conjunction with Articles 3 and 9 of the Convention. They also claimed that there had been a violation of Article 6, alleging that the Federal Court had adopted an excessively restrictive interpretation of the exceptions to the Swiss authorities' obligation to order the second applicant's return and in doing so had failed to take account of his best interests.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

5. On 27 September 2007 the President of the Chamber decided to indicate to the Government, under Rule 39, that it was desirable, in the interest of the parties and for the proper conduct of the proceedings before the Court, not to enforce the return of Noam Shuruk.

6. On 22 November 2007 the Court decided to give notice to the Government of the part of the application concerning the complaint under Article 8. It further decided that the admissibility and merits of the case would be examined at the same time (Article 29 § 3 of the Convention). It also decided to give the application priority under Rule 41.

7 The Chamber having decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 *in fine*), the parties replied in writing to each other's observations.

8. On 14 February 2008 written comments were received from Mr Shai Shuruk, the second applicant's father, who had been granted leave under Rule 44 § 2 to intervene as a third party.

9. On 8 January 2009 a Chamber composed of Christos Rozakis, President, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni and George Nicolaou, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, delivered a judgment. Unanimously, it declared the complaint under Article 8 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible. By four votes to three it found that there had been no violation of Article 8. The separate dissenting opinions of Judges Kovler, Steiner and Spielmann were appended to the judgment.

10. On 31 March 2009 the applicants requested that the case be referred to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention and Rule 73. The panel of the Grand Chamber granted the request on 5 June 2009. It moreover confirmed the application of the interim measures that had been indicated under Rule 39.

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



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

13. Observations were also received from Mr Shuruk. However, as they did not comply with the conditions laid down in Rule 44 §§ 2 and 4 of the Rules of Court, in conjunction with Article 36 § 2 of the Convention, they were not added to the case file.

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

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr	F. Schürmann, Head of European law and international human rights section, Federal Office of Justice,	<i>Agent,</i>
Mr	D. Urwyler, acting head of private international law section, Federal Office of Justice,	<i>Counsel,</i>
Ms	C. Ehrich, technical adviser, European law and international human rights section, Federal Office of Justice,	<i>Adviser;</i>

(b) *for the applicants*

Mr	A. Lestourneaud, lawyer,	
Ms	P. Lestourneaud, lawyer,	
Mr	M.-E. Favre,	
Mr	Y. Zander,	<i>Counsel,</i>
Ms	M. Marquez-Lestourneaud,	<i>Adviser.</i>

The first applicant was also present.

The Court heard addresses by Mr Lestourneaud, Ms Lestourneaud, Mr Favre, Mr Zander and Mr Schürmann. It also heard the replies of the parties' representatives to questions from judges.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

15. The applicants were born in 1959 and 2003 respectively and live in Lausanne (Canton of Vaud).

16. The facts as submitted by the parties may be summarised as follows.

17. The first applicant, who refers to herself as Jewish, decided to settle in Israel in 1999. There she met an Israeli national, who is also Jewish, and

they were married on 23 October 2001 in Israel. They had a son, Noam, who was born in Tel Aviv on 10 June 2003. He has Israeli and Swiss nationality.

18. According to the applicants, in the autumn of 2003 the child's father joined the Jewish "Lubavitch" movement, which they have described as an ultra-orthodox, radical movement that is known for its zealous proselytising.

19. Marital difficulties then arose, and the first applicant, fearing that her husband would take their son to a "Chabad-Lubavitch" community abroad for religious indoctrination, applied to the Tel Aviv Family Court for a *ne exeat* order to prevent Noam's removal from Israel. On 20 June 2004 the court made a *ne exeat* order that was to expire when the child attained his majority, that is to say on 10 June 2021, unless annulled by the court in the meantime.

20. In an interim decision of 27 June 2004, the same court granted "temporary custody" of the child to the mother and requested the Tel Aviv social services to draw up an urgent welfare report. The "guardianship" of the child was to be exercised jointly by both parents.

21. In a decision of 17 November 2004, the court, on the recommendation of a social worker, confirmed the first applicant's custody of the child and granted a right of visitation to the father.

22. On 10 January 2005 the Israeli social services were obliged to intervene. They instructed the parents to live apart, in the interest of the child. The letter they sent to the parents read as follows:

"1. We take the view that to maintain a common home and live, as you have been doing, under the same roof is not in the child's interest – and that is an understatement. It appears to us that the environment of constant recrimination and invective created by Shai against Isabelle has caused her permanent stress that may prevent her from fulfilling her role as a mother, when she is already faced with the need to find a job in order to support herself and pay the rent. It should be noted that Shai pays neither the maintenance ordered by the court nor the rent.

We felt that some of Shai's recriminations verged on the absurd. He has decided that the child's illness, like the glandular fever and the epileptic fit that the child has suffered, are the mother's fault. Shai persists in asserting that Isabelle 'is not a good mother'; he does not accept the fact that the child attends nursery school, and claims that the medical certificates are insufficient. We advise Shai to speak to the doctors who are treating the child.

Although he is maintained by Isabelle, Shai demands that the food complies to a very strict degree with Jewish dietary laws, observing one dietary rule or another ...

There is no doubt that living apart will resolve some of these problems.

We find that Shai creates a hostile environment at home – an atmosphere of verbal aggression and threats that terrorise the mother.

In the light of the foregoing, we cannot but find that the mother is exposed to mental harassment and that the maintaining of a common home is harmful to the child.

2. Under the powers conferred on us by sections 19 and 68 of the Law on legal capacity, we reiterate our warning to Shai, calling on him not to take his child with him to engage in religious proselytising on the public highway, where he encourages passers-by to put on phylacteries and collects donations.

Likewise, the father is requested not to take the child with him to the synagogue for a whole day at a time.

We emphasise that the provisions on access in respect of the child are intended to bring father and child together for their common activities, and not for other purposes.”

23. That same day, the first applicant filed a complaint with the police accusing her husband of assault.

24. In an injunction of 12 January 2005 the competent judge of the Tel Aviv Family Court, upon an urgent application lodged earlier that day by the first applicant, prohibited the father from entering the child’s nursery school or the first applicant’s flat, from disturbing or harassing her in any manner whatsoever, and from carrying or possessing a weapon. Restrictions were also imposed on the access right granted to the father, who was now authorised to see the child only twice a week under the supervision of the social services at a contact centre in Tel Aviv.

25. The couple’s divorce was pronounced on 10 February 2005 with no change in the attribution of guardianship.

26. As the father had defaulted on his maintenance payments to the first applicant, an arrest warrant was issued against him on 20 March 2005.

27. In a decision of 27 March 2005, a judge of the Tel Aviv Family Court dismissed an application lodged by the first applicant for the annulment of the *ne exeat* order prohibiting the removal of the second applicant from Israel. The judge found, in particular, that there was a serious risk that the mother would not return to Israel with the child after visiting her family abroad, in view of the fact that she had no ties in that country.

28. On 24 June 2005 the first applicant secretly left Israel for Switzerland with her son.

29. On 27 June 2005 Noam’s father contacted the Israeli Central Authority, which was unable to locate the child until 21 May 2006, when Interpol Jerusalem forwarded him a note from Interpol Berne indicating that the first applicant was in Switzerland.

30. On 22 May 2006 the Israeli Ministry of Justice transmitted to the Swiss Federal Office of Justice an application for the return of the child pursuant to the Hague Convention on the Civil Aspects of International

Child Abduction of 25 October 1980 (the “Hague Convention”; see paragraph 57 below). In support of its application it indicated, among other things, that Interpol Berne had notified it only the day before that Noam and his mother were living in Lausanne and that the latter had applied for the renewal of her Swiss passport.

31. In a decision of 30 May 2006, delivered upon an application by the child’s father, the Tel Aviv Family Court observed that the child was habitually resident in Tel Aviv and that, as of 24 June 2005, the date of the applicants’ departure, the parents had been joint guardians of their son, with the mother having temporary custody and the father a right of access. The court held that the child’s removal from Israel without the father’s consent had been wrongful within the meaning of Article 3 of the Hague Convention.

32. On 8 June 2006 the child’s father lodged an application with the Lausanne District Justice of the Peace seeking an order for his son’s return to Israel. He requested in particular, as an extremely urgent measure, that the Lausanne Passport Office be ordered to retain the applicants’ Swiss passports.

33. On 12 June 2006 the Justice of the Peace made an order allowing the application by Noam’s father for an extremely urgent measure.

34. Following a new application for an extremely urgent measure, faxed by the child’s father on 27 June 2006, the Justice of the Peace, in a provisional-measures order made that same day, ordered the first applicant to deposit her passport and that of Noam immediately with the court registry of the Justice of the Peace, on pain of criminal sanctions for refusal to comply with the decision of an authority.

35. The first applicant, assisted by counsel, and the legal representative of the father, whose obligation to appear in person had been waived, made representations to the Justice of the Peace on 18 July 2006.

36. In a decision of 29 August 2006, after a hearing, the father’s application was dismissed by the Lausanne District Justice of the Peace. The court took the view that, whilst the child’s removal had been wrongful within the meaning of Article 3 of the Hague Convention, it had to apply Article 13, sub-paragraph (b), of that Convention, as there was a grave risk that the child’s return would expose him to physical or psychological harm or otherwise place him in an intolerable situation.

37. On 25 September 2006 the father appealed against that decision before the Guardianship Division (*chambre des tutelles*) of the Vaud Cantonal Court, which ordered an expert’s report and for that purpose appointed Dr B., a paediatrician and child psychiatrist. In his report, delivered on 16 April 2007, he stated that the child’s return to Israel with his mother

would expose him to a risk of psychological harm whose intensity could not be assessed without ascertaining the conditions of that return, in particular the conditions awaiting the mother and their potential repercussions for the child; that the return of the child without his mother would expose him to a risk of major psychological harm; and that the maintaining of the status quo would also represent for the child a risk of major psychological harm in the long term.

38. On 30 November 2006 the competent court in Tel Aviv cancelled an indictment for domestic violence that the second wife of Noam's father had initiated, as she had left the country.

39. In a letter of 12 March 2007, in connection with the proceedings to secure the child's return, the Israeli Central Authority made the following observations to its Swiss counterpart:

"We acknowledge receipt of your letter dated 7 February 2007. We wish to respond to the questions raised in that letter as follows:

Mr Shuruk states that in the event that the mother refuses to return to Israel, he will take care of the child. He currently lives in an apartment with a roommate, however if the child is returned to Israel, he states that he will immediately secure an apartment to live in with the child. He is currently working and studying at an institution for religious learning, from 9 a.m. to 3 p.m. The child would be in day care/nursery school during those hours. Mr Shuruk points out that prior to the child's abduction to Switzerland, he was in day care as the mother worked. Mr Shuruk advises that his extended family would provide a back-up system for him in the event that he would need assistance from time to time.

The Appeal Court in Switzerland has raised a concern as to how Mr Shuruk can care for the child when his right of access has been restricted. As we stated in our letter to your office dated 28 September 2006, it must be remembered that according to the report of the social worker in Israel, the father and child had a wonderful relationship. There were plans to expand the visitation, to include overnight visits, however these plans were interrupted as a result of the mother's abduction of the child. If the mother were to refuse to return to Israel with the child, she would in effect be agreeing to the father having *de facto* custody, and Mr Shuruk could apply to the Israeli court to grant an order reflecting the new reality.

You further asked what steps could be taken to protect the mother should she return, given her allegations of violence on the part of Mr Shuruk. Mr Shuruk denies all such allegations. Furthermore, we are attaching a copy of the decision of the Tel Aviv Magistrate's Court dated 30 November 2006, together with a translation into English. This decision concerned an indictment filed against Mr Shuruk for allegations of assault by his second wife. As you can see, the complainant apparently left Israel and could not be located, therefore the court cancelled the indictment against Mr Shuruk.

In any event, we wish to draw your attention to the law in Israel that provides protection in cases of allegations of family violence; that law is the Prevention of

Family Violence Law 1991. We are attaching a translation of that law into English, and an unofficial translation into French. Section 2 provides for protection orders that can be made. Therefore, if the mother has any concerns for her safety, she can apply to the court in Israel and request any necessary protection. Her allegations should not constitute a basis for the Swiss court to refuse to return the child to Israel.

You informed us that the court ordered a psychological evaluation of the child. We must express our concern in this respect. Such evaluation was not ordered by the lower court, and we wish to inquire as to why it has been ordered at this late stage. It must be remembered that the child was abducted by the mother in *June 2005*. The child has not seen his father in almost two years. During this period he has been subject to the sole influence of the mother. We therefore question what can be gained by a psychological evaluation of the child. It must be remembered that this is a Hague Convention proceeding, and not a custody case. It seems that the mother is trying to prove that the child will be psychologically damaged by being separated from her if he is returned to Israel. However this can be avoided if the mother will act in the child's best interests and return with him. As we stated in our letter of 28 September 2006, the mother does not appear to have any justifiable reason under the Hague Convention to prevent her return ...”

40. In a letter of 30 April 2007 to the lawyer acting for Noam's father, the Israeli Central Authority made the following observations on the question whether the first applicant would be prosecuted or imprisoned if she returned to Israel:

“... You have requested that we inform you as to the legal consequences that would face the mother, Isabelle Neulinger, should she return to Israel with the child, as a result of the act of abduction of the child.

In terms of criminal consequences for the act of abduction, abduction is an offence under Israel's Penal Law 1977 and carries a possible penalty of imprisonment. *However*, according to the guidelines of the State Attorney of Israel, upon receipt of a criminal complaint of parental abduction, the police are to forward the matter to the Central Authority under the Hague Convention for guidelines as to how to proceed in the matter. The State Attorney's guidelines provide that criminal proceedings should be commenced only in *very exceptional circumstances*. In Ms Neulinger's case, should she comply with an order to return the child to Israel, not disappear with the child upon her arrival to Israel, cooperate with the Israeli authorities and comply with the existing court order for supervised visitation by Mr Shuruk (pending any further decision), the Central Authority for Israel would positively consider instructing the Israel Police to close the criminal file for lack of public interest, provided that Ms Neulinger not commit further acts of abjection with respect to the child.

In terms of civil consequences, we can inform you that the sole consideration in both the Israeli civil courts and Rabbinical courts, when deciding matters such as custody and access, is the best interests of the child ...”

41. In a judgment of 22 May 2007, the Guardianship Division of the Vaud Cantonal Court dismissed the father's appeal. Having carried out

an additional investigation, and taking into account the expert's report by Dr B. of 16 April 2007, it took the view that the child's return carried a grave risk of psychological harm, whether or not he was accompanied by his mother, and would also place him in an intolerable situation. It therefore considered that the conditions of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention were met. Finding, however, that the child could not be deprived of all relations with his father, it prescribed measures with a view to rebuilding the personal relationship between them. Its judgment read as follows:

“4. (d) ... In response to the questions put to him, expert B. ... states in his conclusions that Noam's return to Israel *with* his mother would expose him to psychological harm, the intensity of which cannot be assessed without knowledge of the conditions of such return, in particular those awaiting his mother and the repercussions which they might have on the child; as regards the child's return to Israel *without* his mother, [the expert] is of the opinion that it would expose him to major psychological harm, as described in detail in the report. In the 'discussion' part of his report the expert emphasises that Noam's situation seems at present to be completely blocked. On the one hand, given his young age and his complete lack of recollection of his first years in Israel, including of his father, any visit to that country without his mother, even a brief visit, and even if the legal situation allowed it, would be psychologically highly traumatic, involving extreme separation-related anxiety and a major risk of severe depression. On the other hand, the possibility of the mother's return to Israel with Noam, even for a short period, is totally out of the question for the mother. In answer to the question whether Noam's return to Israel might place the child in an intolerable situation, the expert replied that it was 'clearly' the conditions of the child's possible return to Israel that would or would not render the situation intolerable. He observed that, likewise, it was the conditions of his continuing residence in Switzerland that would or would not render his situation there intolerable and that the maintaining of the status quo represented a long-term major psychological risk for the child, with the result that, if there were no understanding between his parents, an agreement would urgently be required between the child protection services of the States of the parents' residence in order to make up for their failure to act.

In accordance with Article 13, third paragraph, of the Hague Convention, this court also requested the Israeli Central Authority to provide information about the child's social background, by answering the following questions: 'in the event that, as she has stated, the mother does not return to Israel, who will take care of the child and where will he stay? As the father does not appear to be in gainful employment, who will provide for the child's upkeep? As the right of access has been restricted by judicial decisions, what measures will be taken to ensure that the exercise of the right of access does not harm the child's physical and psychological welfare?' In its letter of 12 March 2007 the Israeli Central Authority did not really answer the questions put to it, so it is impossible to be satisfied about the interests of the child. The Central Authority merely mentioned the appellant's intentions concerning his son if his son should return to Israel without his mother, in the following terms: '[I]n the event that Noam's mother

refuses to return to Israel, the father will take care of the child. He currently lives in an apartment with a roommate; however if the child is returned to Israel, he states that he will immediately secure an apartment to live in with the child. He is currently working and studying at an institution for religious learning, from 9 a.m. to 3 p.m. The child would be in day care/nursery school during those hours. Mr Shuruk points out that prior to the child's abduction to Switzerland, he was in day care as the mother worked. Mr Shuruk advises that his extended family would provide a back-up system for him in the event that he needs assistance from time to time.' As to the issue of how Shai Shuruk would be able to take care of the child, given that he has only a restricted right of access, the Israeli Central Authority emphasised: 'As we stated in our findings of 28 September 2006, according to the report of the social worker in Israel, the father and child had a wonderful relationship. There were plans to expand the visitation, to include overnight visits; however these plans were interrupted as a result of the mother's abduction of the child.' The Israeli Central Authority concluded that '[i]f the mother were to refuse to return to Israel with the child, she would in effect be agreeing to the father having *de facto* custody, and Mr Shuruk could apply to the Israeli court to grant an order reflecting the new reality'.

It should be noted that neither the conclusions of the child psychiatrist's report nor the information provided by the Israeli Central Authority are conducive to Noam's return to Israel. Not only would such a return entail a grave risk of exposure to psychological harm, whether or not he is accompanied by his mother, it would also place him again in an intolerable situation. Firstly, the psychiatric expert observes that if the child returns to Israel with his mother, he will risk being exposed to psychological harm whose intensity cannot be assessed without knowledge of the conditions of that return. In that connection, the Guardianship Division is of the opinion that, since the child's removal to Israel, even if his mother accompanies him, may expose the child to psychological harm and since, unlike the 'classic scenario' envisaged by the Hague Convention, the respondent has custody of her son, she cannot reasonably be required to return to Israel. An additional factor is that the mother's return to Israel would also undermine the child's economic security, since the mother would be required to find a job there, in order to provide not only for her own needs but also for those of her son. The fact that the appellant has never provided for his child's upkeep and that he is known to earn only 300 [Swiss] francs per month cannot be disregarded when the interests of the child are taken into consideration in that context. Lastly, it must be considered that the requirement of the mother's return is disproportionate to the reason for the return: the object of the Hague Convention is to put the child back into the legal situation in which he was before he was abducted. However, the present return is requested in order to allow the appellant to exercise his right to a personal relationship, a right which is shown to have been exercised before the child's departure under the supervision of the social services in the form of two weekly meetings of two hours each. To require a mother to uproot herself in order to permit the exercise of such a restricted right of access, when the child's return certainly entails a risk of grave psychological harm, in view of the conditions of insecurity in which the return will take place, constitutes an intolerable situation for the child within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.



As to Noam's return to Israel without his mother, the expert is of the opinion that it would be psychologically highly traumatic, involving extreme separation anxiety and a major risk of severe depression, which can be explained by his young age and his total lack of recollection of his first years in Israel, including of his father. That element is sufficient for a finding that the condition laid down in Article 13, sub-paragraph (b), is satisfied. In addition, the information provided by the Israeli Central Authority about the arrangements envisaged in the event that the child returns without his mother are, at the very least, a matter for concern: although the appellant has, legally speaking, only a very restricted right of access, under supervision, it is envisaged, according to the information provided by the Central Authority, that the appellant will take his son home (without any guarantee that he will by then have an individual flat) and will thus have *de facto* custody. In that connection, the Israeli Central Authority claims that by refusing to return to Israel with her son, the respondent is implicitly acquiescing in that change of situation – a new reality of which the appellant will then seek validation by the Israeli judicial authorities. That does not correspond to the aim pursued by the Hague Convention, which provides for the immediate return of the unlawfully removed child in order to put it back in the status quo ante. Such a return cannot therefore be ordered on the basis of the Hague Convention, and it is emphasised that there is no doubt that Noam's return to Israel in such circumstances would definitely expose him to a risk of major psychological harm, owing not only to the fact that he would be abruptly separated from his mother, when she has been his principal parental reference since he was born and has been the only one to provide for his upkeep, but also to the fact that he will be just as abruptly faced with a father of whose existence he has just learnt. In the light of the foregoing, the appeal on this point must be dismissed. ...

5. ... In the present case, it is apparent from the file that Noam Shuruk has lived with his mother, who has custody of him, for at least one year in Lausanne. Thus, the Justice of the Peace of the District of Lausanne had jurisdiction, *ratione loci* and *ratione materiae*, to take the disputed protective measure. As to the merits, it is sufficient to state that, since the child has no recollection of his father, owing to the process of physiological amnesia attributable to his very young age, there are valid grounds for avoiding an abrupt reunion, as the welfare of the child requires that the resumption of a personal relationship with his father should take place calmly and gradually, after he has been properly prepared for that new situation, as may be seen from the expert's convincing submissions on that point. The ground of appeal is therefore ill-founded and must be rejected ..."

42. The father lodged a civil appeal with the Federal Court seeking the quashing of the Cantonal Court's judgment and the return of the child to Israel. He alleged that the court had misapplied Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, principally, and Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, secondarily.

43. In a decision of 27 June 2007, the President of the appropriate division of the Federal Court granted the father's request for immediate suspension of the judgment.

44. In a judgment of 16 August 2007, served on the first applicant's lawyer on 21 September 2007, the Federal Court allowed the father's appeal. The relevant passages of its judgment read as follows:

"3. The object of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction is to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State (Article 1, sub-paragraph (a)). The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention (Article 3, sub-paragraph (a)). 'Rights of custody' include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence (Article 5 (a)). In the present case it is not in dispute that the child's removal to Switzerland was wrongful, since the father retained, jointly with the respondent, the right of 'guardianship', which under Israeli law includes the right to decide on the child's residence. Moreover, since the application for return was presented within a period of one year after the removal, the respondent cannot deny either that, in principle, pursuant to Article 12 of the Hague Convention, the child's prompt return should be ordered. The only matter in dispute is therefore the question whether an exception to that return may be applied under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

4. According to the appellant, by refusing to order the child's return to Israel, the Cantonal Court misapplied Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

4.1 Under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, in respect of which the Federal Court is entitled to examine matters of compliance freely (section 95(b) of the Federal Court Act), the judicial authority of the requested State is not bound to order the child's return when the person opposing that return establishes that there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The exceptions to return provided for under Article 13 of the Hague Convention must be interpreted restrictively; the parent who has abducted the child cannot take advantage of his or her unlawful conduct (judgment 5P.71/2003 of 27 March 2003, recital 2.2, in FamPra.ch 2003, p. 718). Only grave risks must be taken into consideration, excluding any grounds relating to the parents' child-rearing capacities, as the purpose of the Hague Convention is not to attribute parental authority (Federal Court judgment 131 III 334, recital 5.3; 123 II 419, recital 2b, p. 425). An exception to return under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, is therefore not open to consideration unless the child's intellectual, physical, moral or social development is under serious threat (judgment 5P.65/2002 of 11 April 2002, recital 4c/bb, in FamPra.ch 2002, p. 620 and the reference cited therein). The burden of proof lies with the person who opposes the child's return (*ibid.*, recital 4b, in FamPra.ch 2002, p. 620 and the reference cited therein).

4.2 The Cantonal Court observed that the case concerned a very young child in the custody of his mother, who had always provided for him. The father, for his part, lived in a religious community where he was fed, and from his activity as a sports and

art teacher he had a monthly income of only 300 [Swiss] francs. The custody of the child had been withdrawn from him on account of the atmosphere of fear that he had created at the family home. For the same reason, the Israeli courts ordered him to live separately and prohibited him from approaching the mother's flat. Before the child's removal to Switzerland he had only had a restricted right of visitation, limited to two hours twice a week, under the supervision of the Israeli social services. Concerning the conditions of a possible return of the child without his mother, according to the information provided by the Israeli Ministry of Justice on 12 March 2007, the father, who now shares a flat with one other tenant and still works in an institution for religious education, would be prepared to take care of the child. Taking into account the laconic and not very reassuring nature of this information, together with the expert's report by Dr ..., a psychiatrist, the Cantonal Court considered that a return to Israel involved a risk of psychological harm for the child and might place him in an intolerable situation, whether or not he was accompanied by his mother. The court added that, in view of the father's low income, the return to Israel of the respondent would also undermine the child's economic stability and the mother would have to find a job in order to provide for them both.

In his appeal, the appellant does not criticise the Cantonal Court's finding that there was a grave risk that the child would be exposed to psychological harm if he returned to Israel without his mother. He is of the opinion, however, that such a risk would not exist if the child's mother accompanied him to Israel, as could be reasonably expected of her. As regards that latter hypothesis, the judgment of the Cantonal Court fails to provide any evidence of such a grave risk of harm, or of any intolerable situation for the child. The expert psychiatrist failed, in particular, to address that question, simply explaining that the risk could not be assessed without ascertaining the conditions of a possible return. As to the appellant's aggressive behaviour towards the respondent, it does not appear from the Cantonal Court's judgment that the child would be threatened directly or indirectly as a result of witnessing such violence against his mother. She stated that the father had complied with the arrangements for his right of visitation and that the visits had gone well. The social worker appointed to supervise the right of visitation had described as 'wonderful' the father-son relationship as established just before the child's abduction by his mother. She has not claimed that the appellant breached the judicial instructions which required him not to approach her flat or to disturb and/or harass her. As to the considerations relating to the father's low income and his ties with the 'Lubavitch' religious community, as they stand they do not indicate a grave risk that the child would be exposed to harm within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention. Whilst such considerations may help to determine which of the two parents offers the best child-rearing capacities for the purpose of deciding on the attribution of the right of custody – a matter that is decided by the judicial authorities of the place of habitual residence (Article 16 of the Hague Convention) – they are not pertinent, however, for a decision about the return of a child after a wrongful abduction (see recital 4.1 above).

As to the mother's threat not to return to Israel, the judgment of the Cantonal Court did not deal at all with the reasons for her refusal, whereas it should have established the existence of objective circumstances justifying that attitude. The Cantonal Court

judges quoted the expert psychiatrist who had referred to the ‘judicial risks’ that would be entailed in the event of a return to Israel, without any indication as to whether the respondent actually faced a prison sentence as a result of the abduction. Supposing that such a risk were proven, she could not be expected to return to Israel with the child – and that would accordingly rule out the return of [the child] in view of the major psychological harm that would be caused to him by the separation from his mother. She made no comment on that question in her reply to the Federal Court; in particular, she has not claimed that immediate imprisonment, or even any criminal sanction at all, would be imposed on her. Neither has she argued that in the event of her return to Israel it would be impossible or very difficult for her to integrate, or, in particular, to find a new job. Consequently, it cannot be said that the mother’s return, and therefore that of the child, would be unbearable for economic reasons either. Therefore, as the respondent has failed to establish the existence of reasons that would objectively justify a refusal on her part to return to Israel, it must be accepted that she could reasonably be expected to return to that State of origin accompanied by the child. In these circumstances, it is of no import that the information provided by the Israeli Central Authority (see recital 4.2 above) on which the Cantonal Court based, in particular, its justification of the exception to the child’s return as provided for by Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, was deemed not very reassuring, because that information was based only on the hypothesis of the child’s return without his mother.

Accordingly, the Cantonal Court judges breached Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention in finding that they were entitled to apply an exception to the child’s return to the State of his habitual residence. The appeal must therefore be allowed and the judgment of the court below quashed, without it being necessary to examine the complaint concerning a violation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child. It is incumbent on the respondent to secure the return of the child ... to Israel by the end of September 2007. ...

The Federal Court therefore finds as follows:

1. The appeal is allowed and the judgment of the court below is quashed.
2. The respondent is ordered to secure the return of the child ... to Israel by the end of September 2007.

...”

45. On 20 August 2007 the child’s father, through counsel, lodged an application with the Lausanne District Justice of the Peace, who was responsible for the enforcement of the return decision, seeking the appointment of an *ad hoc* administrator for the child who would be entrusted with the organisation of his departure. On 1 October 2007 he withdrew that application after the Court had decided, on 27 September 2007, to indicate interim measures to the Government.

46. Subsequently, the applicants transmitted to the Court a medical certificate issued on 23 February 2009 by Dr M.-A., a paediatrician in Lausanne, which reads as follows:

“I, the undersigned, certify that I have seen the child Noam Shuruk, born on 10 June 2003, on a number of occasions since 7 October 2005.

On each occasion Noam has been accompanied by his mother, with whom he has a very good relationship.

His behaviour is appropriate and his level of psychomotor development and language are above average. He does not appear to suffer from any psychological trauma or from any emotional or educational deficiencies.

He is a confident boy, capable of forming good relationships, in particular with adults.

He is in good physical health, with little trace of intercurrent infections.

An abrupt return to Israel without his mother would constitute a significant trauma and a serious psychological disturbance for this child.”

47. In a provisional-measures order of 29 June 2009 the President of the Lausanne District Court, at the request of the first applicant, decided that Noam should live at his mother’s address in Lausanne, suspended the father’s right of access in respect of his son and granted parental authority to the mother, so as to allow her to renew the child’s identity papers. The decision was based on the following grounds in particular:

“[I]t is noted that the respondent was summoned to appear by court order served at his last known address in Israel.

The letter was returned marked ‘gone away’, which can be translated as ‘*parti sans laisser d’adresse*’ (gone without leaving a forwarding address).

... It appears that the mother has custody of the child while parental authority is still held jointly.

The father was apparently required to ‘exercise a right of visitation’ under the supervision of the social services ...

In the context of the proceedings, the respondent never appeared at the hearings but was represented by counsel, who is apparently no longer acting for his client ...

According to case-law, the wrongful removal of a minor does not in itself preclude the establishment of a new habitual residence for the child in the country to which it has been taken (see Federal Court judgment 125 III 301, *Journal des Tribunaux* 1999 I 500).

In the present case, Noam has been living in Switzerland continuously since June 2005.

He attends school there.

He has family ties there on his mother's side.

He receives medical attention there.

He is also a national of Switzerland,

of which he speaks the language, in this case French.

Interim measures in favour of the applicant were decided by the European Court of Human Rights, which requested the Swiss Government not to return Noam to Israel in spite of the Federal Court's decision.

Despite his legal battle, the respondent has never sought to see his child, and his place of residence is unknown.

He appears to have lost interest in the present case.

Consequently, the child now has a stable relationship only with his mother.

It is therefore appropriate to allow her application and to decide provisionally that Noam should reside in Lausanne, Switzerland, at the place of his habitual residence, with his mother.

Article 273 § 1 of the Civil Code provides that the father or mother not having parental authority or custody and the minor are reciprocally entitled to maintain such personal relations as may be appropriate in the circumstances.

The right to personal relations is intended to preserve the bond between parents and children ...

The maintaining and development of this bond is obviously beneficial to the child.

Personal relations must accordingly be fostered, unless the child's welfare is endangered.

The scope of personal relations and the manner in which they are carried on should be appropriate to the situation, in other words taking fair account of the particular circumstances of the case.

The child's welfare is the most important assessment criterion (see Federal Court judgment 127 III 295, c 4a).

The entitled person's situation and interests should also be taken into consideration: his or her relationship with the child, personality, place of abode, free time and environment.

Special conditions for the exercise of access rights may be imposed ...

The applicant has requested the withdrawal of the respondent's access right in respect of their son Noam.

In the circumstances of the case, the respondent's access right was already limited by decisions given by the Israeli authorities before the child's departure for Switzerland.

The child has not seen his father since 2005.

They apparently have no common language.

In any event, the resumption of access rights, if requested by the respondent, could only be gradual.

The respondent's place of residence is currently unknown.

In the circumstances it appears appropriate to order the provisional suspension of the respondent's access rights in respect of his son Noam.

The applicant requests that 'parental authority in respect of Noam, born on 10 June 2003, be exclusively and provisionally granted to his mother Isabelle Neulinger in Lausanne for the purposes of renewing his identity papers'.

The applicant has explained that her son, who has dual Israeli and Swiss nationality, currently has no identity documents.

He had a Swiss passport until recently.

However, when it expired the administrative authorities refused to issue him with a new one without the father's consent, as the parties had joint parental authority in respect of the child.

The respondent's place of abode is currently unknown.

The applicant is thus unable to ask him for such consent.

The child lives in Switzerland with her,  
and she has custody of him.

The present case, on the merits, admittedly concerns a change in the attribution of parental authority, since the applicant requests that by virtue of Swiss law it be exclusively granted to her.

It may appear that the provisional measure requested, if granted, settles the case on the merits.

However, the requested measure is far more limited in scope since it is only to ensure the possibility of obtaining identity papers for the applicant's child.

The child is a Swiss national resident in Switzerland.

It is therefore necessary for him, like any other citizen, to obtain identity papers.

The applicant's request is therefore granted.

..."

It does not appear, from the information currently before the Court, that either party to the dispute has appealed against that decision.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. Protection of the rights of the child

#### 1. *United Nations Convention on the Rights of the Child*

48. The relevant provisions of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, which came into force in respect of Switzerland on 26 March 1997, read as follows:

#### **Preamble**

“The States Parties to the present Convention,

...

Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding, ...

Have agreed as follows:

...”

#### **Article 7**

“1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to ... know and be cared for by his or her parents. ...”

#### **Article 9**

“1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will ...”

#### **Article 14**

“1. States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion.

2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child. ...”

#### **Article 18**

“1. States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the



child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.

...

## 2. Concept of the child's "best interests"

49. The concept of the child's best interests stems from the second principle of the Declaration of the Rights of the Child adopted by the United Nations on 20 November 1959. It provides as follows:

"The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration."

50. The term was used again in 1989 in Article 3 § 1 of the Convention on the Rights of the Child:

"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration."

51. Neither the working group during the drafting of the Convention nor the Committee on the Rights of the Child has developed the concept of the child's best interests or proposed criteria for their assessment, in general or in relation to specific circumstances. They have both confined themselves to stating that all values and principles of the Convention should be applied to each particular case (see Rachel Hodgkin and Peter Newell (eds.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund 1998, p. 37). In addition, the Committee has emphasised on various occasions that the Convention must be considered as a whole, with the relationship between the various articles being taken into account. Any interpretation must be consistent with the spirit of that instrument and must focus on the child as an individual having civil and political rights and its own feelings and opinions (*ibid.*, p. 40).

52. The "Guidelines on Determining the Best Interests of the Child" were issued by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). They provide, *inter alia*:

"The term 'best interests' broadly describes the well-being of a child. Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child's environment and experiences." (UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008)

53. The principle of “the child’s best interests” is also embodied in Articles 5 and 16 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Article 5 (b) reads as follows:

“States Parties shall take all appropriate measures:

...

(b) To ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases.”

54. Under Article 16 § 1 (d) of that Convention, States are committed to ensuring the following, with regard to equality between men and women:

“[t]he same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; [and] in all cases the interests of the children shall be paramount”.

55. Even though the principle does not appear in the International Covenant on Civil and Political Rights, the United Nations Human Rights Committee in its General Comments Nos. 17 and 19 referred to “the paramount interest” of the child in the event of the separation or divorce of its parents. In its General Comment 17 (adopted at its 35th Session, 1989) the Committee stated that if a marriage is dissolved, steps should be taken, keeping in view the paramount interest of the children, to guarantee, so far as is possible, personal relations with both parents. For abandoned children, special measures must be taken in order to enable them to develop in conditions that most closely resemble those characterising the family environment. In its General Comment No. 19 (adopted at its 39th Session, 1990) the Committee indicated that any discriminatory treatment in regard to divorce, child custody, visiting rights, etc., must be prohibited, unless the paramount interest of the child required otherwise.

56. The European Union’s Charter of Fundamental Rights, which became legally binding with the entry into force of the Lisbon Treaty on 1 December 2009, contains the following Article:

**Article 24 – The rights of the child**

“1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child’s best interests must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests.”

## **B. Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 (“the Hague Convention”)**

### *1. Text of the instrument*

57. The relevant provisions of the Hague Convention, which came into force in respect of Switzerland on 1 January 1984, read as follows:

“The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions:

...

#### **Article 1**

The objects of the present Convention are:

(a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and

(b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

...

#### **Article 3**

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

(a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and

(b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph (a) above may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

#### **Article 4**

The Convention shall apply to any child who was habitually resident in a Contracting State immediately before any breach of custody or access rights. The Convention shall cease to apply when the child attains the age of 16 years.

#### **Article 5**

For the purposes of this Convention –

(a) ‘rights of custody’ shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence;

(b) ‘rights of access’ shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence.

...

#### **Article 11**

“The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. ...

#### **Article 12**

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child.

#### **Article 13**

Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that:

...

(b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence.

#### **Article 14**

In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention within the meaning of Article 3, the judicial or administrative authorities of the requested State may take notice directly of the law of, and of judicial or administrative decisions, formally recognised or not in the State of the habitual residence of the child, without recourse to the specific procedures for the proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable.

...

#### **Article 20**

The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.

#### **Article 21**

An application to make arrangements for organising or securing the effective exercise of rights of access may be presented to the Central Authorities of the Contracting States in the same way as an application for the return of a child.

The Central Authorities are bound by the obligations of cooperation which are set forth in Article 7 to promote the peaceful enjoyment of access rights and the fulfilment of any conditions to which the exercise of those rights may be subject. The Central Authorities shall take steps to remove, as far as possible, all obstacles to the exercise of such rights.

The Central Authorities, either directly or through intermediaries, may initiate or assist in the institution of proceedings with a view to organising or protecting these rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.”

#### *2. Consideration of the child's "best interests" in the context of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention*

58. The Explanatory Report by Ms Elisa Pérez-Vera on the drafting of the Convention states as follows:

“... since one factor characteristic of the situations under consideration consists in the fact that the abductor claims that his action has been rendered lawful by the competent authorities of the State of refuge, one effective way of deterring him would be to deprive his actions of any political or juridical consequences. The Convention, in order to bring this about, places at the head of its objectives the restoration of the status quo ...”. (paragraph 16, p. 429)

59. However, the Hague Convention contains five exceptions to the principle of the child’s prompt return, among which the most commonly invoked exception is that of Article 13, sub-paragraph (b).

60. The French Court of Cassation, the House of Lords and the Finnish Supreme Court have all expressly incorporated the concept of the “child’s best interests” into their application of the exception based on a “serious risk” within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

61. In a case from 2005, the French Court of Cassation stated the following:

“... under Article 13, sub-paragraph (b), an exception can be made to the child’s prompt return only if there is a grave risk of harm or of the creation of an intolerable situation;

and

by virtue of Article 3 § 1 of the [United Nations] Convention on the Rights of the Child, a provision that is directly applicable before the French courts, such circumstances must be assessed with the child’s best interests as the primary consideration”. (Court of Cassation, First Civil Division, 14 June 2005, appeal no. 04-16942)

62. That court thus upheld a judgment of the Aix-en-Provence Court of Appeal of 13 May 2004, finding as follows:

“... the child’s best interests [had been] taken into consideration by the Court of Appeal, which [had] accordingly reached the conclusion ... that it was appropriate to order the prompt return of the child under the Hague Convention.”

63. The Finnish Supreme Court conducted a similar assessment in applying the exception under Article 13, sub-paragraph (b), indicating as follows:

“... the court had pointed out that a grave risk of harm would not exist if the mother returned to France with her children and ensured that their living conditions were adapted according to their best interests ...” ([27 December 1996] Supreme Court of Finland 1996:151, S96/2489)

64. In a case examined on 16 November 2006 by the House of Lords concerning the abduction of a child from Romania to the United Kingdom, Lord Hope observed:

“... it is impossible to believe that the child’s best interests would be served by his return forthwith to Romania.” (*In re D (a child)*, [2006] UKHL 51, [2007] 1 AC 619)

### 3. *The concept of “rights of custody” under the Hague Convention*

65. Article 5 (a) of the Hague Convention defines custody rights as “rights relating to the care of the person of the child, and, in particular, the right to determine the child’s place of residence”. The Convention recognises that custody may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of the State in which the child had its habitual residence immediately before removal or retention (Article 3 *in fine*). Furthermore, the Explanatory Report on the Convention emphasises the drafters’ intention to protect all the ways in which custody of children can be exercised and recognises that there can be wrongful removal or retention even if parents have joint custody of their child:

“In terms of Article 3, custody rights may have been awarded to the person who demands that their exercise be respected, and to that person in his own right or jointly. ... Now, from the Convention’s standpoint, the removal of a child by one of the joint holders without the consent of the other, is equally wrongful, and this wrongfulness derives in this particular case, not from some action in breach of a particular law, but from the fact that such action has disregarded the rights of the other parent which are also protected by law, and has interfered with their normal exercise” (Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, Acts and Documents of the Fourteenth Session, vol. III, Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, paragraph 71, pp. 447-48)

66. The drafters of the Convention created an autonomous definition of custody rights quite apart from domestic-law interpretations of that concept. This autonomous nature was confirmed in the “Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction” (§ 9, p. 3), which stated as follows:

“... ‘rights of custody’ as referred to in the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction constitute an autonomous concept, and thus such rights are not necessarily coterminous with rights referred to as ‘custody rights’ created by the law of any particular country or jurisdiction thereof. ... [T]he award of what is called ‘custody’ to only one parent under domestic law, does not necessarily mean that all ‘rights of custody’ within the intent of the Hague Convention have been granted to that parent. Since each domestic legal system has its own terminology for referring to rights which touch upon the care and control of children, and even some English-language systems do not employ the term ‘custody’, it is necessary to look to the content of the rights and not merely to their name.”

67. The autonomous meaning of “rights of custody” was further confirmed during the second meeting of the Special Commission when the following conclusion, among others, was adopted:

“... the expression ‘rights of custody’ ... does not coincide with any particular concept of custody in a domestic law, but draws its meaning from the definitions, structure and purposes of the Convention.” (Report of the Second Special Commission Meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction held on 18-21 January 1993, p. 4)

68. In addition, according to the Explanatory Report, the Convention is engaged only by issues relating to breaches of custody rights. It does not in principle concern situations arising from breaches of access rights, in particular where the child is taken abroad by its custodian (Explanatory Report, paragraph 65).

4. *Domestic case-law concerning the concept of “rights of custody” within the meaning of the Hague Convention*

69. The Hague Convention provides no enforcement mechanism or oversight body to ensure that Contracting States implement it. Therefore, it is possible that the case-law of domestic courts relating to the Hague Convention may differ from one Contracting State to another. In practice, there is a lack of consistency in the interpretation of the various judicial bodies as regards the Hague Convention’s distinction between custody rights and access rights, more specifically where they have to decide whether to grant the remedy of return to non-custodial parents who hold access rights.

70. However, there seems to be a trend towards a wide interpretation of wrongful removal or retention, thus broadening the scope of custody rights to allow types of parenting other than the holding of custody rights to benefit from the Convention’s protection.

71. In the case of *C. v. C.* (England and Wales Court of Appeal; [1989] 1 WLR 654, 657-58), for example, a custodial parent had removed a child from Australia in breach of a restraining order (also called a *ne exeat* order, prohibiting a child’s removal from a given geographical area). In that case the child could not be removed without the consent of the non-custodial parent. The court found that the Convention’s judicial remedy of return applied. They justified this reasoning by equating the ability to grant or withhold consent for relocation with a custodial “right to determine the child’s place of residence”.

72. The Family Court of Australia took the same approach in the case of *José García Resina*, where a father lodged an application under the Convention for the return of his children after they had been taken to France by their maternal grandparents (*José García Resina and Muriel Ghislaine Henriette Resina*, [1991] FamCA 33). The Australian court considered both a custody order, which gave the father “reasonable access” to the youngest



child, and an injunction restraining both the mother and the father from removing the children from Australia. It ultimately ordered the return of the children pursuant to the Convention because their removal had violated the father's custody rights that had been created by the restraining order. Similarly, the Israeli Supreme Court found that a custody agreement between parents contained a mutual consultation clause for major changes and unusual events, which implicitly included decisions on the residence of the child (*Foxman v. Foxman*, Israeli Supreme Court, 1992). The court thus considered that the father had rights of custody within the meaning of the Convention.

73. It appears that other national courts, in particular in common-law countries, have largely cited the *C. v. C.* case and have followed its general holding that if the custodial parent needs permission from the court or the non-custodial parent before removing the child from a country, a removal without such permission may be regarded as "wrongful" within the meaning of Article 3 of the Hague Convention (see *Re F*, England and Wales Court of Appeal, [1995] 3 WLR 339, where the father had rights of custody, even though the mother had a court order giving her temporary "care and control" and there was no order barring the child's removal).

74. However, the practice of domestic courts is not homogeneous. Thus, for example, the United States Court of Appeals found that access rights coupled with a *ne exeat* clause did not constitute "rights of custody" within the meaning of the Hague Convention (*Croll v. Croll*, 229 F.3d 133, 143, Second Circuit, 2000).

### **C. Domestic legislation relevant to the implementation at national level of the above-mentioned Conventions**

#### *1. New Swiss Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults*

75. On 21 December 2007 the Swiss Federal Parliament enacted the "Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults", for the purpose of clarifying certain notions, especially in relation to the application of the Hague Convention of 1980. The Act came into force on 1 July 2009. The sections of the Act referred to by the applicants read as follows:

#### **Section 5: Return and interest of the child**

"The return of a child places him or her in an intolerable situation, within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, in particular where the following conditions are met:

- (a) placement with the parent who lodged the application is manifestly not in the child's interests;
- (b) the abducting parent is not, given the circumstances, in a position to take care of the child in the State where the child was habitually resident immediately before the abduction, or this cannot reasonably be required of that parent; and
- (c) placement in the care of a third party is manifestly not in the child's interests."

### **Section 6: Protective measures**

"The court dealing with the application for the return of the child shall decide, as required, on the child's personal relations with his or her parents and order the measures necessary to ensure his or her protection.

Where the application for return has been received by the Central Authority, the competent court may, at the request of the Central Authority or any of the parties, order the appointment of a representative or a guardian for the child, or take other protective measures even if the application for return is not yet pending before the court."

76. In connection with the federal decree concerning this Act, the Federal Council submitted to Parliament a "dispatch" (*Feuille Fédérale* 2007, pp. 2433-682), of which the relevant passages read as follows:

#### **"6.4 Return and interests of the child (section 5)**

In order to ensure an application of the Hague Convention of 1980 that is better adapted to the interests of the child, it is necessary for the legislature to specify the various situations in which the return of the child can no longer be taken into consideration because it would place him or her in a manifestly intolerable situation. The rule in section 5 is not supposed to supersede the provision of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention of 1980. The term 'in particular' means that the list merely enumerates a few situations which – although essential – do not preclude reliance on the clause provided for in the Convention.

Firstly, sub-paragraph (a) refers to the situations in which the child's accommodation by the parent who requested the return is manifestly not in the child's interests. If that is not so, in particular where the parent who lodged the application has an exclusive right of custody or is the only one who could be granted such responsibility, there will not, in principle, be any cause for fear that the child will be placed in an intolerable situation on his or her return and therefore there is no reason why the return should be refused. This will not be the case where it appears obvious to the court that the party lodging the application would not be able to take care of the child.

Sub-paragraph (b) governs cases in which the appropriateness of the child's return can be assessed only from the standpoint of his or her relationship with the abducting parent. Where the child's accommodation by the parent who requested the return is manifestly not to be taken into consideration, the problem of his or her return to the State of origin will be addressed differently, depending on whether the person who wrongfully removed or retained the child (usually the mother) is or is not in a position

to return to that State. If the said parent is not able to do so because, for example, he or she faces a prison sentence that would lead to separation from the child or because the parent has very close family ties in Switzerland (for example following remarriage or on account of a situation of hardship suffered by another family member living in Switzerland), the child's psychological and physical stability may be at stake, because the child would, after the return, be obliged to live apart from his or her parents. Such separation is tolerable only in exceptional cases and must constitute an *ultima ratio*.

Second type of situation: where, given all the circumstances, it cannot reasonably be required of the abducting parent that he or she take care of the child in the State where the child had his or her habitual residence immediately before the abduction (section 5(b)). It is not sufficient for the parent who wrongfully removed or retained the child to state that he or she refuses to return to that State. He or she would also have to be in a situation of hardship such that he or she could not reasonably be expected to return to his or her place of prior residence to await there, with the child, the court's final decision on the granting of custody. In that context, we have in mind especially those cases in which the mother cannot be guaranteed safe or affordable accommodation outside the home of her former partner. One must further take into account those cases in which the parent who has requested the return of the child will not resume the exercise of the right of custody and will not obtain it by court order, whilst the abducting parent is clearly the child's primary carer. In such a case the child would only be taken to the State of origin to await the final attribution of the right of custody to the abducting parent, before coming back to Switzerland again with that parent. Such coming and going would ultimately only have served the purpose of bringing the case before the authorities of the former State of residence. Such a solution would be inadmissible according to the spirit and purpose of the Hague Convention, because it would be incompatible with the child's interests. But the situation would have to be beyond doubt for the Swiss court dealing with the request for return. Unless the circumstances can be established clearly, the court will have to rule that the return to the parent's State of origin is bearable and that, accordingly, the child will not be placed in an intolerable situation such as to justify a decision denying the return under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

Sub-paragraph (c) refers to placement with third parties. If the child's return were to lead to separation from the parent who wrongfully removed or retained the child (because return is impossible for that parent or cannot reasonably be required of him or her), it could only be carried out in appropriate conditions if the child were placed with a third party in the State of origin. However, such a solution should only be sought, with the resulting possibility for the competent Swiss court to order the child's return, if placement with a third party is not manifestly contrary to the child's interests. That third condition can be satisfied only if separation from the parent remaining in Switzerland is bearable for the child – which may be the case where he or she has an antagonistic relationship with that parent – and if the foster family receiving the child can provide proper guarantees as to the protection and normal upbringing of the child. In any event, such a situation should only be envisaged as an *ultima ratio*.

It must further be noted that, for the return to be compatible with the child's interests and, in particular, for the conditions of Article 13 of the Hague Convention

to be fulfilled, the authority ruling on the matter has to be apprised of the situation prevailing in the State of origin and of the legal provisions in force there. Thus, the parties, and in particular the parents, have a duty to participate in the establishment of the facts. The hearing of the parties in person by the court (section 9(1) and (2)) is therefore of great importance. The new provisions concerning the procedure and the cooperation with the competent authorities of the State of origin also play an essential role. The court must be able to verify whether, and in what manner, it is possible to ensure the child's return (section 10(2)). If it does not succeed in that task, or succeeds only partially, it will not be in a position to weigh up all the consequences that a return might have for the child. The same will be true if it does not succeed in obtaining from the local authorities any reliable assurances as to the conditions of the child's reception and protection, in particular when there is some doubt about the requesting parent's capacity to look after the child properly. In this respect, section 10 is thus directly related to the practical application of section 5."

## *2. Concepts of "custody" and "guardianship" in Israeli law*

77. The concept of guardianship is defined in Chapter 2 of the Capacity and Guardianship Law 1962. The term custody is not defined as such but is mentioned.

78. Section 14 of that Law provides that "[p]arents shall be the natural guardians of their minor children". In Israel, parents, whether married, divorced or unmarried, are joint and equal guardians of their children. The term "guardianship" may be regarded as equivalent to "parental authority" in other jurisdictions.

79. Guardianship is an automatic right which both parents acquire and can only be restricted or removed in exceptional circumstances (where a Magistrate's Court adopts one of the measures mentioned in section 3(3) or (4) of the Youth (Care and Supervision) Law). This rule is set out in section 27 of the Law.

80. Section 15 defines and describes the role of parents in Israeli law and outlines what parental guardianship entails in the following terms:

"The guardianship of the parents shall include the duty and the right to take care of the needs of the minor, including his education, studies, vocational and occupational training and work and to preserve, manage and develop his property; it shall also include the right to the custody of the minor, to determine his place of residence and the authority to act on his behalf."

81. Section 17 sets the standard of parents' duties. It states that in exercising their guardianship, "parents [must] act in the best interests of the minor in such manner as devoted parents would act in the circumstances".

82. There is a general presumption that parents should cooperate in taking decisions relating to their guardianship (section 18). However, where

no agreement is reached, they may refer to the court to decide the issue (section 19).

83. Section 24 provides that, when parents live apart, they may reach an agreement as to: who is going to have guardianship of the minor, wholly or in part; who is going to have custody of the minor; and what rights the other parent is going to have, in particular as regards contact with the child. Such an agreement is subject to the approval of the court.

84. Under section 25, if the parents cannot reach such an agreement these issues may be determined by the court having regard to the best interests of the child.

85. Section 25 further creates a presumption of custody in favour of the mother for children under six years old unless there are special reasons for directing otherwise.

86. Accordingly both parents share joint decision-making authority regarding their child's place of residence. One parent cannot remove the child from Israel without the permission of the other parent or of a court. If one parent wishes to remove the child from Israel without the other parent's consent, then the parent wishing to leave must apply to the Israeli courts for a relocation order and an order for custody of the child.

## THE LAW

### I. SCOPE OF THE CASE BEFORE THE GRAND CHAMBER

87. In their memorial before the Grand Chamber the applicants complained of a violation of their right to respect for their family life within the meaning of Article 8 of the Convention. In addition, they argued that the enforcement of the second applicant's return without the first applicant would constitute inhuman treatment prohibited by Article 3 and a violation of Article 9, since the second applicant's father could be expected to subject him to the precepts of the "Lubavitch" community, which the applicants described as "ultra-orthodox" and from which the first applicant wished to distance her child permanently.

88. The Court notes, however, that the Chamber declared inadmissible the complaints under Articles 3 and 9 of the Convention for failure to exhaust domestic remedies. Accordingly, the Grand Chamber cannot examine them (see, among other authorities, *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

89. The applicants alleged that there had been a violation of their right to respect for their family life under Article 8 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

### *1. Applicability of Article 8*

90. The Court refers to the following findings in the Chamber judgment:

“79. Turning now to the circumstances of the present case, the Court first observes that, for the applicants, the possibility of continuing to live together is a fundamental consideration which clearly falls within the scope of their family life within the meaning of Article 8 of the Convention, and that Article is therefore applicable (see, among many other authorities, *Maire v. Portugal*, no. 48206/99, § 68, ECHR 2003-VII).

...

81. Moreover, it is not in dispute that the Federal Court’s order for the child’s return constituted for the two applicants an ‘interference’ within the meaning of the second paragraph of Article 8 of the Convention.”

91. The Grand Chamber subscribes to those findings, which are not in dispute between the parties. It must therefore be ascertained whether the impugned interference met the requirements of the second paragraph of Article 8, that is to say whether it was “in accordance with the law”, pursued one or more legitimate aims and was “necessary in a democratic society” in order to fulfil those aims.

### *2. Justification for the interference*

#### **(a) Legal basis**

##### *(i) The Chamber judgment*

92. The Chamber found as follows (see paragraph 80 of the judgment):

“The Court notes that under the Hague Convention the removal or retention of a child is to be considered wrongful where it is in breach of rights of custody attributed to a person, alone or jointly, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention (Article 3, first

paragraph, sub-paragraph (a)). The notion of ‘rights of custody’ within the meaning of the Hague Convention includes rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence (Article 5, sub-paragraph (a)). The Court takes the view that in the present case the child’s removal to Switzerland was wrongful, since, in accordance with the decision of 27 June 2004, the father exercised ‘guardianship’ jointly with the mother and in the Israeli legal system this included the right to determine the child’s place of residence. Moreover, the removal of Noam rendered illusory, in practice, the right of access (Article 4, first paragraph) that had been granted to the father by the decision of 17 November 2004. Accordingly, it was unquestionably wrongful within the meaning of the Hague Convention.”

(ii) *The parties’ submissions*

(α) The applicants

93. The applicants took the view that the present case did not concern an international child abduction under the Hague Convention. They first argued that Noam’s removal from Israel by his mother had not been wrongful within the meaning of that Convention. They submitted that the Government had committed a manifest error of judgment in indicating that the decision given on 17 November 2004 by the Israeli court had granted “temporary custody” to the mother.

94. The applicants considered the child’s removal to Switzerland to have been lawful, for the following reasons in particular: the father’s conduct and death threats against the first applicant had warranted a special measure of protection in her favour that had been granted on 12 January 2005; the father, on account of the religious fanaticism that he displayed publicly, wanted unilaterally to impose on his infant son an ultra-orthodox and radical religious education and lifestyle without consideration for the child’s interest or for the disagreement expressed by the mother; an arrest warrant had been issued against the father on 20 March 2005 for defaulting on maintenance payments and he had had his right of access restricted and placed under the supervision of the social services because of his irresponsible conduct; the criminal complaints filed against him in Israel had been ineffective; lastly, the child’s removal had been lawful by virtue of Israeli Law no. 5722-1962 (“Capacity and Guardianship Law”), of which section 25 provided *in fine* that in the event of disagreement between the parents, children up to the age of six would remain with their mother, and of which section 18 *in fine* expressly authorised either parent to act alone in a matter admitting of no delay, which would especially be the case where the parent had custody of the child.

## (β) The Government

95. The Government took the view that the second applicant's removal had been wrongful. Pointing out that the Explanatory Report of April 1981 on the Hague Convention contrasted "rights of custody" with simple access rights, they observed that "[a] questionable result would have been attained had the application of the Convention, by granting the same degree of protection to custody and access rights, led ultimately to the substitution of the holders of one type of right by those who held the other". Thus, the question whether joint custody existed had to be determined in each particular case and in the light of the law in force in the country of the child's habitual residence.

96. In the Government's submission, it was clear that, by reference to the definition in Article 5, sub-paragraph (a), of the Hague Convention, Israeli guardianship covered "rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence" within the meaning of that provision. That interpretation was confirmed by the fact that Article 3 of the Hague Convention expressly mentioned cases where, as in the present case, custody was exercised jointly. It could clearly be seen from the Explanatory Report that this particularly referred to cases of joint custody after the parents had separated or divorced. In this connection the Government stressed that it was expressly envisaged in the Hague Convention that the removal of a child against the wishes of a parent having joint custody, but with whom the child did not live, would be unlawful.

97. The view that joint guardianship was irrelevant as the mother alone had custody, as expressed by Judge Spielmann in his dissenting opinion (appended to the Chamber judgment), was not sufficiently substantiated by the passages of the Explanatory Report cited in that opinion. As regards Judge Spielmann's observation that the Explanatory Report appeared to make a distinction between custody rights and parental authority in the context of children entrusted to an institution, the Government observed that it was apparent from the passage in question that in the event of compulsory placement of the child, custody for the purposes of the Hague Convention would belong to the relevant body. In the Government's submission, as that body was then responsible for taking care of the child's needs and, in particular, for determining its place of residence, that passage also confirmed that custody within the meaning of the Hague Convention corresponded to guardianship and not to custody in Israeli law.

98. In view of the foregoing, the Government submitted that the Hague Convention was applicable and that the second applicant's removal



from Israel had to be regarded as wrongful within the meaning of that Convention. All the authorities dealing with the matter, whether the Israeli and Swiss authorities or the Chamber of the Court, had moreover shared that opinion.

(iii) *The Court's assessment*

99. The Court notes that the Federal Court's judgment of 16 August 2007 was based mainly on the Hague Convention, which has been incorporated into Swiss law. However, the applicants disputed the applicability of that instrument in the present case because, in their view, Noam's removal from Israel by his mother was not wrongful. The Court must therefore examine whether the Hague Convention constituted a sufficient legal basis on which to order the child's return to Israel.

100. The Court reiterates at the outset that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. This also applies where domestic law refers to rules of general international law or to international agreements. The Court's role is confined to ascertaining whether those rules are applicable and whether their interpretation is compatible with the Convention (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I, and *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, § 72, ECHR 2008).

101. In the present case, the second applicant's removal was examined by three domestic courts which all concluded, in duly reasoned decisions, that it was wrongful within the meaning of the Hague Convention. That assessment was confirmed by the Chamber for two main reasons: firstly, even though the first applicant had custody, at least on a provisional basis, the father had guardianship jointly with the mother under Israeli law; secondly, Noam's removal rendered illusory, in practice, the right of access that had been granted to the father.

102. It should also be observed that the concept of custody rights, within the meaning of the Hague Convention, has an autonomous meaning (see paragraphs 66-67 above) since it has to be applied to all the States Parties to that Convention and may be defined differently in their various legal systems. In the present case, it appears that in Israeli law the institution of guardianship is comparable to custody rights under Article 5, first paragraph, (a) of the Hague Convention, which refers in its definition to the right "to determine the child's place of residence". Such right is also included in guardianship. In the present case that right was breached because it was to be exercised jointly by both parents; moreover, there is no indication that it was not exercised effectively until the child's removal, as required by Article 3, first paragraph, (b) of that Convention.

103. In addition, it is noteworthy that the mother took the child to Switzerland in breach of an order prohibiting his removal from Israel that had been made by the competent Israeli court at her own request. It appears that courts in certain States take the view that breaches of such orders give rise to the application of the Hague Convention (see paragraphs 69-74 above).

104. Lastly, even though in principle the Hague Convention applies only to breaches of custody rights, it can be seen from its Preamble, Article 1 (b) and Article 21 (see paragraph 57 above) that it also seeks to protect access rights. There is no doubt in the present case that the second applicant's removal hindered the possible exercise by the father of the right of access that he had been granted.

105. In view of the foregoing, the Court finds, like the Chamber, that the first applicant removed her child from Israel to Switzerland "wrongfully", within the meaning of Article 3 of the Hague Convention. She thus committed an abduction for the purposes of that Convention, which is therefore applicable in the present case. Accordingly, in ordering the child's return under Article 12 of the Hague Convention, the impugned measure had a sufficient legal basis.

**(b) Legitimate aim**

106. The Court shares the Chamber's opinion that the decision by the Federal Court to return the child pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of Noam and his father, as the parties have moreover not denied before the Grand Chamber.

**(c) Necessity of the interference in a democratic society**

*(i) The Chamber judgment*

107. In the Chamber's opinion, the interference that would be constituted by Noam's return would not be disproportionate. In this connection the Chamber noted the many measures that had been taken by the Israeli authorities in order to protect the applicants when they were still living in that country. A return to Israel could be envisaged for the mother and for the child, given that he was still at a perfectly adaptable age (see the Chamber judgment, §§ 80 and 89). As regards the risk of a criminal sanction against the mother, the Chamber found no reason to doubt the credibility of the assurances given by the Israeli authorities in that connection, having regard in particular to the efforts they had made for the mother and child before their departure for Switzerland (*ibid.*, § 90). The Chamber further emphasised that it was in the "best interests" of every child to grow up in an

environment that allowed him or her to maintain regular contact with both parents (*ibid.*, § 91). In addition, there was no evidence to suggest that the first applicant would be unable to influence her son's religious education or that the Israeli authorities and courts would be unable to prevent the father from sending him to a religious "Heder" school (*ibid.*, § 92).

(ii) *The parties' submissions*

(a) The applicants

108. The applicants submitted that, in the present case, it should be borne in mind that the first applicant had custody of the child whilst the father had a limited right of access, under supervision, on account of conduct that all the judges dealing with this case had unanimously found to be unacceptable. In the applicants' submission, that circumstance was of the essence, since it clearly distinguished the present case from *Bianchi v. Switzerland* (no. 7548/04, § 77, 22 June 2006), in which the Court had emphasised that while its role was not to substitute itself for the competent authorities in regulating custody and access issues, it was nevertheless entitled to review under the Convention the decisions that those authorities had taken in the exercise of their power of appreciation.

109. The applicants took the view that the Federal Court's method was significantly different from that adopted by the first two courts in support of their decisions: while those two courts had refused to place too narrow an interpretation on the provisions of the relevant international instruments, the same could not be said for the Federal Court, which had limited the scope of its analysis by deliberately taking an overtly restrictive position. Whilst the courts below had upheld the objection to the child's return, highlighting, in particular, the best interests of the child and the grave risk of psychological harm, and also the intolerable situation which they considered the child would face if he were returned to Israel with or without his mother, the Federal Court had quite simply rejected that approach, even though it was supported by an expert's report, and had declared that the proper solution was in fact to compel the mother, who had custody, to return to Israel with the child, failing which she would be separated from him. However, the first applicant had always declared that she would not return to Israel, not only because of the intolerable situation which had precisely led her to leave that country in June 2005, but also because to do so would mean uprooting herself and her child and would entail problems for her before the Israeli courts. In addition, as she had sole financial responsibility for the child, the first applicant could not reasonably be expected to give up her job in Switzerland. Furthermore, the child and his mother had been

fully integrated in the environment and social life of Lausanne for more than four years.

110. In the applicants' submission, the risk that the mother would be imprisoned if she returned to Israel was established and the civil consequences of separation would be disastrous. They stated that, under Israeli criminal law no. 5737-1977, the mother was liable to very severe criminal sanctions. Contrary to the Federal Court's finding, she would most certainly face such a sanction on her return to Israel and this would undoubtedly constitute, in the applicants' view and as the medical expert had emphasised in his report of 16 April 2007, a major psychological trauma and an intolerable situation for the child, who would in practice experience an immediate and distressing separation from his mother. The applicants stated that the consequences of the mother's imprisonment in Israel would also be disastrous in civil terms for the future of mother and child. They alleged that in such a case, after being separated from his mother when she was sent to prison, Noam would not be entrusted to his father on account of the decisions previously issued against him, his instability and his lack of resources. They pointed out at this stage that the father had remarried on 1 November 2005 but had divorced his new wife, G., on 29 March 2006 while she was pregnant. He had married a third time and proceedings had again been brought against him in 2008, this time by his second wife, for defaulting on maintenance payments in respect of their daughter.

111. The applicants also argued that neither the Israeli authorities nor the respondent Government had given any reliable guarantees that the first applicant would not face criminal sanctions should she return to Israel and that she would not be separated from her child, of whom she had custody. The letter produced by the respondent Government in support of their observations of 15 February 2008 (Annex no. 3 – paragraph 40 above) contained no element capable of precluding with certainty all risk of criminal sanctions against her if she returned to Israel.

112. The applicants also pointed out that in his report of 16 April 2007 Dr B., a medical expert, taking into account the fact that the mother had ruled out her return to Israel owing to the risk of judicial proceedings against her, had concluded that the child's return without his mother would entail major psychological trauma in the form of extreme separation anxiety and a major risk of severe depression.

113. In the applicants' submission, the opinion expressed by the Federal Court and by the respondent Government in the present case did not reflect those expressed by the Federal Council, by legal writers, by the Swiss Parliament or by the main organisations which had been consulted prior to the enactment, on 21 December 2007, of the new Federal Act

on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults.

114. The failure to return the child to Israel would not undermine the international protection system established by the Hague Convention but, on the contrary, would uphold it. In the applicants' submission, whilst the principle of that Convention was to return a wrongfully removed child to the State of his or her habitual residence with the assistance of the Central Authorities designated for that purpose, it nevertheless had to be emphasised that there was an exception to that principle where the return would expose the child to a grave risk of physical or psychological harm and/or to an intolerable situation (Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention). The applicants moreover pointed out that nowadays the Hague Convention was no longer the only instrument providing for assessment in proceedings of this type. They emphasised that the Convention on the Rights of the Child made the best interests of the child a primary consideration in all decisions relating to children. Thus they took the view that the Federal Court should not have disregarded the best interests of the child. In assessing those interests it should have ascertained and weighed up specifically and objectively the consequences of the child's return to Israel, and should have determined and described, before delivering its judgment, the appropriate arrangements that would apply upon the child's return.

115. As regards the possibility that the parents might agree on the child's education, such a scenario could not be envisaged in the present case precisely because of the radical position adopted by the father. The applicants pointed out in this connection that at the time of his marriage to the first applicant on 16 October 2001, Mr Shuruk had not yet adopted a radical religious attitude. It was only from the autumn of 2003, shortly after the child's birth, that the father had, without taking into account the mother's opinion, chosen to join an ultra-orthodox religious movement, thus completely changing the rules of life adopted by the spouses at the time of their marriage. Moreover, Mr Shuruk had not denied that he belonged to the ultra-orthodox Jewish "Lubavitch" movement, which, in the applicants' submission, was a "mystical and ascetic movement" of traditional Hasidic Judaism, whose members engaged in zealous proselytising. Nor had Mr Shuruk denied having also sought to impose on his wife and child a radical way of life which, for example, required women to hide their hair and boys to be sent at the age of three to religious "Heder" schools. In this connection, the first applicant explained that she had no intention of cutting her son off from his roots. Since 2006 he had been attending a municipal secular nursery school one day a week and a private State-approved Jewish

day-care centre where, in addition to the school curriculum of the Canton of Vaud, he was being taught the basic principles of Judaism.

116. Lastly, the applicants argued that the child's protection required the authorities of the requested State to have taken all the necessary precautionary measures prior to enforcing the return that had been ordered. They observed that it was apparent in particular from the Government's observations of 15 February 2008 that the Federal Court's judgment of 16 August 2007 did not contain any provisions for its enforcement.

117. For these reasons the applicants concluded that the child's return to Israel would constitute an unjustified interference, in a democratic society, with the exercise of their right to respect for their family life, as protected by Article 8 of the Convention.

(β) The Government

118. The Government observed that whilst a return to Israel would cause the first applicant some inconvenience that she might find unsatisfactory, such problems were inherent in the Hague Convention system and could not render its mechanism inoperable. In the Government's submission it was only where the return entailed violations of human rights that went beyond the interference inherent in the return envisaged by the Hague Convention that such return had to be declared incompatible with the Convention, a situation which, moreover, was envisaged by Article 20 of the Hague Convention. The Government took the view that the exceptions to the child's return had to be interpreted in a restrictive manner if the Hague Convention was not to become a dead letter.

119. The Government further relied on the Court's judgment in *Maumousseau and Washington v. France* (no. 39388/05, 6 December 2007), where it had stated that the aim of the Hague Convention was to prevent the "abducting" parent from succeeding in legitimating, by the passage of time operating in his or her favour, a *de facto* situation which he or she had created unilaterally. In that case the national authorities had stressed, in particular, that the mother, contrary to what she maintained, could accompany her child to the State in which he had his habitual residence in order to assert her rights there. That factor had been regarded as decisive by the Court, as the mother had unrestricted access to the territory of the State in question and could bring proceedings before the competent courts of that State.

120. In the Government's opinion, the arguments put forward in the dissenting opinions, and reiterated by the applicants in their referral request, could not call into question the merits of the assessment by the Federal Court and by the Chamber. It could not be inferred, in the context

of the Hague Convention, that the fact that the first applicant was socially integrated in Lausanne prevented her from accompanying the second applicant if he returned to Israel. As she had lived in Israel for six years, she must surely have a certain social network there. In that connection, the Government emphasised that, according to the report by the expert Dr B., she had decided to settle in Israel after spending holidays with her family in that country.

121. As regards the risk of criminal sanctions, the Government took the view that nothing new had emerged from the dissenting opinions or from the applicants' referral request. The Government admitted that it followed from a letter from the Israeli Central Authority, forwarded to the Guardianship Division by the child's father, that under Israeli criminal law a custodial sentence could be imposed for child abduction. However, guidelines issued by the Israeli State Attorney's Department provided that when the police were dealing with such a case they would transfer it to the Israeli Central Authority responsible for application of the Hague Convention, which would then make recommendations as to the solution to be applied to the case. In this connection the Government observed that, according to the relevant guidelines, criminal proceedings should be brought only in very exceptional cases. The Israeli Central Authority had indicated that in the present case it would consider directing the Israeli police to close the criminal proceedings if the first applicant proved ready to cooperate with the Israeli authorities and to respect the right of access granted to the father by the Tel Aviv Family Court, and if she did not disappear again with the child (see letter of 30 April 2007 appended to the Government's observations of 14 August 2009). In this connection the Government took the view that the Hague Convention system was based on mutual confidence between the States Parties to that instrument and that if a State should fail to comply with its assurances, it would run the risk that the other States might not cooperate with it in the fashion envisaged. The Government thus subscribed to the Chamber's view that no doubt should be cast on the credibility of the assertions in that letter and that the first applicant did not run the risk of incurring criminal sanctions (see Chamber judgment, § 90).

122. The Government further observed that, throughout the domestic proceedings, the first applicant had never adduced the slightest firm evidence relating to the judicial consequences which she would allegedly face in the event of her return. On the contrary, she had asserted at the hearing of 29 August 2006 before the Justice of the Peace that she did not even contemplate returning to Israel and that she did not know what risk she would personally run if she were to return to that country.

123. Lastly, the fact that the second applicant's father had defaulted on his maintenance obligations was also insufficient to preclude the reasonable expectation that the first applicant would return to Israel. In the Government's submission, strictly from the viewpoint of the child's best interests, it would no doubt be preferable for him to grow up having contact with his father, even if the father paid him no maintenance, than to grow up without knowing him.

124. In response to the fears expressed in the dissenting opinions and reiterated by the applicants in their referral request, namely, firstly, that any attempt on the first applicant's part to influence her son's religious education would in all likelihood be unsuccessful and, secondly, that the Chamber had placed confidence, in an abstract fashion, in a legal system whose principles in family-law matters differed, sometimes significantly, from those that were applied in Europe, the Government referred to the Explanatory Report on the Hague Convention, according to which, when the Convention was being drafted, one of the concerns taken into account was to avoid the risk that decisions given pursuant to that instrument might express "particular cultural, social etc. attitudes which themselves derive[d] from a given national community" and thus, basically, impose "their own subjective value judgments upon the national community from which the child ha[d] recently been snatched" (paragraph 22 of the Report). Furthermore, in the event of disagreement about a child's religious education, the court granting parental authority would decide according to the best interests of the child. Independently of whether the Israeli courts dealing with the case were religious or secular courts, it was noteworthy that they had followed the recommendations of the social worker responsible for the case and had imposed many restrictions on the second applicant's father, even though his conduct was linked with his religious ideas. There was thus no reason to conclude that those courts, on account of the "religious context of the case", would not act in an appropriate manner.

125. The Government further observed that before the applicants had left Israel their family situation had been closely monitored by the Tel Aviv social services and the Tel Aviv Family Court, which had, in particular, prohibited the child's father from approaching the first applicant's flat and the child's nursery school, from disturbing or harassing the first applicant in any way whatsoever, including by mental harassment, and in any place, from using the flat in which the first applicant lived or from carrying or possessing a weapon. The Government pointed out that it was not disputed that the father had complied with those measures (see record of the hearing of 29 August 2006 before the Justice of the Peace).



126. It was also apparent from a letter from the Israeli Central Authority to the Cantonal Court that the Israeli Prevention of Family Violence Law of 1991 made provision for protective measures in the event of allegations of violence within the family (see the letter of 12 March 2007 in Annex 6 to the Government's observations of 14 August 2009). The Israeli authorities' conduct and the measures taken before the first applicant's departure with her son showed that the provisions of that law were applied effectively. In those circumstances, and in the light of the measures taken by the Israeli authorities, the Government submitted that the conduct of the second applicant's father did not constitute a risk within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

127. Lastly, the applicants' extended stay in Switzerland could not constitute an obstacle to their return pursuant to the Hague Convention. The Government, relying in this connection on the Chamber judgment, took the view in particular that, given the second applicant's young age, he would not be exposed to any risk within the meaning of the relevant provisions.

128. In so far as the applicants had also criticised the judgment of the Federal Court of 16 August 2007 for not containing any provisions for its enforcement, the Government observed that the enforcement of judgments of the Federal Court was a matter for the cantonal authorities. The Government explained that the competent authority in the present case was the Justice of the Peace of the District of Lausanne, which had delivered the decision at first instance. On 20 August 2007 the child's father had applied to that authority through his counsel to appoint an *ad hoc* guardian for the child with the task of arranging Noam's departure in accordance with the decision of the Federal Court. Following this Court's decision of 27 September 2007 to indicate a stay of execution in the present case, the father had withdrawn his request on 1 October 2007. These were the reasons why, for the time being, the arrangements for the child's return had not yet been decided. The Government further observed that the Federal Court, in its judgment of 16 August 2007, had ordered the child's return on the assumption that the mother could be expected to accompany him. Moreover, primary responsibility for arranging the return lay with the first applicant, who had created the present dispute in the first place by abducting her son. The Government submitted, however, that if the first applicant had expressed actual fears linked with specific aspects of a return to Israel, the competent authority could have examined measures capable of providing a remedy. Moreover, the arrangements for the child's return had not been examined further by the Swiss authorities on account of the interim measures indicated by the Court.

129. The Government expressed the view that, after a stay of more than four years in the host country, it was clearly no longer possible to speak of a “prompt return” within the meaning of the Hague Convention. Moreover, whilst it was true that, at the time of the Federal Court’s judgment, it was justifiable to disregard the passage of time, that was no longer the case at present. In other words, the Government’s submission is that the authorities competent for the enforcement of the return have the right and the duty to examine the conditions in which the return could be implemented without breaching the applicants’ rights.

130. Having regard to the foregoing, the Government were satisfied that the conditions of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention had manifestly not been met in the present case, and that the balancing of the interests involved, even if it entailed difficult consequences for the first applicant, was consistent with that provision and complied with the requirements of Article 8 § 2 of the Convention.

(iii) *The Court’s assessment*

(α) General principles

131. The Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, and in particular the rules concerning the international protection of human rights (see *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 90, ECHR 2001-II; and *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI).

132. In matters of international child abduction, the obligations that Article 8 imposes on the Contracting States must therefore be interpreted taking into account, in particular, the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 (see *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, § 51, ECHR 2003-V, and *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, § 95, ECHR 2000-I) and the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (see *Maire*, cited above, § 72). The Court has, for example, espoused the provisions of the Hague Convention on a number of occasions, in particular Article 11 when examining whether the judicial or administrative authorities, on receiving an application for the return of a child, had acted expeditiously and diligently, as any inaction lasting more than six weeks could give rise

to a request for a statement of reasons for the delay (see, for the text of that provision, paragraph 57 above, and for examples of application, *Carlson v. Switzerland*, no. 49492/06, § 76, 6 November 2008; *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 102; *Monory v. Romania and Hungary*, no. 71099/01, § 82, 5 April 2005; and *Bianchi*, cited above, § 94).

133. However, the Court must also bear in mind the special character of the Convention as an instrument of European public order (*ordre public*) for the protection of individual human beings and its own mission, as set out in Article 19, “to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties” to the Convention (see, among other authorities, *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 93, Series A no. 310). For that reason the Court is competent to review the procedure followed by domestic courts, in particular to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of the Hague Convention, have secured the guarantees of the Convention and especially those of Article 8 (see, to that effect, *Bianchi*, cited above, § 92, and *Carlson*, cited above, § 73).

134. In this area the decisive issue is whether a fair balance between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 62), bearing in mind, however, that the child’s best interests must be the primary consideration (see, to that effect, *Gnaboré v. France*, no. 40031/98, § 59, ECHR 2000-IX), as is indeed apparent from the Preamble to the Hague Convention, which provides that “the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody”. The child’s best interests may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents (see *Sabin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII). The parents’ interests, especially in having regular contact with their child, nevertheless remain a factor when balancing the various interests at stake (*ibid.*; see also *Haase v. Germany*, no. 11057/02, § 89, ECHR 2004-III, and *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 58, ECHR 2002-I, and the numerous authorities cited therein).

135. The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see the numerous references in paragraphs 49-56 above, and in particular Article 24 § 2 of the European Union’s Charter of Fundamental Rights). As indicated, for example, in the Charter, “[e]very child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests”.

136. The child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to "rebuild" the family (see *Gnahoré*, cited above, § 59). On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development (see, among many other authorities, *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 50, ECHR 2000-VIII, and *Maršálek v. the Czech Republic*, no. 8153/04, § 71, 4 April 2006).

137. The same philosophy is inherent in the Hague Convention, which in principle requires the prompt return of the abducted child unless there is a grave risk that the child's return would expose it to physical or psychological harm or otherwise place it in an intolerable situation (Article 13, sub-paragraph (b)). In other words, the concept of the child's best interests is also an underlying principle of the Hague Convention. Moreover, certain domestic courts have expressly incorporated that concept into the application of the term "grave risk" under Article 13, sub-paragraph (b), of that Convention (see paragraphs 58-64 above). In view of the foregoing, the Court takes the view that Article 13 should be interpreted in conformity with the Convention.

138. It follows from Article 8 that a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable. The child's best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences (see the UNHCR Guidelines, paragraph 52 above). For that reason, those best interests must be assessed in each individual case. That task is primarily one for the domestic authorities, which often have the benefit of direct contact with the persons concerned. To that end they enjoy a certain margin of appreciation, which remains subject, however, to a European supervision whereby the Court reviews under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of that power (see, for example, *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 55, Series A no. 299-A, and *Kutzner*, cited above, §§ 65-66; see also *Tiemann v. France and Germany* (dec.), nos. 47457/99 and 47458/99, ECHR 2000-IV; *Bianchi*, cited above, § 92; and *Carlson*, cited above, § 69).

139. In addition, the Court must ensure that the decision-making process leading to the adoption of the impugned measures by the domestic

court was fair and allowed those concerned to present their case fully (see *Tiemann*, cited above, and *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII). To that end the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 74).

140. The Court has already had occasion to examine the question whether the conditions of enforcement of a child's return were compatible with Article 8 of the Convention. It defined the obligations of States in such matters in *Maumousseau and Washington* (cited above, § 83) as follows:

“The Court points out that while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in effective ‘respect’ for family life. As to the State's obligation to take positive measures, Article 8 includes the right of a parent – in this case the father – to the taking of measures with a view to his or her being reunited with his or her child and an obligation on the national authorities to take such action (see, for example, *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 94). However, this obligation is not absolute, since the reunion of a parent with his or her child may not be able to take place immediately and may require preparation. The nature and extent of such preparation will depend on the circumstances of each case, but the understanding and cooperation of all concerned are always important ingredients. In addition, when difficulties appear, mainly as a result of a refusal by the parent with whom the child lives to comply with the decision ordering the child's prompt return, the appropriate authorities should then impose adequate sanctions in respect of this lack of cooperation and, whilst coercive measures against children are not desirable in this sensitive area, the use of sanctions must not be ruled out in the event of manifestly unlawful behaviour by the parent with whom the child lives (see *Maire*, cited above, § 76). Lastly, in this kind of case, the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation. Proceedings relating to the award of parental responsibility, including the enforcement of the final decision, require urgent handling as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent with whom it does not live. The Hague Convention recognises this fact because it provides for a range of measures to ensure the prompt return of children removed to or wrongfully retained in any Contracting State. Article 11 of the Hague Convention requires the judicial or administrative authorities concerned to act expeditiously to ensure the return of children and any failure to act for more than six weeks may give rise to a request for explanations (see *Maire*, cited above, § 74).”

(β) Application of those principles to the present case

141. It is not the Court's task to take the place of the competent authorities in examining whether there would be a grave risk that the child would be exposed to psychological harm, within the meaning of Article 13 of the Hague Convention, if he returned to Israel. However, the Court is competent to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of that Convention, secured the guarantees set forth in Article 8 of the Convention, particularly taking into account the child's best interests.

142. The Court notes that the domestic courts hearing the case were not unanimous as to the appropriate outcome. On 29 August 2006 the Lausanne District Justice of the Peace dismissed the father's application for the child's return, finding that Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention was to be applied in the case (see paragraph 36 above). On 22 May 2007 that decision was confirmed in substance by the Guardianship Division of the Cantonal Court of the Canton of Vaud (see paragraph 41 above). However, on 16 August 2007, the Federal Court allowed the father's application and ordered Noam's return. In that court's opinion, the judgment of the Cantonal Court had failed to provide any evidence of a grave risk of harm, or of any intolerable situation for the child, in the eventuality – an acceptable one for the Federal Court – of the mother's return with him to Israel (see paragraph 44 above). Lastly, in a provisional-measures order of 29 June 2009 the President of the Lausanne District Court decided that Noam should live at his mother's address in Lausanne, suspended the father's right of access in respect of his son and granted exclusive parental authority to the mother. He observed in particular that neither the father nor his lawyer had ever appeared at hearings before that court and thus found that the father had lost interest in the case (see paragraph 47 above).

143. Moreover, a number of experts' reports concluded that there would be a risk for the child in the event of his return to Israel. In the first such report, delivered on 16 April 2007 by Dr B., it was stated that the child's return to Israel with his mother would expose him to a risk of psychological harm whose intensity could not be assessed without ascertaining the conditions of that return, in particular the conditions awaiting the mother and their possible repercussions for the child. As to the child's return without his mother, that would also expose him to a risk of major psychological harm (see paragraph 37 above). The second report, drafted on 23 February 2009 by Dr M.-A., concludes that Noam's abrupt return to Israel without his mother would constitute a significant trauma and a serious psychological disturbance for the child (see paragraph 46 above).

144. It would thus seem that in the view of the domestic courts and experts, Noam's return could only be envisaged with his mother, in any event. Even the Federal Court, the only domestic court to have ordered the child's return, based its decision on the consideration that as there were no grounds objectively justifying the mother's refusal to return to Israel, she could reasonably be expected to return to that country with her child. It must therefore be determined whether this conclusion is compatible with Article 8, that is to say whether the forced return of the child accompanied by his mother, even though she seems to have ruled out this possibility, would represent a proportionate interference with the right of each of the applicants to respect for their family life.

145. Even though doubts in this respect may appear justified, the Court is prepared to accept that in the present case the measure in question remains within the margin of appreciation afforded to national authorities in such matters. However, in order to assess whether Article 8 has been complied with, it is also necessary to take into account the developments that have occurred since the Federal Court's judgment ordering the child's return (see, *mutatis mutandis*, *Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, 24 April 2003). The Court must therefore place itself at the time of the enforcement of the impugned measure (see, *mutatis mutandis*, *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 91, ECHR 2008). If it is enforced a certain time after the child's abduction, that may undermine, in particular, the pertinence of the Hague Convention in such a situation, it being essentially an instrument of a procedural nature and not a human rights treaty protecting individuals on an objective basis. Moreover, whilst under Article 12, second paragraph, of the Hague Convention, a judicial or administrative authority before which the case is brought after the one-year period provided for in the first paragraph must order the child's return, this is not so if it is demonstrated that the child is now settled in his or her new environment (see, to that effect, *Koons v. Italy*, no. 68183/01, §§ 51 et seq., 30 September 2008).

146. The Court takes the view that guidance on this point may be found, *mutatis mutandis*, in its case-law on the expulsion of aliens (see *Maslov*, cited above, § 71, and *Emre v. Switzerland*, no. 42034/04, § 68, 22 May 2008), according to which, in order to assess the proportionality of an expulsion measure concerning a child who has settled in the host country, it is necessary to take into account the child's best interests and well-being, and in particular the seriousness of the difficulties which he or she is likely to encounter in the country of destination and the solidity of social, cultural and family ties both with the host country and with the country of destination. The seriousness of any difficulties which may be encountered in the destination country by the family members who would

be accompanying the deportee must also be taken into account (see *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, § 57, ECHR 2006-XII).

147. As regards Noam, the Court notes that he has Swiss nationality and that he arrived in the country in June 2005 at the age of two. He has been living there continuously ever since. In the applicants' submission, he has settled well and in 2006 started attending a municipal secular day nursery and a State-approved private Jewish day nursery. He now goes to school in Switzerland and speaks French (see the provisional-measures order of 29 June 2009, paragraph 47 above). Even though he is at an age where he still has a certain capacity for adaptation, the fact of being uprooted again from his habitual environment would probably have serious consequences for him, especially if he returns on his own, as indicated in the medical reports. His return to Israel cannot therefore be regarded as beneficial.

148. Accordingly, the significant disturbance that the second applicant's forced return is likely to cause in his mind must be weighed against any benefit that he may gain from it. In this connection it is noteworthy, as the District Court observed, that restrictions had been imposed by the Israeli courts, even before the abduction, on the father's right of access, authorising him to see his child only twice a week under the supervision of the social services at a contact centre in Tel Aviv (see paragraph 47 above). Moreover, the applicants submitted, without being contradicted by the Government, that Noam's father had remarried on 1 November 2005 and had divorced only a few months later, while his new wife was pregnant. He had then married for a third time. New proceedings had been brought against him in 2008, this time by his second wife, for failure to pay maintenance in respect of his daughter. The Court doubts that such circumstances, assuming they are established, would be conducive to the child's well-being and development.

149. As to the problems that the mother's return would entail for her, she could be exposed to a risk of criminal sanctions, the extent of which, however, remains to be determined. Before the Court the applicants referred to the letter from the Israeli Central Authority of 30 April 2007, which showed that the possibility of the first applicant not being prosecuted by the Israeli authorities would depend on a number of conditions relating to her conduct (see paragraph 40 above). In those circumstances, such criminal proceedings, which could possibly entail a prison sentence, cannot be ruled out entirely (contrast *Paradis and Others v. Germany* (dec.), no. 4783/03, 15 May 2003). It is clear that such a scenario would not be in the best interests of the child, the first applicant probably being the only person to whom he relates.

150. The mother's refusal to return to Israel does not therefore appear totally unjustified. Having Swiss nationality, she is entitled to remain in



Switzerland. Even supposing that she agreed to return to Israel, there would be an issue as to who would take care of the child in the event of criminal proceedings against her and of her subsequent imprisonment. The father's capacity to do so may be called into question, in view of his past conduct and limited financial resources. He has never lived alone with the child and has not seen him since the child's departure.

151. In conclusion, and in the light of all the foregoing considerations, particularly the subsequent developments in the applicants' situation, as indicated in particular in the provisional-measures order of 29 June 2009, the Court is not convinced that it would be in the child's best interests for him to return to Israel. As to the mother, she would sustain a disproportionate interference with her right to respect for her family life if she were forced to return with her son to Israel. Consequently, there would be a violation of Article 8 of the Convention in respect of both applicants if the decision ordering the second applicant's return to Israel were to be enforced.

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

152. The Chamber found that the complaint under Article 6 § 1 of the Convention had to be regarded as constituting one of the essential points of the complaint under Article 8 and that it was not necessary to examine this allegation separately (see the Chamber judgment, § 104).

153. The Grand Chamber considers it appropriate to confirm that finding and observes, moreover, that it has not been disputed before it by the parties.

### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

154. 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**

155. The applicants did not submit any claim in respect of pecuniary damage. They took the view that any finding of a violation of Article 8 would provide sufficient redress for the non-pecuniary damage that they had sustained.

156. The Court shares the applicants' opinion and finds that no award should be made in respect of any damage.

## B. Costs and expenses

157. In respect of costs and expenses, the applicants claimed a total amount of 53,625 euros (EUR) calculated as follows: EUR 18,158.81 in respect of the domestic proceedings, EUR 13,112.92 for the proceedings before the Chamber, and EUR 22,353.27 for the proceedings before the Grand Chamber.

158. The Government pointed out that the questions referred from the Chamber concerned only part of the initial complaints. Accordingly, they took the view that if the Court were to find a violation of the applicants' rights, a total of 10,000 Swiss francs (CHF), equivalent to approximately EUR 6,667, would be appropriate in the present case to cover the costs and expenses incurred in the proceedings before the domestic courts and before the Chamber. As regards the proceedings before the Grand Chamber, the Government submitted that CHF 7,000 (approximately EUR 4,667) would be an appropriate amount.

159. The Court reiterates that if it finds that there has been a violation of the Convention, it may award the applicant the costs and expenses incurred before the national courts for the prevention or redress of that violation by them (see *Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, 13 July 1983, § 36, Series A no. 66, and *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, § 63, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI). Moreover, such costs and expenses must have been actually and necessarily incurred and must be reasonable as to quantum (see *Bottazzi v. Italy* [GC], no. 34884/97, § 30, ECHR 1999-V, and *Linnekogel v. Switzerland*, no. 43874/98, § 49, 1 March 2005).

160. Having regard to the foregoing, the Court notes that only the complaint under Article 8 has, in the present case, given rise to a finding of a violation of the Convention. The remainder of the application is inadmissible. In addition, it is not certain that the applicants' claims have been sufficiently substantiated to meet in full the requirements of Rule 60 § 2 of the Rules of Court. In any event, they appear excessive, in particular as regards the amount claimed for the proceedings before the Grand Chamber. As Noam's abduction had already been examined in detail by the domestic authorities and by the Chamber, the Court is not convinced that the proceedings before the Grand Chamber, and in particular the hearing of 7 October 2009, required the assistance of five lawyers for a total cost of EUR 21,456.

161. Having regard to the material in its possession and to the criteria developed in its case-law, the Court awards the applicants jointly a total of EUR 15,000 for costs and expenses, plus any amount that may be payable by them in tax on that award.

### C. Default interest

162. 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. *Holds* by sixteen votes to one that, in the event of the enforcement of the Federal Court's judgment of 16 August 2007, there would be a violation of Article 8 of the Convention in respect of both applicants;
2. *Holds* unanimously that there is no need to examine separately the applicants' complaint under Article 6;
3. *Holds* unanimously
  - (a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months, EUR 15,000 (fifteen thousand euros) in respect of costs and expenses, to be converted into Swiss francs at the rate applicable at the date of settlement, plus any tax that may be chargeable to the applicants on that amount;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 6 July 2010.

Vincent Berger  
Jurisconsult

Jean-Paul Costa  
President

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

- (a) concurring opinion of Judge Lorenzen joined by Judge Kalaydjieva;
- (b) concurring opinion of Judge Cabral Barreto;
- (c) concurring opinion of Judge Malinverni;

- (d) joint separate opinion of Judges Jočienė, Sajó and Tsotsoria;
- (e) dissenting opinion of Judge Zupančič.

J.-P.C.  
V.B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE LORENZEN  
JOINED BY JUDGE KALAYDJIEVA

I voted with the majority for finding a violation in the event of the enforcement of the Federal Court’s judgment of 16 August 2007, and I also partly endorse the reasoning given for finding a violation. However, I would like to add some comments of my own concerning, in particular, one point where my opinion differs from what is stated in the judgment.

Let me first make it clear that I fully agree with the majority that the Hague Convention is applicable in the present case and also that the applicant acted “wrongfully” within the meaning of that Convention as she brought her child to Switzerland without the necessary authorisation from an Israeli court. Therefore the clear starting point for assessing this case is that the child should be returned to Israel in accordance with Article 12 of the Hague Convention unless the conditions for not doing so in Article 13 of that Convention are fulfilled. I also agree with what is said in paragraph 141 of the judgment that it is not the Court’s task to take the place of the competent authorities in examining whether, in the event of a return, there would be a grave risk that the child would be exposed to psychological harm within the meaning of that Article. National courts, having the benefit of direct contact with the persons involved, are better placed to make such assessments and must be accorded a reasonable margin of appreciation. However, it is for the Court to ascertain whether the application of the Hague Convention respected the guarantees of Article 8 of the European Convention on Human Rights.

In the present case it is not in dispute that the return of the second applicant to Israel without his mother would expose him to a grave risk of psychological harm. This was recognised by all Swiss courts involved in the case and even by the child’s father. The respondent Government also agreed with this finding. The Court can therefore, in my opinion, regard that as an established fact without further examination.

However, the judgment of the Federal Court is based on the assumption that “it must be accepted that [the first applicant] could reasonably be expected to return to [Israel] accompanied by the child”. Similarly the Chamber found it “necessary to examine whether a return to Israel [might] be envisaged for the mother” and concluded that since she “ha[d] not put forward any other reasons why she would not be able to live in Israel, ... she [could] reasonably be expected to return to that country” (paragraph 88 of the Chamber judgment).

I disagree with these findings and do not find that the majority has addressed them convincingly for the following reasons:

The Hague Convention deals with wrongful removals of children and creates an obligation for the Contracting Parties to secure the expeditious return of the children concerned to the State from which they were removed. It cannot be interpreted in such a way that it obliges the parent or, for that matter, any other person responsible for the abduction to return to that country as well. Nor does such an obligation, to my knowledge, follow from other Swiss law. If the Hague Convention were to be applied in such a manner, the reality would be that a person could be “condemned” to live outside his or her country of origin for a considerable number of years with all the complications that would entail, just because it is considered in the best interests of a child to have access to the other parent. This would in my opinion run counter to the right to respect for, *inter alia*, private life as guaranteed by Article 8 of the Convention as well as the guarantees on freedom of movement as embodied in Article 2 of Protocol No. 4 (see, for example, *mutatis mutandis*, *Riener v. Bulgaria*, no. 46343/99, 23 May 2006, and *Gochev v. Bulgaria*, no. 34383/03, 26 November 2009). Accordingly, I find it irrelevant for the decision to be taken under the Hague Convention to look into whether a person has pertinent motives not to live in a certain country, which is the way it was decided in this case – and furthermore I find it improper to do so as only that person himself or herself can reasonably be the judge of such matters. In this respect it is striking that the Federal Court, as well as the Chamber, found that the first applicant could reasonably be expected to return to Israel, whereas the Israeli Family Court in its decision of 27 March 2005 stated that “she had no ties in that country” (paragraph 27 of the judgment).

The fact that the first applicant acted “wrongfully” within the meaning of the Hague Convention is in my opinion only relevant for determining whether an obligation to return a child at all arises under that Convention. In this respect it should not be overlooked that she had in fact done what could reasonably be expected of her in the situation she faced, namely to ask the Israeli court to lift the ban on the child’s removal from Israel. However, her request was rejected without any apparent consideration of her personal situation or the best interests of the child. Her reaction to the consequences of such a categorical refusal is understandable, albeit “wrongful” under the Hague Convention.

That being said, it is, however, my understanding of the Federal Court’s judgment that it did not – and could not – impose any *legal* obligation on the first applicant to take up residence in Israel. Accordingly the judgment could not be enforced against her personally if she refused to leave Switzerland and

it is unclear whether in that case the judgment could be enforced at all, as it is based on the assumption that she accompanies the child. On the other hand, it seems to be the intention in this part of the reasoning in the judgment to put moral pressure on the first applicant to return to Israel with the second applicant. In my opinion it is at least doubtful that under certain circumstances – if at all – a court of law may be entitled to base a decision of this kind on considerations of a moral character without any basis in law. In any event, in the present case it had the unfortunate effect that it exempted the Federal Court from drawing the inevitable conclusion that the return of the child alone would not be justified under Article 13 of the Hague Convention. I do not in any way suggest that the Federal Court deliberately relied on this reasoning in order to circumvent that Article of the Convention. On the contrary, I am convinced that this was not the case, and that the decision was made with the best intentions to comply with the obligations under the Hague Convention. However, the effect was, in my opinion, that Article 13 was not properly assessed and that accordingly there would be a violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights in the event of the enforcement of the Federal Court's judgment of 16 August 2007, irrespective of any subsequent developments in the applicants' situation.

I would like to add the following final remarks in order to avoid any misunderstanding as to the intentions behind my separate opinion. It cannot in any way be understood as casting doubt on the Hague Convention, which is an extremely important international instrument in the fight against child abduction. Nor has it been my intention to question the application of that Convention in this Court's case-law to date. But it is my opinion that the circumstances of this case are unique in so far as it is undisputed that it was clearly in the best interests of the second applicant to stay with his mother irrespective of her country of residence. I do not recall any other case before the Court where the return of a child was ordered in similar circumstances. Accordingly, to refuse the return of the second applicant in this particular case would in no way undermine the normal application of the Hague Convention.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE CABRAL BARRETO

(Translation)

Whilst I agree with the finding that there would be a violation of Article 8 of the Convention if the decision ordering the second applicant's return to Israel were to be enforced, I would like to add the following remarks.

1. The return of the second applicant has not been advocated – neither by the Swiss Federal Court nor by the Swiss Government – without taking into account his particular situation.

The Federal Court has always accepted that the second applicant would have to return with his mother and has regarded this as a *sine qua non*:

“Supposing that [the] risk [of the mother's detention on her arrival in Israel] were proven, she could not be expected to return to Israel with the child – and that would accordingly rule out the return of [the child] in view of the major psychological harm that would be caused to him by the separation from his mother.” (see paragraph 44)

In turn the Government have submitted that “the authorities competent for the enforcement of the return have the right and the duty to examine the conditions in which the return could be implemented without breaching the applicants' rights” (see paragraph 129).

2. The judgment places great emphasis on the risk of criminal proceedings against the mother and of subsequent imprisonment (see paragraph 150).

I recognise, as everyone does, that this risk makes it impossible to envisage a return.

The risk must therefore be removed and I believe that it would be possible if the competent Israeli authorities were to provide the Swiss authorities and the mother with reliable assurances that proceedings would not be brought against her for child abduction.

3. However, I would still not find that sufficient.

In my view, it is also necessary for the return of the child and his mother, and their resettlement in Israel, to take place in a calm atmosphere that is conducive to their well-being.

A number of conditions would thus have to be fulfilled, such as appropriate accommodation for the mother and her child, and suitable employment for the mother.

In addition, the mother should be entitled to bring proceedings, in particular to obtain a review of parental authority and the father's right of access.

4. Lastly, I fear that the non-return of the child to Israel could have harmful consequences for his future, as Israel is the country where he was



born and where he has his roots, and his situation *vis-à-vis* his country remains irregular.

5. Subject to all the precautions that I have mentioned – and others which I may have overlooked – I would be prepared to accept that the applicant’s return might not entail a violation of Article 8 of the Convention.

6. I am unable to accept that the passage of time is sufficient to change an “unlawful” situation into a “lawful” one.

I do not wish to endorse the first applicant’s conduct and, to a certain extent, justify child abductions that survive the passage of time notwithstanding legal action against the abductor.

I am against anything that could be seen as amounting to acceptance of attitudes that would result in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 becoming a dead letter.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE MALINVERNI

(Translation)

On 8 January 2009 I found with the majority of the judges in the Chamber that Noam's return to Israel would not entail a violation of Article 8. I now affirm, again with the majority, that the rights set forth in that provision would be breached in respect of both applicants if the decision ordering the second applicant's return to Israel were to be enforced.

I must provide some explanation as to the reasons why I have now come to see this case in a different light and have departed from my previous position. Those reasons relate to a number of factors, which have all arisen since the delivery of the Chamber judgment.

1. The aim of the Hague Convention is to prevent the abducting parent from succeeding in legitimating, by the passage of time operating in his or her favour, a wrongful situation which he or she brought about unilaterally. It must, however, be recognised, that the longer an abduction lasts, the more difficult it becomes to demand the child's return, because the situation created by the abduction is consolidated by the passage of time.

As the Court stated in a recent judgment:

“[I]n this kind of case, the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation. Proceedings relating to the return of an abducted child ... require urgent handling as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent with whom he or she does not live”<sup>1</sup>.

In other words, it is therefore a matter, once the conditions for the application of the Hague Convention have been met, of restoring as soon as possible the status quo ante in order to avoid the legal consolidation of *de facto* situations that were brought about wrongfully.

It should be noted in this connection that the Hague Convention itself, in Article 11, requires the relevant judicial or administrative authorities to act expeditiously in proceedings for the return of children, and any failure to act within six weeks may give rise to a request for a statement of reasons.

As to Article 12, it provides that where a child has been removed and a period of less than one year has elapsed from the date of the removal, the authority concerned must order the return of the child forthwith (first paragraph). Where a period of more than one year has elapsed since the date of the removal, the authority must also order the return of the child, unless

---

1. *Macready v. the Czech Republic*, nos. 4824/06 and 15512/08, 22 April 2010 (not final at the time of adoption of the present judgment).

it is demonstrated that the child is now settled in its new environment (paragraph 2).

Noam was born on 10 June 2003. He arrived in Switzerland on 24 June 2005, a few days after his second birthday. The Israeli Central Authority was not able to locate him until 21 May 2006, and the next day the Israeli Ministry of Justice sent a request for the child's return to the Federal Office of Justice in Berne.

The judicial proceedings in Switzerland began on 8 June 2006, when Noam's father applied to the Lausanne District Justice of the Peace to secure the child's return to Israel. They ended with a judgment delivered by the Federal Court on 16 August 2007 and served on the first applicant's lawyer on 21 September 2007. In that judgment, the higher court ordered Noam's mother to make arrangements for the child's return to Israel before the end of September 2007.

The child was then some four years and three months old. He had spent about two years in Switzerland and roughly the same amount of time in Israel.

The Chamber of the Court gave its judgment on 8 January 2009, and that of the Grand Chamber was adopted on 2 June 2010.

Noam is now seven years old. He has spent two years of his life in Israel and five in Switzerland.

I am of the opinion that after so much time has passed, the restoration of the status quo ante is simply no longer possible to envisage.

2. The Chamber had accepted that the mother could be required to return to Israel with her son. She had lived there for six years and it could be supposed that she still had a certain social network there. As regards the risk that she might be sentenced to imprisonment if she returned to Israel, the Chamber had relied on the assurances given by the Israeli authorities. However, it would seem that any waiver of criminal sanctions by those authorities would depend on a number of conditions related to the first applicant's conduct. It cannot therefore be taken for granted that the letter from the Israeli Central Authority of 30 April 2007 contained firm assurances that the first applicant would not face any criminal sanctions. There would then be an issue as to who would take care of the child in the event of criminal proceedings against her and of her subsequent imprisonment.

3. The Chamber had taken the view that Noam's removal to Switzerland was unlawful because the father held, jointly with the mother, rights of guardianship, which included, under Israeli law, the right to determine the child's place of residence (see Article 5 of the Hague Convention). The mother had not therefore been entitled to decide unilaterally where her son

should live. In addition, that removal had rendered illusory, in practice, the right of access that had been granted to the father. The very purpose of Noam's return to Israel would therefore be to enable him to know his father and build a relationship with him.

The Chamber had granted a certain weight to the report of Dr B., a child psychiatrist, according to whom there was a significant risk that Noam might be affected in his adolescence by the absence of a father figure, especially when he found out under what circumstances he had been separated from his father.

It can be seen, however, from the order of 29 June 2009, which was made after the Chamber's judgment and is the most recent domestic court decision in the present case, and against which the parties have apparently not appealed, that the father's current abode is unknown, that he has never sought to see his son since the child has been living in Switzerland, and that he now seems to have lost interest in the case. Moreover, the applicants alleged, without being contradicted by the Government, that the father had remarried on 1 November 2005 but had divorced his new wife, while she was pregnant, only a few months later. In their submission, he had then married a third time and proceedings had been brought against him in 2008 by his second wife for defaulting on maintenance payments in respect of his daughter.

4. Lastly, one further reason has led me to review my position: the Federal Act on International Child Abduction, which entered into force on 1 July 2009 and therefore after the judgment of the Federal Court and that of the Chamber. Section 5 of that Act seeks to crystallise the exception provided for in Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, on account of the difficulties in interpreting that provision that have been encountered by the Swiss authorities responsible for its application.

Under the heading "Return and interest of the child", that section provides in particular that a child is placed in an intolerable situation, within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, where the following conditions are met:

(a) Firstly, where the child's placement with the parent who lodged the application is manifestly not in the child's interest. That condition appears to me to have been fulfilled in the present case in view of the personality of Noam's father, as it emerges from several passages in the judgment. Moreover, the father's capacity to take care of the child may be called into question, in view of his past conduct and limited financial resources. He has never lived alone with the child and has not seen him since his son left Israel.

(b) Secondly, where the abducting parent, in the circumstances, is not in a position to take care of the child in the State where the child had his or her habitual residence at the time of the abduction, or manifestly cannot be so required. That condition also appears to me to have been fulfilled. As the Court rightly observes, the mother's refusal to return to Israel does not appear entirely unjustified. Having Swiss nationality, she is entitled to remain in Switzerland. Even supposing that she agreed to return to Israel, there would be an issue as to who would take care of the child in the event of her imprisonment (paragraph 150 of the judgment).

In conclusion, it is therefore mainly the passage of time, in conjunction with the discovery of the real personality of Noam's father, that led me to change my assessment of the issues in this case and to conclude that the child's return to Israel would not be in his interest.

JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGES JOČIENĖ,  
SAJÓ AND TSOTSORIA

1. We voted with the majority in finding that, in the event of the enforcement of the Swiss Federal Court’s judgment of 16 August 2007, there would be a violation of Article 8 of the Convention.

However, we also think that such a return in execution of the Federal Court’s judgment (which orders the mother to secure the return of the child to Israel without additional conditions) would have constituted a violation of Article 8 of the Convention in so far as the Federal Court, in applying the Hague Convention, did not give proper consideration to the applicants’ rights under Article 8 of the Convention.

2. Given that the first applicant acted “wrongfully”, within the meaning of the Hague Convention, by abducting her child and bringing him to Switzerland without authorisation from an Israeli court, it follows that this Convention is applicable in the present case.

3. The Court’s task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities. (see, among other authorities, *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 55, Series A no. 299-A, and *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 65, ECHR 2002-I). On the other hand, we emphatically agree with the majority that the Court is competent to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of the Hague Convention, have secured the guarantees of the European Convention on Human Rights and especially those of Article 8 (see paragraph 133 of the judgment). In the present case the issue is therefore whether the guarantees of Article 8 were secured by the Swiss Federal Court in respect of both applicants when deciding on and ordering the second applicant’s forced return to Israel.

4. In applying Article 13 of the Hague Convention the Federal Court was of the opinion that the “exceptions to return provided for under Article 13 of the Hague Convention must be interpreted *restrictively*; the parent who has abducted the child cannot take advantage of his or her unlawful conduct ... *Only grave risks* must be taken into consideration, *excluding* any grounds relating to the parents’ child-rearing capacities ...” (quoted in paragraph 44, emphasis added). However, it was bound to secure the guarantees of Article 8 of the European Convention on Human Rights (see paragraph 133). The gravity of the risk has to be understood in harmony with and in the light of the Convention. The public order interest that consists in denying any advantage to someone’s unlawful conduct cannot preclude other rights-based considerations, in particular that of the best

interest of the child. The Hague Convention itself enables such a balanced approach in its Article 13.

The proper approach in the application of Article 13 of the Hague Convention would be a balanced consideration of the rights protected in Article 8, keeping in mind that in this context the proper balance can be established only if the best interest of the child is a primary consideration. For example, when a national authority is required to undo the harmful effects of the wrongful removal or retention of a child, it has to take into consideration the consequences of the return for the child; in other words it has to apply the Hague Convention in a forward-looking manner. A restrictive concept of grave risks may preclude a balanced assessment. Moreover, the application of Article 13 of the Hague Convention should entail a comprehensive analysis as suggested by sub-paragraph (b) of that Article, which specifically demands the avoidance of “intolerable situations” resulting from the return of the child.

We find that, as a result of the above-mentioned restrictive interpretation, the Federal Court failed to attribute proper weight to the interests and rights protected by Article 8, together with other Convention rights (in particular Ms Neulinger’s dignity as an autonomous person).

5. The Federal Court failed to provide reasonable grounds for its dismissal of Dr B.’s expert opinion, which had been ordered and accepted by the Vaud Cantonal Court. According to that opinion the child’s return to Israel *with* his mother would expose him to a risk of psychological harm whose intensity could not be assessed without ascertaining the conditions of that return, in particular the conditions awaiting the mother and their potential repercussions for the child (see paragraph 37). The Federal Court also failed to consider the impact of the father’s limited rights of access and the potential financial hardship. These are paramount considerations to be addressed in applying Article 8, even if the specific decision concerns the return of a child wrongfully removed. Of course, given the specific nature of the situation, the weight of the different factors (for example, the weight of public order in relation to dissuasion of abduction) differs from what is applicable in “ordinary” child placement cases. National courts, having the benefit of *direct contact* with the persons involved, are better placed to make such assessments and must be accorded a reasonable margin of appreciation.

6. The judgment of the Grand Chamber identifies a number of considerations that it finds relevant *today* in order to assess whether Article 8 has been complied with. The majority’s approach indicates that in the application of the Hague Convention, Article 8 of the Convention requires a future-oriented approach, which can serve the best interests of the child.

We find that the overwhelming majority of those considerations were applicable as of 16 August 2007. The Court in particular refers to integration into the new environment (see paragraph 145) and to the seriousness of the difficulty the child and his mother are likely to encounter in the country of destination (see paragraph 146). In 2007 the child, having spent two years in Switzerland was already settled in his new environment. This was demonstrated in the domestic proceedings. The Court finds that this was so when it refers to nursery school attendance from 2006 onwards. However, this factor was disregarded by the Federal Court. The Court also finds that the pre-2007 restrictions on the father's right of access are relevant in the assessment of the risks for the child's well-being in the event of his return to Israel (see paragraphs 22 and 24.) Once again, the consideration of these factors is expressly precluded by the Federal Court's deliberately restrictive interpretation of the Hague Convention. Finally, in the view of the majority, the criminal sanctions that the mother might face in the event of her return are also a relevant risk for the child's well-being. Given that the mother is probably the only person to whom the child relates, such a risk is one that the Court finds not to be acceptable in 2010. But the facts and the resulting risks were already the same in 2007.

7. The Federal Court recognised that the child's return without his mother would entail a grave risk for him but it found that the mother could reasonably be expected to accompany him to Israel and that the above risk did not therefore exist.

In the Federal Court's view, the mother had failed to provide objective reasons to justify her preference not to return. In particular it found that the possibility of her prosecution in Israel did not amount to an objective reason as it did not satisfy the burden of proof that she was required to discharge in accordance with its restrictive interpretation of Article 13 of the Hague Convention. The reasoning of the Federal Court implies that in the absence of objective reasons the mother has a duty to return with her child. However, the uncontested legal obligation to take personal care of one's child does not entail an unconditional duty to do so at *any* place of residence, in total disregard of the Convention rights of the care provider. In its reasoning the Federal Court disregarded the possibility and related risk that the child might not be accompanied by his mother; the underlying assumption that the mother has to follow the child indicates a disregard of the mother's Article 8 rights, her freedom of movement and her personal autonomy. In this connection, we are in full agreement with the concurring opinion of Judge Lorenzen, joined by Judge Kalaydjieva.

8. We agree with those judges that the decision of the Federal Court was certainly made with the best intentions to comply with the obligations



under the Hague Convention. However, the effect was, in our opinion, that Article 13 of the Hague Convention was not properly assessed in the light of the Convention and therefore the judgment of the Federal Court of 16 August 2007 violated Article 8 of the European Convention on Human Rights irrespective of any subsequent developments in the applicants' situation.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

1. I have voted against finding a conditional violation of Article 8, in other words, finding that there *would be* a violation in the event of the enforcement of the Federal Court's judgment of 16 August 2007. In my opinion, for two reasons, there has already been a violation of Article 8 of the Convention.

2. It is clear that the violation would have fully materialised, that is to say, the Swiss court's decision would have been executed, were it not for this Court's own imposition of an interim measure (under Rule 39 of the Rules of Court).

3. In this and a few other senses the violation has clearly been consummated in Switzerland.

4. This Court has never addressed, as potential violations, mere executions of final judgments (the reverse is true, however, for non-executions).

5. If a violation is found by this Court, it refers to the final decision in the domestic jurisdiction – rather than its mere execution.

6. In more practical terms, the hypothetical violation found by the majority now probably prevents the applicants from reopening the proceedings in the domestic courts. Moreover, under Swiss law, which has been in the laudable forefront of this development, a finding of a clear violation by this Court, rather than merely a hypothetical one concerning the execution of a final judgment, would necessitate not only reopening in a domestic court.

7. For it is now clear that such reopening would also require the Swiss domestic court to follow this Court's judgment, not only in its operative part but also in its reasoning.

8. If that were not the case – and this has also become clear – the applicants could then come back to the European Court of Human Rights and request that the domestic judgment, such as it might be, be brought into line with the Court's judgment.

9. The second of those two reasons is not merely pragmatic. It raises the important question of the extent to which the judgments of the European Court of Human Rights are in fact binding on national courts.

10. But it is of course the first reason which is decisive, because it implies that the violation *vel non* for this Court may hinge upon the simple fact of the execution *vel non* of a final domestic judgment – and execution in the present case has, moreover, been suspended only because of our own imposition of an interim measure (under Rule 39).

11. My substantive objection to the majority judgment, however, derives from its completely warped reliance on *Maumousseau and Washington v. France* (no. 39388/05, 6 December 2007).

12. Like cases should be decided alike. It is clear that the fact patterns in both cases are analogous, except that the risk for the mother in *Maumousseau and Washington*, had she returned to the United States of America, would have been much greater, including possible arrest at the border, not to mention the 25,000 United States dollar deposit and the fact that she could only have seen her child in the presence of a guard in the courthouse for about half an hour – these being just some of the draconian conditions imposed by the family court judge in the first-instance family court of New York State.

13. If anything, the situation in the *Maumousseau and Washington* case was considerably worse, when compared to the situation in the present case.

14. It is therefore clear that the *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* case straightforwardly reverses the Section III case of *Maumousseau and Washington v. France*.

15. This is very easy to prove. The respondent in the present case, the Swiss Government, relied squarely on the Section III judgment in *Maumousseau and Washington* (see paragraph 119 of the judgment).

16. In *Maumousseau and Washington*, the Section's majority – but see my dissenting opinion! – stated that the aim of the Hague Convention was to prevent the “abducting parent” from succeeding in legitimating, by the passage of time operating in his or her favour, a *de facto* situation which he or she had brought about unilaterally (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). The Section chose to disregard the best interest of the child contingent upon the passage of time and other factors concerning the father.

17. It follows that in terms of *stare decisis*, the reliance of the Swiss Government upon *Maumousseau and Washington* was inescapably logical.

18. The Swiss Government was free *a fortiori* to take it for granted that the fact pattern in *Neulinger and Shuruk*, when compared with the situation in *Maumousseau and Washington*, was considerably less disadvantageous to the mother and to the child. There the child had in the end been brutally snatched from the hands of the mother and delivered to the father in New York, with whom the girl, among other things, had never lived alone before.

19. Suffice it to say, as I have already explained my position in the *Maumousseau and Washington* case, that the Swiss authorities in their *stare decisis* reliance on the latter had every reason to believe that in *Neulinger and Shuruk* the Court would *a fortiori* take the position that there would have been no violation had the child in fact been sent back to Israel.

20. Inexplicably, the Grand Chamber panel rejected the request for referral of *Maumousseau and Washington*.

21. Nevertheless, the issue, wrongly decided in *Maumousseau and Washington*, has now ricocheted and the Court has reached, despite the hypothetical nature of the violation found here, a reasonably correct decision.

22. It follows inexorably that *Neulinger and Shuruk* is a complete reversal of *Maumousseau and Washington* and its “logic”.

23. It is certainly bizarre to quote *Maumousseau and Washington* as if it were a case not only compatible with but actually supportive of the outcome in *Neulinger and Shuruk*.

MANGOURAS c. ESPAGNE  
(*Requête n° 12050/04*)

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 28 SEPTEMBRE 2010

---

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Montant élevé de la caution fixée à l'encontre d'un capitaine de navire responsable d'une pollution maritime****Article 5 § 3**

*Libéré pendant la procédure – Garantie assurant la comparution à l'audience – Montant élevé de la caution fixée à l'encontre d'un capitaine de navire responsable d'une pollution maritime – Montant de la caution dépassant les ressources personnelles du prévenu mais prenant en compte la gravité du délit, sa situation personnelle et son milieu professionnel – Droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales – Montant de la caution relatif au niveau des responsabilités encourues – Conséquences environnementales et économiques catastrophiques*

\*

\* \*

Le requérant, de nationalité grecque, était le capitaine du navire *Prestige* qui, alors qu'il naviguait près des côtes espagnoles en 2002, déversa dans l'océan Atlantique 70 000 tonnes de fuel qu'il transportait dans ses cuves, en raison de l'ouverture d'une voie d'eau dans la coque du bateau. Le déversement de la cargaison provoqua une catastrophe écologique dont les effets sur la faune et la flore marines se prolongèrent durant plusieurs mois et se propagèrent jusqu'aux côtes françaises. Une enquête pénale fut ouverte et le juge d'instruction ordonna le placement en détention provisoire du requérant, avec possibilité de libération subordonnée au versement d'une caution de 3 000 000 d'euros (EUR). Le juge d'instruction mit l'accent sur l'attitude qu'avait eue le requérant, qui pouvait donner matière à l'existence d'un délit contre les ressources naturelles et l'environnement ainsi que d'un délit de désobéissance aux autorités administratives. La gravité de ces délits présumés et la nationalité étrangère du requérant, qui n'avait guère d'attaches particulières avec l'Espagne, justifiaient, de l'avis du juge, le montant élevé de la caution. Le requérant sollicita sa remise en liberté et, à titre subsidiaire, l'abaissement de la caution à 60 000 EUR, somme qu'il estimait plus en rapport avec sa situation personnelle. Le juge d'instruction saisit rejeta la demande au motif que la gravité des délits présumés justifiait le maintien en détention provisoire. S'agissant du montant de la caution, il réitéra les arguments précédemment énoncés et précisa que la présence du requérant au procès était essentielle à l'élucidation des faits survenus après l'apparition de

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

la voie d'eau dans la coque du bateau. Tant le recours *de reforma* que l'appel du requérant furent rejetés. Le dépôt d'un aval bancaire correspondant au montant de la caution exigée fut consigné par le juge d'instruction, qui accorda en conséquence et sous certaines conditions la liberté provisoire au requérant. Le recours d'*amparo* dont le requérant saisit le Tribunal constitutionnel pour contester le montant de la caution fut déclaré irrecevable. Ultérieurement, les autorités espagnoles autorisèrent le retour du requérant dans son pays d'origine, où il réside actuellement, à charge pour l'administration grecque de veiller au respect du contrôle périodique auquel le requérant était soumis en Espagne. La procédure pénale sur le fond est toujours pendante. Devant la Cour, le requérant se plaint notamment du montant de la caution versée en vue de sa remise en liberté.

Article 5 § 3: la Cour rappelle qu'une caution ne peut être exigée aussi longtemps que prévalent des raisons justifiant la détention de l'intéressé, et que les autorités doivent consacrer autant de soin à fixer un cautionnement approprié qu'à décider si le maintien en détention d'une personne accusée demeure ou non indispensable. En outre, si le montant de la caution doit être apprécié principalement par rapport à l'intéressé et à ses ressources, il n'est toutefois pas déraisonnable, dans certaines circonstances, de prendre également en compte l'ampleur du préjudice imputé. Le requérant a été privé de liberté pendant quatre-vingt-trois jours et a été libéré moyennant le dépôt d'une garantie bancaire de 3 000 000 d'EUR). Si le montant de la caution dépassait vraisemblablement les ressources personnelles dont disposait le requérant, les juridictions nationales entendaient prendre en compte, outre sa situation personnelle, la gravité du délit dont il était accusé ainsi que son « milieu professionnel ». La Cour doit dès lors examiner si pareille approche est conforme à l'article 5 § 3. Sur ce point, de nouvelles réalités doivent être prises en compte, à savoir la préoccupation croissante et légitime à l'égard des délits contre l'environnement, ainsi qu'une tendance à recourir au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales imposées par le droit européen et international. Rappelant qu'un niveau croissant de protection des droits de l'homme implique parallèlement une fermeté accrue envers les atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, il n'est pas exclu que le milieu professionnel de l'activité en cause doive entrer en ligne de compte dans la détermination du montant de la caution afin d'en garantir l'efficacité. Eu égard au caractère exceptionnel de la présente affaire et aux énormes dégâts environnementaux engendrés par une pollution maritime d'une rare ampleur, il n'est guère étonnant que les autorités judiciaires aient adapté le montant de la caution au niveau des responsabilités encourues, de telle sorte que les responsables n'aient pas intérêt à se dérober à la justice en abandonnant la caution. Il n'est pas certain qu'une caution prenant seulement en compte les ressources du requérant aurait suffi à assurer sa comparution à l'audience. Par ailleurs, le seul fait que le versement de la caution a été effectué par l'assureur de l'armateur tend à confirmer que c'est à bon droit que les tribunaux espagnols, en se référant au « milieu professionnel » du requérant, ont implicitement estimé que



ce dernier avait des liens avec des personnes appelées à servir de cautions. Ainsi, les tribunaux espagnols ont suffisamment tenu compte de la situation personnelle du requérant, en particulier de son statut d'employé de l'armateur, de ses liens professionnels avec les personnes appelées à servir de cautions, de sa nationalité et de son domicile ainsi que de son absence d'attaches en Espagne et de son âge. Eu égard au contexte particulier de l'affaire et aux conséquences environnementales et économiques catastrophiques du déversement de la cargaison, c'est à juste titre qu'ont été prises en considération la gravité des infractions en cause et l'ampleur du préjudice imputé au requérant.

*Conclusion*: non-violation (dix voix contre sept).

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

*Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, série A n° 8

*Moussa c. France*, n° 28897/95, décision de la Commission du 21 mai 1997,

Décisions et rapports 89-A

*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V

*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI

*Iwańczuk c. Pologne*, n° 25196/94, 15 novembre 2001

*Božilov c. Bulgarie*, n° 45114/98, 22 décembre 2004

*Skrobol c. Pologne*, n° 44165/98, 13 septembre 2005

*Tochev c. Bulgarie*, n° 56308/00, 10 août 2006

*Hristova c. Bulgarie*, n° 60859/00, 7 décembre 2006

*Musuc c. Moldova*, n° 42440/06, 6 novembre 2007

*Georgieva c. Bulgarie*, n° 16085/02, 3 juillet 2008

*Vrenčev c. Serbie*, n° 2361/05, 23 septembre 2008

*Aleksandr Makarov c. Russie*, n° 15217/07, 12 mars 2009



**En l'affaire Mangouras c. Espagne,**

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,

Giovanni Bonello,

Ireneu Cabral Barreto,

Nina Vajić,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Ljiljana Mijović,

David Thór Björgvinsson,

Mark Villiger,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi, *juges*,

Alejandro Saiz Arnaiz, *juge ad hoc*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 23 septembre 2009 et le 23 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° 12050/04) dirigée contre le Royaume d'Espagne et dont un ressortissant grec, M. Apostolos Ioannis Mangouras (« le requérant »), a saisi la Cour le 25 mars 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Devant la Cour, le requérant a été représenté par M<sup>e</sup> J.-M. Ruiz Soroa, avocat à Bilbao. Le gouvernement espagnol (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. I. Blasco Lozano, chef du service juridique des droits de l'homme du ministère de la Justice.

3. Dans sa requête, l'intéressé alléguait notamment que le montant de la caution versée en vue de sa remise en liberté était excessivement élevé et qu'il avait été fixé sans que sa situation personnelle eût été prise en considération. Il invoquait l'article 5 § 3 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 14 novembre 2006, le président de la section a résolu de la communiquer au Gouvernement. Comme le permettent l'article 29 § 3 de la Convention et l'article 54 A du règlement, il a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire.

5. Invité à présenter des observations écrites sur l'affaire, le gouvernement hellénique n'a pas exprimé le souhait d'exercer ce droit (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 du règlement).

6. Le 1<sup>er</sup> février 2008, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). L'affaire a été attribuée à la troisième section nouvellement composée (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

7. A la suite du départ de Luis López Guerra, juge élu au titre de l'Espagne, le Gouvernement a désigné Alejandro Saiz Arnaiz pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

8. Le 8 janvier 2009, la chambre, composée de Josep Casadevall, président, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, juges, Alejandro Saiz Arnaiz, juge *ad hoc*, et de Santiago Quesada, greffier de section, a rendu un arrêt dans lequel elle concluait, à l'unanimité, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

9. Le 7 avril 2009, le requérant a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention et de l'article 73 du règlement, soutenant qu'il y avait eu violation de l'article 5 § 3. Le 5 juin 2009, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

10. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux dispositions de l'article 27 §§ 2 et 3 de la Convention et de l'article 24 du règlement.

11. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des mémoires devant la Grande Chambre. Des observations ont également été reçues de M. Hugh Mercer, QC, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement) au nom de l'*International Transport Workers' Federation*, de l'*International Chamber of Shipping*, de l'*International Shipping Federation*, du *Baltic and International Maritime Council (BIMCO)*, de l'*International Association of Independent Tanker Owners*, de la *Hong Kong Shipowners' Association*, de l'*International Association of Dry Cargo Shipowners*, de l'*International Ship Managers' Association*, du *Greek Shipping Co-operation Committee*, de l'*Asian Shipowners' Forum*, de l'*International Group of P&I Clubs*, de l'*International*

*Maritime Employers' Committee Ltd* et de l'*European Community Shipowners' Association*.

12. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 23 septembre 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. I. Blasco Lozano, chef du service juridique des droits de l'homme du ministère de la Justice, *agent,*  
M<sup>e</sup> C. Castro Rey, avocat de l'Etat, *conseiller;*

– *pour le requérant*

M<sup>es</sup> E. Fitzgerald, QC, avocat, *conseil,*  
K. Annand, avocat,  
J.-M. Ruiz Soroa, avocat,  
S. Zabaleta Sarasua, avocat,  
M. Volikas, avocat,  
O. Murray, avocat, *conseillers.*

La Cour a entendu M<sup>e</sup> E. Fitzgerald et M. I. Blasco Lozano en leurs déclarations.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

13. Le requérant est né en 1935 et réside en Grèce.

14. Le 13 novembre 2002, le navire *Prestige*, battant pavillon des Bahamas et transportant 70 000 tonnes de fuel, naviguait dans la zone économique exclusive espagnole, près des côtes de la Galice. Il se trouvait à 28 milles du cap Finisterre lorsqu'il émit un S.O.S. en raison d'une avarie soudaine et grave ayant provoqué une voie d'eau par laquelle le contenu de ses cuves se déversait dans l'océan Atlantique.

15. Le *Prestige* menaçant de faire naufrage, les autorités maritimes déclenchèrent une vaste opération de sauvetage de l'équipage de ce navire, qui était à la dérive et s'approchait de la côte en répandant sa cargaison dans la mer. Le requérant, capitaine du bateau, fut conduit en hélicoptère à la capitainerie de La Corogne (*A Coruña*), où il fut arrêté.

16. Le déversement de la cargaison provoqua une catastrophe écologique dont les effets pour la faune et la flore marines se firent sentir pendant plusieurs mois et se propagèrent jusqu'aux côtes françaises. Les rivages des côtes atlantiques de Cantabrie et de Galice furent gravement

souillés par l'arrivée d'innombrables vagues de fuel. La pollution noircit les plages et les falaises, détruit une partie de la vie marine, altère la qualité des eaux, eut des retombées environnementales directes sur de nombreuses espèces animales, endommagea des zones naturelles protégées et eut des répercussions considérables sur divers secteurs économiques des régions touchées, en particulier ceux de la pêche, du commerce et du tourisme.

17. Par une décision du 17 novembre 2002, le juge d'instruction n° 4 de La Corogne ordonna le placement en détention provisoire du requérant et fixa le montant de la caution à verser en vue de la remise en liberté de l'intéressé à 3 000 000 d'euros (EUR) après avoir estimé que les faits de la cause faisaient apparaître suffisamment d'indices pour justifier l'ouverture d'une enquête pénale. Reconnaissant que la catastrophe avait une origine accidentelle, il indiqua toutefois que certains éléments du dossier, provisoires à ce stade de la procédure, donnaient à penser que le requérant avait eu un comportement fautif à plusieurs égards, notamment en ce qu'il n'avait pas suffisamment coopéré avec les autorités portuaires lorsque celles-ci avaient tenté de remorquer le navire, attitude pouvant être constitutive du délit d'atteinte aux ressources naturelles et à l'environnement ainsi que de l'infraction de désobéissance aux autorités administratives. Le magistrat précisa que la gravité des infractions en question et la nationalité étrangère de l'intéressé – qui n'avait pas d'attaches particulières en Espagne – justifiaient le montant élevé de la caution. Les dispositions pertinentes de cette décision se lisent ainsi :

« Les faits signalés font apparaître des indices – qui présentent un caractère provisoire au stade de la procédure d'enquête préliminaire – donnant à penser que le délit d'atteinte aux ressources naturelles et à l'environnement au sens de l'article 325 et, le cas échéant, de l'article 326 du code pénal, ainsi que l'infraction de désobéissance aux autorités administratives réprimée par l'article 556 du même code sont constitués. L'enquête a fait apparaître un faisceau d'indices suffisant pour donner à penser que M. Apostolos Mangouras pourrait être pénalement responsable des infractions en question. Compte tenu des peines dont celles-ci sont passibles aux termes du code pénal ainsi que de la présentation, lors de l'audience obligatoire, de la demande mentionnée aux articles 504 *bis* 2) et 539 du code de procédure pénale, il y a lieu d'ordonner à titre préventif, en application des dispositions des articles 503 et 504 du même code, le placement en détention provisoire du prévenu assorti du droit de communiquer et de la possibilité d'être libéré sous caution.

Les indices raisonnables mentionnés ci-dessus se dégagent des pièces versées au dossier de l'affaire, et apparaissent notamment lorsque l'on examine de manière exhaustive les dépositions des témoins ayant comparu ce matin. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'avarie grave subie par le *Prestige* a pour origine un coup de mer, phénomène imprévisible, mais que certains comportements pourraient donner lieu à des poursuites pénales, comme indiqué au paragraphe précédent.

Il convient de rappeler que les diligences accomplies à ce jour ainsi que la conclusion qu'il convient d'en tirer pour la présente décision revêtent un caractère tout à fait provisoire, et que l'élucidation complète des faits exigera bien d'autres diligences et expertises. Cela dit, il apparaît clairement aujourd'hui que le *Prestige* n'avait pas d'équipement de remorquage de secours ou que, s'il en avait un, celui-ci n'était pas en état de marche – comme le démontre l'enregistrement des conversations –, et que, en ignorant à plusieurs reprises les ordres donnés par l'autorité portuaire, le capitaine de ce navire a fait obstacle à une véritable collaboration qui aurait permis d'atténuer les risques extrêmement graves qui se sont réalisés.

Il semble que le capitaine du *Prestige* ait refusé de coopérer pendant près de trois heures et qu'il ait ensuite persisté dans son comportement, de manière détournée, en créant des difficultés par son refus de prendre les mesures qui s'imposaient pour permettre un remorquage efficace du navire ou le mettre en marche de façon à ce qu'il puisse repartir, même très lentement. Les faits en question se sont produits à l'intérieur de la limite des 24 milles – et *a fortiori* dans celle des 200 milles – relevant de la compétence de notre pays. Il est vrai, comme cela a été indiqué, qu'il faudra utiliser d'autres moyens d'investigation, notamment le journal de bord, dont la communication a été demandée en urgence, et vérifier tous les autres renseignements que contient l'enregistrement des conversations, qui semble avoir fait l'objet d'une transcription, détenu par le centre de contrôle du cap Finistère.

Sans préjudice de tout ce qui précède, le prévenu pourra être dispensé de placement en détention provisoire moyennant le versement d'une caution de 3 000 000 d'EUR. Le tribunal considère que la caution en question se justifie d'abord par la gravité des faits en cause et de la peine dont ils sont passibles, ensuite par le fait que l'enquête en est au stade initial, que la mise en liberté du détenu pourrait entraver le déroulement, que l'affaire suscite de toute évidence un immense émoi dans l'opinion publique et que, parallèlement aux questions de responsabilité pénale qu'elle soulève, elle met en jeu d'importantes questions de responsabilité civile aux répercussions financières considérables. De surcroît, le détenu n'a aucune attache dans notre pays, et pourrait quitter sans difficulté le territoire national pour se soustraire à l'action de la justice. Pour toutes les raisons susmentionnées, la fixation d'une caution est nécessaire et inévitable dans les circonstances actuelles et ne peut être remplacée par une mesure moins restrictive, tout au moins pour l'instant.»

18. Le 19 novembre 2002, le requérant sollicita sa remise en liberté et, subsidiairement, la réduction du montant de la caution à 60 000 EUR, somme qui lui semblait en rapport avec sa situation personnelle, arguant par ailleurs que son âge avancé devait être pris en compte. Par une décision du 27 novembre 2002, le juge d'instruction n° 1 de Corcubión (La Corogne) rejeta la demande formulée par l'intéressé. Pour se prononcer ainsi, il considéra d'une part que la gravité des délits reprochés au requérant justifiait le maintien de la mesure de détention provisoire et, d'autre part, que celle-ci revêtait un caractère exceptionnel, subsidiaire, provisoire et proportionné, satisfaisant ainsi aux autres critères établis par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel. S'agissant du montant de la caution, il précisa

que la présence du requérant au procès était essentielle à l'élucidation des événements qui s'étaient déroulés après l'apparition de la voie d'eau. Par ailleurs, il reprit les arguments formulés par le juge *a quo*, lequel avait fait état de la gravité des infractions, de l'émoi que la pollution marine suscitait dans l'opinion publique, de la nationalité grecque du requérant, du fait que celui-ci avait son adresse permanente à l'étranger et de l'absence de tout lien de l'intéressé avec l'Espagne, raisons justifiant la fixation d'une caution élevée afin d'éviter tout risque de non-comparution.

19. Le 7 décembre 2002, le même juge rejeta le recours *de reforma* introduit par le requérant et confirma la décision attaquée.

20. L'appel interjeté par l'intéressé fut rejeté le 3 janvier 2003 par l'*Audiencia Provincial* de La Corogne au motif qu'il existait suffisamment d'éléments pour que le requérant puisse se voir reprocher des infractions graves et que le montant de la caution s'expliquait par la particularité des circonstances de l'espèce. Dans sa décision, cette juridiction rappela que l'intéressé avait été placé en détention en raison de sa « participation présumée aux faits qui lui étaient reprochés, c'est-à-dire d'avoir pris le risque de provoquer une catastrophe, d'avoir désobéi aux autorités administratives portuaires et d'avoir commis l'infraction d'atteinte aux ressources naturelles ». Elle signala en outre que le juge d'instruction avait offert au requérant la possibilité d'éviter le placement en détention provisoire motivé par sa « responsabilité présumée dans des infractions d'atteinte aux ressources naturelles et à l'environnement et de désobéissance à l'autorité administrative » moyennant le versement d'une caution de 3 000 000 d'EUR. Après avoir rappelé l'émoi que les infractions présumées suscitaient dans l'opinion publique, elle considéra qu'aucun élément de la décision contestée ne prêtait le flanc à la critique, « même celui tenant au montant de la caution ».

L'*Audiencia Provincial* souligna que les indices dont le juge d'instruction avait tenu compte de prime abord pour ordonner le placement en détention provisoire du requérant concernaient des délits graves, qu'il était prématuré de se prononcer sur la question de savoir si le délit était délibéré, que la détention provisoire poursuivait le but légitime de prévenir le risque de fuite de l'intéressé, qui était étroitement lié à la gravité du délit présumé et à l'absence d'attaches particulières de ce dernier en Espagne. A cet égard, elle se référa à la catégorie d'infractions en cause et à la gravité des peines encourues, signala que la présence du prévenu était indispensable à l'enquête, indiqua que la fuite de celui-ci pouvait faire échouer le procès et rappela l'émoi que les faits établis suscitaient dans l'opinion publique.

Elle écarta le moyen tiré de l'applicabilité de l'article 230 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982



au motif que cette disposition concernait des infractions administratives relatives à la pollution du milieu marin par des navires étrangers en dehors des eaux territoriales, passibles de peines pécuniaires seulement, et non des actes intentionnels graves de pollution commis dans les eaux territoriales.

21. Le 6 février 2003, le juge d'instruction n° 1 de Corcubión (La Corogne) enregistra le dépôt d'une garantie bancaire d'un montant correspondant à celui de la caution exigée, qui avait été établie – à titre exceptionnel, spontané et humanitaire – par la *London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited* (le «*London P&I Club*»), la société d'assurance de l'armateur du *Prestige*. En conséquence, le 7 février 2003, après quatre-vingt-trois jours de détention, le requérant fut remis en liberté provisoire avec obligation :

- « a) d'indiquer une adresse sur le territoire national ;
- b) de se présenter tous les jours, avant 13 heures, à la préfecture de police correspondant à l'adresse indiquée ;
- c) de ne pas quitter le territoire national et de remettre son passeport au greffe du tribunal. »

22. Le 28 mai 2003, le *London P&I Club* et la société propriétaire du navire, la *Mare Shipping Inc.*, versèrent 22 777 986 EUR en réparation des dommages dont ils étaient civilement responsables dans les limites fixées par l'article V de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures («*la CRC de 1992*», paragraphe 54 ci-dessous).

23. Invoquant l'article 17 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Constitution, le requérant forma un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Sans contester la mesure de détention provisoire, suffisamment motivée à ses yeux, il se plaignit du montant de la caution, arguant que celui-ci était excessif et disproportionné au regard de sa situation économique et rendait illusoire l'obtention de la liberté provisoire. Il alléguait que ce montant avait été fixé sans qu'il ait été tenu compte de sa situation personnelle, au mépris des exigences de la jurisprudence de la Cour.

24. Par une décision motivée (*auto*) du 29 septembre 2003, la haute juridiction déclara le recours irrecevable. A titre liminaire, elle rappela sa jurisprudence selon laquelle la remise en liberté du prévenu ne prive pas le recours d'*amparo* de son objet, car «*en cas de violation du droit fondamental invoqué, il y aurait lieu pour le tribunal d'accueillir le recours et d'accorder l'amparo au requérant*».

25. Toutefois, elle se prononça comme suit sur le fond du recours :

- « (...) l'article 531 du code de procédure pénale énonce qu'il doit être notamment tenu compte, lors de la fixation du montant de la caution, de la nature du délit, des

antécédents judiciaires du prévenu et d'autres circonstances de nature à l'inciter à se soustraire à la justice. D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la fixation d'une caution vise à assurer la comparution du prévenu au procès (...) et son montant doit le dissuader de toute velléité de fuite.

(...)

Les décisions prises dans la présente affaire relativement au montant de la caution et au rejet des demandes qui ont été formulées en vue de sa réduction sont amplement motivées par l'objectif prioritaire que constitue la présence du prévenu au procès, la gravité des délits en cause, la catastrophe tant nationale qu'internationale provoquée par le déversement de la cargaison, le fait que le prévenu est un ressortissant étranger et qu'il n'a aucune attache en Espagne.

Au vu de ces circonstances, les tribunaux ont considéré que seule une caution d'un montant aussi élevé pouvait atténuer le risque de fuite (...) Ils ont également pris en compte la situation personnelle et financière du prévenu, ainsi que son milieu professionnel. (...) Pour fixer le montant de la caution de manière à dissuader le prévenu de toute velléité de fuite, ils ont également tenu compte d'autres aspects de sa situation personnelle, à savoir sa nationalité grecque, son domicile à l'étranger et son absence totale d'attaches en Espagne.

Il ressort de ce qui précède que le montant de la caution a été fixé selon des critères de proportionnalité (...) Son caractère exceptionnel s'explique par le caractère exceptionnel de la situation en cause.»

26. Ultérieurement, en mars 2005, les autorités espagnoles autorisèrent le requérant à retourner dans son pays, où il réside actuellement, à charge pour l'administration grecque de veiller à ce qu'il respecte le contrôle périodique auquel il était soumis en Espagne, raison pour laquelle il est tenu de se présenter tous les quinze jours au commissariat d'Icarie (son île natale) ou d'Athènes (où résident ses enfants).

27. La procédure pénale est actuellement pendante devant le juge d'instruction n° 1 de Corcubión (La Corogne).

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

### A. Le droit interne

28. La disposition pertinente de la Constitution espagnole est ainsi libellée :

#### **Article 17 § 1**

«Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est conformément aux dispositions du présent article et dans le cas et selon la forme prévus par la loi.»

29. Les dispositions pertinentes du code pénal en vigueur à l'époque des faits se lisaient comme suit :

**Article 92**

« Nonobstant les dispositions des articles précédents, les condamnés ayant atteint l'âge de soixante-dix ans, où l'atteignant pendant qu'ils accomplissent leur peine, qui réunissent les conditions établies [par la loi], sauf celle de l'accomplissement des trois quarts de [ladite peine] ou, le cas échéant, des deux tiers de celle-ci, peuvent obtenir la liberté conditionnelle.

(...)»

**Article 325**

« Sera puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à quatre ans, d'une peine de huit à vingt-quatre mois-amende et d'une interdiction d'exercice professionnel d'un à trois ans quiconque (...) provoque ou réalise directement ou indirectement des émissions, des déversements (...) dans (...) les eaux terrestres, maritimes ou souterraines (...) risquant de porter gravement atteinte à l'équilibre des systèmes naturels. S'il apparaît que ce risque peut affecter la santé des personnes, la peine d'emprisonnement sera appliquée dans sa moitié supérieure. »

**Article 326**

« La commission de l'un quelconque des faits décrits dans l'article précédent sera punie d'une peine d'un degré supérieur lorsqu'elle s'accompagne :

- a) du fonctionnement clandestin d'une industrie ou d'une activité dont les installations n'ont pas reçu l'autorisation administrative ou l'agrément nécessaires ; ou
- b) de la désobéissance à un ordre exprès de l'autorité administrative visant à remédier ou à mettre fin aux activités incriminées dans l'article précédent ; ou
- c) de la falsification ou de la dissimulation d'informations sur les aspects environnementaux des activités en question ; ou
- d) de l'obstruction aux activités d'inspection de l'administration ; ou
- e) de la survenance d'un risque de dommage irréversible ou catastrophique ; ou
- f) d'un pompage illégal d'eau en période de restriction. »

**Article 331**

« Les faits mentionnés au présent chapitre sont passibles de la moitié inférieure de la peine applicable lorsqu'ils ont été commis par imprudence grave ».

30. Le deuxième paragraphe de l'article 325 du code pénal, tel que modifié en novembre 2003, est ainsi libellé :

**Article 325**

« 2. Quiconque libère, émet ou introduit sciemment des radiations ionisantes ou d'autres substances dans l'air, la terre ou les eaux maritimes (...) en quantité telle qu'elle

cause la mort d'une personne ou une maladie (...) entraînant des séquelles irréversibles, est passible, outre la peine encourue pour dommages à la personne, d'une peine d'emprisonnement de deux à quatre ans.»

31. La disposition pertinente du code de procédure pénale se lit comme suit :

#### **Article 531**

« Pour déterminer la nature et le montant de la caution, il convient de prendre en compte la nature du délit, la situation sociale et les antécédents judiciaires du prévenu ainsi que les autres circonstances susceptibles d'accroître ou de réduire son intérêt à se soustraire à l'autorité judiciaire. »

32. Les obligations des opérateurs en matière de prévention et de réparation des dommages environnementaux sont régies par la loi 26/2007 du 23 octobre 2007 sur la responsabilité environnementale, laquelle s'appuie sur l'article 45 de la Constitution, le principe de précaution et la règle du pollueur-payeur.

### **B. La protection de l'environnement marin**

33. Au niveau européen, l'on constate une tendance croissante au recours au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales imposées par le droit de l'Union européenne.

#### *1. Les instruments du Conseil de l'Europe*

34. En 1998, le Conseil de l'Europe a ouvert à la signature la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal (STE n° 172). Toutefois, seuls treize Etats ont signé cette convention à ce jour, et l'Estonie est le seul pays à l'avoir ratifiée. Cet instrument comporte notamment les dispositions suivantes :

#### **Article 2 – Infractions commises intentionnellement**

« 1. Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne :

a) le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol, les eaux, qui :

- i. causent la mort ou de graves lésions à des personnes ; ou
- ii. créent un risque significatif de causer la mort ou de graves lésions à des personnes ;

b) le rejet, l'émission ou l'introduction illicites d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux, qui causent ou sont susceptibles de causer leur détérioration durable ou la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à des monuments protégés, à d'autres objets protégés, à des biens, à des animaux ou à des végétaux ;

c) l'élimination, le traitement, le stockage, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de déchets dangereux qui causent ou sont susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou de causer des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux ;

d) l'exploitation illicite d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée et qui cause ou est susceptible de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux ;

e) la fabrication, le traitement, le stockage, l'utilisation, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de matières nucléaires ou autres substances radioactives dangereuses qui causent ou sont susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux,

lorsqu'ils sont commis intentionnellement.

2. Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne, toute complicité pour commettre l'une des infractions définies conformément au paragraphe 1 du présent article.»

### **Article 3 – Infractions de négligence**

« 1. Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne, lorsqu'elles sont commises par négligence, les infractions énumérées à l'article 2 § 1 a) à e).

2. Tout Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, dans une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, préciser qu'il se réserve le droit de n'appliquer le paragraphe 1 du présent article, en tout ou en partie, qu'à des infractions commises par négligence grave.

3. Tout Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, dans une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, préciser qu'il se réserve le droit de ne pas appliquer le paragraphe 1 du présent article, en tout ou en partie :

- à l'alinéa 1 a) ii. de l'article 2 ;
- à l'alinéa 1 b) de l'article 2, dans la mesure où l'infraction concerne des monuments protégés, d'autres objets protégés ou des biens.»

### **Article 6 – Sanctions réprimant les atteintes à l'environnement**

« Chaque Partie adopte, conformément aux textes internationaux pertinents, les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour rendre les infractions, établies conformément aux articles 2 et 3, passibles de sanctions pénales qui tiennent compte de leur degré de gravité. Ces sanctions doivent permettre l'emprisonnement et les sanctions pécuniaires, et peuvent inclure la remise en l'état de l'environnement.»

35. Dans son rapport du 30 mars 2005 relatif à la pollution des mers, la Commission de l'environnement, de l'agriculture et des questions territoriales de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est exprimée ainsi :

« (...)

## 2. Dans le domaine de la répression

167. Quatre pistes de réflexion pourraient être retenues :

a) Revenir sur le principe trop absolu de liberté de navigation. Il ne correspond plus au contexte des flux de transports contemporains, pour ouvrir la voie juridique à un contrôle passif, voire à terme actif, au moins dans les zones à risques, en traitant à cette occasion la question des responsabilités des contrôleurs.

b) Permettre et inciter tout Etat victime de dommages de pollution provoqués par un navire à demander réparation à l'Etat dont le navire bat pavillon, lorsqu'il est établi que les dommages résultent en totalité ou en partie de l'absence d'exercice, par l'Etat du pavillon, de tout contrôle effectif sur le navire à l'origine des dommages.

c) Modifier l'article 230 de la Convention [des Nations unies sur le] droit de la mer. Il importe de poser plus clairement la possibilité de peine d'emprisonnement dans le cas d'infractions de pollutions les plus graves.

d) Créer un tribunal pénal maritime international. De même que la notion de crimes contre l'humanité a fini par déboucher sur la création du tribunal pénal international, on ne peut exclure que dans l'avenir, les Etats en viennent à consacrer également la notion de « crime contre l'environnement ». Ils tireraient ainsi les conséquences – au plan juridique – de l'idée formulée par certains d'ériger la mer en patrimoine commun de l'humanité ».

### 2. *Les développements au sein de l'Union européenne*

36. La question de la criminalité environnementale fait également débat depuis de nombreuses années au sein de l'Union européenne.

37. Dans son arrêt, la chambre s'est référée à la Directive 2005/35 CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, laquelle réprime pénalement les rejets effectués par les navires au mépris du droit communautaire. Cet instrument requiert en outre que des sanctions pénales et des sanctions administratives soient imposées s'il est établi que les personnes mises en cause ont accompli l'acte incriminé ou y ont participé de manière intentionnelle ou par négligence. Cette directive, adoptée en réponse au naufrage de l'*Erika* et du *Prestige*, prévoit expressément que les Etats membres doivent la mettre en œuvre le 1<sup>er</sup> mars 2007. Elle n'a donc pas été conçue pour s'appliquer à des événements survenus avant cette date.

38. En tout état de cause, la directive 2005/35/CE s'applique aux rejets pratiqués notamment dans la zone économique exclusive ou une zone équivalente d'un Etat membre, de substances polluantes provenant de tout type de navire à l'exception des navires de guerre et navires de guerre auxiliaires, ainsi que des autres navires appartenant à un Etat ou exploités par un Etat et affectés, au moment considéré, exclusivement à un service public non commercial. Les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les infractions donnent lieu à des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent comprendre des sanctions pénales ou administratives.

39. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 3 juin 2008 dans l'affaire C-308/06 *Intertanko et autres c. Secretary of State for Transport*, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), appelée à se pencher sur la validité de la directive 2005/35/CE, a précisé que, comme le prévoient de nombreux systèmes juridiques nationaux, la notion de « négligence grave » ne peut viser qu'une violation caractérisée d'une obligation de diligence (§ 76 de l'arrêt de la CJCE). Par ailleurs, elle a jugé que, aux fins de la directive, la notion en question doit être entendue comme impliquant une action ou omission involontaire par laquelle la personne responsable viole, d'une manière caractérisée, l'obligation de diligence qu'elle aurait dû et pu respecter compte tenu de ses qualités, de ses connaissances, de ses aptitudes et de sa situation individuelle (§ 77).

40. Consécutivement aux arrêts de la CJCE du 13 septembre 2005 et du 23 octobre 2007, qui annulèrent respectivement la décision-cadre 2003/80/JAI relative à la protection de l'environnement par le droit pénal adoptée par le Conseil le 27 janvier 2003 et la décision-cadre 2005/667/JAI visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires adoptée par lui le 12 juillet 2005 et compléter la directive 2005/35/CE mentionnée dans l'arrêt de la chambre, la Commission a déposé une proposition de directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. A l'issue du processus législatif communautaire, la directive 2008/99/CE a été adoptée. Au troisième point de son préambule, cet instrument énonce que l'existence de sanctions pénales reflète une désapprobation de la société qualitativement différente de celle manifestée par le biais des sanctions administratives ou d'une indemnisation au civil et établit un lien explicite entre le besoin de sanctions pénales et l'expérience passée dans le domaine de la protection de l'environnement.

41. La directive en question oblige les Etats membres à traiter comme des infractions pénales certains actes contraires à la législation de l'UE en matière de protection de l'environnement, au nombre desquels figurent notamment :

- i. le transport illicite de déchets ;
- ii. le commerce d'espèces protégées ou de substances appauvrissant la couche d'ozone ;
- iii. les actes causant une dégradation importante d'un habitat au sein d'un site protégé ;
- iv. les atteintes graves à l'environnement causées par le traitement, l'élimination, le stockage, le transport, l'exportation ou l'importation de déchets dangereux (y compris le pétrole et le gaz, les huiles usées, les boues d'égout, les métaux ou les déchets électriques ou électroniques) ; et
- v. les atteintes graves à l'environnement causées par le rejet illicite de substances ou de radiations ionisantes.

42. Elle enjoint aux Etats membres de réprimer les infractions en question par des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, et à faire en sorte que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions qu'elle vise lorsque celles-ci ont été commises pour leur compte par des individus.

43. Pour sa part, la Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux vise à établir un cadre de responsabilité environnementale fondé sur le principe du « pollueur-payeur » en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux.

### **C. Les navires et les marins en droit international**

#### *1. La Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (« la CNUDM »)*

44. Les articles pertinents de cette convention, ratifiée par l'Espagne le 15 janvier 1997, sont ainsi libellés :

#### **Article 220**

#### **Pouvoirs de l'Etat côtier**

« (...) »

3. Lorsqu'un Etat a de sérieuses raisons de penser qu'un navire naviguant dans sa zone économique exclusive ou sa mer territoriale a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires ou aux lois et règlements qu'il a adoptés conformément à ces règles et normes internationales et leur donnant effet, cet Etat peut demander au navire de fournir des renseignements concernant son identité et son port d'immatriculation, son dernier et son prochain port d'escale et autres renseignements pertinents requis pour établir si une infraction a été commise.



(...)

6. Lorsqu'il y a preuve manifeste qu'un navire naviguant dans la zone économique exclusive ou la mer territoriale d'un Etat a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction visée au paragraphe 3 ayant entraîné des rejets qui ont causé ou risquent de causer des dommages importants au littoral ou aux intérêts connexes de l'Etat côtier ou à toutes ressources de sa mer territoriale ou de sa zone économique exclusive, cet Etat peut, sous réserve de la section 7, si les éléments de preuve le justifient, tenter une action, notamment ordonner l'immobilisation du navire conformément à son droit interne.

7. Nonobstant le paragraphe 6, dans tous les cas où des procédures appropriées ont été soit établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente, soit convenues de toute autre manière pour garantir le respect des obligations concernant le versement d'une caution ou le dépôt d'une autre garantie financière appropriée, l'Etat côtier, s'il est lié par ces procédures, autorise le navire à poursuivre sa route.

(...)

### **Article 221**

#### **Mesures visant à empêcher la pollution à la suite d'un accident de mer**

« 1. Aucune disposition de la présente partie ne porte atteinte au droit qu'ont les Etats, en vertu du droit international, tant coutumier que conventionnel, de prendre et faire appliquer au-delà de la mer territoriale des mesures proportionnées aux dommages qu'ils ont effectivement subis ou dont ils sont menacés afin de protéger leur littoral ou les intérêts connexes, y compris la pêche, contre la pollution ou une menace de pollution résultant d'un accident de mer, ou d'actes liés à un tel accident, dont on peut raisonnablement attendre des conséquences préjudiciables.

2. Aux fins du présent article, on entend par « accident de mer » un abordage, échouement ou autre incident de navigation ou événement survenu à bord ou à l'extérieur d'un navire entraînant des dommages matériels ou une menace imminente de dommages matériels pour un navire ou sa cargaison. »

### **Article 227**

#### **Non-discrimination à l'encontre des navires étrangers**

« Lorsqu'ils exercent leurs droits et s'acquittent de leurs obligations, en vertu de la présente partie, les Etats ne soumettent les navires d'aucun autre Etat à aucune discrimination de droit ou de fait. »

### **Article 230**

#### **Peines pécuniaires et respect des droits reconnus de l'accusé**

« 1. Seules des peines pécuniaires peuvent être infligées en cas d'infraction aux lois et règlements nationaux ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, qui ont été commises par des navires étrangers au-delà de la mer territoriale.

2. Seules des peines pécuniaires peuvent être infligées en cas d'infraction aux lois et règlements nationaux ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, qui ont été commises par des navires étrangers dans la mer territoriale, sauf s'il s'agit d'un acte délibéré et grave de pollution.

3. Dans le déroulement des poursuites engagées en vue de réprimer des infractions de ce type commises par un navire étranger pour lesquelles des peines peuvent être infligées, les droits reconnus de l'accusé sont respectés.»

45. En ce qui concerne la détention des marins et leur libération, la CNUDM prévoit ce qui suit :

### **Article 73**

#### **Mise en application des lois et règlements de l'Etat côtier**

«1. Dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive, l'Etat côtier peut prendre toutes mesures, y compris l'arraisonnement, l'inspection, la saisie et l'introduction d'une instance judiciaire, qui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la convention.

2. Lorsqu'une caution ou autre garantie suffisante a été fournie, il est procédé sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de son équipage.

3. Les sanctions prévues par l'Etat côtier pour les infractions aux lois et règlements en matière de pêche dans la zone économique exclusive ne peuvent comprendre l'emprisonnement, à moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, ni aucun autre châtement corporel.

4. Dans les cas de saisie ou d'immobilisation d'un navire étranger, l'Etat côtier notifie sans délai à l'Etat du pavillon, par les voies appropriées, les mesures prises ainsi que les sanctions qui seraient prononcées par la suite.»

### **Article 292**

#### **Prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou prompte libération de son équipage**

«1. Lorsque les autorités d'un Etat Partie ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre Etat Partie et qu'il est allégué que l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, la question de la mainlevée ou de la mise en liberté peut être portée devant une cour ou un tribunal désigné d'un commun accord par les parties; à défaut d'accord dans un délai de dix jours à compter du moment de l'immobilisation du navire ou de l'arrestation de l'équipage, cette question peut être portée devant une cour ou un tribunal accepté conformément à l'article 287 par l'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation, ou devant

le Tribunal international du droit de la mer, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

2. La demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom.

3. La cour ou le tribunal examine promptement cette demande et n'a à connaître que de la question de la mainlevée ou de la mise en liberté, sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée. Les autorités de l'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation demeurent habilitées à ordonner à tout moment la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage.

4. Dès le dépôt de la caution ou de l'autre garantie financière déterminée par la cour ou le tribunal, les autorités de l'Etat qui a immobilisé le navire se conforment à la décision de la cour ou du tribunal concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou de la mise en liberté de son équipage.»

## 2. *La jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer*

46. Le Tribunal international du droit de la mer (« le Tribunal ») a été appelé à interpréter les dispositions relatives à l'immobilisation des navires et à la mainlevée de cette mesure ainsi qu'à la détention et à la libération des équipages. Ce faisant, il a été amené à fixer un certain nombre de critères permettant de déterminer si une caution est ou non raisonnable au sens de l'article 73 de la CNUDM combiné avec l'article 292 du même texte. Aussi apparaît-il utile d'examiner l'approche suivie par le Tribunal en matière de détention d'un étranger par l'Etat côtier et de fixation du montant de la caution demandée, à condition de garder à l'esprit, premièrement, que la mission du Tribunal, à l'inverse de celle de la Cour, consiste à ménager un équilibre entre les intérêts antagonistes de deux Etats et non à mettre en balance les intérêts d'un individu et ceux d'un Etat; deuxièmement, que si les questions soumises au Tribunal peuvent concerner la détention et la libération des équipages, elles peuvent aussi porter sur l'immobilisation des navires et la mainlevée de cette mesure; troisièmement, que la grande majorité des litiges dont le Tribunal est saisi concernent des infractions en matière de pêche, et non, comme en l'espèce, des catastrophes environnementales. Dans l'arrêt qu'il a rendu le 6 août 2007 en l'affaire *Hoshinmaru (Japon c. Fédération de Russie)*, le Tribunal a résumé les principes sur lesquels il se fonde pour se prononcer sur le caractère raisonnable ou déraisonnable d'une caution. Les passages pertinents de cet arrêt se lisent ainsi :

« 82. Le Tribunal a exprimé ses vues sur le caractère raisonnable de la caution dans un certain nombre de ses arrêts. Comme il a été indiqué en l'*Affaire du « Camouco »* :

«Le Tribunal considère qu'un certain nombre d'éléments sont pertinents pour l'évaluation du caractère raisonnable d'une caution ou d'une autre garantie financière. Au nombre de ces éléments, il y a : la gravité des infractions imputées, les sanctions imposées ou pouvant l'être en vertu des lois de l'Etat qui a immobilisé le navire, la valeur du navire immobilisé et celle de la cargaison saisie, le montant de la caution imposée par l'Etat qui a immobilisé le navire, ainsi que la forme sous laquelle la caution est exigée.» (*TIDM Recueil 2000*, p. 31, § 67). En l'*Affaire du «Monte Confurco»*, le Tribunal ajoute : «Cette énumération ne saurait nullement être considérée comme exhaustive. Le Tribunal n'entend pas non plus déterminer des règles rigides concernant l'importance relative qui doit être attachée à l'un ou l'autre de ces éléments.» (*TIDM Recueil 2000*, p. 109, § 76). En l'*Affaire du «Volga»*, le Tribunal précise : «En évaluant le caractère raisonnable de la caution ou autre garantie, il doit être dûment tenu compte des conditions que l'Etat qui a immobilisé le navire a fixées en matière de caution ou de garantie, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.» (*TIDM Recueil 2002*, p. 32, § 65). En l'*Affaire du «Juno Trader»*, le Tribunal déclare en outre : «L'évaluation des éléments pertinents doit être objective, et doit tenir compte de tous les éléments d'information fournis au Tribunal par les parties.» (*TIDM Recueil 2004*, p. 41, § 85).

(...)

89. La procédure de mise en œuvre de l'article 292 de la [CNUDM], comme indiqué clairement au paragraphe 3 de cet article, ne peut porter que sur la question de la mainlevée ou de la mise en liberté, sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée. Néanmoins, dans une procédure instituée devant le Tribunal, celui-ci n'est pas empêché de procéder, dans la mesure nécessaire, à une appréciation adéquate des faits et circonstances de l'espèce afin de procéder à une évaluation adéquate du caractère raisonnable de la caution fixée par le défendeur («*Monte Confurco*», *TIDM Recueil 2000*, p. 108-109, § 74). Le Tribunal voudrait toutefois souligner que, ce faisant, il n'est pas une instance d'appel («*Monte Confurco*», *TIDM Recueil 2000*, p. 108, § 72).»

47. Il ressort de ce qui précède que, pour se prononcer sur le caractère raisonnable d'une caution, le Tribunal prend en considération trois éléments, à savoir : i) la gravité des infractions alléguées, ii) les sanctions imposées ou imposables en vertu de la législation de l'Etat de détention, pour autant qu'elles soient raisonnablement proportionnées à la gravité des infractions alléguées, et iii) la valeur du navire immobilisé et de la cargaison saisie. Ce faisant, le Tribunal veille comme il se doit à ne pas préjuger le fond de l'affaire, qui relève des juridictions internes. Le Tribunal considère toutefois que rien ne l'empêche de porter des jugements ayant des répercussions sur le fond lorsque ceux-ci sont nécessaires pour l'appréciation du point de savoir si la caution demandée est ou non raisonnable.

3. *Le rapport du Conseil maritime baltique et international (« BIMCO ») du 23 mars 2009*

48. Le BIMCO est une association maritime indépendante composée d'armateurs, de gestionnaires, de courtiers, d'agents et de nombreux autres sociétaires détenant des intérêts dans l'industrie du transport maritime. Il figure au nombre des associations tierces intervenantes dans la présente affaire. Le 23 mars 2009, il a publié un rapport sur le traitement des marins intéressant à plus d'un égard.

49. Premièrement, ce rapport évoque quatorze affaires où des sanctions ont été prises à l'encontre de marins avant que de quelconques actes intentionnels ou de négligence eussent été admis ou prouvés en justice. Il couvre une période de onze ans s'étendant de 1996 à 2007 et les affaires qui y sont rapportées – parmi lesquelles figure l'affaire *Mangouras* (autrement dénommée « affaire du *Prestige*») – concernent douze Etats côtiers. Le rapport conclut : i) que l'utilisation de sanctions pénales à l'encontre de marins est un phénomène que l'on rencontre partout dans le monde et qui n'est nullement restreint à certains pays ou à certaines régions, ii) que, même si les règles applicables sont équitables, leur application ne l'est pas et foule souvent aux pieds la présomption d'innocence, et iii) que si le contentieux est relativement peu abondant, les questions qu'il soulève montrent clairement qu'il existe un problème permanent de traitement inéquitable des marins.

50. Deuxièmement, le rapport examine une série de textes relatifs au traitement des marins, et notamment des conventions internationales, la Déclaration universelle des droits de l'homme et un certain nombre d'instruments tant régionaux que nationaux. Parmi ces derniers, une attention particulière est consacrée au cadre juridique de l'Union européenne et aux lois applicables en France, aux Etats-Unis d'Amérique, au Canada et au Royaume-Uni. Dans ses conclusions, le BIMCO observe que le critère généralement appliqué dans les instruments en question est la négligence grave, les sanctions encourues allant de peines d'amende à des peines d'emprisonnement.

51. Enfin, le rapport en question a été examiné par le Comité juridique de l'Organisation maritime internationale (OMI) lors de sa 95<sup>e</sup> session, qui s'est tenue du 30 mars au 3 avril 2009. En ce qui concerne le traitement équitable des marins, le compte rendu de cette session énonce ce qui suit :

«Le comité considère que les directives sur le traitement équitable des marins à la suite d'un accident maritime adoptées par le Comité juridique et le Code des standards internationaux et des pratiques recommandées pour une enquête de sécurité au sujet d'un accident ou d'un incident maritime, adopté par le Comité de sécurité maritime de l'OMI, devraient être appliqués strictement par les Etats, de manière à ce

qu'un juste équilibre puisse être ménagé entre, d'une part, la nécessité de mener des investigations approfondies lorsque des accidents maritimes se produisent et, d'autre part, la protection des droits des marins.

Beaucoup de délégués ont relevé que la question du traitement équitable des marins était de la responsabilité directe de l'Etat du port, des Etats côtiers, de l'Etat du pavillon, de l'Etat de la nationalité des marins et des armateurs. Les Etats ont l'obligation de traiter les marins de manière équitable, tant en vertu de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des instruments régionaux en matière de droit de l'homme qu'en vertu des droits nationaux. Un consensus s'est également dégagé au sein du comité pour considérer que les Etats doivent se conformer aux directives sur le traitement équitable des marins adoptées par le Comité juridique.»

52. Les directives sur le traitement équitable des marins se trouvent annexées aux observations des parties autorisées à intervenir dans la présente affaire.

#### **D. La Convention internationale du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires et son Protocole du 17 février 1978 (MARPOL 73/78)**

53. Cette convention, ratifiée par l'Espagne (ainsi que son protocole) le 6 juillet 1984, a été amendée à plusieurs reprises. Sa version la plus récente date de juillet 2007 et est entrée en vigueur en décembre 2008. Son Annexe I porte sur la prévention de la pollution par hydrocarbures dans les situations d'abordage ou d'échouement. Résultat de la fusion de deux traités, adoptés en 1973 et 1978 respectivement, cette convention constitue le principal instrument en matière de protection de l'environnement maritime contre la pollution opérationnelle ou accidentelle provoquée par les navires.

#### **E. La responsabilité civile et l'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures**

##### *1. La Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (« la CRC de 1992 »)*

54. Cette convention régit la responsabilité encourue par les propriétaires de navires du fait des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Elle établit un régime de responsabilité objective des intéressés et instaure un système d'assurance-responsabilité obligatoire. Elle permet en principe aux propriétaires de navires de limiter leur responsabilité à un montant qui est fonction de la jauge de leurs navires.

### Article III

« 1. Le propriétaire du navire au moment d'un événement ou, si l'événement consiste en une succession de faits, au moment du premier de ces faits, est responsable de tout dommage par pollution causé par le navire et résultant de l'événement, sauf dans les cas prévus aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

(...)

4. Aucune demande de réparation de dommage par pollution ne peut être formée contre le propriétaire autrement que sur la base de la présente Convention. Sous réserve du paragraphe 5 du présent article, aucune demande de réparation de dommage par pollution, qu'elle soit ou non fondée sur la présente Convention, ne peut être introduite contre :

- a) les préposés ou mandataires du propriétaire ou les membres de l'équipage ;
- b) le pilote ou toute autre personne qui, sans être membre de l'équipage, s'acquitte de services pour le navire ;

(...)

A moins que le dommage ne résulte de leur fait ou de leur omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis téméairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement ;

(...)»

### Article V

« (...)

2. Le propriétaire n'est pas en droit de limiter sa responsabilité aux termes de la présente convention s'il est prouvé que le dommage par pollution résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis téméairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement.

(...)»

#### 2. *Les London P&I Rules*

55. Les clubs de protection et d'indemnisation constitués par les armateurs eux-mêmes en vue de s'assurer contre certains sinistres, notamment ceux liés à la pollution causée par leurs navires, sont régis par des règles générales, les *London P&I Rules*. Les règles pertinentes en l'espèce sont ainsi libellées :

#### Article 9.28 – Règle omnibus

« 1. Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire et dans la mesure déterminée par lui, le Comité peut décider que certaines réclamations, pertes, dépenses

ou charges liées à l'activité d'armateur, d'opérateur ou de gérant de navire relèvent de cette catégorie,

1.1. SOUS RESERVE qu'aucune autre disposition du présent règlement n'exclue expressément le recouvrement, étant toutefois entendu que l'application d'une telle disposition pourra être écartée par décision unanime des membres du comité présents lors de l'examen de la réclamation eu égard aux circonstances de la cause.»

### Article 20 – Caution

« 1. Sans y être tenue, l'association peut fournir une caution pour le compte d'un assuré en vue notamment d'éviter une arrestation ou d'obtenir une remise en liberté ayant un rapport avec un navire assuré. Dans le cas où l'association accepte de fournir une caution, l'assuré devra, à la première demande écrite que l'association pourra lui présenter à tout moment, constituer la contre-caution (qui, au seul gré de l'association, pourra prendre la forme d'un dépôt en espèces effectué auprès d'elle) dont l'association pourra exiger la fourniture et devra indemniser l'association des réclamations et frais encourus au titre de la caution initialement fournie par elle, qu'une contre-caution ait ou non été exigée ou constituée. Faute pour l'assuré de constituer la contre-caution exigée ou d'indemniser l'association de la manière décrite ci-dessus, celle-ci pourra, sans préjudice de ses autres droits, conserver toute somme normalement due à l'assuré, même lorsque celle-ci est sans rapport avec le fait au titre duquel la caution initiale a été fournie ou qu'elle concerne une autre période d'assurance – antérieure ou postérieure au fait imputé à l'assuré – ou un autre navire assuré. La fourniture d'une caution par l'association est sans préjudice des obligations auxquelles celle-ci est tenue envers l'assuré au titre de la réclamation en question.»

## EN DROIT

### SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 3 DE LA CONVENTION

56. Le requérant se plaint du montant de la caution fixée par les autorités espagnoles, qu'il juge disproportionné. Il soutient que celles-ci n'ont pas tenu compte de sa situation personnelle (profession, revenus, patrimoine, antécédents judiciaires, situation familiale, etc.) lorsqu'elles ont arrêté le montant en question. Il invoque l'article 5 § 3 de la Convention, dont la partie pertinente est ainsi libellée :

« Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article (...) a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.»



## A. Conclusions de la chambre

57. La chambre a déclaré qu'il fallait tenir compte des circonstances particulières distinguant la présente espèce des autres affaires dans lesquelles la Cour a été appelée à se prononcer sur la durée d'une détention provisoire. Estimant que la gravité des faits de l'espèce justifiait le souci des juridictions internes d'établir les responsabilités de chacun dans la catastrophe environnementale, elle a jugé qu'il était raisonnable de leur part de s'assurer de la présence du requérant au procès en fixant une caution élevée. Elle a considéré que les autorités nationales avaient démontré que le montant de la caution exigée revêtait un caractère proportionné et qu'elles avaient suffisamment tenu compte de la situation personnelle de l'intéressé, notamment de sa qualité d'employé de l'armateur, lequel avait souscrit une assurance couvrant ce type de sinistre. En conséquence, elle a jugé que le montant de la caution litigieuse était certes élevé mais non disproportionné au regard de l'intérêt juridique protégé, de la gravité du délit en cause et des conséquences catastrophiques que le déversement de la cargaison avait eues pour l'environnement et l'économie. Elle en a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

## B. Thèses des parties et observations des tiers intervenants

### 1. Thèse du requérant

58. Le requérant soutient que, en se bornant à faire état de la gravité des délits en cause et des peines encourues, de l'émoi que le déversement du fuel a provoqué dans l'opinion publique, de sa nationalité grecque, du fait que son domicile se trouve à l'étranger et de son absence de liens avec l'Espagne, les juridictions internes n'ont pas suffisamment tenu compte de sa situation personnelle et financière, de ses revenus, de son casier judiciaire vierge, de sa situation familiale et de son âge avancé. A ce dernier égard, il signale que, le 17 novembre 2002, il avait soixante-sept ans, et que le code pénal espagnol dispense les personnes âgées de plus de soixante-dix ans d'exécuter des peines d'emprisonnement (paragraphe 29 ci-dessus)

59. L'intéressé reproche à la chambre d'avoir indiqué à tort que la caution avait été réglée en exécution du contrat passé entre l'armateur et l'assureur du *Prestige*, alors même qu'elle a énoncé, au paragraphe 32 de son arrêt, que la *London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited* (le «*London P&I Club*») avait versé la caution «à titre spontané, exceptionnel et humanitaire». Il soutient que les tribunaux internes ne sauraient être autorisés à fixer le montant d'une caution en ayant égard à la situation financière d'un tiers en l'absence de toute offre émanant de celui-ci.

Il souligne qu'il a été détenu pendant quatre-vingt-trois jours alors même que les tribunaux internes ont peut-être estimé que l'armateur ou l'assureur effectueraient le paiement. Il plaide qu'accorder aux juridictions nationales la possibilité de déterminer le montant de la caution au vu de la situation financière d'un tiers reviendrait à priver d'effet les décisions antérieures de la Cour, voire à les vider de leur sens.

60. Faisant valoir que la relation contractuelle entre l'armateur et la compagnie d'assurance du *Prestige* est régie par les *London P&I Rules* (paragraphe 55 ci-dessus), il estime que ces dispositions n'obligent l'assureur à verser une caution qu'en cas d'immobilisation d'un navire assuré, mais non lorsqu'un membre de son équipage est arrêté (article 20 des *London P&I Rules*), et que, dans ce dernier cas, l'assureur peut régler la caution sans y être nullement tenu en vertu d'une quelconque obligation juridique. Il explique que la couverture de certains sinistres liés à la navigation est laissée à la discrétion de l'assureur, et renvoie à cet égard à la règle 9.28 des *London P&I Rules* (paragraphe 55 ci-dessus), dont le *London P&I Club* aurait accepté de faire application – eu égard au caractère exceptionnel de la situation – pour régler le montant de la caution exigée en vue d'obtenir sa libération après quatre-vingt-trois jours de détention. En tout état de cause, il souligne que le contrat d'assurance liait son employeur et l'assureur, mais qu'il n'avait pas souscrit d'assurance à titre personnel auprès du *London P&I Club*, qui n'avait aucune obligation envers lui. Il fait observer que les juridictions internes n'ont pas indiqué que l'assureur de son employeur avait l'obligation de régler le montant de la caution ou qu'elles s'attendaient à ce que celui-ci s'en charge lorsqu'elles ont exposé les raisons expliquant le montant de la caution litigieuse. Il estime que les juridictions d'appel ne sont pas tenues de lire les décisions rendues par les juridictions *a quo* à la lumière de nouveaux arguments auxquels ces dernières ne se sont pas référées.

Renvoyant aux articles III § 4 et V § 2 de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures («la CRC de 1992», paragraphe 54 ci-dessus), le requérant soutient que la responsabilité civile du capitaine et de l'équipage ne peut être recherchée que dans le cas où le dommage résulte de leur fait ou de leur omission personnels, commis intentionnellement ou par négligence grave.

61. L'intéressé soutient que le montant de la caution visait non seulement à sanctionner sa responsabilité pénale, qui se serait trouvée engagée en cas de non-comparution au procès, mais aussi – au mépris de la jurisprudence de la Cour – à couvrir la réparation due au titre de la responsabilité civile pour les dommages causés. Il avance que, en faisant état de la gravité des accusations

portées contre lui, les tribunaux internes avaient en réalité à l'esprit la gravité des conséquences du naufrage. A ses yeux, il est inacceptable de fixer le montant de la caution exigée pour la libération d'un employé d'un armateur en tenant compte de la colère et de l'indignation que les compagnies maritimes suscitent dans l'opinion publique avant même que la question de savoir à qui incombe la responsabilité de la catastrophe ait été tranchée.

62. Le requérant estime que, pour statuer comme elle l'a fait, la chambre s'est fondée sur des considérations inappropriées et des directives européennes qui n'étaient pas en vigueur au moment de l'accident – au mépris du principe de non-rétroactivité – ainsi que sur des rapports contenant des déclarations d'intention purement politiques totalement dépourvues de portée juridique. Il soutient que l'article 230 § 1 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (« la CNUDM ») interdit l'imposition d'une peine d'emprisonnement dans les circonstances de l'espèce et rappelle que la procédure se trouve encore au stade de l'instruction devant les tribunaux espagnols.

63. L'intéressé dénonce les implications de l'arrêt de la chambre, estimant qu'il remet en cause le principe de la présomption d'innocence et le principe de non-discrimination en ce qu'il autorise les autorités à fixer le montant de la caution au seul vu de la gravité des conséquences du délit prétendument commis, sans avoir égard à la situation personnelle du prévenu. Il tient à signaler que cet arrêt a des effets pernicieux sur l'industrie maritime et sur toutes les activités comportant une part de risque en ce qu'il permet aux autorités de priver un employé de liberté pour des raisons liées à la responsabilité civile de son employeur. Il considère en outre que l'arrêt de la chambre fait obstacle à la libre circulation des services dans l'Union européenne et fait observer que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que les règles de procédure pénale nationales étaient susceptibles d'entraver cette liberté. Il avance enfin que, dans son cas, les règles en question ont été appliquées de manière discriminatoire en raison de sa nationalité.

64. Au vu de ce qui précède, le requérant invite la Grande Chambre à conclure à la violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

## *2. Thèse du Gouvernement*

65. Le Gouvernement signale d'emblée que le requérant se trouve actuellement en liberté. Faisant valoir que le paiement de la caution est intervenu deux mois et demi seulement après le placement en détention provisoire, il soutient que le montant exigé n'a pas empêché l'intéressé de s'acquitter de la caution.

66. Le Gouvernement déclare avoir conscience des exigences imposées par la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne la prise en compte de la situation personnelle du requérant lors de la fixation du montant de la caution. Il n'ignore pas qu'elles visent à éviter que la caution ne devienne une peine anticipée infligée à l'intéressé avant qu'il n'ait pu bénéficier des garanties d'un procès équitable et sans qu'il y ait des preuves à charge suffisantes, au mépris notamment du droit à la présomption d'innocence. Le Gouvernement fait cependant observer que, en tout état de cause, ces garanties ne peuvent entrer en jeu que si la comparution au procès du prévenu placé en détention est assurée et rappelle que le juge d'instruction devant lequel le requérant a été déféré a estimé que celui-ci présentait un risque de fuite élevé. Le Gouvernement en conclut que la volonté des autorités de s'assurer de la réalisation de l'objectif premier de la mesure critiquée, qui vise à garantir la présence du prévenu au procès, justifiait le montant de la caution.

67. Le Gouvernement soutient que, contrairement à ce qu'affirme le requérant, la situation personnelle de celui-ci a été dûment prise en compte puisque les tribunaux ont fait état de sa nationalité étrangère, de son absence totale d'attaches en Espagne et de la facilité avec laquelle il aurait pu quitter le territoire national pour se soustraire à l'action de la justice et en entraver le cours. Il souligne que ces éléments ont été combinés avec les facteurs objectifs que constituent la nature et la gravité des délits présumés, la gravité des peines encourues, les questions de responsabilité tant pénale que civile soulevées par l'affaire, l'émoi considérable et indéniable qu'elle a suscité dans l'opinion publique, les répercussions nationales et internationales de la catastrophe et l'ampleur exceptionnelle des dégâts occasionnés. Il soutient qu'il y a lieu d'en conclure que la fixation du montant de la caution ne présentait pas un caractère arbitraire et qu'elle reposait sur des motifs suffisants, conformément aux critères établis par la Cour dans les arrêts *Neumeister c. Autriche* (27 juin 1968, série A n° 8) et *Iwańczuk c. Pologne* (n° 25196/94, 15 novembre 2001), lesquels se distinguent toutefois de la présente affaire par certains aspects importants.

68. En ce qui concerne la nature des délits présumés, le Gouvernement fait observer que l'Audiencia Provincial de La Corogne a indiqué, dans la décision qu'elle a rendue sur cette affaire, que l'examen des éléments dont elle disposait à ce stade de la procédure donnait à penser que les délits présumés pouvaient avoir un caractère intentionnel (*dolus eventualis*). Il signale en outre qu'elle a précisé que le délit d'atteinte à l'environnement n'est pleinement constitué que lorsque les omissions de la personne qui contribue à la transformation d'un risque en dommages catastrophiques en raison de son manquement réitéré et persistant à son obligation de

maîtriser les facteurs de risque relevant directement de son contrôle et de sa responsabilité créent un dommage, c'est-à-dire au moment où l'on constate l'existence d'une pollution des ressources naturelles, et non dès que le déversement a lieu. Par ailleurs, il soutient que la désobéissance reprochée au requérant en raison des difficultés qu'il a créées en empêchant le remorquage du navire et en faisant obstruction aux opérations qui visaient à prévenir le déversement du fuel ainsi qu'à en circonscrire les effets est de toute évidence un acte intentionnel ne relevant ni de l'insouciance, ni de la négligence.

69. En conséquence, le Gouvernement estime que l'article 230 de la CNUDM n'est pas applicable en l'espèce car cette disposition ne concerne que les infractions aux lois et règlements visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin commises par des navires étrangers en dehors des eaux territoriales, infractions passibles de peines pécuniaires seulement, non des actes intentionnels graves de pollution dans les eaux territoriales. Il note que la CNUDM ne prévoit pas d'immunité pour les délits contre l'environnement et les ressources naturelles : en effet, seules des peines pécuniaires peuvent être infligées pour des infractions aux lois et aux règlements nationaux commises dans la mer territoriale, sauf en cas d'acte délibéré et grave de pollution.

70. En ce qui concerne la gravité des peines de détention encourues, le Gouvernement fait observer que les délits dont découlent des dommages irréversibles et catastrophiques sont passibles de six à neuf ans d'emprisonnement lorsqu'ils sont intentionnels et de quatre à six ans lorsqu'ils ont été commis par négligence (paragraphes 29 et 30 ci-dessus). Quant à l'âge du requérant, le Gouvernement rappelle que la disposition humanitaire prévue à l'article 92 du code pénal espagnol ne saurait être assimilée à une immunité et que la dispense d'exécution d'une peine d'emprisonnement est subordonnée à d'autres conditions.

71. Le Gouvernement soutient que le montant de l'indemnisation due au titre de la responsabilité civile n'a pas été déterminant pour la fixation de la caution. Il en veut pour preuve que celle-ci représente moins de 1 % du montant des indemnités potentiellement exigibles. Il déclare avoir conscience du fait que la fixation du montant d'une caution au seul vu du préjudice subi serait contraire à la jurisprudence de la Cour puisque cette mesure vise à garantir non le paiement de la réparation due au titre de la responsabilité civile, mais la comparution en justice de l'accusé. Toutefois, il avance que rien n'interdisait aux autorités de retenir cet élément – parmi d'autres – pour apprécier le risque de fuite pourvu qu'elles aient également pris en considération la situation personnelle du requérant. Il plaide au contraire que le risque de fuite ne peut être apprécié « uniquement » au regard de la gravité des sanctions pénales et civiles – à laquelle il faut

cependant avoir égard –, de même que le montant de la caution ne peut être déterminé « uniquement » en fonction du montant du préjudice. Il soutient que la jurisprudence de la Cour ne s'oppose nullement à la prise en compte de circonstances pouvant avoir une incidence sur le risque de fuite et sur le caractère suffisant de la caution exigée pour une remise en liberté.

72. A ce dernier égard, le Gouvernement insiste sur le fait que, tant pour se prononcer sur le placement de l'intéressé en détention provisoire que pour fixer le montant de la caution, les juridictions internes ont tenu compte de sa nationalité, du fait qu'il réside à l'étranger, de son absence de liens en Espagne, de son statut et de son milieu professionnels, des personnes susceptibles de payer la caution à sa place – critère qui a été retenu par la Cour dans l'arrêt *Neumeister* (précité) – ainsi que du cadre juridique complexe régissant les activités du navire qu'il commandait et du type d'activité commerciale à laquelle il se livrait. Le Gouvernement estime que le paiement rapide de la caution démontre la validité des critères retenus par les autorités pour en déterminer le montant. Par ailleurs, il considère que la chambre a eu raison de conclure, au paragraphe 39 de son arrêt, à l'existence d'un rapport juridique contractuel entre l'armateur et l'assureur du navire. A cet égard, il fait observer que la caution a été versée par l'assureur de l'employeur du requérant, conformément à la pratique habituellement suivie dans le milieu du commerce maritime, et que, si l'intéressé est reconnu coupable des charges qui pèsent sur lui, l'arrêt de condamnation fixera le montant de l'indemnisation due au titre de la responsabilité civile de l'armateur qui l'emploie, dont l'assureur de ce dernier assumera en définitive la charge.

73. Le Gouvernement invite la Cour à conclure à la non-violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

### 3. *Observations des tiers intervenants*

74. Le représentant des tiers intervenants fait observer que la responsabilité pénale encourue par les capitaines de navire et les membres de leur équipage à raison des actes provoquant des rejets polluants fait l'objet d'une réglementation stricte résultant des dispositions combinées de la CNUDM et de la Convention internationale du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires et son Protocole du 17 février 1978 (MARPOL 73/78). Renvoyant à l'article 230 de la CNUDM, il rappelle que les privations de liberté à raison d'actes de pollution commis au-delà de la mer territoriale – soit au-delà de la limite des 12 milles à partir de la côte – sont interdites. Il signale en outre que, à titre de garantie supplémentaire contre tout comportement abusif de l'Etat côtier, cette convention a instauré un dispositif de demande de prompt mainlevée de l'immobilisation d'un

navire et de libération rapide de son équipage. Il indique que, dans les trois affaires de « prompte mainlevée » dont il a eu à connaître et qui concernaient des pêcheries – à savoir les affaires *Camouco*, *Monte Confurco* et *Volga* – le Tribunal international du droit de la mer a ordonné la remise en liberté de l'équipage.

75. Il indique toutefois que, en vertu de la CRC de 1992 et de la Convention de 1992 portant création d'un fonds international pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, l'armateur est civilement responsable de ce type de dommages, même en l'absence de faute de sa part. Il fait observer que la CRC de 1992 énonce que la responsabilité civile de l'armateur doit être couverte par une assurance, mais qu'elle ne prévoit nullement que celui-ci peut exiger une indemnisation au titre de la caution versée pour la remise en liberté d'un capitaine de navire. Il ajoute que, selon la pratique habituelle, certains aléas qui ne relèvent pas strictement de tel ou tel des risques assurés mais qui leur sont étroitement liés peuvent néanmoins être couverts en vertu d'une décision discrétionnaire lorsque les circonstances l'exigent, précisant toutefois que les décisions de ce type revêtent un caractère exceptionnel et qu'elles n'ont pas vocation à garantir le paiement d'une caution exigée pour la libération d'un équipage.

76. Il affirme que, bien que les indemnités versées par les assurances au titre de la responsabilité civile soient plafonnées, l'évolution des marchés a conduit à un relèvement de 50 % de la couverture prévue par la CRC de 1992 consécutivement aux catastrophes provoquées par l'*Erika* et le *Prestige*. Il signale qu'une compensation complémentaire pourrait être versée par le fonds mais estime qu'il serait inadmissible que le désaccord concernant le niveau de couverture garanti par l'assurance des armateurs sous le régime international de responsabilité civile accepté par les Etats Parties à la CRC de 1992 puisse justifier que l'on impose aux gens de mer des cautions élevées pour couvrir la partie non assurée des coûts de la pollution.

77. Il se déclare préoccupé par la criminalisation croissante des actes des marins et renvoie à cet égard aux « Directives sur le traitement équitable des gens de mer en cas d'accident de mer », lesquelles invitent notamment les Etats à : a) prendre des dispositions pour que les gens de mer, une fois qu'ils ont été interrogés ou si leur présence n'est pas nécessaire dans le cadre de l'enquête menée par l'Etat côtier à la suite d'un accident de mer, soient autorisés à rembarquer ou puissent être rapatriés sans retard injustifié, b) envisager des solutions non privatives de liberté en remplacement de la détention avant le procès et c) veiller à instaurer un dispositif pour le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière autorisant la remise en liberté et le rapatriement des marins dans l'attente des conclusions de l'instruction ou de toute autre procédure judiciaire. Il souligne que les

décisions relatives à la détention des gens de mer devraient être fondées uniquement sur la situation personnelle des intéressés et les actes qu'ils sont réputés avoir commis, non sur les conséquences que ceux-ci pourraient avoir sur l'environnement.

### C. Appréciation de la Cour

#### 1. Principes généraux

78. La Cour rappelle que l'objet de la garantie visée à l'article 5 § 3 de la Convention est d'assurer non la réparation du préjudice, mais notamment la comparution de l'accusé à l'audience. Dès lors, son montant doit être apprécié principalement « par rapport à l'intéressé, à ses ressources, à ses liens avec les personnes appelées à servir de cautions et pour tout dire à la confiance qu'on peut avoir que la perspective de perte du cautionnement ou de l'exécution des cautions en cas de non-comparution à l'audience agira sur lui comme un frein suffisant pour écarter toute velléité de fuite » (*Neumeister*, précité, § 14).

79. En tout état de cause, il ressort de la structure de l'article 5 en général et de son paragraphe 3 en particulier qu'une caution ne peut être exigée aussi longtemps que prévalent des raisons justifiant la détention de l'intéressé (voir notamment *Musuc c. Moldova*, n° 42440/06, § 42, 6 novembre 2007, et *Aleksandr Makarov c. Russie*, n° 15217/07, § 139, 12 mars 2009). Si le danger de fuite peut être évité par une caution ou une autre garantie, l'accusé doit être remis en liberté, sachant que si une peine plus légère peut être anticipée, cela réduit le risque de fuite et doit être pris en considération (*Vrenčev c. Serbie*, n° 2361/05, § 76, 23 septembre 2008). Les autorités doivent consacrer autant de soin à fixer un cautionnement approprié qu'à décider si le maintien d'une personne accusée en détention demeure ou non indispensable (voir, entre autres, *Iwańczuk*, précité, § 66, *Božilov c. Bulgarie*, n° 45114/98, § 60, 22 décembre 2004, *Skrobol c. Pologne*, n° 44165/98, § 57, 13 septembre 2005, *Hristova c. Bulgarie*, n° 60859/00, § 110, 7 décembre 2006, *Musuc*, précité, § 42, et *Georgieva c. Bulgarie*, n° 16085/02, § 30, 3 juillet 2008).

80. En outre, le montant de la caution doit être dûment justifié dans la décision qui le détermine (*Georgieva*, précité, §§ 15, 30 et 31) et prendre en compte les ressources de l'intéressé (*Hristova*, précité, § 111). A cet égard, l'absence d'évaluation par les juges internes des capacités réelles du détenu à fournir le montant demandé a été l'un des éléments fondant le constat de violation opéré dans l'arrêt *Tochev c. Bulgarie*, (n° 56308/00, §§ 68 et suiv., 10 août 2006).



81. Si le montant de la garantie prévue à l'article 5 § 3 de la Convention doit être apprécié principalement par rapport à l'intéressé et à ses ressources, il ne semble toutefois pas déraisonnable, dans certaines circonstances, de prendre également en considération l'ampleur du préjudice imputé (*Moussa c. France*, n° 28897/95, décision de la Commission du 21 mai 1997, Décisions et rapports (DR) 89-A, p. 92). Dans l'arrêt *Kudła c. Pologne* [GC] (n° 30210/96, CEDH 2000-XI), la Cour a observé que le juge national avait fixé le montant de la caution au vu de l'ampleur des dommages, de la gravité des infractions et surtout du risque de fuite (§ 47). Elle a reconnu le risque de fuite comme étant « l'un des éléments essentiels pris en compte dans la fixation de la caution » (*ibidem*, § 113).

## 2. Application des principes susmentionnés à l'espèce

82. En l'espèce, le requérant a été privé de liberté pendant quatre-vingt-trois jours et a été libéré moyennant le dépôt d'une garantie bancaire de 3 000 000 d'euros correspondant au montant de la caution exigée. La Cour observe que l'article 531 du code de procédure pénale espagnol, tel qu'il a été interprété par le Tribunal constitutionnel (paragraphe 25 ci-dessus), énumère les principaux éléments à prendre en compte aux fins de la fixation de la caution, à savoir la nature du délit, la peine encourue, l'intérêt juridique protégé, la situation sociale et les antécédents judiciaires du prévenu, ainsi que toute autre circonstance pouvant le conduire à vouloir se soustraire à l'autorité judiciaire. Les juridictions internes se sont fondées, d'une part, sur la gravité du délit et l'émoi qu'il a provoqué dans l'opinion publique et, d'autre part, sur certains aspects de la situation personnelle du requérant, à savoir sa nationalité et son domicile ainsi que son absence de liens en Espagne. Pour sa part, le Tribunal constitutionnel a considéré que les juridictions inférieures avaient amplement justifié le montant de la caution imposée ainsi que le rejet de la demande tendant à sa réduction, par les motifs suivants: « L'objectif prioritaire que constitue la présence du prévenu au procès, la gravité des délits en cause, la catastrophe tant nationale qu'internationale provoquée par le déversement de la cargaison, le fait que le prévenu est un ressortissant étranger et qu'il n'a aucune attache en Espagne ». Il a également relevé que lesdites juridictions avaient aussi pris en compte la situation personnelle et économique du prévenu, ainsi que le milieu professionnel de celui-ci, et que l'ensemble de ces circonstances les avaient amenées à considérer que seule une caution d'un montant aussi élevé pouvait atténuer le risque de fuite (paragraphe 25 ci-dessus).

83. Consciente du fait que le montant de la caution est important, la Cour est prête à admettre qu'il dépasse les ressources personnelles dont disposait le requérant pour s'en acquitter. Toutefois, il ressort de ce qui

précède qu'en fixant ce montant, les juridictions nationales entendaient prendre en compte, outre la situation personnelle de l'intéressé, la gravité du délit dont il était accusé ainsi que « son milieu professionnel », circonstances qui, à leurs yeux, conféraient à l'affaire un caractère « exceptionnel ». La Cour doit dès lors examiner si pareille approche est conforme à l'article 5 § 3 de la Convention.

84. A cet égard, la Cour fait observer que, depuis l'arrêt *Neumeister* (précité), elle a toujours estimé que les « liens de l'intéressé avec les personnes appelées à servir de cautions » figurent parmi les critères à retenir pour apprécier le montant de la garantie (paragraphe 78 ci-dessus).

85. Quant à la question de savoir si le milieu professionnel du requérant pouvait légitimement être pris en compte en l'espèce, la Cour rappelle d'emblée que les juges nationaux, au contact des réalités locales, sont en principe mieux placés que le juge international pour en juger. En l'occurrence, il ressort du dossier que les juridictions internes ont estimé qu'il était essentiel d'assurer la comparution de l'intéressé devant les tribunaux chargés de connaître de l'affaire, compte tenu des responsabilités qu'il assumait en qualité de capitaine du *Prestige*. La gravité des délits en cause, la « catastrophe tant nationale qu'internationale provoquée par le déversement de la cargaison » (paragraphe 25 ci-dessus) ainsi que l'« émoi qu'elle avait suscité dans l'opinion publique » (paragraphe 17, 18 et 20 ci-dessus) étaient tels que la présence de l'intéressé constituait un « objectif prioritaire » (paragraphe 25 ci-dessus).

86. Dans ce contexte, la Cour ne saurait ignorer la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu'international à l'égard des délits contre l'environnement. En témoignent notamment les pouvoirs et les obligations des Etats en matière de lutte contre les pollutions maritimes ainsi que la volonté unanime tant des Etats que des organisations européennes et internationales d'en identifier les responsables, d'assurer leur présence lors du procès et, le cas échéant, de les sanctionner (voir à cet égard la partie « Droit interne et international » ci-dessus). En outre, l'on constate une tendance au recours au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales imposées par le droit européen et international.

87. La Cour estime que ces nouvelles réalités doivent être prises en compte dans l'interprétation des exigences de l'article 5 § 3 en la matière. Elle considère en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, CEDH 1999-V). Aussi n'est-il pas exclu que,

dans une situation comme celle de la présente affaire, le milieu professionnel dans lequel se situe l'activité en cause doit entrer en ligne de compte dans la détermination du montant de la caution afin que cette mesure puisse demeurer efficace.

88. A cet égard, la Cour rappelle que les faits de la présente affaire – où était en cause une pollution maritime d'une rare ampleur ayant provoqué d'énormes dégâts environnementaux – revêtent un caractère exceptionnel et ont des conséquences très importantes sur le plan de la responsabilité tant pénale que civile. Dans un tel contexte, il n'est guère étonnant que les autorités judiciaires adaptent le montant de la caution au niveau des responsabilités encourues, de telle sorte que les responsables n'aient pas intérêt à se dérober à la justice en abandonnant la caution. Autrement dit, il faut se demander si, dans le contexte de la présente affaire, où sont en cause d'importants enjeux financiers, une caution qui aurait été fixée en tenant compte des seules ressources du requérant aurait suffi à assurer sa comparution à l'audience, laquelle demeure le but principal de la caution. La Cour partage l'approche suivie par les juridictions internes sur ce point.

89. D'ailleurs, elle relève que, pour se prononcer sur la question de savoir si une caution revêt ou non un caractère raisonnable, le Tribunal international du droit de la mer prend également en compte la gravité des infractions alléguées et les sanctions encourues (paragraphe 46-47 ci-dessus). Consciente du fait que ce tribunal n'a pas les mêmes compétences qu'elle, la Cour constate néanmoins qu'il se fonde sur des critères semblables à ceux qu'elle utilise pour évaluer le montant de la caution et que le fait qu'il doive veiller à ne pas préjuger le fond de l'affaire ne l'empêche pas pour autant de porter des jugements ayant des répercussions sur le fond lorsque ceux-ci sont nécessaires pour l'appréciation du caractère raisonnable ou non de la caution demandée (voir, en particulier, le paragraphe 89 de l'arrêt rendu par ce tribunal le 6 août 2007 en l'affaire du *Hoshinmaru (Japon c. Fédération de Russie)*, cité au paragraphe 46 ci-dessus).

90. En l'espèce, il est constant que la caution litigieuse a été versée par l'assureur de l'armateur du navire placé sous le commandement du requérant. Abstraction faite des considérations – « humanitaires », contractuelles ou autres – expliquant ce geste de l'assureur, qui font l'objet d'une controverse entre les parties, le seul fait que ce versement a été effectué par l'assureur de l'armateur tend à confirmer que c'est à bon droit que les tribunaux espagnols, en se référant à son « milieu professionnel », ont implicitement estimé que le requérant avait des liens avec des personnes appelées à servir de cautions.

91. Il ressort en effet des indications du représentant des tiers intervenants que la CRC de 1992 oblige les armateurs à souscrire une assurance de

responsabilité civile mais ne prévoit nullement que ceux-ci peuvent exiger une indemnisation au titre de la caution versée pour la remise en liberté d'un capitaine de navire détenu par des autorités maritimes. Le représentant des tiers intervenants a également signalé que le remboursement d'une caution en vue de la libération de gens de mer ne rentrait pas dans le cadre des décisions discrétionnaires pouvant être prises par l'assureur, à titre exceptionnel, dans certaines hypothèses. Bien que le requérant et le représentant des tiers intervenants aient souligné que l'armateur et l'assureur n'étaient liés par aucune obligation en matière de caution, que ce soit en vertu des usages ou d'un contrat, l'intéressé a reconnu que l'article 9.28 des *London P&I Rules* avait pu servir de base juridique au paiement (paragraphe 55 ci-dessus). Quoi qu'il en soit, la Cour observe que c'est bien l'assureur de l'employeur du requérant, le *London P&I Club*, qui a versé le montant de la caution.

92. Dans ces conditions, la Cour considère que les tribunaux internes ont suffisamment tenu compte de la situation personnelle du requérant, en particulier de son statut d'employé de l'armateur, de ses liens professionnels avec les personnes appelées à servir de cautions, de sa nationalité et de son domicile ainsi que de son absence d'attaches en Espagne et de son âge lorsqu'ils ont fixé le montant de la caution litigieuse. Compte tenu du contexte particulier de l'affaire et des conséquences environnementales et économiques catastrophiques du déversement de la cargaison du navire, c'est à juste titre que ces juridictions ont pris en compte la gravité des infractions en cause et l'ampleur du préjudice imputé à l'intéressé.

93. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

*Dit*, par dix voix contre sept, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 28 septembre 2010.

Michael O'Boyle  
Greffier adjoint

Jean-Paul Costa  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Rozakis, Bratza, Bonello, Cabral Barreto, David Thór Björgvinsson, Nicolaou et Bianku.

J.-P.C.  
M.O'B.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS, BRATZA,  
BONELLO, CABRAL BARRETO, DAVID THÓR BJÖRGVINSSON,  
NICOLAOU ET BIANKU

*(Traduction)*

1. Nous ne pouvons souscrire à l'avis de la majorité de la Cour selon lequel il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention en l'espèce. Nous estimons que l'imposition par les juridictions espagnoles d'une caution d'un montant de 3 000 000 d'euros (EUR), somme qui dépassait de loin les ressources du requérant, avec pour conséquence que l'intéressé a été maintenu en détention provisoire pendant quatre-vingt-trois jours au total, a clairement emporté violation des droits découlant pour lui de la disposition en cause.

2. Nous relevons d'emblée que si les tribunaux nationaux ont mis l'accent sur la gravité des infractions dont le requérant était soupçonné, sur les conséquences désastreuses – tant sur le plan environnemental que sur celui de l'économie – de la marée noire et sur l'indignation générale que celle-ci avait suscitée, ces éléments n'ont pas été considérés comme nécessitant par eux-mêmes le maintien en détention du requérant. Ainsi que le Tribunal constitutionnel l'a déclaré, l'objectif primordial était d'assurer la présence du requérant au procès. La gravité des infractions et des peines qu'elles faisaient encourir à l'intéressé a été considérée par les juridictions nationales comme augmentant le risque de voir le requérant s'enfuir ou ne pas comparaître au procès dans l'hypothèse où il serait en définitive inculpé et comme justifiant par conséquent l'imposition d'une caution d'un montant exceptionnellement élevé comme condition à sa libération. La question centrale posée par la présente espèce consiste à savoir si la fixation de la caution à ce niveau était fondée sur des principes compatibles avec les exigences de l'article 5.

3. Les principes généraux dégagés par la Cour de l'article 5 § 3 relativement à l'imposition de cautions se trouvent résumés aux paragraphes 78 à 81 de l'arrêt. Trois principes nous paraissent revêtir une importance particulière en l'espèce.

i. Ainsi qu'il ressort du libellé même de l'article 5 § 3, l'imposition d'une caution comme condition de libération vise à assurer non pas la réparation d'une quelconque perte subie en conséquence de l'infraction présumée, mais uniquement la comparution de l'accusé au procès. Dès lors, la somme ne doit pas être fixée par référence au montant d'une perte susceptible, le cas échéant, d'être imputée à l'accusé ou à son employeur, mais principalement par référence à l'accusé, à ses ressources et à ses liens

avec les personnes susceptibles, le cas échéant, de servir de garantie pour assurer sa comparution. En l'absence de pareille garantie, c'est la personne accusée et ses ressources qui doivent être le point de référence principal pour la fixation de la caution (*Bonnechaux c. Suisse*, n° 8224/78, rapport de la Commission du 5 décembre 1979, § 73, Décisions et rapports (DR) 18, pp. 100, 120, et *Moussa c. France*, n° 28897/95, décision de la Commission du 21 mai 1997, DR 89-A, p. 92).

ii. Tout accusé a l'obligation de fournir aux autorités nationales des informations suffisantes quant à ses ressources. Ces autorités, y compris les juridictions, ont quant à elles l'obligation d'examiner les informations dont elles disposent quant aux ressources de la personne concernée avant de fixer le montant de la caution. Elles doivent prendre autant de soin pour fixer la caution à un montant approprié que pour décider si un maintien en détention est ou non indispensable (*Tochev c. Bulgarie*, n° 56308/00, 10 août 2006). Dans certaines circonstances particulières, il peut être légitime de prendre également en considération l'étendue des pertes imputées à l'accusé pour fixer la caution à un niveau plus élevé. Cela étant, les cas de ce type ont en général concerné jusqu'ici des infractions d'escroquerie ou d'abus de confiance où il y avait des éléments qui indiquaient que l'accusé pouvait avoir des ressources cachées d'un niveau substantiel (voir, par exemple, *Moussa*, précité, et *Skrobol c. Pologne*, n° 44165/98, 13 septembre 2005).

iii. Les juridictions internes doivent livrer des arguments suffisants pour justifier le montant de la caution exigée. Non seulement la gravité de l'infraction ne peut être le seul élément censé justifier l'ampleur de la caution, mais elle ne peut en constituer l'élément déterminant (*Hristova c. Bulgarie*, n° 60859/00, 7 décembre 2006). De même, le danger de fuite ne peut être apprécié uniquement sur la base de considérations se rapportant à la gravité de la peine encourue. Ainsi que la Cour l'a relevé dans l'affaire *Neumeister c. Autriche* (27 juin 1968, § 10, série A n° 8), d'autres circonstances doivent également être prises en considération, relatives notamment « au caractère de l'intéressé, à sa moralité, à son domicile, sa profession, ses ressources, ses liens familiaux, ses liens de tous ordres avec le pays où il est poursuivi ». Il y a lieu d'envisager également le recours à d'autres mesures préventives, utilisées seules ou combinées avec la caution, pour réduire le risque de fuite et assurer la comparution de l'accusé au procès.

4. S'il apparaît que pour fixer et confirmer le montant de la caution les juridictions espagnoles ne se sont pas livrées à une appréciation des ressources personnelles du requérant, il était évident que la somme de 3 000 000 d'EUR fixée par le juge d'instruction n° 4 de La Corogne n'était absolument pas en rapport avec les ressources personnelles du requérant. A l'époque de la fixation du montant de la caution, personne n'avait proposé

de se porter caution pour le requérant et rien n'indique qu'en sa qualité de capitaine d'un cargo le requérant lui-même fût en mesure de trouver des garanties personnelles pour assurer le versement de pareille somme. Il nous paraît de surcroît que les circonstances de l'espèce n'étaient pas de nature à justifier la prise en compte par les juridictions nationales des pertes censées être résultées des actes imputés au requérant : à la différence des affaires mentionnées ci-dessus, les infractions dont le requérant était soupçonné ne concernaient pas des faits d'escroquerie ou d'abus de confiance.

5. La majorité de la Cour reconnaît que le montant de la caution exigée était « élevé » et qu'il excédait la capacité de paiement du requérant lui-même. En n'en concluant pas moins à la compatibilité avec l'article 5 de la somme en question, la majorité a mis l'accent sur deux caractéristiques de l'affaire qui, selon elle, autorisaient les juridictions internes à conclure qu'elle revêtait un « caractère exceptionnel » : la relation du requérant avec les personnes qui, en définitive, fournirent la garantie requise pour sa libération, à savoir l'armateur et l'assureur du navire dont il était le capitaine, et la gravité des infractions dont il était soupçonné.

6. Nous estimons qu'aucune de ces caractéristiques n'était de nature à justifier, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, la caution exigée par les juridictions espagnoles.

Quant au montant de la caution, nous relevons que, lors de sa fixation, le juge d'instruction ne fit aucune référence à l'armateur du *Prestige*, ni à l'assureur du navire, ni à une quelconque obligation de la part de l'un ou de l'autre de verser tout montant susceptible d'être exigé à titre de caution. Ce point ne fut pas davantage évoqué par le juge d'instruction n° 1 de La Corogne dans ses décisions relatives aux deux demandes de libération formées par le requérant, ni par l'*Audiencia Provincial* lorsqu'elle eut à connaître de ces décisions en appel. Le seul élément indiquant que le soutien financier de l'armateur ou de l'assureur du navire était censé avoir joué un rôle dans les décisions des tribunaux relatives à la fixation ou à la confirmation du montant de la caution réside dans la déclaration sibylline du Tribunal constitutionnel selon laquelle l'« environnement professionnel » du requérant avait été pris en compte, expression interprétée dans la décision de la haute juridiction comme englobant les liens du requérant avec l'armateur du navire. Ce qui est clair, toutefois, c'est qu'à aucun moment avant la libération du requérant les tribunaux nationaux n'ont cherché à déterminer s'il pesait sur l'armateur une obligation légale de verser une garantie ou s'il existait sur ce point des arrangements entre l'armateur et l'assureur. En particulier, aucune recherche ne semble avoir été menée sur le point de savoir si l'assureur était censé indemniser l'armateur en cas de versement par ce dernier d'une caution destinée à permettre la remise en liberté d'un



capitaine détenu par les autorités maritimes dans des circonstances telles celles de l'espèce. De fait, d'après les éléments de preuve non contestés livrés par les tiers intervenants, pareille obligation juridique n'était pas prévue par la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et ni la coutume, ni la pratique, ni un quelconque arrangement contractuel n'investissaient l'armateur ou l'assureur du navire de la moindre responsabilité juridique relativement à la question du cautionnement.

7. Tout en reconnaissant qu'il en était bien ainsi, la majorité souligne que le fait même que la caution litigieuse fut versée par l'assureur de l'armateur du navire «tend à confirmer que c'est à bon droit que les tribunaux espagnols (...) ont implicitement estimé que le requérant avait des liens avec des personnes appelées à servir de cautions» (paragraphe 90 de l'arrêt) et que «quoi qu'il en soit (...) c'est bien l'assureur de l'employeur du requérant, la *London Steamship Owners' Mutual Insurance Association*, qui a versé le montant de la caution» (paragraphe 91 de l'arrêt). Le fait que c'est en définitive l'assureur de l'armateur du navire qui a versé la caution revêt d'après nous une importance limitée au regard de l'article 5 § 3 de la Convention. Plus important, à notre sens, est le fait qu'en fixant le montant de la caution les tribunaux nationaux se sont fondés sur ce qui était au mieux une supposition gratuite que l'armateur ou son assureur se sentiraient moralement obligés de venir à la rescousse du requérant en versant la caution plutôt que de le laisser languir en détention provisoire. De surcroît, lorsque l'assureur de l'armateur versa la caution, le requérant avait déjà passé deux mois et demi en détention. Cette approche qui a présidé à la fixation du montant de la caution était inconciliable selon nous avec les responsabilités que ladite clause de la Convention faisait peser sur les juridictions nationales.

8. Quant à la gravité de l'infraction dont le requérant était soupçonné, nous partageons pleinement l'avis de la majorité concernant les préoccupations croissantes et légitimes, en Europe et au-delà, relativement aux dommages environnementaux et à la tendance grandissante à avoir recours au droit pénal pour assurer le respect des obligations en matière d'environnement imposées par le droit international. Cela étant, même si, comme la majorité l'a estimé, ces nouvelles réalités doivent être prises en compte dans l'interprétation des exigences de l'article 5 § 3, la gravité de l'infraction dont une personne est soupçonnée ne saurait être un facteur déterminant dans la fixation du montant de la caution; la gravité de l'infraction ou du dommage environnemental ou autre censé en être résulté peut encore moins justifier la fixation de la caution à un niveau exorbitant, rendant illusoire la possibilité pour le justiciable d'obtenir sa remise en liberté. Même si l'on admet, comme le dit l'arrêt, qu'il n'est «guère étonnant

que les autorités judiciaires adaptent le montant de la caution au niveau des responsabilités encourues, de telle sorte que les responsables n'aient pas intérêt à se dérober à la justice en abandonnant la caution», cette manière de faire n'était, à notre sens, pas compatible avec les exigences de l'article 5 § 3, particulièrement dans une affaire où les liens juridiques entre les personnes concernées n'avaient même pas été examinés par les tribunaux eux-mêmes. Il n'était selon nous pas davantage compatible avec les principes régissant la disposition en cause de fixer le montant de la caution à un niveau dépassant largement les ressources de l'accusé en tenant compte du niveau de l'indignation publique suscitée par l'ampleur du dommage causé par les actes ou omissions imputés à l'intéressé.

9. La majorité admet la considération des juridictions internes selon laquelle, dans le contexte de la présente espèce, où les enjeux financiers étaient considérables, la fixation du montant de la caution sur la base des seules ressources du requérant n'aurait pas suffi à assurer la comparution de l'intéressé à l'audience (paragraphe 88 de l'arrêt). Nous observons toutefois que le requérant s'était dit prêt à verser une caution de 60 000 EUR, somme substantielle pour un individu dans sa situation. Un trait frappant de la présente espèce est au demeurant que les juridictions nationales n'ont apparemment pas pris en compte, au moment de fixer ou de confirmer le montant de la caution, la situation personnelle du requérant, en dehors du fait qu'il était de nationalité grecque et qu'il n'avait pas de liens avec l'Espagne. Elles n'ont évoqué ni ses ressources, ni le fait qu'il avait soixante-sept ans et qu'il était de bonne moralité, ni la circonstance qu'il était citoyen d'un autre Etat membre de l'Union européenne, ni sa situation familiale, autant d'éléments pertinents pour l'appréciation du risque de fuite. Il ne semble de même avoir été tenu aucun compte de la sanction qu'encourrait une personne de l'âge du requérant, dont il était à tout le moins improbable qu'elle fût condamnée à une peine privative de liberté si elle était jugée et reconnue coupable des infractions dont elle était soupçonnée. Est également important le fait que n'ait apparemment pas été envisagée à l'époque la possibilité de combiner la caution avec d'autres mesures propres à assurer la comparution du requérant au procès, telles celles qui lui furent imposées lorsqu'il fut finalement remis en liberté (paragraphe 21), puis lorsqu'il fut autorisé à rentrer en Grèce (paragraphe 26).

10. La majorité conclut en disant que les tribunaux internes ont suffisamment tenu compte de la situation personnelle du requérant et que, eu égard aux conséquences environnementales et économiques catastrophiques du déversement de la cargaison du navire, c'est à juste titre que les juridictions espagnoles ont pris en compte la gravité des infractions en cause et l'ampleur du préjudice imputé au requérant. Nous sommes

en désaccord avec cette conclusion. D'après nous, la démarche suivie par les juridictions espagnoles pour fixer le montant de la caution n'était pas compatible avec les principes établis par la Cour relativement à l'article 5 § 3 de la Convention, dont le but fondamental est d'assurer que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté.



MANGOURAS v. SPAIN  
*(Application no. 12050/04)*

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 28 SEPTEMBER 2010

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**High sum set for bail in the case of the Master of a ship that caused marine pollution****Article 5 § 3**

*Release during the proceedings – Guarantee to appear for trial – High sum set for bail in the case of the Master of a ship that caused marine pollution – Amount of bail that exceeded the defendant’s capacity to pay but took into consideration the seriousness of the offence, his personal situation and his professional environment – Criminal law as a means of enforcing environmental obligations – Amount of bail relative to the level of liability incurred – Disastrous environmental and economic consequences*

\*

\* \*

The applicant, a Greek national, was the Master of the ship *Prestige*, which in 2002, while sailing off the Spanish coast, spilled 70,000 tonnes of fuel oil into the Atlantic Ocean after its hull sprang a leak. The spillage of the cargo caused an ecological disaster whose effects on marine flora and fauna lasted for several months and spread as far as the French coast. A criminal investigation was opened and the investigating judge remanded the applicant in custody with the possibility of release on bail of 3,000,000 euros (EUR). The judge stressed the applicant’s conduct, which could constitute an offence of causing damage to natural resources and the environment and one of failing to comply with the instructions of the administrative authorities. In the judge’s view, the seriousness of the alleged offences and the fact that the applicant was a foreign national who had no particular ties with Spain justified the high sum set for bail. The applicant requested his release and, in the alternative, the reduction of bail to EUR 60,000 to reflect his personal situation. The investigating judge in question refused the request on the ground that the seriousness of the alleged offences justified the applicant’s continued pre-trial detention. As to the amount set for bail, he reiterated the previous arguments and added that the applicant’s attendance at the trial was vital in order to elucidate the sequence of events following the leak in the vessel’s hull. The applicant lodged an appeal and an application to have the ruling set aside, both of which were dismissed. The investigating judge recorded the lodging of a bank guarantee in an amount corresponding to the sum set for bail, whereupon he ordered the applicant’s provisional release subject to certain conditions. The *amparo* appeal which the

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

applicant lodged with the Constitutional Court, complaining of the amount set for bail, was declared inadmissible. The Spanish authorities subsequently authorised the applicant's return to his country of origin, where he is now living, on condition that the Greek authorities ensured his compliance with the periodic supervision to which he had been subject in Spain. The criminal proceedings on the merits are still pending. Before the Court, the applicant complained, in particular, about the amount set for bail with a view to his release.

*Held*

Article 5 § 3: The Court reiterated that bail could only be required as long as reasons justifying detention prevailed, and that the authorities had to take as much care in fixing appropriate bail as in deciding whether or not the accused's continued detention was indispensable. Furthermore, while the amount of bail had to be assessed principally by reference to the accused and his assets, it was not unreasonable, in certain circumstances, to take into account also the amount of the loss imputed to him. The applicant had been deprived of his liberty for eighty-three days and had been released following the lodging of a bank guarantee of EUR 3,000,000. While the sum set for bail most likely exceeded the applicant's own capacity to pay, the domestic courts had sought to take into account, in addition to the applicant's personal situation, the seriousness of the offence of which he was accused and also his "professional environment". The Court therefore had to ascertain whether that approach was compatible with Article 5 § 3. On this point, it was of the view that new realities had to be taken into account in interpreting the requirements of Article 5 § 3, namely the growing and legitimate concern in relation to environmental offences and the trend towards using criminal law as a means of enforcing the environmental obligations imposed by European and international law. As the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights correspondingly and inevitably required greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies, it could not be ruled out that the professional environment which formed the setting for the activity in question should be taken into consideration in determining the amount of bail, in order to ensure that the measure was effective. Given the exceptional nature of the present case and the huge environmental damage caused by marine pollution on a seldom-seen scale, it was hardly surprising that the judicial authorities should have adjusted the amount required by way of bail in line with the level of liability incurred, so as to ensure that those responsible had no incentive to evade justice and forfeit the security. It was by no means certain that a level of bail set solely by reference to the applicant's assets would have been sufficient to ensure his attendance at the hearing. In addition, the very fact that payment had been made by the shipowner's insurer appeared to confirm that the Spanish courts, when they had referred to the applicant's "professional environment", had been correct in finding – implicitly – that a relationship existed between the applicant and the persons who were to provide the security. The Spanish courts had therefore taken



sufficient account of the applicant's personal situation, and in particular his status as an employee of the ship's owner, his professional relationship with the persons who were to provide the security, his nationality and place of permanent residence and also his lack of ties to Spain and his age. In view of the particular context of the case and the disastrous environmental and economic consequences of the oil spill, the authorities had been justified in taking into account the seriousness of the offences in question and the amount of the loss imputed to the applicant.

*Conclusion:* no violation (ten votes to seven).

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

*Neumeister v. Austria*, 27 June 1968, Series A no. 8

*Moussa v. France*, no. 28897/95, Commission decision of 21 May 1997, Decisions and Reports 89-B

*Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V

*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI

*Iwańczuk v. Poland*, no. 25196/94, 15 November 2001

*Božilov v. Bulgaria*, no. 45114/98, 22 December 2004

*Skrobol v. Poland*, no. 44165/98, 13 September 2005

*Toshev v. Bulgaria*, no. 56308/00, 10 August 2006

*Hristova v. Bulgaria*, no. 60859/00, 7 December 2006

*Musuc v. Moldova*, no. 42440/06, 6 November 2007

*Georgieva v. Bulgaria*, no. 16085/02, 3 July 2008

*Vrenčev v. Serbia*, no. 2361/05, 23 September 2008

*Aleksandr Makarov v. Russia*, no. 15217/07, 12 March 2009



**In the case of Mangouras v. Spain,**

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,  
Giovanni Bonello,  
Ireneu Cabral Barreto,  
Nina Vajić,  
Anatoly Kovler,  
Elisabeth Steiner,  
Ljiljana Mijović,  
David Thór Björgvinsson,  
Mark Villiger,  
George Nicolaou,  
Ledi Bianku,  
Mihai Poalelungi, *judges*,  
Alejandro Saiz Arnaiz, *ad hoc judge*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 23 September 2009 and on 23 June 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 12050/04) against the Kingdom of Spain lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Greek national, Mr Apostolos Ioannis Mangouras (“the applicant”), on 25 March 2004.

2. The applicant was represented by Mr J.-M. Ruiz Soroa, a lawyer practising in Bilbao. The Spanish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr I. Blasco, Head of the Legal Department for Human Rights, Ministry of Justice.

3. The applicant alleged, in particular, that the sum set for bail in his case had been excessive and had been fixed without his personal circumstances being taken into consideration. He relied on Article 5 § 3 of the Convention.

4. The application was allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 14 November 2006 the Section President decided to give notice of the application to the Government. By virtue of Article 29 § 3 of the Convention and Rule 54A, it was decided to examine the admissibility and merits of the case at the same time.

5. The Greek Government, who had been invited to submit written observations on the case, did not express any wish to exercise that right (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1).

6. On 1 February 2008 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). The case was assigned to the newly composed Third Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

7. Luis López Guerra, the judge elected in respect of Spain, withdrew from sitting in the case. The Government accordingly appointed Alejandro Saiz Arnaiz to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

8. On 8 January 2009 the Chamber, composed of Josep Casadevall, President, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, judges, and Alejandro Saiz Arnaiz, *ad hoc* judge, and of Santiago Quesada, Section Registrar, delivered a judgment in which it held unanimously that there had been no violation of Article 5 § 3 of the Convention.

9. On 7 April 2009 the applicant requested, in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73, that the case be referred to the Grand Chamber, arguing that there had been a violation of Article 5 § 3. On 5 June 2009 a panel of the Grand Chamber granted the request.

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

11. The applicant and the Government each filed a memorial before the Grand Chamber. In addition, third-party comments were received from Mr Hugh Mercer QC, who had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2) on behalf of the International Transport Workers' Federation, the International Chamber of Shipping, the International Shipping Federation, the Baltic and International Maritime Council (BIMCO), the International Association of Independent Tanker Owners, the Hong Kong Shipowners' Association, the International Association of Dry Cargo Shipowners, the International Ship Managers' Association, the Greek Shipping Cooperation Committee, the Asian Shipowners' Forum, the International Group of P&I

Clubs, the International Maritime Employers' Committee Ltd and the European Community Shipowners' Association.

12. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 September 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr	I. Blasco Lozano, Head of the Legal Department for Human Rights, Ministry of Justice,	<i>Agent,</i>
Ms	C. Castro Rey, State Counsel,	<i>Adviser;</i>

(b) *for the applicant*

Mr	E. Fitzgerald QC, lawyer,	<i>Counsel,</i>
Mr	K. Annand, lawyer,	
Mr	J.-M. Ruiz Soroa, lawyer,	
Mr	S. Zabaleta Sarasua, lawyer,	
Mr	M. Volikas, lawyer,	
Mr	O. Murray, lawyer,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mr Fitzgerald and Mr Blasco.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

13. The applicant was born in 1935 and lives in Greece.

14. On 13 November 2002 the ship *Prestige*, flying the flag of the Bahamas, was sailing in the Spanish exclusive economic zone off the coast of Galicia, carrying 70,000 tonnes of fuel oil. At a distance of 28 miles from Cape Finisterre it sent out an SOS after sustaining sudden and severe damage which produced a leak and caused the contents of its tanks to spill into the Atlantic Ocean.

15. As the *Prestige* was in danger of sinking, the maritime authorities launched a large-scale operation to rescue its crew. The ship was adrift and was approaching the coast, spilling its cargo into the sea. The applicant, who was the ship's Master, was taken by helicopter to the offices of the Corunna (*A Coruña*) harbourmaster, where he was arrested.

16. The spillage of the ship's cargo caused an ecological disaster whose effects on marine flora and fauna lasted for several months and spread as far as the French coast. The shores of the Atlantic coast of Cantabria and Galicia were severely polluted by the numerous waves of oil which were

washed up. The oil spill blackened beaches and cliffs, destroyed marine life, adversely affected water quality and had an immediate environmental impact on numerous animal species. It caused damage to protected natural areas and had considerable repercussions on several sectors of the economy in the regions concerned, particularly on fishing, commerce and tourism.

17. By a decision of 17 November 2002, the Corunna no. 4 investigating judge remanded the applicant in custody and set bail at 3,000,000 euros (EUR), after finding that the facts of the case disclosed sufficient indicative evidence to justify opening a criminal investigation. While acknowledging that the oil spill had been caused by an accident, the judge said that some of the information in the file, although still provisional at that stage in the proceedings, suggested that the applicant had been at fault in several respects, in particular in failing to cooperate sufficiently with the port authorities when they had tried to take the vessel in tow. The applicant's conduct could constitute an offence of causing damage to natural resources and the environment and one of failing to comply with the instructions of the administrative authorities. In the judge's opinion, the seriousness of the offences in question and the fact that the applicant was a foreign national who had no particular ties with Spain justified the high sum set for bail. The relevant part of the decision reads as follows:

“The information obtained discloses indicative evidence – still provisional at the preliminary investigation stage – of an offence of causing damage to natural resources and the environment for the purposes of Article 325 and, possibly, Article 326 of the Criminal Code, and of an offence of failure to comply with the instructions of the administrative authorities, punishable under Article 556 of the Code. The investigation has produced sufficient indicative evidence to suggest that Mr Apostolos Mangouras could be criminally responsible for the offences in question. In view of the penalties laid down in the Criminal Code for these offences, and the fact that the application provided for in Article 504 *bis* § 2 and Article 539 of the Code of Criminal Procedure was made at the mandatory hearing, an order should be made, in accordance with Articles 503 and 504 of that Code, for the accused's pre-trial detention as a preventive measure, accompanied by the right for the accused to communicate with others and the possibility of release on bail.

The reasonable indications referred to above emerge from the documents in the case file and, in particular, from detailed examination of the testimony of the witnesses who appeared this morning. All the evidence indicates that the severe damage to the *Prestige* was caused by the unforeseeable phenomenon of a storm surge, but that actions were taken which could form the basis of a criminal prosecution, as indicated in the previous paragraph.

It should be stressed that the steps taken hitherto and the conclusions to be drawn for the purposes of this decision are of a wholly provisional nature and that many further steps and much more expert evidence will be needed in order to fully elucidate

the facts. However, it is clear at this stage that the *Prestige* did not have any emergency towing equipment or that if it did, it was not in working order, as demonstrated by the recordings of conversations. It is also clear that the ship's Master, by repeatedly ignoring the instructions of the port authorities, hampered meaningful joint efforts to lessen the extremely serious risks.

It appears that the Master of the *Prestige* refused for almost three hours to cooperate and subsequently continued to do so indirectly, creating difficulties by refusing to take the necessary steps to ensure effective towing of the vessel or to start the engine so that the ship could advance, however slowly. These events occurred within the country's 24-mile limit and, by definition, within the 200-mile zone. It is true, as already indicated, that further investigative elements are required, in particular the ship's log, which has been urgently requested, and that it will be necessary to verify all the other information contained in the recordings of conversations, transcripts of which appear to be in the possession of the Cape Finisterre control centre.

Without prejudice to all of the above, the accused's detention could be dispensed with subject to bail being furnished in the amount of three million euros. In the court's view, the security in question is justified in view of the seriousness of the offences concerned and the heavy sentence they carry and also because the investigation is in the early stages, the accused's release could impede the investigation, the case has clearly caused a major public outcry and, in addition to the issues of criminal responsibility raised, there are significant civil liability issues at stake involving substantial sums. Furthermore, Mr Mangouras has no ties in Spain and could leave the country at any time and thus evade prosecution. For all the reasons outlined above it is necessary and unavoidable, in the present circumstances, to fix bail. Bail cannot, for the time being at least, be replaced by a less restrictive measure."

18. On 19 November 2002 the applicant requested his release and, in the alternative, the reduction of bail to EUR 60,000 to reflect his personal situation. He also submitted that his advanced age should be taken into account. In a decision of 27 November 2002, the Corcubi3n (Corunna) no. 1 investigating judge refused the applicant's request. The judge took the view that the seriousness of the offences of which the applicant stood accused justified his continued pre-trial detention and that the latter measure was exceptional, subsidiary, temporary and proportionate in nature and thus satisfied the remaining criteria laid down by the case-law of the Constitutional Court. As to the amount set for bail, the judge stated that the applicant's appearance at trial was vital in order to elucidate the sequence of events following the leak in the vessel. He also reiterated the arguments of the first investigating judge to the effect that the seriousness of the offences, the public outcry caused by the marine pollution, the applicant's Greek nationality, the fact that his permanent address was abroad and the fact that he had no ties with Spain justified setting a high level of bail in order to rule out any risk that the applicant might fail to appear.

19. On 7 December 2002 the same investigating judge confirmed the decision, rejecting an application from the applicant to set it aside (*recurso de reforma*).

20. An appeal by the applicant was dismissed on 3 January 2003 by the Corunna *Audiencia Provincial* on the ground that there was sufficient evidence to charge the applicant with serious offences and that the amount of bail was justified by the unusual circumstances of the case. The court pointed out that the applicant had been remanded in custody on account of his “alleged involvement in the acts of which he is accused, namely acting in a manner liable to cause a disaster, failing to comply with the instructions of the port authorities and committing an offence of causing damage to natural resources”. It further pointed out that the investigating judge had offered the applicant the possibility of avoiding custody on grounds of “alleged responsibility for offences against natural resources and the environment and an offence of failure to comply with the instructions of the administrative authorities”, subject to the posting of bail in the amount of EUR 3,000,000. The *Audiencia Provincial* noted the outcry caused by the alleged offences and took the view that the impugned decision was not open to criticism on any account, “including with regard to the amount of bail”.

The *Audiencia Provincial* stressed that the prima facie evidence taken into consideration by the investigating judge in ordering the applicant’s pre-trial detention concerned serious offences, that it was too early to rule on whether the offence had been committed intentionally and that the applicant’s detention pursued the legitimate aim of preventing the risk of his absconding, a risk closely linked to the seriousness of the alleged offence and his lack of any particular ties in Spain. It referred in that regard to the category of offences in question and the severity of the likely sentence, the fact that the accused’s presence was essential to the investigation, the possibility that the trial might collapse if he absconded and the public outcry surrounding the established facts.

The *Audiencia Provincial* dismissed the ground of appeal based on the applicability of Article 230 of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, holding that the provision in question referred only to administrative offences relating to pollution of the marine environment committed by foreign vessels beyond the territorial sea, for which only monetary penalties could be imposed, and not to wilful and serious acts of pollution in the territorial sea.

21. On 6 February 2003 the Corcubi3n (Corunna) no. 1 investigating judge recorded the lodging of a bank guarantee in an amount corresponding to the sum set for bail, which was provided as a one-off, spontaneous humanitarian gesture by the London Steamship Owners’ Mutual Insurance



Association Limited (“the London P&I Club”), which insured the ship’s owner. Accordingly, on 7 February 2003, the judge ordered the applicant’s provisional release after eighty-three days in detention, subject to the following conditions:

“(a) that [the applicant] supply an address in Spain;

(b) that he report every day before 1 p.m. to the police headquarters corresponding to the address supplied;

(c) that he remain in the country and surrender his passport to the court’s registry.”

22. On 28 May 2003 the London P&I Club and the ship’s owner, Mare Shipping Inc., paid out EUR 22,777,986 in compensation for the damage for which they were civilly liable within the limits laid down by Article V of the 1992 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (“the CLC 1992”, see paragraph 54 below).

23. Relying on Article 17 of the Constitution (right to liberty and security), the applicant lodged an *amparo* appeal with the Constitutional Court. While he did not appeal against his pre-trial detention, for which he considered sufficient reasons to have been given, the applicant complained of the amount set for bail, arguing that it had been excessive and disproportionate in view of his financial circumstances and had made any prospect of provisional release unrealistic. He alleged that the amount had been fixed without account being taken of his personal circumstances, in disregard of the requirements of the court’s case-law.

24. By a reasoned decision (*auto*) of 29 September 2003, the Constitutional Court declared the appeal inadmissible. It began by observing that, according to its case-law, the fact that the applicant had been released did not render the *amparo* appeal devoid of purpose, given that “... in the event of a breach of the fundamental right asserted, the [c]ourt should allow the appeal and grant the applicant *amparo* relief”.

25. However, on the merits, the Constitutional Court ruled as follows:

“... Article 531 of the Code of Criminal Procedure stipulates that the amount set for bail should take into account, among other factors, the nature of the offence, any previous convictions and other circumstances that might prompt the accused to seek to evade justice. According to the case-law of the European Court of Human Rights, the object of bail is to secure the presence of the accused at the trial ... and the amount should act as a deterrent against any wish to abscond.

...

The rulings given in the instant case concerning the amount of bail and the refusal to reduce it provided ample reasons based on the primary objective of securing the accused’s presence at the trial, the seriousness of the offences in question, the

national and international disaster caused by the oil spill, the fact that the accused is a non-national and the fact that he has no ties in Spain.

These circumstances led the courts to consider that the risk of flight could only be reduced by setting such a high sum for bail ... They also took into consideration the accused's personal and financial circumstances and his professional environment. ... In fixing bail at a level such as to dispel any wish to abscond, they further took account of other aspects of the accused's personal situation, namely his Greek nationality, the fact that his permanent address is abroad and the fact that he has no ties whatsoever in Spain.

It follows that bail was fixed on the basis of criteria of proportionality ... The exceptional amount reflects the exceptional nature of the situation."

26. Subsequently, in March 2005, the Spanish authorities authorised the applicant's return to his country of origin, where he is now living, on condition that the Greek authorities ensured his compliance with the periodic supervision to which he had been subject in Spain. The applicant is therefore required to report every two weeks to a police station on the island of Icaria, where he was born, or in Athens, where his children live.

27. The criminal proceedings are currently pending before the Corcubión (Corunna) no. 1 investigating judge.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. Domestic law

28. The relevant provision of the Spanish Constitution reads as follows:

#### **Article 17**

"Everyone has the right to liberty and security. No one may be deprived of his liberty other than in accordance with the provisions of this Article and in the circumstances and form provided by law."

29. The relevant provisions of the Criminal Code in force at the material time stipulated as follows:

#### **Article 92**

"Notwithstanding the provisions of the preceding Articles, convicted persons who have reached the age of 70 or who reach that age while serving their sentence, and who satisfy the requirements laid down [by the law], with the exception of the requirement to have served three quarters or, where appropriate, two thirds of [the sentence], may be granted conditional release.

..."

### **Article 325**

“Any person who ... causes or produces, directly or indirectly, emissions, discharges ... into ... inland or maritime waters or groundwater ... likely to severely upset the balance of natural systems, shall be liable to a term of imprisonment of between six months and four years, a day-fine payable for between eight and twenty-four months and a prohibition of between one and three years on carrying out his or her occupation. Where there is a risk to persons’ health the term of imprisonment shall be in the upper half of the range.”

### **Article 326**

“The commission of any of the acts described in the previous Article shall entail a more severe sentence when accompanied by:

- a. illegal operation of an industrial or other activity using facilities which have not obtained the necessary administrative authorisation or approval; or
- b. failure to comply with the express instructions of the administrative authority aimed at remedying or putting an end to the activities referred to in the previous Article; or
- c. falsification or concealment of information on the environmental implications of the activities in question; or
- d. hampering of the administrative authorities’ inspection activities; or
- e. a risk of irreversible or catastrophic damage; or
- f. illegal pumping of water while restrictions are in place.”

### **Article 331**

“The penalty imposed for an offence referred to in this Chapter shall be in the lower half of the range where the offence was the result of gross negligence.”

30. The second paragraph of Article 325 of the Criminal Code, as amended in November 2003, provides:

### **Article 325**

“2. Persons who knowingly release, discharge or introduce ionising radiation or other substances into the air, soil or maritime waters ... in quantities such as to cause death or illness ... with irreversible effects, shall be liable to a term of imprisonment of between two and four years in addition to the penalty for causing personal injury.”

31. The relevant provision of the Code of Criminal Procedure reads as follows:

### **Article 531**

“In determining the nature and amount of the security, consideration should be given to the nature of the offence, the social circumstances of the accused and any previous convictions, together with any other circumstance which may increase or reduce the incentive to evade justice.”

32. The Environmental Liability Act (Law no. 26/2007 of 23 October 2007) regulates operators' responsibility to prevent and remedy environmental damage in accordance with Article 45 of the Constitution and the precautionary and "polluter pays" principles.

### **B. Protection of the marine environment**

33. An increasing tendency has been observed at European level to use the criminal law as a means of enforcing the environmental obligations imposed by European Union law.

#### *1. Council of Europe instruments*

34. In 1998 the Council of Europe opened for signature the Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law (ETS No. 172). To date, however, only thirteen States have signed the Convention and Estonia is the only country to have ratified it. The text includes the following provisions:

#### **Article 2 – Intentional offences**

"1. Each Party shall adopt such appropriate measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law:

a. the discharge, emission or introduction of a quantity of substances or ionising radiation into air, soil or water which:

- (i) causes death or serious injury to any person, or
- (ii) creates a significant risk of causing death or serious injury to any person;

b. the unlawful discharge, emission or introduction of a quantity of substances or ionising radiation into air, soil or water which causes or is likely to cause their lasting deterioration or death or serious injury to any person or substantial damage to protected monuments, other protected objects, property, animals or plants;

c. the unlawful disposal, treatment, storage, transport, export or import of hazardous waste which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, soil, water, animals or plants;

d. the unlawful operation of a plant in which a dangerous activity is carried out and which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, soil, water, animals or plants;

e. the unlawful manufacture, treatment, storage, use, transport, export or import of nuclear materials or other hazardous radioactive substances which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, soil, water, animals or plants,

when committed intentionally.

2. Each Party shall adopt such appropriate measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law aiding or abetting the commission of any of the offences established in accordance with paragraph 1 of this Article.”

**Article 3 – Negligent offences**

“1. Each Party shall adopt such appropriate measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed with negligence, the offences enumerated in Article 2, paragraph 1 a to e.

2. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that paragraph 1 of this Article, in part or in whole, shall only apply to offences which were committed with gross negligence.

3. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that paragraph 1 of this Article, in part or in whole, shall not apply to:

- sub-paragraph 1.a.ii. of Article 2,
- sub-paragraph 1.b. of Article 2, in so far as the offence relates to protected monuments, to other protected objects or to property.”

**Article 6 – Sanctions for environmental offences**

“Each Party shall adopt, in accordance with the relevant international instruments, such appropriate measures as may be necessary to enable it to make the offences established in accordance with Articles 2 and 3 punishable by criminal sanctions which take into account the serious nature of these offences. The sanctions available shall include imprisonment and pecuniary sanctions and may include reinstatement of the environment.”

35. In its report on sea pollution of 30 March 2005, the Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe stated as follows:

“...

**2. In the sphere of penalties**

167. Four lines of thought must be pursued:

(a) The excessively absolute principle of freedom of navigation must be revised, as it is no longer appropriate in the context of present-day transport flows. Legally speaking, this would open the way for passive control and ultimately active control, at least in zones subject to risk. The issue of the responsibilities of control bodies could be considered at the same time.

(b) A State which has suffered pollution damage caused by a ship must be able to demand reparation from the State whose flag that ship flies where it is established that

the damage results completely or partly from the flag State's failure to exercise any effective monitoring of the vessel causing the damage.

(c) Article 230 of the Convention on the Law of the Sea must be amended to make clearer the possibility of penalties of imprisonment for the most serious pollution offences.

(d) An international maritime criminal court must be set up. In the same way that the notion of crimes against humanity finally yielded the creation of the International Criminal Court, it cannot be excluded in the future that states may eventually enshrine the notion of 'crime against the environment', drawing the consequences, in legal terms, of the idea put forward by some of establishing the sea as the common heritage of humanity."

## 2. *European Union developments*

36. The issue of environmental crime has also been debated for many years within the European Union.

37. In its judgment, the Chamber referred to Directive 2005/35/EC of the European Parliament and of the Council on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements, which makes ship-source discharges in breach of Community law a criminal offence. The Directive further requires that both criminal and administrative penalties be imposed if the persons concerned are found to have committed or participated in the act with intent or as a result of negligent behaviour. The Directive, adopted in response to the sinking of the *Erika* and of the *Prestige*, specifically provides that the member States must implement it by 1 March 2007. It was therefore not intended to apply to events having occurred prior to that date.

38. In any event, Directive 2005/35/EC applies to discharges occurring, *inter alia*, in the exclusive economic zone or equivalent zone of a Member State, from any ship with the exception of any warship, naval auxiliary or other ship owned or operated by a State and used at the material time only on government non-commercial service. The member States must take the necessary measures to ensure that infringements are subject to effective, proportionate and dissuasive penalties, which may include criminal or administrative penalties.

39. In its judgment of 3 June 2008 in Case C-308/06 *Intertanko and Others*, the Court of Justice of the European Communities ("the ECJ"), having been called upon to examine a challenge to the validity of Directive 2005/35/EC, found that the concept of "serious negligence" provided for in many national legal systems could only refer to a patent breach of a duty of care (paragraph 76 of the judgment). The ECJ further held that "serious negligence" within the meaning of the Directive should be understood as

entailing an unintentional act or omission by which the person responsible committed a patent breach of the duty of care which he should have and could have complied with in view of his attributes, knowledge, abilities and individual situation (paragraph 77).

40. In the wake of the ECJ judgments of 13 September 2005 and 23 October 2007, which annulled respectively Council Framework Decision 2003/80/JHA of 27 January 2003 on the protection of the environment through criminal law and Council Framework Decision 2005/667/JHA of 12 July 2005 to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution, which supplements Directive 2005/35/EC (referred to in the Chamber judgment), the Commission put forward a proposal for a directive on the protection of the environment through criminal law. The European Union legislative process culminated in the adoption of Directive 2008/99/EC. Recital 3 in the preamble to the Directive states that the availability of criminal penalties demonstrates social disapproval of a qualitatively different nature compared to administrative penalties or a compensation mechanism under civil law. It also makes an explicit link between the need for criminal penalties and past experience in the field of environmental protection.

41. The Directive in question requires Member States to treat as criminal offences certain activities that breach European Union environmental legislation, including:

- (i) unlawful shipment of waste;
- (ii) trade in endangered species or in ozone-depleting substances;
- (iii) conduct causing significant deterioration of a habitat within a protected site;
- (iv) significant damage to the environment caused by the treatment, disposal, storage, transport, export or import of hazardous waste (including oil and gas, waste oils, sewage sludge, metals or electrical or electronic waste); and
- (v) significant damage to the environment caused by the unlawful discharge of materials or ionising radiation.

42. Member States are required to subject these offences to effective, proportionate and dissuasive criminal penalties and to ensure that companies can be held liable for offences carried out by individuals on their behalf.

43. For its part, Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage is aimed at establishing a framework of environmental liability based on the “polluter pays” principle, with a view to preventing and remedying environmental damage.

### C. Vessels and crews in international law

#### 1. *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) of 10 December 1982*

44. The relevant Articles of this Convention, which was ratified by Spain on 15 January 1997, read as follows:

#### **Article 220**

##### **Enforcement by coastal States**

“ ...

3. Where there are clear grounds for believing that a vessel navigating in the exclusive economic zone or the territorial sea of a State has, in the exclusive economic zone, committed a violation of applicable international rules and standards for the prevention, reduction and control of pollution from vessels or laws and regulations of that State conforming and giving effect to such rules and standards, that State may require the vessel to give information regarding its identity and port of registry, its last and its next port of call and other relevant information required to establish whether a violation has occurred.

...

6. Where there is clear objective evidence that a vessel navigating in the exclusive economic zone or the territorial sea of a State has, in the exclusive economic zone, committed a violation referred to in paragraph 3 resulting in a discharge causing major damage or threat of major damage to the coastline or related interests of the coastal State, or to any resources of its territorial sea or exclusive economic zone, that State may, subject to section 7, provided that the evidence so warrants, institute proceedings, including detention of the vessel, in accordance with its laws.

7. Notwithstanding the provisions of paragraph 6, whenever appropriate procedures have been established, either through the competent international organisation or as otherwise agreed, whereby compliance with requirements for bonding or other appropriate financial security has been assured, the coastal State if bound by such procedures shall allow the vessel to proceed.

...”

#### **Article 221**

##### **Measures to avoid pollution arising from maritime casualties**

“1. Nothing in this Part shall prejudice the right of States, pursuant to international law, both customary and conventional, to take and enforce measures beyond the territorial sea proportionate to the actual or threatened damage to protect their coastline or related interests, including fishing, from pollution or threat of pollution following upon a maritime casualty or acts relating to such a casualty, which may reasonably be expected to result in major harmful consequences.



2. For the purposes of this Article, ‘maritime casualty’ means a collision of vessels, stranding or other incident of navigation, or other occurrence on board a vessel or external to it resulting in material damage or imminent threat of material damage to a vessel or cargo.”

#### **Article 227**

##### **Non-discrimination with respect to foreign vessels**

“In exercising their rights and performing their duties under this Part, States shall not discriminate in form or in fact against vessels of any other State.”

#### **Article 230**

##### **Monetary penalties and the observance of recognised rights of the accused**

“1. Monetary penalties only may be imposed with respect to violations of national laws and regulations or applicable international rules and standards for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment, committed by foreign vessels beyond the territorial sea.

2. Monetary penalties only may be imposed with respect to violations of national laws and regulations or applicable international rules and standards for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment, committed by foreign vessels in the territorial sea, except in the case of a wilful and serious act of pollution in the territorial sea.

3. In the conduct of proceedings in respect of such violations committed by a foreign vessel which may result in the imposition of penalties, recognised rights of the accused shall be observed.”

45. With regard to detention of seafarers and their release, UNCLOS provides:

#### **Article 73**

##### **Enforcement of laws and regulations of the coastal State**

“1. The coastal State may, in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the exclusive economic zone, take such measures, including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it in conformity with this Convention.

2. Arrested vessels and their crews shall be promptly released upon the posting of reasonable bond or other security.

3. Coastal State penalties for violations of fisheries laws and regulations in the exclusive economic zone may not include imprisonment, in the absence of agreements to the contrary by the States concerned, or any other form of corporal punishment.

4. In cases of arrest or detention of foreign vessels the coastal State shall promptly notify the flag State, through appropriate channels, of the action taken and of any penalties subsequently imposed.”

## Article 292

### Prompt release of vessels and crews

“1. Where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flag of another State Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of this Convention for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security, the question of release from detention may be submitted to any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within 10 days from the time of detention, to a court or tribunal accepted by the detaining State under Article 287 or to the International Tribunal for the Law of the Sea, unless the parties otherwise agree.

2. The application for release may be made only by or on behalf of the flag State of the vessel.

3. The court or tribunal shall deal without delay with the application for release and shall deal only with the question of release, without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel, its owner or its crew. The authorities of the detaining State remain competent to release the vessel or its crew at any time.

4. Upon the posting of the bond or other financial security determined by the court or tribunal, the authorities of the detaining State shall comply promptly with the decision of the court or tribunal concerning the release of the vessel or its crew.”

### 2. *Case-law of the International Tribunal for the Law of the Sea*

46. The provisions concerning detention and release of vessels and crews have been interpreted by the International Tribunal for the Law of the Sea (“the Tribunal”). In doing so, the Tribunal has laid down a number of criteria in order to determine what constitutes a reasonable bond within the meaning of Article 73 of UNCLOS taken in conjunction with Article 292 of that Convention. Hence, it is interesting to examine the approach taken by the Tribunal in cases relating to the detention of a foreign national by the coastal State and the fixing of the amount of bail. However, it should be borne in mind, firstly, that the Tribunal, unlike the Court, is tasked with striking a balance between the competing interests of two States rather than the interests of an individual and those of a State. Secondly, the issues brought before the Tribunal concern the detention and release of both crews and vessels. Thirdly, unlike the instant case, which is about an environmental disaster, the vast majority of cases before the Tribunal concern fisheries-related violations. In its judgment of 6 August 2007 in the case of *Hoshinmaru (Japan v. the Russian Federation)*, the Tribunal summarised the principles it applies in deciding what constitutes a reasonable bond. The relevant extracts reads as follows:

“82. The Tribunal has expressed its views on the reasonableness of the bond in a number of its judgments. In the *Camouco* case it stated: ‘the Tribunal considers that a number of factors are relevant in an assessment of the reasonableness of bonds or other financial security. They include the gravity of the alleged offences, the penalties imposed or impossible under the laws of the detaining State, the value of the detained vessel and of the cargo seized, the amount of the bond imposed by the detaining State and its form’ (*ITLOS Reports 2000*, p. 10, at p. 31, para. 67). In the *Monte Confurco* case it added that: ‘This is by no means a complete list of factors. Nor does the Tribunal intend to lay down rigid rules as to the exact weight to be attached to each of them’ (*ITLOS Reports 2000*, p. 86, at p. 109, para. 76). In the *Volga* case it stated that: ‘In assessing the reasonableness of the bond or other security, due account must be taken of the terms of the bond or security set by the detaining State, having regard to all the circumstances of the particular case’ (*ITLOS Reports 2002*, p. 10, at p. 32, para. 65). In the *Juno Trader* case the Tribunal further declared: ‘[t]he assessment of the relevant factors must be an objective one, taking into account all information provided to the Tribunal by the parties’ (*ITLOS Reports 2004*, p. 17, at p. 41, para. 85).

...

89. The proceedings under Article 292 of [UNCLOS], as clearly provided in paragraph 3 thereof, can deal only with the question of release, without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel, its owner or its crew. Nevertheless, in the proceedings before it, the Tribunal is not prevented from examining the facts and circumstances of the case to the extent necessary for a proper appreciation of the reasonableness of the bond as set by the Respondent (*Monte Confurco*, *ITLOS Reports 2000*, p. 86, at pp. 108-109, para. 74). However, the Tribunal wishes to emphasise that in so doing it is by no means acting as a court of appeal (*Monte Confurco*, *ITLOS Reports 2000*, p. 86, at p. 108, para. 72).”

47. It is clear from the foregoing that, in assessing the reasonableness of the bond, the Tribunal takes three factors into consideration: (i) the gravity of the alleged offences; (ii) the penalties imposed or impossible under the laws of the detaining State in so far as they are reasonably proportionate to the gravity of the alleged offences; and (iii) the value of the detained vessel and of the cargo seized. In doing so, the Tribunal is mindful of its duty not to prejudice the merits of the case, which are decided domestically. However, the Tribunal considers that it is not prevented from making determinations bearing on the merits when these are necessary for the assessment of a reasonable bond.

### 3. *The Baltic and International Maritime Council (BIMCO) report of 23 March 2009*

48. BIMCO is an independent shipping association with a membership composed of shipowners, managers, brokers, agents and many other stakeholders with vested interests in the shipping industry. BIMCO is

one of the third-party interveners in the present case. On 23 March 2009 BIMCO published a report on the treatment of seafarers which is interesting in several respects.

49. Firstly, the report identifies fourteen cases where sanctions were taken against the seafarers involved before any deliberate act or negligence had been admitted or proven in court. The period examined runs for eleven years from 1996 until 2007 and the cases dealt with – which include the *Mangouras* (or *Prestige*) case – involve twelve coastal States. The report concludes that: (i) the use of criminal sanctions against seafarers is a worldwide phenomenon, by no means restricted to particular countries or regions; (ii) although the rules are fair, their application is unjust, often flying in the face of the presumption of innocence; and (iii) while there are relatively few cases, the issues involved clearly illustrate that there are continuing problems with respect to the unfair treatment of seafarers.

50. Secondly, the report examines a range of instruments in connection with the treatment of seafarers, including international conventions, the Universal Declaration of Human Rights and a number of regional and national instruments. In the last category, particular attention is given to the European Union legal framework and to the law in France, the United States of America, Canada and the United Kingdom. In its conclusions, BIMCO observes that the test generally applied in those instruments is gross negligence, with punishment ranging from fines to imprisonment.

51. Finally, this report was examined by the Legal Committee of the International Maritime Organization (IMO) at its 95th session from 30 March to 3 April 2009. As regards the fair treatment of seafarers, the minutes of the Legal Committee record the following:

“The Committee agreed that the Guidelines on Fair Treatment of Seafarers in the event of a maritime accident, adopted by the Legal Committee, and the Code of International Standards and Recommended Practices for a Safety Investigation into a Marine Casualty or Marine Incident, adopted by IMO’s Maritime Safety Committee, should be strictly applied by States so that a proper balance could be achieved between the need, on the one hand, for a thorough investigation of maritime accidents and, on the other hand, the protection of the rights of seafarers.

Many delegates noted that the issue of fair treatment of seafarers was the direct responsibility of port, coastal and flag States, the State of the nationality of the seafarers, shipowners, and seafarers. States were obliged to treat seafarers fairly, pursuant to the Universal Declaration of Human Rights and regional human rights instruments, as well as under national law. There was also a consensus that States should comply with the Guidelines on Fair Treatment of Seafarers adopted by the Legal Committee.”

52. The Guidelines on Fair Treatment of Seafarers are attached to the observations of the third-party interveners in the present case.

**D. International Convention for the Prevention of Pollution from Ships of 2 November 1973 and the Protocol thereto adopted on 17 February 1978 (MARPOL 73/78)**

53. This Convention which, together with the Protocol thereto, was ratified by Spain on 6 July 1984, has been amended on several occasions, most recently in July 2007 (entry into force December 2008). Annex I to the Convention relates to the prevention of pollution by oil following collision or stranding. The Convention, which is a combination of two treaties adopted in 1973 and 1978, constitutes the main instrument covering prevention of pollution of the marine environment by ships from operational or accidental causes.

**E. Civil liability and compensation for oil pollution damage**

*1. 1992 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (“the CLC 1992”)*

54. This Convention governs the liability of shipowners for oil pollution damage. It sets up a system of strict liability for shipowners and a system of compulsory liability insurance. The shipowner is normally entitled to limit his liability to an amount which is linked to the tonnage of his ship.

**Article III**

“1. Except as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article, the owner of a ship at the time of an incident, or, where the incident consists of a series of occurrences, at the time of the first such occurrence, shall be liable for any pollution damage caused by the ship as a result of the incident.

...

4. No claim for compensation for pollution damage may be made against the owner otherwise than in accordance with this Convention. Subject to paragraph 5 of this Article, no claim for compensation for pollution damage under this Convention or otherwise may be made against:

(a) the servants or agents of the owner or the members of the crew;

(b) the pilot or any other person who, without being a member of the crew, performs services for the ship;

...

unless the damage resulted from their personal act or omission, committed with the intent to cause such damage, or recklessly and with knowledge that such damage would probably result.

...”

### Article V

“ ...

2. The owner shall not be entitled to limit his liability under this Convention if it is proved that the pollution damage resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such damage, or recklessly and with knowledge that such damage would probably result.

...”

#### 2. *The London P&I Rules*

55. The Protection and Indemnity Clubs were set up by shipowners themselves to provide cover against various risks including those arising out of pollution caused by their vessels. They are governed by general conditions (the London P&I Rules), the relevant parts of which read as follows:

##### 9.28 – Omnibus Rule

“9.28.1 Liabilities, losses, costs and expenses incidental to the business of owning, operating or managing Ships which and to such extent as the Committee in its sole discretion shall consider fall within the scope of this Class,

9.28.1.1 PROVIDED that there shall be no recovery which is expressly excluded by other provisions of these Rules, save to the extent that those members of the Committee present when the claim is being considered are unanimous that such exclusion should be over-ridden in the particular circumstances of the case.”

##### Rule 20 – Bail

“20.1 The Association may, but shall in no case be obliged to, provide on behalf of an Assured security to prevent arrest or obtain release from arrest or otherwise in respect of an entered Ship and if it does such Assured shall upon first demand made at any time by the Association in writing arrange such counter-security (which expression may in the Association’s sole discretion include a deposit of cash with the Association) as the Association may require and (with or without such counter-security having been required or arranged) shall indemnify the Association against all liabilities and expenses incurred by the Association in consequence of the security originally provided by the Association. In the event that the Assured does not arrange such counter-security as may have been required or does not indemnify the Association as aforesaid, the Association, without prejudice to its other rights, shall be entitled to retain any amounts which would otherwise be recoverable by such Assured, notwithstanding that the same may have no connection with the liability in respect of which the original security was provided and may relate to other periods of cover before or after that liability was incurred by the Assured or to another entered Ship. The provision of security by the Association shall be without prejudice to the Association’s liability to the Assured for the claim in question.”

## THE LAW

### ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 3 OF THE CONVENTION

56. The applicant complained about the amount set for bail by the Spanish authorities, which he considered disproportionate. He submitted that the authorities had not taken into account his personal situation (profession, income, assets, previous convictions, family circumstances and so forth) in deciding on the amount. The applicant relied on Article 5 § 3 of the Convention which, in its relevant part, provides:

“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article ... shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”

#### **A. The Chamber’s conclusions**

57. The Chamber found that account had to be taken of the particular circumstances of the case which distinguished it from other cases in which the Court had had occasion to rule on the length of pre-trial detention. It took the view that the seriousness of the environmental disaster justified the domestic courts’ concern to determine who had been responsible and that, accordingly, it had been reasonable for them to seek to ensure that the applicant would appear for trial by fixing a high level of bail. It considered that the domestic authorities had demonstrated that the amount required from the applicant by way of bail had been proportionate and that they had taken sufficient account of his personal circumstances, and in particular his status as an employee of the shipowner, which had taken out insurance to cover this type of risk. The Chamber therefore concluded that the amount of bail, although high, had not been disproportionate in view of the legal interest being protected, the seriousness of the offence in question and the disastrous environmental and economic consequences of the oil spill. Accordingly, it held that there had been no violation of Article 5 § 3 of the Convention.

#### **B. The parties’ submissions and the third-party interveners’ observations**

##### *1. The applicant’s submissions*

58. The applicant argued that, in confining their attention to the seriousness of the offences in question and the severity of the likely sentence, the public outcry caused by the oil spill and the fact that he was a Greek

national whose permanent residence was abroad and who had no ties with Spain, the domestic courts had taken insufficient account of his personal and financial situation, his income, the fact that he had no previous convictions, his family circumstances and his age. On the last point, he submitted that he had been 67 years old on 17 November 2002 and that the Spanish Criminal Code exempted persons over the age of 70 from serving custodial sentences (see paragraph 29 above).

59. In the applicant's submission, the Chamber had incorrectly stated that bail had been paid under the terms of the contract between the *Prestige's* owner and the latter's insurers, despite affirming in paragraph 32 of the judgment that the London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited ("the London P&I Club") had put up bail as "a spontaneous, one-off humanitarian gesture". The applicant maintained that it was not permissible for the domestic courts to fix bail by reference to the financial situation of a third party in the absence of any offer from that party. While the domestic courts may have assumed that the ship's owner or the insurers would put up bail, he had spent eighty-three days in detention. Allowing the domestic courts to fix the level of bail on the basis of the financial situation of a third party was tantamount to rendering the Court's previous rulings ineffective, not to say meaningless.

60. Arguing that the contractual relationship between the shipowner and the insurers of the *Prestige* was governed by the London P&I Rules (see paragraph 55 above), the applicant submitted that these rules obliged the insurer to put up a security only if a vessel insured by it was detained and not if a member of the crew was arrested (Rule 20). In the latter case, the insurer could pay the bail, but was by no means legally required to do so. Cover against certain shipping-related risks was left to the discretion of the insurer. The applicant referred in that regard to Rule 9.28 of the London P&I Rules (see paragraph 55 above), which the London P&I Club had apparently agreed to apply – in view of the exceptional nature of the situation – in order to pay the bail and secure the applicant's release after eighty-three days in detention. He pointed out that, in any event, while the insurance contract had been binding on his employer and the ship's insurer, he had not taken out any personal insurance with the London P&I Club, which had no obligations towards him. In giving reasons for the level of bail, the domestic courts had not stated that the company which insured the applicant's employer had been obliged to put up bail, or that they expected it to do so. In the applicant's submission, the appeal courts were not required to read the decisions of the lower courts in the light of new arguments not referred to by the latter.



Referring to Articles III § 4 and V § 2 of the 1992 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (“the CLC 1992”; see paragraph 54 above), the applicant submitted that the Master and crew could not be held civilly liable unless the damage resulted from their personal acts or omissions, committed with intent or recklessly.

61. The applicant contended that the amount of bail had been fixed not simply in view of his criminal responsibility, which would be engaged if he failed to appear for trial, but also – in disregard of the Court’s case-law – with a view to covering the compensation due in settlement of civil claims. In referring to the seriousness of the charges against the applicant, the domestic courts had actually had in mind the serious consequences of the accident. In the applicant’s view it was unacceptable, in determining the amount of bail to be imposed on the employee of a ship’s owner, to take into account public anger and indignation towards the shipping companies, before it had even been established who was responsible for the disaster.

62. The applicant argued that the Chamber ruling had been based on inappropriate considerations and on European directives which were not in force when the accident had occurred (in breach of the principle that the law should not have retrospective effect), and also on reports containing purely political statements of intent which had no legal effect whatsoever. He pointed out that Article 230 § 1 of the United Nations Convention of the Law of the Sea (UNCLOS) prohibited the imposition of a custodial sentence in the circumstances of the present case, and that the case was still at the investigation stage before the Spanish courts.

63. The applicant complained of the implications of the Chamber judgment which, in his view, called into question the principles of presumption of innocence and non-discrimination by permitting the authorities to fix bail solely by reference to the seriousness of the consequences of the alleged offence, without taking into consideration the accused’s personal circumstances. He stressed the pernicious effects of the Chamber judgment on the shipping industry and on any activities entailing a degree of risk, as it allowed the authorities to detain employees for reasons linked to their employer’s civil liability. Furthermore, the Chamber judgment created obstacles to the free movement of services within the European Union; the Court of Justice of the European Communities had held that national rules on criminal procedure could constitute a restriction on free movement. Finally, the applicant contended that the rules in question had been applied in a discriminatory manner in his case because of his nationality.

64. In the light of these submissions, the applicant requested the Grand Chamber to find a violation of Article 5 § 3 of the Convention.

## 2. *The Government's submissions*

65. The Government began by pointing out that the applicant had been released. Making the point that bail had been paid only two and a half months after the applicant had been remanded in custody, they contended that the amount had not prevented him from paying it.

66. The Government were mindful of the requirements imposed by the Court's case-law regarding the need to take account of the applicant's personal situation in fixing bail. They were aware that the aim was to ensure that the sum in question was not used to anticipate the sentence without the accused having benefited from the guarantees of a fair trial and there being sufficient evidence against him. That would be contrary, *inter alia*, to the right to be presumed innocent. However, they observed that, in any event, those guarantees could come into play only if the appearance for trial of the person remanded in custody was assured; the investigating judge before whom the applicant was brought had noted the significant risk that the latter might abscond. The Government inferred from this that the level of bail had been justified by the authorities' wish to achieve the primary aim of the impugned measure, namely to ensure that the accused appeared for trial.

67. Contrary to the applicant's assertion, his personal circumstances had been duly taken into account, as the courts had noted his foreign nationality, his complete lack of ties in Spain and the ease with which he could have left the country and thus evaded prosecution and obstructed the course of justice. Added to these factors had been objective considerations relating to the nature and seriousness of the alleged offences, the severe penalties they carried, the criminal and civil liability issues raised by the case, the considerable and undeniable public outcry, the national and international ramifications of the disaster and the exceptional scale of the damage. It followed that the amount of bail had been fixed in a non-arbitrary manner and that sufficient reasons had been given, in accordance with the criteria laid down by the Court in *Neumeister v. Austria* (27 June 1968, Series A no. 8) and *Iwańczuk v. Poland* (no. 25196/94, 15 November 2001), although the cases in question differed from the present case in some significant respects.

68. As to the nature of the alleged offences, the Government observed that the Corunna *Audiencia Provincial*, in its ruling on the case, had stated that the evidence available to it at that stage in the proceedings suggested that the alleged offences might have been committed intentionally (*dolus eventualis*). The court had made the point that environmental offences were not fully made out until such time as damage occurred as a result of the omissions of those who contributed to turning a hazard into catastrophic damage by repeatedly and persistently failing in their duty to manage the

risk factors directly under their control and responsibility, that is to say, until the pollution of the natural resources became apparent, rather than when the pollutant was actually discharged. Furthermore, the offence of failure to comply with instructions, of which the applicant stood accused on account of the difficulties he had created by preventing the vessel from being taken in tow and hampering efforts to prevent and minimise the effects of the oil spill, had clearly been intentional and not the result of carelessness or negligence.

69. Accordingly, in the Government's view, Article 230 of UNCLOS was not applicable in the instant case, as it referred only to violations of the laws and regulations for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment committed by foreign vessels beyond the territorial sea, for which monetary penalties only could be imposed, and not to wilful and serious acts of pollution in the territorial sea. UNCLOS did not provide for immunity in respect of offences against the environment and natural resources: only monetary penalties could be imposed for breaches of national laws and regulations committed in the territorial sea, except in the case of wilful and serious acts of pollution.

70. With regard to the length of the likely custodial sentence, the Government observed that offences resulting in irreversible and catastrophic damage carried sentences of between six and nine years' imprisonment if committed intentionally and between four and six years if they resulted from negligence (see paragraphs 29 and 30 above). As to the applicant's age, the exemption on humanitarian grounds provided for by Article 92 of the Criminal Code did not amount to immunity; exemption from serving a custodial sentence required further conditions to be met.

71. The Government maintained that the amount of compensation due in settlement of civil claims had not been a determining factor in fixing bail, as demonstrated by the fact that the amount of bail was equivalent to less than 1% of the potential compensation. They were aware that determining the amount of security by sole reference to the losses sustained would be contrary to the Court's case-law, as the measure in question was intended to ensure the appearance of the accused at trial, not to guarantee payment of the compensation due in respect of civil claims. However, the authorities were not prohibited from taking this factor, among others, into account in assessing the risk of the accused's absconding, provided that his or her personal situation was also taken into consideration. On the contrary, the risk of the accused's absconding could not be assessed "solely" by reference to the severity of the criminal and civil penalties – although these had to be taken into account – just as the amount of bail could not be determined "solely" on the basis of the losses incurred. The Court's case-law in no way

precluded account being taken of circumstances which might have a bearing on the risk of the accused's absconding and on the adequacy of the sum required by way of bail.

72. On this last point the Government stressed that, both in remanding the applicant in custody and in fixing bail, the domestic courts had taken into account his nationality, the fact that he was resident abroad and had no ties in Spain, his professional status and the environment in which he worked and – as specified by the Court in *Neumeister* (cited above) – the persons who might be able to stand bail for him. They had also had regard to the complex legal structure governing the activity of the ship of which he was Master and the type of commercial activity in which he had been engaged. The fact that bail had been paid promptly served to confirm the validity of the criteria used to determine the amount. Furthermore, the Chamber had been correct in finding, in paragraph 39 of its judgment, that there had been a contractual legal relationship between the ship's owner and the insurer. Bail had been paid by the company which insured the applicant's employer, in accordance with usual practice in the shipping industry. If the applicant was found guilty of the charges against him, the judgment would fix the amount of compensation for which the shipowner employing him was civilly liable and which would ultimately be paid by the latter's insurer.

73. The Government requested the Court to find that there had been no violation of Article 5 § 3 of the Convention.

### 3. *Observations of the third-party interveners*

74. The third-party interveners' representative observed that the criminal liability of a ship's Master and crew for acts giving rise to pollution was strictly regulated by UNCLOS and MARPOL 73/78 (the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships). Referring to Article 230 of UNCLOS, he pointed out that custodial penalties were prohibited for acts of pollution committed beyond the territorial sea, that is to say, more than twelve miles from the coast. As an additional safeguard against excessive action by the coastal State, UNCLOS provided a remedy in the form of an application for prompt release of a vessel or crew. In the three "prompt release" (fisheries-related) cases in which it had had jurisdiction – *Camouco*, *Monte Confurco* and *Volga* – the International Tribunal for the Law of the Sea had ordered the release of the crew.

75. However, under the CLC 1992 and the 1992 International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, shipowners were civilly liable for damage of this kind, even if they were not at fault. While the CLC 1992 stipulated that

shipowners must be covered for civil liability, there was no obligation to indemnify the shipowner for the bail bond of the ship's Master. There was usually a discretion to provide cover in respect of matters that did not fall squarely within any of the risks covered but were closely linked thereto, where it was considered appropriate in the circumstances. However, such discretion was exercised only exceptionally and was not intended to provide cover in respect of bail for crew.

76. While civil liability insurance cover was subject to limits, the evolution of the market had led to a 50% increase in cover provided under the CLC 1992 in the aftermath of the sinking of the *Erika* and the *Prestige*. Supplementary compensation could be paid by the Fund, but it would be inadmissible that dissatisfaction with the level of cover held by shipowners under the international system of civil liability agreed by States under the CLC 1992 should justify reliance on setting high bail for seafarers in order to secure the unsecured part of the clean-up costs.

77. The third-party interveners' representative expressed concern at the increasing criminalisation of seafarers' actions, and referred in that regard to the Guidelines on Fair Treatment of Seafarers in the event of a maritime accident, which called on States, *inter alia*, to: (a) take steps to ensure that seafarers, once interviewed or otherwise not required for a coastal State investigation following a maritime accident, were permitted to re-embark or be repatriated without undue delay; (b) consider non-custodial alternatives to pre-trial detention; and (c) make available a system for posting a reasonable bond or other financial security to allow for release and repatriation of detained seafarers pending resolution of any investigatory or judicial process. He stressed that decisions on the detention of seafarers should be taken solely in accordance with the latter's personal circumstances and alleged actions and not on the basis of the possible consequences of those actions for the environment.

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

#### *1. General principles*

78. The Court reiterates that the guarantee provided for by Article 5 § 3 of the Convention is designed to ensure not the reparation of loss but, in particular, the appearance of the accused at the hearing. Its amount must therefore be assessed principally "by reference to [the accused], his assets and his relationship with the persons who are to provide the security, in other words to the degree of confidence that is possible that the prospect of loss of the security or of action against the guarantors in case of his non-appearance

at the trial will act as a sufficient deterrent to dispel any wish on his part to abscond” (see *Neumeister*, cited above, § 14).

79. In any event it is clear from the structure of Article 5 in general, and the third paragraph in particular, that bail may only be required as long as reasons justifying detention prevail (see, in particular, *Musuc v. Moldova*, no. 42440/06, § 42, 6 November 2007, and *Aleksandr Makarov v. Russia*, no. 15217/07, § 139, 12 March 2009). If the risk of absconding can be avoided by bail or other guarantees, the accused must be released, bearing in mind that where a lighter sentence could be anticipated, the reduced incentive for the accused to abscond should be taken into account (see *Vrenčev v. Serbia*, no. 2361/05, § 76, 23 September 2008). The authorities must take as much care in fixing appropriate bail as in deciding whether or not the accused’s continued detention is indispensable (see, among other authorities, *Iwańczuk*, cited above, § 66; *Bojilov v. Bulgaria*, no. 45114/98, § 60, 22 December 2004; *Skrobol v. Poland*, no. 44165/98, § 57, 13 September 2005; *Hristova v. Bulgaria*, no. 60859/00, § 110, 7 December 2006; *Musuc*, cited above, § 42; and *Georgieva v. Bulgaria*, no. 16085/02, § 30, 3 July 2008).

80. Furthermore, the amount set for bail must be duly justified in the decision fixing bail (see *Georgieva*, cited above, §§ 15, 30 and 31) and must take into account the accused’s means (see *Hristova*, cited above, § 111). In that connection, the domestic courts’ failure to assess the applicant’s capacity to pay the sum required was one of the reasons why the Court found a violation in the *Toshev v. Bulgaria* judgment (no. 56308/00, §§ 68 et seq., 10 August 2006).

81. While the amount of the guarantee provided for by Article 5 § 3 must be assessed principally by reference to the accused and his assets it does not seem unreasonable, in certain circumstances, to take into account also the amount of the loss imputed to him (see *Moussa v. France*, no. 28897/95, Commission decision of 21 May 1997, Decisions and Reports 89-B, p. 92). In the *Kudła v. Poland* judgment ([GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI), the Court observed that the domestic court had fixed the amount of bail by reference to the cost of the damage, the serious nature of the offences and, above all, the risk that the applicant would abscond (§ 47). It recognised that the risk of his absconding “was one of the main factors that [the court] took into account when determining the amount of bail” (*ibid.*, § 113).

## 2. Application of these principles to the present case

82. In the instant case the applicant was deprived of his liberty for eighty-three days and was released following the lodging of a bank guarantee of EUR 3,000,000 corresponding to the amount set for bail. The Court

observes that Article 531 of the Spanish Code of Criminal Procedure, as interpreted by the Constitutional Court (see paragraph 25 above), lists the main factors to be taken into consideration in fixing bail, namely the nature of the offence, the penalty at stake, the legal interest being protected, the social situation of the accused and any previous convictions, and any other circumstance which might prompt the accused to seek to evade justice. The domestic courts based their findings on the serious nature of the offence and the public outcry caused and on certain aspects of the applicant's personal situation, namely his nationality and place of permanent residence and the fact that he had no ties in Spain. For its part, the Constitutional Court took the view that the lower courts had provided ample reasons justifying the amount of bail and their refusal of the request to reduce it, on the following grounds: "the primary objective of securing the accused's presence at the trial, the seriousness of the offences in question, the national and international disaster caused by the oil spill, the fact that the accused is a non-national and the fact that he has no ties in Spain". It further noted that the courts concerned had also taken into consideration the accused's personal and financial circumstances and his professional environment, and that all these circumstances taken together had led them to consider that the risk of his absconding could only be reduced by setting such a high sum for bail (see paragraph 25 above).

83. The Court is conscious of the fact that the amount set for bail was high, and is prepared to accept that it exceeded the applicant's own capacity to pay. However, it is clear from the foregoing that in fixing the amount the domestic courts sought to take into account, in addition to the applicant's personal situation, the seriousness of the offence of which he was accused and also his "professional environment", circumstances which, in the courts' view, lent the case an "exceptional" character. The Court must therefore ascertain whether this approach was compatible with Article 5 § 3.

84. In this connection the Court observes that, since the *Neumeister* judgment (cited above), it has consistently held that "[the accused's] relationship with the persons who are to provide the security" is one of the criteria to be used in assessing the amount of bail (see paragraph 78 above).

85. As to whether it was legitimate to take the applicant's professional environment into account in the present case, the Court reiterates at the outset that the domestic courts, which are in touch with local reality, are in principle better placed than the international judge to assess this. In the instant case it is clear from the case file that the domestic courts considered it essential to ensure the applicant's appearance for trial before the courts hearing the case, in view of his responsibilities as the *Prestige's* Master. The seriousness of the offences concerned, the "national and international

disaster caused by the oil spill” (see paragraph 25 above) and the “public outcry” (see paragraphs 17, 18 and 20) were such that the presence of the applicant constituted a “primary objective” (see paragraph 25).

86. Against this background the Court cannot overlook the growing and legitimate concern both in Europe and internationally in relation to environmental offences. This is demonstrated in particular by States’ powers and obligations regarding the prevention of maritime pollution and by the unanimous determination of States and European and international organisations to identify those responsible, ensure that they appear for trial and, if appropriate, impose sanctions on them (see “Relevant domestic and international law” above). A tendency can also be observed to use criminal law as a means of enforcing the environmental obligations imposed by European and international law.

87. The Court considers that these new realities have to be taken into account in interpreting the requirements of Article 5 § 3 in this regard. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 101, ECHR 1999-V). It cannot therefore be ruled out that, in a situation such as that in the present case, the professional environment which forms the setting for the activity in question should be taken into consideration in determining the amount of bail, in order to ensure that the measure retains its effectiveness.

88. In that connection the Court points out that the facts of the present case – concerning marine pollution on a seldom-seen scale causing huge environmental damage – are of an exceptional nature and have very significant implications in terms of both criminal and civil liability. In such circumstances it is hardly surprising that the judicial authorities should adjust the amount required by way of bail in line with the level of liability incurred, so as to ensure that the persons responsible have no incentive to evade justice and forfeit the security. In other words, the question must be asked whether, in the context of the present case, where large sums of money are at stake, a level of bail set solely by reference to the applicant’s assets would have been sufficient to ensure his attendance at the hearing, which remains the primary purpose of bail. The Court agrees with the approach taken by the domestic courts on this point.

89. The Court further notes that, in deciding what constitutes a reasonable bond, the International Tribunal for the Law of the Sea also takes into account the seriousness of the alleged offences and the penalties at stake (see paragraphs 46 and 47 above). While conscious of the fact that the



Tribunal's jurisdiction differs from its own, the Court nevertheless observes that the Tribunal applies similar criteria in assessing the amount of security, and that the fact that it has a duty not to prejudice the merits of the case does not prevent it from making determinations bearing on the merits when these are necessary for the assessment of a reasonable bond (see, in particular, the Tribunal's judgment of 6 August 2007 in the case of *Hoshinmaru (Japan v. the Russian Federation)*, § 89, cited at paragraph 46 above).

90. In the instant case it is established that bail was paid by the company which insured the owner of the ship of which the applicant was Master. Leaving aside the considerations – “humanitarian”, contractual or other – which may have motivated the insurer, and which are disputed between the parties, the very fact that payment was made by the shipowner's insurer would seem to confirm that the Spanish courts, when they referred to the applicant's “professional environment”, were correct in finding – implicitly – that a relationship existed between the applicant and the persons who were to provide the security.

91. The observations of the third-party interveners' representative make clear that the CLC 1992 requires shipowners to take out civil liability insurance but that there is no obligation to indemnify the shipowner for the bail bond of a ship's Master who has been detained by the maritime authorities. The interveners' representative also pointed out that the discretion exercised exceptionally by insurers in certain circumstances did not extend to providing cover in respect of bail for seafarers. And while the applicant and the third-party interveners' representative stressed that the shipowner and the insurer had not been bound by any obligations in the matter of bail, whether by virtue of custom and practice or contractually, the applicant acknowledged that Rule 9.28 of the London P&I Rules had served as a legal basis for payment (see paragraph 55 above). In any event, the Court observes that it was indeed the insurers of the applicant's employer, that is, the London Steamship Owners' Mutual Insurance Association, which paid the security.

92. In these circumstances the Court considers that the domestic courts, in fixing the amount of bail, took sufficient account of the applicant's personal situation, and in particular his status as an employee of the ship's owner, his professional relationship with the persons who were to provide the security, his nationality and place of permanent residence and also his lack of ties in Spain and his age. In view of the particular context of the case and the disastrous environmental and economic consequences of the oil spill, the courts were justified in taking into account the seriousness of the offences in question and the amount of the loss imputed to the applicant.

93. It follows that there has been no violation of Article 5 § 3 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

*Holds*, by ten votes to seven, that there has been no violation of Article 5 § 3 of the Convention.

Done in French and in English, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 September 2010.

Michael O'Boyle  
Deputy Registrar

Jean-Paul Costa  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judges Rozakis, Bratza, Bonello, Cabral Barreto, David Thór Björgvinsson, Nicolaou and Bianku is annexed to this judgment.

J.-P.C.  
M.O'B.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES ROZAKIS,  
BRATZA, BONELLO, CABRAL BARRETO, DAVID THÓR  
BJÖRGVINSSON, NICOLAOU AND BIANKU

1. We are unable to agree with the majority of the Court that there has been no violation of Article 5 § 3 of the Convention in the present case. In our view the setting of bail by the Spanish courts in an amount of 3,000,000 euros (EUR), a sum far beyond the means of the applicant, with the consequence that he continued to be detained on remand for a total of eighty-three days, was in clear violation of his rights under that Article.

2. We note at the outset that, although emphasis was placed by the national courts on the seriousness of the suspected offences, the disastrous environmental and economic consequences of the oil spillage and the public outcry it caused, these were not factors which of themselves were regarded as requiring the continued detention of the applicant. As stated by the Constitutional Court, the overriding objective was to secure the applicant's presence at the trial. The seriousness of the offences and of the penalty which they carried were seen by the national courts as increasing the risk that the applicant would abscond or not appear for trial in the event that he were ultimately charged and thus as justifying an exceptionally high amount of bail before he could be released. The central question is whether the fixing of bail at this level was based on principles which were compatible with the requirements of Article 5.

3. The general principles developed by the Court under Article 5 § 3 as to the setting of bail are summarised in paragraphs 78 to 81 of the judgment. Three principles appear to us to be of special importance in the present case.

(i) As appears from the terms of Article 5 § 3 itself, the setting of bail as a condition of release is designed to ensure not the reparation of any loss suffered in consequence of the suspected offence but only the presence of the accused at the trial. The sum set cannot accordingly be fixed by reference to the amount of any loss which might eventually be imputable to the accused or his employers but must be assessed principally by reference to him, his assets and his relationship with those persons, if any, who offer themselves as sureties to guarantee his appearance. Where no such sureties are offered, it is the accused person and his assets which must be the principal reference point for the setting of bail (see *Bonnechaux v. Switzerland*, no. 8224/78, Commission report of 5 December 1979, Decisions and Reports (DR) 18, pp. 126, 144, § 73, and *Moussa v. France*, no. 28897/95, Commission decision of 21 May 1997, DR 89-B, p. 92).

(ii) There is an obligation on an accused applicant to furnish to the national authorities sufficient information regarding his assets. There is also an obligation on those authorities, including the national courts, to examine the information that they have as to the resources of the person concerned before setting the bail. The authorities must take as much care in fixing appropriate bail as in deciding whether or not continued detention is indispensable (see *Toshev v. Bulgaria*, no. 56308/00, 10 August 2006). In certain special circumstances, it may be legitimate to take into account also the extent of the losses imputed to the accused in fixing a higher level of bail. However, such cases have in general concerned offences involving fraud or the misappropriation of funds, where there is evidence to suggest that the accused may have substantial undisclosed assets (see, for example, *Moussa*, cited above, and *Skrobol v. Poland*, no. 44165/98, 13 September 2005).

(iii) Domestic courts must adduce sufficient arguments to justify the amount of bail fixed. The seriousness of the charge not only cannot be the sole factor justifying the size of the bail; it cannot be the decisive factor (see *Hristova v. Bulgaria*, no. 60859/00, 7 December 2006). Nor can the danger of absconding be evaluated solely on the basis of considerations relating to the gravity of the penalty likely to be imposed. As the Court observed in the *Neumeister v. Austria* case (27 June 1968, Series A no. 8, § 10), other factors must also be taken into account, including “the character of the person involved, his morals, his home, his occupation, his assets, his family ties and all kinds of links with the country in which he is being prosecuted”. Regard should also be had to the use of other preventative measures, alone or in conjunction with bail, to reduce the risk of absconding and ensure the accused’s attendance at the trial.

4. Although, in setting and upholding the amount of bail, no assessment appears to have been made by the Spanish courts of the applicant’s personal assets, the sum of EUR 3,000,000 fixed by the Corunna no. 4 investigating judge self-evidently bore no relation to the personal means of the applicant. At the time of fixing bail, no sureties had offered to post bail on his behalf and there is no suggestion that, as the Master of a cargo ship, the applicant himself was in a position to find sureties to meet such a sum. Further, the circumstances of the case were not, in our view, such as to justify the national courts in taking account of the losses resulting from the acts imputed to the applicant: unlike the cases mentioned above, the offences of which the applicant was suspected did not involve fraud or imputations of personal and unlawful gains.

5. It is conceded by the majority of the Court that the amount set as bail was “high” and that it exceeded the applicant’s own capacity to pay. In

finding the sum, nevertheless, to be compatible with Article 5, the majority place emphasis on two features of the case which in their view entitled the domestic courts to conclude that it was of an “exceptional character” – the applicant’s relationship to the persons who eventually provided the guarantee for his bail, namely the owners and insurers of the ship of which he was Master, and the gravity of the offences of which the applicant was suspected.

6. We do not consider that either of these features was such as to justify the bail demanded by the Spanish courts in terms of Article 5 § 3 of the Convention.

As to the former, we note that, in fixing the bail, the investigating judge made no reference to the owners of the *Prestige* or to the insurers of the ship or to any obligation on the part of either to meet any bail which might be set. Nor was any such reference made by the Corunna no. 1 investigating judge in the applicant’s two requests for release or by the *Audiencia Provincial* on his appeal. The only suggestion that the financial support of the owners or insurers of the vessel played a part in the decisions of the courts in setting or upholding the amount of the bail is in the delphic statement of the Constitutional Court that the applicant’s “professional environment” had been taken into account, a phrase which is interpreted in the judgment as embracing the applicant’s relationship with the shipowners. However, what is clear is that at no stage prior to the applicant’s release was any inquiry made by the national courts as to the legal obligations, if any, of the owners to post bail or as to the relevant insurance arrangements which existed between the owners and their insurers. In particular, there appears to have been no investigation of the question whether the insurers had any responsibility to indemnify the shipowners in respect of the bail bond of a ship’s Master who had been detained by the maritime authorities in the circumstances of the present case. Indeed, according to the undisputed evidence of the third-party interveners, there was no such legal obligation under the 1992 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage and neither the shipowners nor their insurers had any legal responsibility in regard to bail, whether by custom, practice or contractual arrangement.

7. While acknowledging this to be the case, the majority emphasise that the very fact that payment was made by the shipowners’ insurers “would seem to confirm that the Spanish courts ... were correct in finding – implicitly – that a relationship existed between the applicant and the persons who were to provide the security” (paragraph 90 of the judgment) and that “in any event ... it was indeed the insurers of the applicant’s employer, that is, the London Steamship Owners’ Mutual Insurance Association, which paid the security” (paragraph 91). The fact that the applicant’s bail was eventually

posted by the insurers is, in our view, of limited importance in terms of Article 5 § 3 of the Convention. Of more significance is the fact that, in setting bail, the national courts based themselves on what was, at best, an unsupported assumption that the shipowners or their insurers would feel morally obliged to come to the applicant's rescue by posting bail rather than allowing him to languish in detention on remand. Moreover, by the time they did so, the applicant had already spent two and a half months in custody. This approach to the fixing of bail was not, in our view, consistent with the responsibilities required of national courts by that provision of the Convention.

8. As to the gravity of the offence of which the applicant was suspected, we fully share the view of the majority as to the growing and legitimate concerns, in Europe and more broadly, in relation to environmental damage and the increasing tendency to use the criminal law as a means of enforcing the environmental obligations imposed under international law. However, even if, as the majority argue, these new realities have to be taken into account in interpreting the requirements of Article 5 § 3, the seriousness of the offence of which a person is suspected cannot be the decisive factor justifying the size of the bail; still less can the gravity of the offence or of the damage allegedly caused thereby, whether environmental or otherwise, justify the setting of bail at an exorbitant level which renders illusory the applicant's ability to secure his release from custody. Even accepting, as the judgment asserts, that it was "hardly surprising" that the judicial authorities should adjust the amount of the bail in line with the level of civil liability incurred, "so as to ensure that the persons responsible [had] no incentive to evade justice and forfeit the security", this was not in our view compatible with the requirements of Article 5 § 3, particularly in a case where the legal relationship of those persons had not even been examined by the courts themselves. Nor was it in our view consistent with the principles governing that provision to fix bail at a level far beyond the reach of an individual accused by reference to the strength of the public outcry over the damage caused by the acts or omissions imputed to him.

9. The majority accept the view of the domestic courts that, in the context of the present case, where large sums of money were at stake, a level of bail set solely by reference to the applicant's assets would not have been sufficient to ensure his attendance at the hearing (see paragraph 88). We observe, however, that the applicant was prepared to put up bail of EUR 60,000, a substantial sum for an individual in the position of the present applicant. Moreover, a striking feature of the present case is that the national courts do not appear to have taken account, when setting and upholding the bail, of the applicant's personal circumstances other than his

Greek nationality and his lack of ties to Spain. There is no reference to his assets, the fact that the applicant was 67 years old and of good character, the fact that he was a citizen of another Member State of the European Union or his family circumstances, all of which had relevance to the risk that he might abscond. Nor was any account apparently taken of the penalty which might be imposed on a person of the age of the applicant, who was at least unlikely to be subject to a custodial sentence if tried and convicted of the offences of which he was suspected. Of equal importance is the fact that no consideration appears to have been given at the time to combining bail with other measures designed to secure the applicant's attendance at trial, such as those which were imposed when he was eventually released (see paragraph 21) and when the applicant was subsequently allowed to return to Greece (see paragraph 26).

10. The majority conclude by stating that sufficient account was taken by the Spanish courts of the applicant's personal situation and that, in view of the disastrous environmental and economic consequences of the oil spill, the courts were justified in taking into account the seriousness of the offences in question and the amount of the loss imputed to the applicant. We disagree. In our view, the approach of the Spanish courts in fixing the applicant's bail was not compatible with the principles established by the Court under Article 5 § 3 of the Convention, the fundamental purpose of which is to ensure that no one is arbitrarily deprived of his liberty.





SCHÜTH c. ALLEMAGNE  
*(Requête n° 1620/03)*

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 23 SEPTEMBRE 2010<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Licenciement d'un employé ecclésiastique pour adultère****Article 8**

*Vie privée et familiale – Licenciement d'un employé ecclésiastique pour adultère – Autonomie des communautés religieuses – Obligations positives étatiques respectées avec la mise en place de juridictions de travail et constitutionnelle de contrôle des décisions prises – Prise en compte du droit étatique et ecclésiastique – Exigences des Eglises en matière de fidélité conjugale non contradictoires avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique – Caractère succinct du raisonnement des juridictions du travail – Unique mise en balance des intérêts de l'Eglise employeur avec le maintien de l'intéressé dans son emploi – Point de vue de l'Eglise employeur déterminant – Proportionnalité – Droit individuel du requérant opposé à un droit collectif – Relation de travail fondée sur le droit civil sans statut ecclésial – Possibilités limitées de trouver un nouvel emploi en dehors de l'Eglise employeur*

\*

\* \*

Le requérant fut organiste et chef de chœur dans une paroisse catholique, du milieu des années 80 jusqu'en 1994, lorsqu'il se sépara de son épouse. Depuis 1995, il vit avec sa nouvelle compagne. En juillet 1997, après que les enfants du requérant eurent dit au jardin d'enfants que leur père allait être de nouveau papa, le doyen de la paroisse s'entretint avec le requérant. Quelques jours plus tard, la paroisse prononça le licenciement de ce dernier avec préavis pour adultère à compter d'avril 1998. Le requérant saisit les juridictions du travail qui conclurent en dernière instance à la légalité des licenciements.

Article 8 : la Cour examine si l'équilibre ménagé par les juridictions du travail entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée du requérant garanti par l'article 8 et, d'autre part, les droits dont jouit l'Eglise catholique en vertu de la Convention qui protège l'autonomie des communautés religieuses de toute ingérence injustifiée de l'Etat, a offert aux intéressés une protection suffisante. En mettant en place un système de juridictions du travail et une juridiction constitutionnelle de contrôle des décisions prises, l'Etat a respecté ses obligations positives à l'égard des justiciables dans le domaine du droit du travail. Le requérant a eu la possibilité de porter son affaire devant le juge du travail appelé à examiner la licéité du licenciement

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

litigieux sous l'angle du droit du travail étatique en tenant compte du droit du travail ecclésiastique. La Cour fédérale du travail a jugé que les exigences de l'Eglise catholique en matière de fidélité conjugale n'étaient pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique.

La Cour ne peut que constater le caractère succinct du raisonnement des juridictions du travail en ce qui concerne les conséquences que celles-ci ont tirées du comportement du requérant. La cour d'appel du travail s'est bornée à expliquer que les fonctions de l'intéressé en tant qu'organiste et chef de chœur ne tombaient pas sous le coup du règlement fondamental, c'est-à-dire ne figuraient pas parmi celles de la catégorie d'employés qui, en cas de comportement répréhensible grave, doivent être renvoyés, mais qu'elles étaient néanmoins si proches de la mission de proclamation de l'Eglise catholique que la paroisse ne pouvait pas continuer à l'employer sans perdre toute crédibilité. Les intérêts de l'Eglise employeur ont été mis en balance non pas avec le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, mais uniquement avec celui d'être maintenu dans son emploi. En outre, le système de carte d'impôt sur le salaire ne permet pas à l'employé de dissimuler à son employeur des événements concernant son état civil, par exemple un divorce ou la naissance d'un enfant. En qualifiant le comportement du requérant de manquement grave, au sens du règlement fondamental, les juridictions du travail ont considéré le point de vue de l'Eglise employeur comme déterminant sans procéder à d'autres vérifications. Or, un examen plus circonstancié s'imposait lors de la mise en balance des droits et intérêts concurrents en jeu à l'aune du principe de proportionnalité, d'autant qu'en l'espèce le droit individuel du requérant s'opposait à un droit collectif. D'après la Cour constitutionnelle fédérale, une Eglise peut exiger de ses employés le respect de certains grands principes, mais la relation de travail fondée sur le droit civil ne se transforme pas pour autant en un statut ecclésial. En signant son contrat de travail, le requérant a accepté un devoir de loyauté envers l'Eglise catholique qui limitait jusqu'à un certain degré son droit au respect de sa vie privée; sa signature ne saurait être interprétée comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce. Les juridictions du travail ne se sont penchées qu'en marge sur le fait que le cas du requérant n'avait pas été médiatisé et que ce dernier, après quatorze ans de service pour la paroisse, ne semble pas avoir combattu les positions de l'Eglise catholique, mais semble plutôt avoir failli à leur respect dans la pratique et que le comportement litigieux relève du cœur de la vie privée du requérant. Enfin, la cour d'appel du travail s'est bornée à indiquer qu'elle ne méconnaissait pas les conséquences du licenciement pour le requérant sans toutefois préciser les éléments qu'elle avait pris en considération. Or, le fait qu'un employé licencié par un employeur ecclésial ait des possibilités limitées de trouver un nouvel emploi revêt une importance particulière comme en l'espèce lorsque la formation de l'employé licencié revêt un caractère particulier tel qu'il lui est difficile, voire impossible, de trouver un nouveau poste en dehors de l'Eglise employeur. Dès lors les juridictions du travail n'ont pas suffisamment

exposé pourquoi, d'après les conclusions de la cour d'appel du travail, les intérêts de la paroisse l'emportaient de loin sur ceux du requérant, et elles n'ont pas mis en balance les droits du requérant et ceux de l'Eglise employeur d'une manière conforme à la Convention. En conséquence, l'Etat n'a pas procuré au requérant la protection nécessaire.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41 : la Cour réserve la question de la satisfaction équitable.

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

*Rommelfanger c. Allemagne*, n° 12242/86, décision de la Commission du 6 septembre 1989, Décisions et rapports 62

*Finska Församlingen i Stockholm et Hautaniemi c. Suède*, n° 24019/94, décision de la Commission du 11 avril 1996, Décisions et rapports 85-B

*Predota c. Autriche* (déc.), n° 28962/95, 18 janvier 2000

*Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, 29 février 2000

*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, CEDH 2000-XI

*Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, n° 53678/00, CEDH 2004-X

*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI

*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I

*Griechische Kirchengemeinde München und Bayern e.V. c. Allemagne* (déc.), n° 52336/99, 18 septembre 2007

*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008

*Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06, 8 janvier 2009

*Miroļubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05, 15 septembre 2009

*Lombardi Vallauri c. Italie*, n° 39128/05, 20 octobre 2009

*Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010



**En l'affaire Schüth c. Allemagne,**

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

Peer Lorenzen, *président*,  
Renate Jaeger,  
Rait Maruste,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Ganna Yudkivska, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 31 août 2010,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 1620/03) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne dont un ressortissant, M. Bernhard Josef Schüth (« le requérant »), a saisi la Cour le 11 janvier 2003 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant est représenté par M<sup>e</sup> U. Muhr, avocate à Essen. Le gouvernement allemand (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin* au ministère fédéral de la Justice.

3. Le requérant allègue que le refus des juridictions du travail d'annuler son licenciement prononcé par l'Église catholique a enfreint l'article 8 de la Convention.

4. Le 18 mars 2008, le président de la cinquième 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 de l'affaire.

5. Tant le Gouvernement que le requérant ont déposé des observations écrites. Des observations ont également été reçues de la part du diocèse catholique d'Essen, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Les parties ont répondu à ces commentaires (article 44 § 5 du règlement).

## EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Le requérant est né en 1957 et réside à Essen.

**A. Genèse de l'affaire**

7. Le 15 novembre 1983, le requérant prit les fonctions d'organiste et de chef de chœur dans la paroisse catholique Saint-Lambert (« la paroisse »), à Essen.

8. L'article 2 de son contrat de travail daté du 30 janvier 1984 stipulait entre autres que le règlement sur le travail et la rémunération ecclésiastiques (paragraphe 37 ci-dessous), dans sa version en vigueur, faisait partie intégrante du contrat et qu'un manquement grave aux principes ecclésiastiques constituait un motif important de résiliation du contrat sans préavis, en vertu de l'article 42 de ce règlement.

9. Après l'approbation du contrat par le vicaire général de l'évêque, le requérant prêta serment en ces termes :

« Je promets de remplir mes obligations professionnelles et de respecter et d'observer les prescriptions ecclésiastiques. »

10. A partir du 1<sup>er</sup> janvier 1985, il occupa également le poste de musicien chef du doyenné et perçut un salaire mensuel brut de 5 688,18 marks allemands (environ 2 900 euros).

11. En 1994, le requérant se sépara de son épouse, mère de ses deux enfants. La séparation fut rendue publique en janvier 1995. Depuis lors, le requérant vit au même domicile que sa nouvelle compagne, qui est également sa représentante devant les juridictions du travail et la Cour.

12. Le 2 juillet 1997, après que les enfants du requérant eurent dit au jardin d'enfants que leur père allait être de nouveau papa, le doyen de la paroisse rencontra le requérant.

13. Le 15 juillet 1997, la paroisse prononça le licenciement du requérant à compter du 1<sup>er</sup> avril 1998 au motif qu'il avait enfreint les obligations de loyauté prévues à l'article 5 du règlement fondamental de l'Église catholique pour le service ecclésial (« le règlement fondamental » – paragraphe 38 ci-dessous). Au regard des principes fondamentaux de l'Église catholique consacrant les liens indissolubles du mariage, le requérant, en entretenant une liaison extraconjugale avec une autre femme qui attendait un enfant de lui, non seulement aurait commis l'adultère mais se serait également rendu coupable de bigamie.

14. A la suite du licenciement, l'épouse du requérant demanda le divorce, qui fut prononcé le 13 août 1998.



## B. Les décisions des juridictions du travail inférieures

15. Le 24 juillet 1997, le requérant saisit le tribunal du travail d'Essen.

16. Le 9 décembre 1997, le tribunal du travail accueillit la demande du requérant et constata que le licenciement du 15 juillet 1997 n'avait pas résilié le contrat de travail de l'intéressé. Rappelant les conclusions de l'arrêt de la Cour fédérale du travail du 9 avril 1997 (*Obst c. Allemagne*, n° 425/03, §§ 12-19, 23 septembre 2010) qui avait repris les critères dégagés par la Cour constitutionnelle fédérale dans son arrêt de principe du 4 juin 1985 (paragraphe 35 ci-dessous), il estima que le comportement du requérant ne justifiait pas encore (*noch nicht*) son licenciement en vertu de l'article 1 § 1 de la loi sur la protection contre le licenciement (paragraphe 36 ci-dessous). Aux yeux du tribunal, l'intéressé n'était pas soumis à des obligations de loyauté accrues (*gesteigerte Loyalitätsobligationen*) parce qu'il ne travaillait ni dans la pastorale ni dans la catéchèse, qu'il n'était pas investi d'une *missio canonica* et qu'il n'exerçait pas non plus des fonctions de collaborateur cadre (*leitender Mitarbeiter*) au sens de l'article 5 § 3 du règlement fondamental. Selon le tribunal, la partie défenderesse n'avait pas prouvé que ses fonctions de musicien chef du doyenné équivalussent à une fonction de direction ; dès lors, en application de l'article 5 §§ 1 et 2 du règlement fondamental, la paroisse aurait dû d'abord mener avec l'intéressé un entretien de clarification (*klärendes Gespräch*) ou prononcer un avertissement (*Abmahnung*) avant de recourir à la sanction la plus grave prévue que constituait le licenciement, compte tenu notamment des nombreuses années de service du requérant dans la paroisse (quatorze ans) et du fait qu'il n'avait pratiquement aucune chance de trouver un emploi sur le marché du travail séculier en tant qu'organiste. Le tribunal du travail rappela qu'un employeur ne pouvait être dispensé de recourir d'abord à un avertissement que si l'employé ne pouvait pas escompter que son comportement fût toléré par son employeur au vu de la gravité du manquement, ou s'il n'était pas disposé à se conformer à ses obligations professionnelles ou en mesure de le faire.

17. Pour le tribunal, pour autant que la paroisse reprochait au requérant d'être père d'un enfant extraconjugal, ce manquement, après quatorze ans de service, n'atteignait pas la gravité justifiant un licenciement pour ce seul motif sans avertissement préalable. L'article 5 § 4 du règlement fondamental prévoyait expressément qu'il fallait examiner la question de savoir si un collaborateur combattait les prescriptions de l'Eglise catholique ou si, tout en reconnaissant ces prescriptions, il n'avait pas réussi à les respecter dans la pratique. Le tribunal ajouta que la paroisse n'avait pas apporté la preuve que le requérant avait déclaré au doyen ne pas vouloir mettre un terme à sa relation avec sa nouvelle compagne.

18. Le 13 août 1998, la cour d'appel du travail de Düsseldorf rejeta l'appel formé par la paroisse. Elle fit siennes les conclusions du tribunal du travail tout en précisant que le motif du licenciement n'était pas la paternité d'un enfant extraconjugal, mais la relation extraconjugale durable du requérant. Elle souligna que, si la fonction occupée par le requérant au sein de l'Eglise ne tombait certes pas sous le coup de l'article 5 § 3 du règlement fondamental, le licenciement de l'intéressé demeurait néanmoins possible en vertu de l'article 5 § 4, compte tenu de la proximité de son travail avec la mission de proclamation de l'Eglise. Toutefois, après avoir formellement auditionné le requérant en tant que partie, la cour d'appel parvint à la conclusion que le licenciement souffrait d'une omission procédurale car la paroisse n'avait pas prouvé que le doyen avait tenté d'inciter le requérant à mettre un terme à sa relation extraconjugale. En raison de l'importance fondamentale de l'affaire, elle autorisa le pourvoi en cassation devant la Cour fédérale du travail.

### **C. L'arrêt de la Cour fédérale du travail**

19. Le 12 août 1999, la Cour fédérale du travail cassa l'arrêt de la cour d'appel. Elle estima que l'article 5 § 1 du règlement fondamental, qui exigeait la tenue d'un entretien de clarification, s'appliquait non seulement aux licenciements prononcés en vertu du paragraphe 2 de cet article (licenciement comme ultime mesure en cas de manquement grave) mais aussi à ceux fondés sur le paragraphe 3 (exclusion, par principe, du maintien dans le poste, et possibilité de renoncer de manière exceptionnelle au licenciement). La différence entre les deux paragraphes n'étant que graduelle, un entretien de clarification serait nécessaire dans tous les cas. En l'espèce, la Cour fédérale considéra que, compte tenu du manque de clarté des dispositions ecclésiastiques applicables au requérant quant à la question de savoir si ses fonctions le soumettaient à des obligations de loyauté accrues ou non, il n'était pas clairement établi que le requérant pouvait savoir avec une prévisibilité suffisante qu'il tombait sous le coup de l'article 5 § 3 du règlement fondamental. Si la tenue d'un entretien de clarification s'était imposée dans le cas du requérant, l'absence d'un tel entretien était donc de nature à rendre le licenciement irrégulier (*sozialwidrig*). Cependant, la Cour fédérale du travail considéra que la conclusion de la cour d'appel selon laquelle un entretien avec le requérant n'avait pas eu lieu était erronée. Sur ce point, elle estima en effet que la cour d'appel s'était abstenue à tort d'auditionner formellement aussi le doyen en tant que partie à la procédure en vue d'établir si celui-ci avait ou non essayé d'inciter le requérant à mettre un terme à sa relation extraconjugale et que, partant, l'arrêt attaqué devait être cassé. Toutefois, les faits n'ayant pas encore été suffisamment établis,

elle n'était pas en mesure de se prononcer sur la question de savoir si le licenciement du requérant était justifié. De ce fait, elle renvoya l'affaire devant la cour d'appel du travail.

20. La Cour fédérale du travail précisa en outre que, lorsqu'un employeur ecclésial concluait des contrats de travail, il utilisait non seulement la liberté contractuelle (*Privatautonomie*) soumise au droit du travail étatique, mais également la garantie institutionnelle des Eglises les autorisant à régler leurs affaires de manière autonome. Le droit du travail des Eglises trouvait de ce fait à s'appliquer conjointement avec le droit étatique. La promulgation du règlement fondamental, notamment les articles 4 et 5, traduisait le principe d'autonomie de l'Eglise catholique, prévu à l'article 137 § 3 de la Constitution de Weimar (paragraphe 34 ci-dessous). L'application du droit du travail étatique ne pouvait pas mettre en question la particularité du service ecclésial, qui était protégée par la Constitution. L'Eglise catholique était dès lors en droit de fonder ses contrats de travail sur le modèle d'une communauté de service chrétienne et, en particulier, de demander à ses employés catholiques de reconnaître et respecter les principes des prescriptions religieuses et morales catholiques, comme le prévoyait l'article 4 § 1 du règlement fondamental. La crédibilité des Eglises pouvant dépendre du comportement de leurs membres employés et de leur respect de l'ordre ecclésial, y compris dans leur mode de vie, les articles 4 et 5 du règlement fondamental stipulaient quels étaient les critères applicables pour apprécier les obligations de loyauté contractuelles et pour évaluer la gravité d'un manquement à de telles obligations.

21. La Cour fédérale du travail ajouta que la particularité des obligations de loyauté résidait dans le fait que celles-ci ne concernaient pas tant les devoirs professionnels que les comportements relevant des devoirs secondaires, voire de la vie privée. Elle releva que l'importance prééminente du mariage faisait partie intégrante des principes fondamentaux des prescriptions religieuses et morales de l'Eglise catholique. Il ne s'agissait pas seulement d'un lien et d'un contrat, mais aussi d'un sacrement. Même si l'adultère ne constituait plus un crime depuis la nouvelle version du code de droit canonique de 1983, le mariage avait gardé sa nature indissoluble, perpétuelle et exclusive.

22. La Cour fédérale du travail nota que, lorsque les juridictions du travail appliquaient le droit du travail étatique, elles étaient liées par les prescriptions des sociétés religieuses dans la mesure où ces prescriptions tenaient compte des critères reconnus par les Eglises constituées. Cependant, en appliquant ces prescriptions, les juridictions du travail ne devaient pas se mettre en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique, parmi lesquels figuraient notamment l'interdiction de l'arbitraire et les notions de « bonnes mœurs » et d'« ordre public ». Selon la jurisprudence de

la Cour constitutionnelle fédérale (paragraphe 35 ci-dessous), il appartenait aux juridictions du travail d'assurer que les sociétés religieuses n'imposent pas à leurs employés des exigences de loyauté démesurées. La Cour fédérale du travail estima que les conceptions de l'Eglise catholique quant à la fidélité dans le mariage n'étaient pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique. En effet, le mariage bénéficiait d'une protection spéciale prévue à l'article 6 de la Loi fondamentale et l'adultère était considéré comme un manquement grave au regard du droit civil. Elle rappela qu'elle avait du reste déjà exposé dans son arrêt du 24 avril 1997 que l'adultère constituait un manquement grave aux yeux de l'Eglise catholique (*Obst*, précité, § 15).

23. La Cour fédérale du travail conclut que la cour d'appel avait à raison considéré que le comportement du requérant pouvait être qualifié de manquement moral personnel grave, au sens de l'article 5 § 2 du règlement fondamental, et qu'il constituait de ce fait un motif de licenciement, au sens de l'article 1 § 2 de la loi sur la protection contre le licenciement. Elle nota que l'avis du requérant, selon lequel seul un nouveau mariage – qui, d'après la conception de l'Eglise catholique, était nul – pouvait être assimilé à un tel manquement grave, ne trouvait à s'étayer ni dans le règlement fondamental ni dans d'autres textes.

#### **D. La procédure après le renvoi de l'affaire**

24. Le 3 février 2000, statuant sur renvoi, la cour d'appel du travail de Düsseldorf accueillit l'appel de la paroisse contre le jugement du tribunal du travail du 9 décembre 1997. Après l'audition du doyen en tant que partie et après que le requérant eut concédé qu'il avait, lors de son entretien du 2 juillet 1997 avec le doyen, qualifié de définitive sa nouvelle relation avec son avocate, elle jugea que la paroisse avait prononcé le licenciement en conformité avec l'article 5 § 1 du règlement fondamental. En effet, d'après les déclarations du doyen à l'audience, déclarations qu'elle estima plus crédibles que celles du requérant, un entretien avait bien eu lieu entre les deux intéressés. Face à la position ferme du requérant en ce qui concernait sa nouvelle relation, le doyen et la paroisse avaient pu considérer à bon escient qu'un avertissement préalable était superflu.

25. La cour d'appel du travail précisa qu'elle ne méconnaissait pas les conséquences du licenciement du requérant, qui ne pourrait vraisemblablement plus exercer sa profession ni payer les mêmes sommes versées à titre d'aliments. Toutefois, elle admit que la paroisse ne pouvait continuer à employer le requérant sans perdre toute crédibilité quant au caractère obligatoire de ses prescriptions religieuses et morales. A cet égard, il fallait tenir compte du fait que, même si le requérant ne faisait pas partie du

groupe des collaborateurs soumis à des devoirs de loyauté accrus en vertu de l'article 5 § 3 du règlement fondamental, son activité était en relation étroite avec la mission de proclamation de l'Eglise. Il n'était donc guère concevable vis-à-vis du public extérieur que le requérant et le doyen continuent à célébrer la liturgie ensemble. D'après la cour d'appel du travail, les intérêts de la paroisse l'emportaient de loin sur ceux du requérant.

26. Le 29 mai 2000, la Cour fédérale du travail déclara irrecevable la demande du requérant tendant à faire admettre son pourvoi en cassation.

27. Le 8 juillet 2002, la Cour constitutionnelle fédérale n'admit pas le recours constitutionnel formé par le requérant (n° 2 BvR 1160/00) au motif qu'il n'avait pas de chances suffisantes de succès. Selon elle, les décisions attaquées ne soulevaient pas de problèmes constitutionnels au regard de son arrêt du 4 juin 1985 (paragraphe 35 ci-dessous).

28. Depuis septembre 2002, le requérant est employé comme directeur de chorale d'une paroisse protestante à Essen et dirige trois chœurs à titre bénévole.

### **E. D'autres procédures**

29. Le 22 décembre 1997, la paroisse prononça un deuxième licenciement à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1998. Le 4 décembre 1998, le tribunal du travail rejeta la demande du requérant tendant à annuler le licenciement. A ce jour, la procédure demeure pendante devant la cour d'appel du travail de Düsseldorf.

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

### **A. Le contexte général**

#### *1. Le statut des Eglises et sociétés religieuses en droit allemand*

30. Le statut des Eglises et sociétés religieuses est régi notamment par les articles 137 à 141 (articles dits ecclésiastiques – *Kirchenartikel*) de la Constitution de Weimar du 11 août 1919, qui ont été incorporés à la Loi fondamentale par le biais de l'article 140 de cette Loi. Un grand nombre d'Eglises et de sociétés religieuses, parmi lesquelles figurent l'Eglise catholique (environ 24,9 millions de membres) et l'Eglise protestante d'Allemagne (environ 24,5 millions de membres), communément appelées les deux grandes Eglises (*Grosskirchen*), disposent d'un statut de personne morale de droit public mais ne font pas pour autant partie de la puissance publique. Les autres sociétés religieuses ont la capacité juridique en vertu

du droit civil. Le statut de personne morale de droit public permet aux Eglises concernées notamment de lever l'impôt cultuel et d'employer des fonctionnaires.

31. L'Eglise catholique et l'Eglise protestante emploient plus d'un million de personnes, notamment dans leurs organisations caritatives et de bienfaisance, ce qui fait d'elles l'employeur le plus important d'Allemagne après l'Etat. Leurs grandes œuvres caritatives, la *Caritas* (catholique) et la *Diakonie* (protestante), emploient à elles seules respectivement près de 500 000 et 450 000 personnes, appelées collaborateurs. Leurs activités portent notamment sur la gestion d'hôpitaux, d'écoles, de jardins d'enfants, de maisons d'accueil pour enfants ou personnes âgées et de centres de conseil (sida, migrations, femmes en détresse). L'Eglise catholique et l'Eglise protestante comprennent leurs activités dans le domaine social comme faisant partie de leur mission de proclamation et comme la mise en pratique du commandement dictant l'amour du prochain.

32. Le droit régissant la relation de travail entre les Eglises et leurs fonctionnaires est calqué sur le droit de la fonction publique. En ce qui concerne les employés, c'est le droit du travail étatique qui s'applique, mais avec un certain nombre d'exceptions générées par le droit d'autonomie des Eglises. En vertu de ce dernier droit, celles-ci peuvent en particulier imposer à leurs employés des obligations de loyauté particulières (voir *infra*). Par ailleurs, pour ce qui est du droit du travail collectif, les Eglises et leurs institutions ne sont pas soumises au droit de cogestion de l'Etat. Considérant que leurs activités, notamment dans le domaine caritatif et de bienfaisance, sont fondées sur le modèle d'une communauté de service chrétienne, formée par l'ensemble des collaborateurs, elles n'acceptent pas les structures juridiques qui se fondent sur une opposition de principe entre employeur et employé. L'Eglise catholique et la plupart des Eglises protestantes refusent ainsi la conclusion de conventions collectives avec les syndicats, et le droit de grève ou le lock-out sont inexistantes au sein de leurs institutions. Elles ont en revanche créé leurs propres systèmes de représentation et de cogestion des collaborateurs.

33. En ce qui concerne leur financement, les Eglises et sociétés religieuses ayant le statut de personne morale de droit public sont habilitées à lever l'impôt cultuel, lequel constitue une grande partie (environ 80 %) de leur budget total. L'impôt cultuel est prélevé par les autorités fiscales étatiques pour les Eglises et sociétés religieuses, qui versent en contrepartie une indemnisation à l'Etat s'élevant à 3 à 5 % du produit de l'impôt cultuel. Cet impôt est calqué sur l'impôt sur le salaire et s'élève à 8 à 9 % de celui-ci. Il est versé directement au Trésor public par l'employeur du contribuable avec l'impôt sur le salaire. A cet effet, les communes délivrent à chaque

contribuable une carte d'impôt sur le salaire (*Lohnsteuerkarte*) que l'employé est tenu de transmettre à son employeur. La carte d'impôt comporte un certain nombre de données personnelles de l'employé, dont le régime fiscal, les abattements pour enfants à charge et l'appartenance à une Eglise ou une société religieuse habilitée à lever l'impôt culturel.

## 2. *La Loi fondamentale*

34. L'article 140 de la Loi fondamentale dispose que les articles 136 à 139 et 141 de la Constitution de Weimar du 11 août 1919 font partie intégrante de la Loi fondamentale. L'article 137 se lit ainsi :

### **Article 137**

« (1) Il n'existe pas d'Eglise d'Etat.

(2) La liberté de former des sociétés religieuses est garantie. (...)

(3) Chaque société religieuse règle et administre ses affaires de façon autonome, dans les limites de la loi applicable à tous. Elle confère ses fonctions sans intervention de l'Etat ni des collectivités communales civiles.

(4) Les sociétés religieuses acquièrent la personnalité juridique conformément aux prescriptions générales du droit civil.

(5) Les sociétés religieuses qui étaient antérieurement des collectivités de droit public conservent ce caractère. Les mêmes droits doivent être, à leur demande, accordés aux autres sociétés religieuses lorsqu'elles présentent, de par leur constitution et le nombre de leurs membres, des garanties de durée (...)

(6) Les sociétés religieuses qui sont des collectivités de droit public ont le droit de lever des impôts, sur la base des rôles civils d'impôts, dans les conditions fixées par le droit du *Land*.

(7) Sont assimilées aux sociétés religieuses les associations qui ont pour but de servir en commun une croyance philosophique.

(8) La réglementation complémentaire que pourrait nécessiter l'application de ces dispositions incombe à la législation du *Land*. »

## 3. *L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 4 juin 1985*

35. Le 4 juin 1985, la Cour constitutionnelle fédérale a rendu un arrêt de principe portant sur la validité de licenciements prononcés par des Eglises à l'encontre de leurs employés à la suite d'une violation par ceux-ci de leurs obligations de loyauté (n<sup>os</sup> 2 BvR 1703/83, 1718/83 et 856/84, arrêt publié dans le *Recueil des arrêts et décisions* de la Cour constitutionnelle fédérale, tome 70, pp. 138-173). L'objet de ces recours constitutionnels était, d'une part, le licenciement d'un médecin exerçant dans un hôpital catholique pour ses prises de position au sujet de l'avortement et, d'autre

part, celui de l'employé commercial d'un foyer pour jeunes tenu par un ordre monastique catholique en raison de son retrait de l'Eglise catholique. Après que les juridictions du travail eurent donné raison aux deux personnes licenciées, les Eglises avaient saisi la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci avait accueilli leurs recours.

La haute juridiction a rappelé que le droit des sociétés religieuses de régler leurs affaires de manière autonome dans la limite de la loi applicable à tous, consacré par l'article 137 § 3 de la Constitution de Weimar, s'appliquait non seulement aux Eglises mais aussi, indépendamment de sa forme légale, à toute institution affiliée à celles-ci et appelée à participer à leur mission. Faisait partie de cette garantie constitutionnelle le droit des Eglises de choisir le personnel nécessaire à l'accomplissement de leur mission et, partant, de conclure des contrats de travail. Lorsque les Eglises choisissaient d'exercer comme tout le monde leur liberté contractuelle, alors le droit du travail étatique trouvait à s'appliquer. Toutefois, l'applicabilité du droit du travail n'avait pas pour effet de soustraire les relations de travail au domaine des affaires propres de l'Eglise. La garantie constitutionnelle d'autonomie (*Selbstbestimmungsrecht*) des Eglises influait sur le contenu des contrats de travail. Ainsi une Eglise pouvait, dans l'intérêt de sa propre crédibilité, fonder ses contrats de travail sur le modèle d'une communauté de service chrétienne, et, partant, exiger de ses employés le respect des grands principes de ses enseignements dogmatiques et moraux et des obligations fondamentales applicables à tous ses membres. Cela ne voulait pas dire pour autant que le statut juridique d'un employé d'une Eglise était «cléricalisé». Etaient en question uniquement la nature et l'étendue des obligations de loyauté découlant des contrats de travail. La relation de travail fondée sur le droit civil ne se transformait pas en un statut ecclésial qui s'emparait de l'employé et englobait sa vie privée entière.

La Cour constitutionnelle fédérale a également précisé que la liberté des Eglises de régler leurs propres affaires s'exerçait dans les limites des lois applicables à tous, y compris les dispositions conférant une protection contre des licenciements non justifiés telles que l'article 1 de la loi sur la protection contre les licenciements et l'article 626 du code civil. Toutefois, ces dispositions ne l'emportaient pas automatiquement sur les articles dits ecclésiastiques de la Constitution de Weimar. Il y avait dès lors lieu de mettre en balance les droits divergents tout en accordant un poids particulier à l'interprétation par les Eglises de leurs propres foi et ordre juridique. La Cour constitutionnelle fédérale a poursuivi en ces termes :

«Il s'ensuit que si la garantie constitutionnelle du droit des Eglises de régler et d'administrer leurs affaires de manière autonome leur permet de fonder leurs contrats de travail sur le modèle d'une communauté de service chrétienne et de stipuler des



obligations ecclésiastiques de base, cette garantie doit être prise en considération en vertu du droit constitutionnel et son étendue doit être précisée lorsqu'il s'agit d'appliquer les dispositions portant sur la protection contre des licenciements à des licenciements pour violation des obligations de loyauté. Une application du droit du travail qui ne tiendrait pas compte des obligations des employés ecclésiastiques de respecter les principes fondamentaux de la vie chrétienne que les Eglises sont en droit d'imposer méconnaîtrait le droit constitutionnel d'autonomie des Eglises.

Par conséquent, en cas de litige, les juridictions du travail doivent appliquer les critères fixés par les Eglises concernant l'appréciation des obligations de loyauté contractuelles dans la mesure où la Constitution reconnaît aux Eglises le droit d'en décider de manière autonome. Il appartient donc par principe aux Eglises constituées [*verfasste Kirchen*] de déterminer ce qu'exigent « la crédibilité de l'Eglise et sa proclamation », ce que sont « des tâches ecclésiastiques spécifiques », ce que signifie « proximité » avec l'Eglise, ce que sont « les principes fondamentaux des prescriptions religieuses et morales » et ce qui doit être considéré comme un manquement – un manquement grave, le cas échéant – à ses prescriptions. Fait également partie des affaires régies par le droit d'autonomie des Eglises la question de savoir si et comment un système d'échelonnement des obligations de loyauté doit s'appliquer aux collaborateurs travaillant au service ecclésial.

Dans la mesure où ces prescriptions correspondent aux critères établis par les Eglises constituées, question qui doit faire l'objet d'une demande du juge aux autorités ecclésiastiques en cas de doute, les juridictions du travail sont liées par ces prescriptions à moins qu'en les appliquant elles se mettent en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique, tels que l'interdiction générale de l'arbitraire, le principe des bonnes mœurs et de l'ordre public. Il appartient dès lors aux juridictions étatiques d'assurer que les institutions ecclésiastiques n'imposent pas à leurs employés des exigences de loyauté inacceptables, susceptibles, le cas échéant, d'être contraires aux principes même de l'Eglise (...)

Si les juridictions parviennent à la conclusion qu'il y a eu violation de ces obligations de loyauté, elles doivent examiner la question de savoir si cette violation justifie objectivement un licenciement en vertu de l'article 1 de la loi sur la protection contre les licenciements et de l'article 626 du code civil (...)

## **B. Les dispositions concernant le licenciement**

36. L'article 1 §§ 1 et 2 de la loi sur la protection contre les licenciements (*Kündigungsschutzgesetz*) dispose notamment qu'un licenciement est socialement injustifié à moins d'être motivé par des raisons liées à l'employé lui-même ou à son comportement.

L'article 626 du code civil permet à chacune des parties au contrat de dénoncer la relation de travail pour des motifs importants sans préavis.

## C. Les règlements de l'Église catholique

### 1. Le règlement sur le travail et la rémunération ecclésiastiques

37. L'article 2 § 2 b) du règlement sur le travail et la rémunération ecclésiastiques (*Kirchliche Arbeits- und Vergütungsverordnung*) pour les (archi-)diocèses d'Aix-la-Chapelle (*Aachen*), d'Essen, de Cologne (*Köln*), de Münster (partie de la Rhénanie du Nord-Westphalie) et de Paderborn du 15 décembre 1971, dans sa version en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1994, demandait que le mode de vie de l'employé et des personnes vivant dans son foyer fût conforme aux principes fondamentaux des prescriptions religieuses et morales de l'Église catholique.

L'article 6 prévoyait que le respect, manifesté en paroles et en actes, des principes de l'Église catholique et un comportement conforme à celui exigé des membres du service ecclésial faisaient partie des obligations de l'employé.

L'article 42 § 1, dans sa version actuellement en vigueur, dispose notamment qu'est considéré comme motif important justifiant un licenciement sans préavis un manquement grave (*großer äusserer Verstoß*) aux principes ecclésiastiques, par exemple le fait de se retirer de l'Église (*Kirchenaustritt*).

### 2. Le règlement fondamental de l'Église catholique

38. Les articles 4 et 5 du règlement fondamental de l'Église catholique pour le service ecclésial dans le cadre des contrats de travail ecclésiaux (*Grundordnung der Katholischen Kirche für den kirchlichen Dienst im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse*), adopté par la conférence épiscopale des évêques d'Allemagne le 22 septembre 1993 et entré en vigueur dans le diocèse d'Essen le 1<sup>er</sup> janvier 1994, sont ainsi libellés dans leurs parties pertinentes en l'espèce :

#### Article 4

#### Obligations de loyauté

« 1. Les collaborateurs [*Mitarbeiterin und Mitarbeiter*] catholiques sont tenus de respecter et de se conformer aux principes fondamentaux des prescriptions religieuses et morales catholiques. Le témoignage d'une vie personnelle menée en conformité avec ces principes s'avère important en particulier s'agissant des collaborateurs qui œuvrent dans la pastorale, dans la catéchèse ou dans l'éducation ou qui sont investis d'une *missio canonica*. Ces obligations s'appliquent également aux collaborateurs exerçant une fonction de cadre supérieur.

(...)

4. Les collaborateurs doivent d'abstenir de toute attitude hostile à l'égard de l'Eglise. Ils sont tenus de ne pas mettre en péril, de par leur mode de vie personnel ou leur comportement professionnel, la crédibilité de l'Eglise [catholique] et de l'institution dans laquelle ils travaillent.»

## Article 5

### Manquements aux obligations de loyauté

« 1. Si un collaborateur ne répond plus aux critères d'emploi, l'employeur doit essayer par la discussion d'empêcher de façon durable le manquement en cause. Il lui faut examiner la question de savoir si, pour mettre fin à ce manquement aux obligations, un entretien de clarification [*klärendes Gespräch*], un avertissement [*Abmahnung*], un blâme formel ou toute autre mesure (mutation, modification de contrat) s'avèrent appropriés. Un licenciement peut être envisagé en dernier recours.

2. L'Eglise considère comme étant graves et justifiant un licenciement pour des raisons spécifiquement ecclésiales [*Kündigung aus kirchenspezifischen Gründen*] les manquements au devoir de loyauté suivants :

- une violation des obligations prévues aux articles 3 et 4 du règlement, en particulier le retrait de l'Eglise et la défense publique de positions contraires aux principes porteurs de l'Eglise catholique (par exemple à propos de l'avortement), et des manquements moraux personnels graves [*schwerwiegende persönliche sittliche Verfehlungen*];
- le fait d'avoir contracté un mariage nul au regard de la foi et de l'ordre juridique de l'Eglise tels qu'interprétés par elle (...)

3. L'existence d'un des comportements qui figurent au paragraphe 2 de cet article et qui sont considérés en règle générale comme des motifs de licenciement exclut la possibilité de maintenir le collaborateur dans son poste s'il travaille dans le domaine de la pastorale ou de la catéchèse, s'il exerce les fonctions de cadre ou s'il est investi d'une *missio canonica*. L'employeur peut, de manière exceptionnelle, renoncer à prononcer un licenciement si les circonstances de la cause font apparaître le licenciement comme inadéquat.

4. Sous réserve qu'il appartienne à l'une des catégories mentionnées au paragraphe 3 [du règlement], la possibilité de maintenir un collaborateur dans son poste dépend par ailleurs des circonstances de l'espèce, en particulier de l'étendue du risque que la crédibilité de l'Eglise ou de son institution soit mise en cause, de la charge qui pèse sur la communauté de service ecclésiale, de la nature de l'institution et de sa tâche, de la proximité de l'institution avec la mission de proclamation de l'Eglise, de la position du collaborateur au sein de l'institution ainsi que de la nature et de la gravité du manquement en cause aux obligations de loyauté. Il faut également tenir compte de la question de savoir si un collaborateur combat les prescriptions de l'Eglise ou si, tout en les reconnaissant, il a failli à leur respect dans la pratique.»

## D. Les réglementations de l'Église protestante concernant l'emploi de musiciens d'église

39. En vertu de l'article 2 § 3 de la loi ecclésiastique sur la musique religieuse<sup>1</sup> du 15 juin 1996, un musicien d'église employé par l'Église protestante doit en principe faire partie d'une Église qui est membre de l'Église protestante d'Allemagne ou en union ecclésiastique avec celle-ci. En vertu de l'article 21 § 2 de cette loi combiné avec l'article 7 § 1 de la loi d'application de celle-ci du 13 novembre 1997<sup>2</sup>, une personne ne remplissant pas ce critère peut néanmoins être embauchée, de manière exceptionnelle, sur un poste de musicien d'église en emploi secondaire (*Nebenamt*) si elle est membre d'une Église chrétienne appartenant à la Communauté de travail des Églises chrétiennes d'Allemagne (*Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland*), dont fait partie l'Église catholique romaine. D'après le règlement du 18 novembre 1988 régissant le service des musiciens d'église<sup>3</sup>, la durée moyenne de travail hebdomadaire d'un tel musicien en emploi secondaire est inférieure à dix-huit heures.

## E. Les dispositions légales concernant l'égalité de traitement

### 1. La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000

40. La directive 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (« la directive ») expose :

Considérant (24)

« L'Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam, qu'elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu'elle respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles. Dans cette perspective, les États membres peuvent maintenir ou prévoir des dispositions spécifiques sur les exigences professionnelles essentielles, légitimes et justifiées susceptibles d'être requises pour y exercer une activité professionnelle. »

1. Titre original: *Kirchengesetz über den kirchenmusikalischen Dienst in der Evangelischen Kirche der Union (EKU) (Kirchenmusikgesetz)*.

2. Titre original: *Kirchengesetz zur Ausführung und Ergänzung des Kirchengesetzes über den kirchenmusikalischen Dienst in der EKU (Ausführungsgesetz zum Kirchenmusikgesetz)*.

3. Titre original: *Ordnung für den Dienst nebenamtlicher Kirchenmusiker*.

## **Article 4**

### **Exigences professionnelles**

« 1. (...) les Etats membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur [la religion ou les convictions] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

2. Les Etats membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur (...) ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'Eglises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. (...)

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des Eglises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation. »

#### *2. La loi générale sur l'égalité de traitement*

41. Le législateur allemand a transposé la directive dans l'ordre juridique interne en adoptant la loi générale sur l'égalité de traitement (*Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) du 14 août 2006, dont l'article 9 est ainsi libellé :

« (1) Sans préjudice des dispositions de l'article 8 [de cette loi], des différences de traitement fondées sur la religion ou une croyance philosophique sont également admises dans le cas d'un emploi par des sociétés religieuses, par les institutions affiliées à ces dernières, indépendamment de leur forme juridique, ou par des associations qui ont pour but de servir en commun une religion ou une croyance philosophique, lorsque, compte tenu de la conception propre de la société religieuse ou de l'association, une religion ou une croyance philosophique déterminée répond à une exigence professionnelle justifiée au regard du droit d'autonomie [de la société religieuse ou de l'association] ou au regard de la nature de ses activités.

(2) L'interdiction de différences de traitement fondées sur la religion ou une croyance philosophique n'affecte pas le droit des sociétés religieuses, des institutions affiliées à ces dernières, indépendamment de leur forme juridique, ou des associations qui ont pour

but de servir en commun une religion ou une croyance philosophique mentionnées au paragraphe précédent de pouvoir exiger de leurs employés un comportement loyal et sincère au sens de leur conception propre.»

42. Le 31 janvier 2008, la Commission européenne a adressé une lettre de mise en demeure à la République fédérale d'Allemagne (procédure n° 2007/2362) concernant la transposition de la directive 2000/78/CE en droit interne et portant entre autres sur le «licenciement non couvert par la loi contre la discrimination». Elle a relevé que, alors que la directive ne permettait un traitement différent que si la religion ou les convictions constituaient une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation, l'article 9 § 1 de la loi générale sur l'égalité de traitement prévoyait un traitement différent aussi lorsque la religion ou la croyance constituaient une exigence professionnelle justifiée uniquement au regard de son droit d'autonomie et de la conception propre de la société religieuse ou de l'association, sans avoir égard à la nature de l'activité. D'après la Commission européenne, pareille différence n'étant pas couverte par les termes de la directive, cette façon de transposer ne correspondait pas aux objectifs de celle-ci. Une telle transposition aurait pour conséquence qu'une société religieuse pouvait imposer une exigence professionnelle du seul fait de son droit d'autonomie et sans que cette exigence pût être soumise à un examen de proportionnalité au regard de l'activité concrète. En outre, alors que l'article 4 § 2 de la directive expose la question en termes d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, l'article 9 § 1 de la loi générale sur l'égalité de traitement réduirait cette notion à celle d'exigence professionnelle justifiée et affaiblirait ainsi les objectifs de la directive. La Commission européenne a également estimé que, si l'éthique particulière d'une organisation jouait certes un rôle dans la détermination de l'exigence professionnelle, elle ne devait pas être le seul critère, car si elle l'était, la réglementation allemande risquerait de ne pas garantir cette différenciation et, même en ce qui concernait des activités d'assistance simples, des exigences particulières relatives à l'appartenance religieuse pourraient être imposées.

Le 29 octobre 2009, la Commission européenne a adressé un avis motivé à l'Allemagne. Il ressort d'un communiqué de presse publié le même jour (IP/09/1620) que dans cet avis la Commission mettait entre autres en exergue que la protection contre les licenciements discriminatoires n'était pas intégrée dans la législation allemande de lutte contre la discrimination. Ni la réponse du Gouvernement à la lettre de mise en demeure, ni l'avis motivé de la Commission ni la réponse du Gouvernement à cet avis n'ont été rendus publics à ce jour.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

43. Le requérant se plaint d'avoir été licencié au seul motif qu'il avait noué une relation extraconjugale avec sa nouvelle compagne. Il invoque l'article 8 de la Convention, dont la partie pertinente en l'espèce est ainsi libellée :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection des droits et libertés d'autrui. »

44. Le Gouvernement combat cette thèse.

#### **A. Sur la recevabilité**

45. La Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

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

##### *1. Observations des parties*

###### **a) Le requérant**

46. Le requérant soutient que les juridictions du travail se sont livrées à une appréciation et une mise en balance insuffisantes des intérêts en jeu. Ce procédé s'inscrirait dans un automatisme jurisprudentiel en la matière en faveur des Eglises, qui bénéficient selon l'intéressé d'un statut privilégié en droit allemand, dont aucune autre association de bienfaisance ne jouirait. Ses droits au respect de sa vie privée ou de sa sphère intime n'auraient pas été examinés par le juge du travail. Or, selon le requérant, l'article 8 de la Convention lui confère le droit d'abandonner un mode de vie et d'en commencer un nouveau. L'intéressé soutient que, s'il ne met pas en cause le droit des Eglises de régler leurs affaires de manière autonome, ce droit ne peut aller jusqu'à forcer leurs employés à respecter des préceptes au-delà de la sphère professionnelle. Il affirme que les juridictions du travail ont élargi leur jurisprudence de manière totalement imprévisible, un licenciement ne

pouvant jusqu'à présent, selon lui, être prononcé qu'en cas de remariage, et non en raison d'une relation intime extraconjugale. Compte tenu du nombre de prescriptions ecclésiastiques, il y aurait un manque de prévisibilité à cet égard et le licenciement dépendrait en fin du compte des seules vues de chacun des directeurs des ressources humaines. Le rôle du juge du travail se limiterait ainsi à exécuter la volonté de l'employeur ecclésiastique. D'après le requérant, la conséquence de cette tendance est que l'employeur et le juge du travail sont appelés à s'immiscer de plus en plus dans la vie privée des employés pour établir et apprécier les faits servant de base au licenciement. Par ailleurs, le fait que l'un ou l'autre employé échoue à respecter à la lettre certaines prescriptions ecclésiastiques n'ébranlerait pas la crédibilité d'une Eglise, mais ne serait que la manifestation de la condition humaine de l'individu en question.

47. Le requérant souligne qu'il n'a pas renoncé à sa sphère privée en signant son contrat de travail avec l'Eglise catholique. Faisant valoir l'autorité dont serait investi tout employeur lors d'une embauche, il ajoute que de toute manière il n'était pas en mesure de faire enlever l'article 2 du contrat de travail et que cette disposition n'était du reste qu'une clause standard. De plus, il affirme qu'au moment de la signature du contrat, en 1983, il était dans l'incapacité de prévoir qu'il se séparerait un jour de son épouse. Quoiqu'il en soit, n'étant ni un fonctionnaire ecclésial ni un clerc mais un simple collaborateur au sein du service liturgique n'assumant aucune responsabilité pastorale, il n'aurait pas été soumis à des obligations de loyauté accrues. Que la musique joue un rôle particulier dans la liturgie, le requérant en convient, mais à ses yeux chaque fidèle célébrerait la liturgie avec ses chants et prières dans la même mesure que l'organiste. L'intéressé rappelle aussi que le règlement fondamental n'est entré en vigueur que dix ans après la signature de son contrat de travail ; il ne serait dès lors pas inclus dans le contrat et ne pourrait de ce fait servir de base légale à un licenciement.

48. Par ailleurs, le requérant affirme que, à la différence des intéressés dans les affaires ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale (paragraphe 35 ci-dessus), il ne s'est pas opposé publiquement à un principe moral ni n'a fait preuve d'un comportement hostile à l'égard de l'Eglise catholique et des prescriptions morales de celle-ci. Au contraire, il continuerait à être catholique et ne mettrait pas en cause le caractère sacramentel du mariage aux yeux de l'Eglise catholique. Cependant, la séparation inéluctable (*schicksalhaft*) d'avec son épouse pour des raisons strictement personnelles relèverait exclusivement de sa sphère privée. Il ne se serait par ailleurs pas remarié. On ne pourrait exiger de lui, comme le ferait le code canonique, qu'à la suite de sa séparation et de son divorce il menât une vie d'abstinence jusqu'à la fin de ses jours. Il accepterait les conséquences



intra-ecclésiales de son choix (impossibilité de recevoir la communion), mais son licenciement serait une conséquence trop lourde. Le requérant soutient enfin que la marge d'appréciation invoquée par le Gouvernement n'existe pas car le public en Allemagne serait de moins en moins sensible aux affaires de remariage, et que la directive européenne 2000/78/CE ne traite que de la question de l'embauche et non pas de celle du licenciement intervenant après de longues années de service. Rappelant sa formation de musicien catholique, il fait aussi état de ses difficultés à trouver un travail ailleurs qu'au sein de l'Eglise catholique. En ce qui concerne son emploi actuel dans une paroisse protestante, il indique qu'il ne peut travailler qu'à mi-temps du fait de son appartenance à la religion catholique.

**b) Le Gouvernement**

49. Le Gouvernement soutient que l'Eglise catholique dont fait partie la paroisse Saint-Lambert, en dépit de son statut de personne morale de droit public, ne relève pas de la puissance publique. Il n'y aurait donc eu aucune ingérence de la part des pouvoirs publics dans les droits du requérant. Le manquement allégué des juridictions du travail pourrait dès lors être examiné uniquement sous l'angle des obligations positives de l'Etat. Or, compte tenu de l'absence d'une pratique commune à tous les Etats membres dans ce domaine, la marge d'appréciation serait ample, d'autant qu'il s'agirait ici d'une matière qui touche aux sentiments, traditions et domaine religieux. Le Gouvernement rappelle que la Commission européenne des droits de l'homme a par ailleurs confirmé les considérants de la Cour constitutionnelle fédérale, établis dans son arrêt du 4 juin 1985, auxquels la Cour fédérale du travail s'est référée dans la présente affaire (*Rommelfanger c. Allemagne*, n° 12242/86, décision de la Commission du 6 septembre 1989, Décisions et rapports (DR), pp. 62, 151).

50. Le Gouvernement expose ensuite que les juridictions du travail, appelées à trancher un litige entre deux personnes investies de droits, devaient mettre en balance l'intérêt du requérant avec le droit de l'Eglise catholique à régler ses affaires de manière autonome en vertu de l'article 137 de la Constitution de Weimar. Selon lui, le juge du travail, en appliquant les dispositions légales relatives au licenciement, était tenu de prendre en compte les principes définis par l'Eglise catholique car, en vertu de leur droit d'autonomie, il appartenait aux Eglises et communautés religieuses elles-mêmes de définir les obligations de loyauté que leurs employés devaient respecter dans le but de sauvegarder la crédibilité desdites Eglises et communautés. Le Gouvernement rappelle que, cela étant, la prise en considération des préceptes ecclésiastiques n'est pas sans limite et que le

juge étatique ne peut appliquer un précepte qui va à l'encontre des principes généraux de l'ordre juridique. Autrement dit, selon lui, si les employeurs ecclésiastiques peuvent certes prescrire des obligations de loyauté à leurs employés, il ne leur revient pas de déterminer quels sont les motifs de licenciement, ce qui relève de l'interprétation par le juge des dispositions législatives concernant la protection contre les licenciements.

51. La Cour fédérale du travail et, par la suite, la cour d'appel du travail auraient appliqué ces principes à la présente espèce et dûment pesé les intérêts en jeu, en prenant en considération notamment la nature du poste qu'occupait le requérant, la gravité du manquement d'après la perception de l'Eglise catholique et la perte de crédibilité de l'Eglise catholique en cas de maintien du requérant dans ses fonctions. Le Gouvernement ajoute que, si un licenciement constitue effectivement la sanction la plus dure (*ultima ratio*) en droit du travail allemand, une mesure moins grave, telle qu'un avertissement, n'était pas indiquée en l'espèce car, selon lui, le requérant ne pouvait pas douter que son employeur ne tolérerait pas son comportement. Il rappelle que l'intéressé, lors de la signature volontaire de son contrat de travail, a consenti en toute liberté à la limitation de ses droits, ce qui serait possible au regard de la Convention (*Rommelfanger*, décision précitée) et, partant, a accepté le risque de sanctions professionnelles découlant de certains comportements. Il se dit convaincu que, compte tenu de la durée de son emploi, le requérant était conscient de l'importance fondamentale que l'indissolubilité du mariage revêtait au sein de l'Eglise catholique et des conséquences que son adultère pouvait entraîner. Le fait que les obligations pouvaient avoir des conséquences sur la vie privée du requérant serait caractéristique des contrats conclus entre des employeurs ecclésiastiques et leurs collaborateurs. Le Gouvernement affirme enfin que l'applicabilité du règlement fondamental, qui ne prescrivait d'ailleurs pas des obligations de loyauté d'une portée particulière, n'a pas fait l'objet de discussions devant les juridictions internes et ne peut donc pas être mise en question désormais devant la Cour. S'il est vrai que ce règlement n'est entré en vigueur qu'en septembre 1993, les paragraphes 2 et 6 du règlement sur le travail et la rémunération ecclésiastiques du 15 décembre 1971 (paragraphe 37 ci-dessus) dont l'applicabilité au contrat de travail ne fait selon lui pas de doute, auraient déjà fait référence aux principes fondamentaux des prescriptions religieuses et morales de l'Eglise catholique et, ultérieurement, aussi au règlement fondamental de 1993. Au demeurant, le requérant aurait trouvé un nouvel emploi, et ce dans une paroisse de l'Eglise protestante à Essen.

c) **La tierce partie intervenante**

52. Le diocèse catholique d'Essen souscrit pour l'essentiel aux conclusions du Gouvernement, tout en indiquant qu'un constat de violation de la Convention s'analyserait en une grave ingérence qui aurait des conséquences non seulement pour le diocèse, mais également pour l'ensemble des contrats de travail (selon lui au nombre de 1,2 à 1,4 million) de l'Eglise catholique ainsi que de l'Eglise protestante. Selon lui, les employeurs ecclésiastiques ne pourraient alors plus demander à leurs employés de respecter des obligations professionnelles particulières répondant à leurs missions spécifiques. Le diocèse souligne que la séparation du requérant d'avec son épouse et sa relation avec une autre femme ne se concilient pas avec le caractère sacramental du mariage aux yeux de l'Eglise catholique. Plus qu'un simple contrat, le mariage serait un sacrement constituant un lien indissoluble et visant à une communauté à vie. Le diocèse insiste aussi sur le rôle particulier de la musique dans la liturgie catholique, qui serait loin de n'être qu'un fond sonore. Le choix de la personne en charge de la musique du fait de la proximité de celle-ci avec la mission de proclamation de l'Eglise devrait dès lors revenir à l'Eglise seule et être effectué en fonction des propres critères de celle-ci, y compris des exigences morales, et serait d'ailleurs l'expression de l'exercice de la liberté de religion. Le diocèse ajoute que, avec l'adoption de son règlement fondamental, l'Eglise catholique a mis en place un système différencié. Les décisions prises en vertu de ce règlement seraient par ailleurs entièrement soumises à un contrôle judiciaire étatique.

2. *L'appréciation de la Cour*

53. La Cour rappelle que la notion de «vie privée» est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Cette notion recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et englobe parfois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, dont le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables, le droit au «développement personnel» ou le droit à l'autodétermination en tant que tel. La Cour rappelle également que des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 43, 22 janvier 2008, et *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06, § 100, 8 janvier 2009).

54. En l'espèce, la Cour observe d'abord que le requérant ne se plaint pas d'une action de l'Etat mais d'un manquement de celui-ci à protéger sa sphère privée contre l'ingérence de son employeur. A ce propos, elle rappelle que l'Eglise catholique, en dépit de son statut de personne morale de droit public en droit allemand, n'exerce aucune prérogative de puissance

publique (*Rommelfanger*, décision précitée, et aussi, *mutatis mutandis*, *Finska Församlingen i Stockholm et Hautaniemi c. Suède*, décision de la Commission du 11 avril 1996, n° 24019/94, DR 85-B, p. 94, et *Predota c. Autriche* (déc.), n° 28962/95, 18 janvier 2000).

55. Elle réaffirme ensuite que, si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée. Celles-ci peuvent nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. Si la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au regard de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, §§ 75-76, CEDH 2007-I, et *Rommelfanger*, décision précitée; voir aussi *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, § 38, 29 février 2000).

56. La Cour rappelle en outre que la marge d'appréciation reconnue à l'Etat est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative aux intérêts en jeu ou sur les meilleurs moyens de les protéger. De façon générale, la marge d'appréciation est également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention (*Evans*, précité, § 77).

57. La question principale qui se pose en l'espèce est donc de savoir si l'Etat était tenu, dans le cadre de ses obligations positives découlant de l'article 8, de reconnaître au requérant le droit au respect de sa vie privée contre la mesure de licenciement prononcée par l'Eglise catholique. Dès lors, c'est en examinant la mise en balance effectuée par les juridictions du travail allemandes de ce droit du requérant avec le droit de l'Eglise catholique découlant des articles 9 et 11 que la Cour devra apprécier si la protection offerte au requérant a atteint ou non un degré suffisant.

58. A cet égard, la Cour rappelle que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées et que, lorsque l'organisation d'une telle communauté est en cause, l'article 9 doit s'interpréter à la lumière de l'article 11 de la Convention, qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'Etat. En effet, l'autonomie de telles communautés, indispensable au pluralisme dans une société démocratique, se trouve au cœur même de la protection

offerte par l'article 9. La Cour rappelle en outre que, sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci (*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, §§ 62 et 78, CEDH 2000-XI). Enfin, lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 109 CEDH 2005-XI).

59. La Cour relève d'abord qu'en mettant en place un système de juridictions du travail ainsi qu'une juridiction constitutionnelle compétente pour contrôler les décisions rendues par celles-ci, l'Allemagne a en principe respecté ses obligations positives à l'égard des justiciables dans le domaine du droit du travail, domaine où les litiges touchent d'une manière générale les droits des intéressés découlant de l'article 8 de la Convention. Ainsi, en l'espèce, le requérant a eu la possibilité de porter son affaire devant le juge du travail appelé à examiner la licéité du licenciement litigieux sous l'angle du droit du travail étatique en tenant compte du droit du travail ecclésiastique, et à mettre en balance les intérêts divergents du requérant et de l'Eglise employeur.

60. La Cour note ensuite que la Cour fédérale du travail, dans son arrêt du 12 août 1999, s'est amplement référée aux principes établis par la Cour constitutionnelle fédérale dans son arrêt du 4 juin 1985 (paragraphe 35 ci-dessus). La Cour fédérale du travail a notamment rappelé que l'applicabilité du droit du travail étatique n'avait pas pour effet de soustraire les relations de travail du domaine des affaires propres des Eglises. L'Eglise catholique pouvait dès lors fonder ses contrats de travail sur le modèle d'une communauté de service chrétienne et demander à ses employés de reconnaître et respecter les principes fondamentaux de ses prescriptions religieuses et morales car sa crédibilité pouvait en dépendre. La Cour fédérale du travail a cependant précisé que le juge du travail n'était lié par ces principes fondamentaux qu'à la condition que les prescriptions tiennent compte de celles établies par les Eglises constituées et qu'elles ne soient pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique, dont, aux yeux de la Cour, font généralement partie les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention et, en particulier, le droit au respect de la vie privée.

61. En ce qui concerne l'application de ces critères au cas du requérant, la Cour observe que le tribunal du travail a estimé que la paroisse ne pouvait décider de licencier le requérant sans prononcer au préalable une sanction moins sévère, comme l'exigeait le règlement fondamental. D'après le tribunal,

le manquement du requérant, à savoir la paternité d'un enfant extraconjugal, n'atteignait pas la gravité susceptible de justifier un licenciement pour ce seul motif. La cour d'appel du travail, tout en confirmant le jugement du tribunal du travail, a précisé que le comportement reproché au requérant était sa relation extraconjugale durable, qui s'analysait en un manquement moral personnel grave, au sens de l'article 5 § 2 du règlement fondamental, et qui justifiait son licenciement en raison de la proximité de son travail avec la mission de proclamation de l'Eglise. D'après la cour d'appel du travail, le requérant, de par ses fonctions, contribuait en effet à une digne célébration de l'eucharistie, événement liturgique central de l'Eglise catholique.

62. La Cour note que, si la Cour fédérale du travail, quant à elle, a cassé l'arrêt de la cour d'appel du travail, elle a toutefois confirmé les conclusions de celle-ci en ce qui concerne la qualification du comportement du requérant au regard du règlement fondamental. Sur ce point, la haute juridiction a rappelé que la conception de l'Eglise catholique concernant la fidélité dans le mariage n'était pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique car le mariage revêtait une importance prééminente aussi dans d'autres religions et bénéficiait d'une protection spéciale par la Loi fondamentale. Elle a également estimé que l'avis du requérant, selon lequel seul un nouveau mariage pouvait être assimilé à un manquement grave, ne trouvait à s'étayer ni dans le règlement fondamental ni dans d'autres textes.

63. La Cour relève enfin que la cour d'appel du travail, après le renvoi de l'affaire, a souligné qu'elle ne méconnaissait pas les conséquences du licenciement pour le requérant. Néanmoins, la cour d'appel a considéré que, même si le requérant risquait de ne plus trouver à exercer sa profession, la paroisse ne pouvait pas pour autant continuer à employer cet organiste sans perdre toute crédibilité quant au caractère obligatoire de ses prescriptions religieuses et morales: l'activité du requérant était en lien si étroit avec la mission de proclamation de l'Eglise qu'il n'était guère concevable à l'égard du public extérieur que lui et le doyen pussent continuer à célébrer la liturgie ensemble.

64. Dans la mesure où le requérant soutient que le règlement fondamental ne trouvait pas à s'appliquer à son cas, la Cour note que l'applicabilité de ce règlement, contrairement à l'applicabilité d'autres textes ecclésiastiques invoqués par la paroisse au cours de la procédure de licenciement, n'a pas été mise en doute devant les juridictions du travail qui, en ce qui concerne le tribunal du travail et la cour d'appel du travail, ont par ailleurs appliqué ledit règlement en faveur du requérant en constatant que le licenciement n'avait pas résilié le contrat de travail. Elle observe au demeurant que le règlement sur le travail et la rémunération ecclésiastiques, qui, comme le souligne le Gouvernement, renvoyait aux principes fondamentaux des prescriptions

religieuses et morales de l'Église catholique, faisait partie intégrante du contrat de travail.

65. En ce qui concerne la conclusion des juridictions du travail, selon laquelle le licenciement était justifié au regard du règlement fondamental, la Cour rappelle que c'est en premier lieu au juge national qu'il incombe d'interpréter et d'appliquer le droit interne (*Griechische Kirchengemeinde München und Bayern e. V. c. Allemagne* (déc.), n° 52336/99, 18 septembre 2007, et *Miroļubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05, § 91, 15 septembre 2009). Elle rappelle toutefois que, si elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes, il n'en demeure pas moins qu'il lui appartient de vérifier la compatibilité avec la Convention des effets des conclusions du juge national (voir, *mutatis mutandis*, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, n° 53678/00, § 49, CEDH 2004-X, *Miroļubovs et autres*, précité, § 91, et *Lombardi Vallauri c. Italie*, n° 39128/05, § 42, 20 octobre 2009).

66. Quant à l'application à la situation concrète du requérant des critères rappelés par la Cour fédérale du travail, la Cour ne peut que constater le caractère succinct du raisonnement des juridictions du travail en ce qui concerne les conséquences que celles-ci ont tirées du comportement du requérant (voir, *a contrario*, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, § 49, 23 septembre 2010). La cour d'appel du travail s'est en effet bornée à expliquer que les fonctions de l'intéressé en tant qu'organiste et chef de chœur ne tombaient pas sous le coup de l'article 5 § 3 du règlement fondamental, mais qu'elles étaient néanmoins si proches de la mission de proclamation de l'Église catholique que la paroisse ne pouvait pas continuer à employer ce musicien sans perdre toute crédibilité et qu'il n'était guère concevable à l'égard du public extérieur que lui et le doyen pussent continuer à célébrer la liturgie ensemble.

67. La Cour relève d'abord que, dans leurs conclusions, les juridictions du travail n'ont fait aucune mention de la vie de famille de fait du requérant ni de la protection juridique dont celle-ci bénéficiait. Les intérêts de l'Église employeur n'ont ainsi pas été mis en balance avec le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention, mais uniquement avec son intérêt d'être maintenu dans son emploi (voir également à cet égard les conclusions de la Cour constitutionnelle fédérale dans son arrêt du 4 juin 1985 – paragraphe 35 ci-dessus).

La Cour note aussi qu'en raison du système de carte d'impôt sur le salaire (paragraphe 33 ci-dessus), l'employé n'est pas en mesure de dissimuler à son employeur des événements concernant son état civil, par exemple un divorce ou la naissance d'un enfant. Par conséquent, un événement susceptible de constituer un manquement aux obligations de loyauté est dans tous les cas

porté à la connaissance de l'Église employeur, même en l'absence d'une médiatisation ou de répercussions publiques de l'affaire.

68. La Cour observe ensuite que, en qualifiant le comportement du requérant de manquement grave, au sens de l'article 5 § 2 du règlement fondamental, les juridictions du travail ont considéré le point de vue de l'Église employeur comme déterminant à cet égard et que, d'après la Cour fédérale du travail, l'opinion contraire du requérant ne trouvait à s'étayer ni dans le règlement fondamental ni dans d'autres textes ecclésiastiques. Elle considère que cette manière de procéder ne soulève pas en soi un problème au regard de sa jurisprudence (paragraphe 58 ci-dessus).

69. Elle relève cependant que la cour d'appel du travail n'a pas examiné la question de la proximité de l'activité du requérant avec la mission de proclamation de l'Église, mais qu'elle semble avoir repris, sans procéder à d'autres vérifications, l'opinion de l'Église employeur sur ce point. Or, dès lors qu'il s'agissait d'un licenciement intervenu à la suite d'une décision du requérant concernant sa vie privée et familiale, protégée par la Convention, la Cour considère qu'un examen plus circonstancié s'imposait lors de la mise en balance des droits et intérêts concurrents en jeu (*Obst* précité, §§ 48-51), d'autant qu'en l'espèce le droit individuel du requérant s'opposait à un droit collectif. En effet, si, au regard de la Convention, un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur une croyance philosophique peut certes imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques, une décision de licenciement fondée sur un manquement à une telle obligation ne peut pas être soumise, au nom du droit d'autonomie de l'employeur, uniquement à un contrôle judiciaire restreint, effectué par le juge du travail étatique compétent, sans que soit prise en compte la nature du poste de l'intéressé et sans qu'il soit procédé à une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe de proportionnalité.

70. La Cour observe également à ce propos que la transposition par l'Allemagne de la directive 2000/78/CE dans son ordre juridique interne a fait, en ce qui concerne certains points, l'objet d'une réclamation par la Commission européenne pour des motifs comparables (paragraphe 40-42 ci-dessus).

Elle note aussi que, d'après les principes établis par la Cour constitutionnelle fédérale, une Église peut exiger de ses employés le respect de certains grands principes, mais que cela ne signifie pas pour autant que le statut juridique d'un employé d'une Église soit «cléricalisé» et que la relation de travail fondée sur le droit civil se transforme en un statut ecclésial qui s'empare de l'employé et englobe sa vie privée entière (paragraphe 35 ci-dessus).



71. La Cour admet que le requérant, en signant son contrat de travail, a accepté un devoir de loyauté envers l'Église catholique qui limitait jusqu'à un certain degré son droit au respect de sa vie privée. De telles limitations contractuelles sont autorisées par la Convention si elles sont librement acceptées (*Rommelfanger*, décision précitée). La Cour considère cependant que l'on ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce. Une telle interprétation affecterait le cœur même du droit au respect de la vie privée de l'intéressé, d'autant que, comme les juridictions du travail l'ont constaté, le requérant n'était pas soumis à des obligations de loyauté accrues (voir, *a contrario*, *Obst* précité, § 50). A ce propos, le requérant a exposé qu'il n'avait pu éviter la séparation d'avec son épouse pour des raisons strictement personnelles et qu'il ne lui était pas possible de vivre dans l'abstinence jusqu'à la fin de ses jours, comme l'exigerait le code canonique de l'Église catholique.

72. La Cour observe aussi que les juridictions du travail, à l'exception du tribunal du travail, ne se sont penchées qu'en marge sur le fait que, à la différence des affaires dont la Cour constitutionnelle fédérale avait été saisie qui concernaient entre autres le licenciement d'une personne à raison de ses déclarations en public contre la position morale de son Eglise employeur (*Rommelfanger*, décision précitée), le cas du requérant n'avait pas été médiatisé et que ce dernier, après quatorze ans de service pour la paroisse, ne semble pas avoir combattu les positions de l'Église catholique, mais semble plutôt avoir failli à leur respect dans la pratique (voir l'article 5 § 4 du règlement fondamental, paragraphe 38 ci-dessus) et que le comportement litigieux en l'espèce relève du cœur de la vie privée du requérant.

73. La Cour relève enfin que la cour d'appel du travail s'est bornée à indiquer qu'elle ne méconnaissait pas les conséquences du licenciement pour le requérant sans toutefois préciser les éléments qu'elle avait pris en considération à cet égard lors de la mise en balance des intérêts en jeu (voir, *a contrario*, *Obst* précité, §§ 48 et 51). Or, aux yeux de la Cour, le fait qu'un employé licencié par un employeur ecclésial ait des possibilités limitées de trouver un nouvel emploi revêt une importance particulière. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'employeur occupe de fait une position prédominante dans un secteur d'activités donné et qu'il bénéficie de certaines dérogations à la législation générale, comme c'est le cas des deux grandes Eglises dans certaines régions en Allemagne, notamment dans le domaine social (par exemple jardins d'enfants et hôpitaux – paragraphes 30-32 ci-dessus), ou lorsque la formation de l'employé licencié revêt un caractère particulier tel qu'il lui est difficile, voire impossible, de trouver un nouveau poste en dehors de l'Église employeur, ce qui est le cas dans la présente affaire. A ce propos, la Cour

note que la réglementation de l'Église protestante concernant les musiciens d'église (paragraphe 39 ci-dessus) ne permet l'embauche d'une personne qui n'est pas membre d'une Église protestante que de manière exceptionnelle et uniquement dans le cadre d'un emploi secondaire. Le cas du requérant le confirme d'ailleurs. La Cour rappelle au demeurant que, en raison du système de la carte d'impôt sur le salaire qu'un employé doit présenter et qui contient un certain nombre de données personnelles (paragraphe 33 ci-dessus), l'employeur prend automatiquement connaissance, dans une certaine mesure, de la situation personnelle et familiale de son employé.

74. La Cour considère dès lors que les juridictions du travail n'ont pas suffisamment exposé pourquoi, d'après les conclusions de la cour d'appel du travail, les intérêts de la paroisse l'emportaient de loin sur ceux du requérant, et qu'elles n'ont pas mis en balance les droits du requérant et ceux de l'Église employeur d'une manière conforme à la Convention.

75. En conséquence, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, la Cour conclut que l'État allemand n'a pas procuré au requérant la protection nécessaire et que, partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

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

76. 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

77. Le requérant réclame 323 741,45 euros (EUR) pour préjudice matériel, somme correspondant aux salaires non perçus depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1998, moins les allocations chômage perçues et le salaire touché depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2002 pour son emploi à mi-temps au sein d'une paroisse de l'Église protestante. Le requérant fournit le détail de ces sommes. Il réclame en outre 30 000 EUR pour dommage moral.

78. Le Gouvernement est d'avis que, dans l'hypothèse où la Cour arriverait à la conclusion que les juridictions du travail n'auraient pas dû accepter le licenciement, l'État n'est pas tenu de rembourser au requérant les salaires non perçus par celui-ci pendant toutes ces années. Selon lui, en effet, dans le cas d'un constat de violation, d'une part le requérant pourrait demander la réouverture de la procédure devant les juridictions internes, et, d'autre part, l'on ne saurait présumer de manière automatique que son

contrat de travail avec la paroisse Saint-Lambert aurait encore perduré pendant de nombreuses années.

### **B. Frais et dépens**

79. Le requérant demande également 752,35 EUR pour les frais et dépens engagés devant la Cour constitutionnelle fédérale et 876,73 EUR pour ceux engagés devant la Cour. Il demande en outre le remboursement des frais de traduction et de ceux occasionnés dans l'hypothèse d'une audience devant la Cour.

80. Le Gouvernement ne se prononce pas à ce propos.

### **C. Conclusion**

81. Dans les circonstances de la cause, la Cour juge que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état. Par conséquent, il y a lieu de la réserver et de fixer la procédure ultérieure en tenant compte de l'éventualité d'un accord entre l'Etat défendeur et le requérant (article 75 § 1 du règlement). A cette fin, la Cour accorde aux parties un délai de trois mois à partir de la date du présent arrêt.

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

1. *Déclare* la requête recevable;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
3. *Dit* que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état: en conséquence
  - a) la *réserve* en entier;
  - b) *invite* le Gouvernement et le requérant à lui donner connaissance, dans les trois mois à partir de la date du présent arrêt, de tout accord auquel ils pourraient aboutir;
  - c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président de la chambre le soin de la fixer au besoin.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 23 septembre 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek  
Greffière

Peer Lorenzen  
Président



SCHÜTH v. GERMANY  
*(Application no. 1620/03)*

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 23 SEPTEMBER 2010<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Dismissal of a Church employee on ground of adultery****Article 8**

*Private and family life – Dismissal of a Church employee on ground of adultery – Autonomy of religious communities – State's positive obligations fulfilled by system of employment tribunals and a constitutional court to review decisions – Consideration of both ordinary domestic law and Church law – Churches' marital fidelity requirements not inconsistent with general principles of law – Brevity of employment tribunals' reasoning – Employing Church's interests weighed only against the applicant's interest in keeping his post – Employing Church's view regarded as decisive – Proportionality – Applicant's individual right in opposition to a collective right – Employment relationship based on civil law without special ecclesiastical status – Limited opportunities of finding a new job outside the employing Church*

\*

\* \*

The applicant was the organist and choirmaster in a Catholic church from the mid-1980s to 1994, when he separated from his wife. Since 1995 he has been living with his new partner. In July 1997, after his children had told people at their kindergarten that their father was going to have another child, the Dean of the parish discussed the matter with the applicant. A few days later the Church gave the applicant notice that he was being dismissed for adultery with effect from April 1998. The applicant brought proceedings in the employment tribunals, which found at last instance that the dismissal had been lawful.

*Held*

Article 8: The Court examined whether the balance struck by the employment tribunals between the right to respect for private life guaranteed by Article 8 and the rights enjoyed by the Catholic Church under the Convention, which safeguarded the autonomy of religious communities against unjustified State interference, had afforded the applicant sufficient protection. By putting in place a system of employment tribunals and a constitutional court to review decisions, the State had fulfilled its positive obligations towards citizens in the area of labour law. The applicant had been able to bring his case before an employment tribunal with jurisdiction to determine whether the dismissal had been lawful under domestic

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

labour law, while having regard to the labour law of the Church. The Federal Employment Tribunal had found that the requirement of marital fidelity imposed by the Catholic Church was not inconsistent with the fundamental principles of domestic law.

The Court could not but observe the brevity of the employment tribunals' reasoning as regards the conclusions they had drawn from the applicant's conduct. The Employment Appeal Tribunal had confined itself to stating that whilst his functions as organist and choirmaster did not fall within the relevant provision of the Basic Regulations, that is, did not correspond to the category of employees who had to be dismissed in the event of serious misconduct, they were nonetheless so closely connected to the Catholic Church's proclamatory mission that the Church could not continue to employ him without losing all credibility. The interests of the employing Church had been weighed, not against the applicant's right to respect for his private and family life, but only against his interest in keeping his post. Moreover, under the wage-tax card system, an employee was unable to conceal from his employer events relating to his civil status, for example a divorce or the birth of a child. By characterising the applicant's conduct as a serious breach within the meaning of the Basic Regulations, the employment tribunals had regarded the view of the employing Church as decisive, without further verification. A more detailed examination was required when weighing the competing rights and interests at stake, in accordance with the proportionality principle, particularly as in this case the applicant's individual right had been weighed against a collective right. According to the Federal Constitutional Court, a Church could require its employees to observe certain fundamental principles, but the employment relationship based on civil law did not thereby acquire a special ecclesiastical status. By signing his employment contract the applicant had accepted a duty of loyalty towards the Catholic Church, which had limited his right to respect for his private life to a certain degree. However, this could not be interpreted as an unequivocal personal undertaking to live a life of abstinence in the event of separation or divorce. The employment tribunals had given only marginal consideration to the fact that the applicant's case had not received media coverage, that, after fourteen years of service for the Church, he did not appear to have challenged the stances of the Catholic Church but rather to have failed to observe them in practice, and that the impugned conduct went to the very heart of the applicant's private life. Lastly, the Employment Appeal Tribunal had merely stated that it had not disregarded the consequences of dismissal for the applicant without, however, explaining the factors it had taken into consideration. The fact that an employee who had been dismissed by a church had limited opportunities of finding another job was of particular importance, especially where, as in the present case, the employee had special qualifications that would make it difficult for him to find a new job outside the employing Church. Accordingly, the employment tribunals had not sufficiently explained the reasons why, according to the findings of the Employment Appeal



Tribunal, the interests of the Church far outweighed those of the applicant, and they had failed to weigh the rights of the applicant against those of the employing Church in a manner compatible with the Convention. Consequently, the State had not provided the applicant with the necessary protection.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court reserved the question of just satisfaction.

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

*Rommelfanger v. Germany*, no. 12242/86, Commission decision of 6 September 1989, Decisions and Reports 62

*Finska Församlingen i Stockholm and Hautaniemi v. Sweden*, Commission decision of 11 April 1996, no. 24019/94, Decisions and Reports 85-A

*Predota v. Austria* (dec.), no. 28962/95, 18 January 2000

*Fuentes Bobo v. Spain*, no. 39293/98, 29 February 2000

*Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI

*Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*, no. 53678/00, ECHR 2004-X

*Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI

*Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I

*Griechische Kirchengemeinde München und Bayern e.V. v. Germany* (dec.), no. 52336/99, 18 September 2007

*E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008

*Schlumpf v. Switzerland*, no. 29002/06, 8 January 2009

*Miroļubovs and Others v. Latvia*, no. 798/05, 15 September 2009

*Lombardi Vallauri v. Italy*, no. 39128/05, 20 October 2009

*Obst v. Germany*, no. 425/03, 23 September 2010



**In the case of Schüth v. Germany,**

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

Peer Lorenzen, *President*,

Renate Jaeger,

Rait Maruste,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Zdravka Kalaydjieva,

Ganna Yudkivska, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 31 August 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 1620/03) 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 Bernhard Josef Schüth (“the applicant”), on 11 January 2003.

2. The applicant was represented by Ms U. Muhr, a lawyer practising in Essen. The German Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, Federal Ministry of Justice.

3. The applicant alleged that the refusal by employment tribunals to annul his dismissal by the Catholic Church had breached Article 8 of the Convention.

4. On 18 March 2008 the President of the Fifth Section decided to give notice of the application to the Government. It was also decided that the Chamber would rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

5. The Government and the applicant both filed observations. Written comments were also received from the Catholic Diocese of Essen, which had been given leave by the President for that purpose (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2 of the Rules of Court). The parties replied to those comments (Rule 44 § 5).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant was born in 1957 and lives in Essen.

#### **A. Background to the case**

7. On 15 November 1983 the applicant took up the position of organist and choirmaster at the Catholic parish church of Saint Lambertus (“the parish church”) in Essen.

8. Article 2 of his contract of employment dated 30 January 1984 stipulated, *inter alia*, that the Ecclesiastical Employment and Remuneration Regulations (see paragraph 37 below), as currently in force, formed an integral part of the contract and that any serious breach of the Church’s principles constituted a material ground for termination of contract without notice, in accordance with Article 42 of those regulations.

9. After the contract had been approved by the Bishop’s Vicar General, the applicant took the following oath:

“I hereby undertake to discharge my professional duties and to fulfil and observe ecclesiastical obligations.”

10. From 1 January 1985 onwards he also held the position of head musician in the deanery and was paid a gross monthly salary of 5,688.18 marks (about 2,900 euros).

11. In 1994 the applicant left his wife, who was the mother of his two children. The separation was made public in January 1995. Since then the applicant has been living with his new partner, who has also been his representative before the employment tribunals and the Court.

12. On 2 July 1997, after the applicant’s children had told people at their kindergarten that their father was going to have another child, the Dean of the parish discussed the matter with the applicant.

13. On 15 July 1997 the parish church dismissed the applicant with effect from 1 April 1998 on the ground that he had breached his duty of loyalty under Article 5 of the Catholic Church’s Basic Regulations (the “Basic Regulations” – see paragraph 38 below). In the light of the Catholic Church’s fundamental principles enshrining the sanctity of marriage, the applicant, by having an extramarital relationship with another woman, who was expecting his child, was accused not only of committing adultery but also of bigamy.

14. Following the applicant’s dismissal his wife petitioned for divorce, which was granted on 13 August 1998.

## B. Decisions of lower employment tribunals

15. On 24 July 1997 the applicant took his case to the Essen Employment Tribunal.

16. On 9 December 1997 the Employment Tribunal granted the applicant's claim and found that the dismissal of 15 July 1997 had not terminated his contract of employment. Observing the findings of the Federal Employment Court's judgment of 9 April 1997 (see *Obst v. Germany*, no. 425/03, §§ 12-19, 23 September 2010), which had applied the principles set out by the Federal Constitutional Court in its leading decision of 4 June 1985 (see paragraph 35 below), it took the view that the applicant's conduct did not yet (*noch nicht*) justify his dismissal, under section 1(1) of the Protection from Dismissal Act (see paragraph 36 below). In the Tribunal's view, he had not been bound by heightened duties of loyalty (*gesteigerte Loyalitätsobliegenheiten*) because he did not perform pastoral or catechistic duties, did not have a canonical mandate (*missio canonica*) and was not a member of the managerial staff (*leitender Mitarbeiter*) within the meaning of Article 5 § 3 of the Basic Regulations. In the Tribunal's view, the respondent had not proved that the applicant's duties as head musician of the deanery were equivalent to managerial office; accordingly, pursuant to Article 5 §§ 1 and 2 of the Basic Regulations, the parish church should first have summoned him for a clarification interview (*klärendes Gespräch*) or issued him with a warning (*Abmahnung*) before having recourse to the most serious of the disciplinary measures available, his dismissal, especially on account of his length of service in the parish church (fourteen years) and the fact that he had practically no chance of finding work as an organist on the labour-market outside the Catholic Church. The Employment Tribunal observed that an employer could only be dispensed from the obligation to issue a warning in the first instance where the employee could not expect his or her conduct to be tolerated by the employer in view of the seriousness of the breach, or where he or she was not inclined to perform, or capable of performing, his or her professional duties.

17. In the Tribunal's view, in so far as the parish church reproached the applicant for having fathered a child out of wedlock, such a shortcoming, after fourteen years of service, did not attain a level of seriousness that justified dismissal on that ground alone without prior warning. Article 5 § 4 of the Basic Regulations expressly required consideration of the question whether a staff member opposed the precepts of the Catholic Church or, whilst recognising its precepts, had not succeeded in complying with them in practice. The Tribunal added that the parish church had failed to prove

that the applicant had told the Dean he did not wish to put an end to his new relationship.

18. On 13 August 1998 the Düsseldorf Employment Appeal Tribunal dismissed an appeal by the parish church. It endorsed the findings of the Employment Tribunal, observing that the reason for dismissal had not been the applicant's paternity of a child born out of wedlock but rather his long-term extramarital relationship. The Tribunal pointed out that, whilst the applicant's duties in the Church did not fall under Article 5 § 3 of the Basic Regulations, his dismissal nevertheless remained possible under Article 5 § 4, in view of the proximity between his work and the Church's proclamatory mission. However, after formally hearing evidence from the applicant as a party to the proceedings, the Appeal Tribunal reached the conclusion that the dismissal had been vitiated by a procedural omission, as the parish church had failed to prove that the Dean had first sought to induce the applicant to put an end to his extramarital relationship. In view of the fundamental significance of the case, the Tribunal granted leave to appeal on points of law before the Federal Employment Tribunal.

### **C. Judgment of the Federal Employment Tribunal**

19. On 12 August 1999 the Federal Employment Tribunal quashed the judgment of the Appeal Tribunal. It took the view that Article 5 § 1 of the Basic Regulations, which required a clarification interview, applied not only to dismissals decided under paragraph 2 of that Article (dismissal as the ultimate measure for a serious breach) but also to those based on paragraph 3 (exclusion from post as a matter of principle, and possibility of waiving dismissal on an exceptional basis). The difference between the two paragraphs being merely a question of degree, a clarification interview would be necessary in all cases. In the case before it, the Federal Tribunal took the view that considering the lack of clarity of the ecclesiastical provisions applicable to the applicant as to whether or not his functions entailed heightened duties of loyalty, it had not been clearly established that the applicant could have known with sufficient foreseeability that his dismissal would fall under Article 5 § 3 of the Basic Regulations. If the holding of a clarification interview had been mandatory in the applicant's case, the absence of such an interview was thus capable of rendering his dismissal wrongful (*sozialwidrig*). However, the Federal Employment Tribunal observed that the Employment Appeal Tribunal had been mistaken in finding that no interview had been conducted with the applicant. On that point it took the view that the Appeal Tribunal had wrongly omitted to hear evidence also from the Dean, as a party to the proceedings, in order to establish whether or not he had attempted to induce the applicant to put

an end to his extramarital relationship and that, accordingly, the judgment appealed against was to be quashed. However, since the facts had not yet been sufficiently established, the Federal Employment Tribunal was not in a position to rule on the question whether the applicant's dismissal had been justified. As a result, it referred the case back to the Employment Appeal Tribunal.

20. The Federal Employment Tribunal further observed that, where an employing church entered into employment contracts, it used not only the freedom of contract (*Privatautonomie*) provided for under ordinary domestic labour law, but also the institutional guarantee of autonomous management enjoyed by the Churches. Church labour law was therefore applicable in conjunction with the ordinary domestic law. The enactment of the Basic Regulations, in particular Articles 4 and 5, reflected the principle of the Catholic Church's autonomy, as provided for in Article 137 § 3 of the Weimar Constitution (see paragraph 34 below). The application of domestic labour law could not call into question the specificity of ecclesiastical service, which was protected by the Constitution. The Catholic Church was therefore entitled to base its contracts of employment on the model of a Christian service community and, in particular, to require its Catholic employees to recognise and comply with the principles of Catholic religious and moral precepts, as provided for in Article 4 § 1 of the Basic Regulations. As the credibility of the Church might depend on its employees' conduct and respect for the ecclesiastical order, including in their day-to-day lives, Articles 4 and 5 of the Basic Regulations stipulated the applicable criteria on which to assess contractual duties of loyalty and the seriousness of any breach of such duties.

21. The Federal Employment Tribunal added that the specificity of the duties of loyalty lay in the fact that they concerned not so much occupational duties as conduct falling within secondary duties or even private life. It noted that the sanctity of marriage formed an integral part of the basic principles of the Catholic Church's religious and moral precepts. The case concerned not only a relationship and a contract but also a sacrament. Even though adultery was no longer an offence since the new version of the 1983 Code of Canon Law, marriage had retained its indissoluble, perpetual and exclusive nature.

22. The Federal Employment Tribunal noted that, when employment tribunals applied ordinary labour law, they were bound by the precepts of religious denominations in so far as those precepts took account of the criteria recognised by established Churches. However, in applying those precepts the employment tribunals' decisions could not run counter to the fundamental principles of law, which included the concepts of "morality"

and “public order”. According to the case-law of the Federal Constitutional Court (see paragraph 35 below), it was for the employment tribunals to ensure that religious denominations did not impose excessive requirements of loyalty on their employees. The Federal Employment Tribunal found that the beliefs of the Catholic Church regarding fidelity in marriage were not at odds with the fundamental principles of law. Marriage enjoyed special protection under Article 6 of the Basic Law and adultery was regarded as a serious fault in a civil law context. The Tribunal observed that it had, moreover, already found in its judgment of 24 April 1997 that adultery constituted a serious fault in the view of the Catholic Church (see *Obst*, cited above, § 15).

23. The Federal Employment Tribunal concluded that the Employment Appeal Tribunal had rightly considered that the applicant’s conduct could be characterised as a serious personal moral fault, within the meaning of Article 5 § 2 of the Basic Regulations, and that it therefore constituted a ground for dismissal for the purposes of section 1(2) of the Protection from Dismissal Act. It noted that the applicant’s opinion that only a new marriage – which, according to the Catholic Church’s belief would be null and void – could be regarded as a serious breach was not substantiated by any provision of the Basic Regulations or other instruments.

#### **D. Proceedings after remittal of the case**

24. On 3 February 2000, after the case had been referred back to it, the Düsseldorf Employment Appeal Tribunal upheld the parish church’s appeal against the judgment of the Employment Tribunal of 9 December 1997. After hearing evidence from the Dean as a party to the proceedings, and with the applicant having acknowledged that he had, at his interview of 2 July 1997 with the Dean, described as permanent his new relationship with his lawyer, the Tribunal held that the parish church had dismissed him in accordance with Article 5 § 1 of the Basic Regulations. According to the Dean’s statements at the hearing – which the Tribunal found more credible than those of the applicant – there had indeed been an interview between the two parties. In view of the applicant’s inflexible position as regards his new relationship, the Dean and the parish church had rightly considered that a prior warning would be superfluous.

25. The Employment Appeal Tribunal added that it was not unaware of the consequences of the applicant’s dismissal, which would most likely prevent him from exercising his profession and from paying the same amount in child maintenance. However, it admitted that the parish church could not continue to employ the applicant without losing all credibility in relation to the mandatory nature of its religious and moral precepts. In



this connection it was necessary to take into account the fact that, even if the applicant was not among those members of staff that were bound by heightened duties of loyalty under Article 5 § 3 of the Basic Regulations, his activity was closely related to the Church's proclamatory mission. It was thus hardly conceivable *vis-à-vis* the general public that the applicant and the Dean could continue to perform the liturgy together. According to the Employment Appeal Tribunal, the interests of the parish church prevailed by far over those of the applicant.

26. On 29 May 2000 the Federal Employment Tribunal found inadmissible a request by the applicant to appeal on points of law.

27. On 8 July 2002 the Federal Constitutional Court disallowed a constitutional complaint by the applicant (no. 2 BvR 1160/00) on the ground that it had insufficient chances of succeeding. In the Federal Court's opinion, the decisions appealed against did not raise any constitutional issues in the light of its 4 June 1985 judgment (see paragraph 35 below).

28. Since September 2002 the applicant has been employed as choirmaster for a Protestant church in Essen and he also directs three choirs on a voluntary basis.

### **E. Other proceedings**

29. On 22 December 1997 the parish church issued a second dismissal with effect from 1 July 1998. On 4 December 1998 the Employment Tribunal rejected an application for annulment lodged by the applicant. To date those proceedings are still pending before the Düsseldorf Employment Appeal Tribunal.

## **II. RELEVANT DOMESTIC AND EUROPEAN UNION LAW AND PRACTICE**

### **A. General context**

#### *1. Status of Churches and religious societies in German law*

30. The status of Churches and religious societies is governed mainly by Articles 137 to 141 (known as the "Church Articles" – *Kirchenartikel*) of the Weimar Constitution of 11 August 1919, as incorporated into the Basic Law by Article 140 of that Law. A large number of Churches and religious societies, including the Catholic Church (about 24.9 million members) and the Protestant Church of Germany (about 24.5 million members), commonly known as the two "big Churches" (*Grosskirchen*), have the status of public-law entity but are not, however, part of government. Other

religious denominations have legal capacity under civil law. The status of public-law entity enables the Churches concerned, among other things, to receive Church tax and to employ public servants.

31. The Catholic Church and the Protestant Church employ over one million individuals, particularly in their charities, making them the second largest employer in Germany after the State. The two main charities alone, *Caritas* (Catholic) and *Diakonie* (Protestant), employ respectively almost 500,000 and 450,000 “staff members”. Their activities concern mainly the running of hospitals, schools, kindergartens, homes for children and the elderly and advice centres (for HIV sufferers, migrants, victims of domestic violence). The Catholic and Protestant Churches regard their social activities as being part of their proclamatory mission and a way of putting the “love thy neighbour” commandment into practice.

32. The law governing employment relationships between Churches and their public servants is based on civil-service law. As regards other employees, the ordinary domestic labour law will apply, but with a certain number of exceptions stemming from the Churches’ right of autonomy. As a result of that right they may, among other things, impose specific duties of loyalty on their employees (see below). Moreover, in terms of industrial-relations law, Churches and their institutions are not bound by the domestic right of employee participation. Considering that their activities, especially charity work, are based on the model of a Christian service community, formed by the whole body of staff, they do not accept legal structures based in principle on an opposition between employer and employee. The Catholic Church and most of the Protestant denominations thus refuse to enter into collective agreements with trade unions, and the right to strike or lock-out are non-existent in their institutions. However, they have created their own systems of representation and staff participation in management.

33. As regards their financing, Churches and religious societies having the status of public-law entity are entitled to receive Church tax, which constitutes a significant portion (about 80%) of their total budget. Church tax is levied by the State tax authorities on behalf of Churches and religious societies, which in return pay the State 3 to 5% of their tax revenue. This is based on income tax, amounting to between 8 and 9% thereof. It is paid directly to the Treasury by the taxpayer’s employer together with income tax. In this connection municipal authorities issue “wage-tax cards” (*Lohnsteuerkarte*) that employees are required to give their employers. The card contains information about the employee, including the tax regime, rebates for dependent children and membership of a Church or religious society entitled to receive Church tax.

## 2. *The Basic Law*

34. Article 140 of the Basic Law provides that Articles 136-139 and 141 of the Weimar Constitution of 11 August 1919 form an integral part of the Basic Law. Article 137 reads as follows:

### **Article 137**

- “(1) There shall be no State church.
- (2) The freedom to form religious societies shall be guaranteed. ...
- (3) Religious societies shall regulate and administer their affairs independently within the limits of the law that applies to all. They shall confer their offices without the involvement of central government or local authorities.
- (4) Religious societies shall acquire legal capacity in accordance with the general provisions of civil law.
- (5) Religious societies shall remain entities under public law in so far as they have enjoyed that status in the past. Other religious societies shall be granted the same rights upon application, if their constitution and size of membership provide guarantees of long-term existence ...
- (6) Religious societies that are entities under public law shall be entitled to levy taxes on the basis of the civil taxation rolls in accordance with the law of the *Land*.
- (7) Associations whose purpose is to foster a philosophical belief in the community shall have the same status as religious societies.
- (8) Such further regulation as may be required for the implementation of the present provisions shall be a matter for the legislature of the *Land*.”

## 3. *Judgment of the Federal Constitutional Court of 4 June 1985*

35. On 4 June 1985 the Federal Constitutional Court delivered a leading judgment on the validity of dismissals of Church employees on the grounds of a breach of their duty of loyalty (nos. 2 BvR 1703/83, 1718/83 and 856/84, judgment published in the *Reports of Judgments and Decisions* of the Federal Constitutional Court, volume 70, pp. 138-73). The subject matter of the constitutional complaints was, on the one hand, the dismissal of a doctor practising in a Catholic hospital on account of a view he had expressed on abortion, and on the other, the dismissal of a commercial employee of a youth home run by a Catholic monastic order because he had left the Catholic Church. The two dismissed employees had been successful in proceedings before the employment tribunals and the employing Churches had then taken their cases to the Federal Constitutional Court, which allowed their complaints.

The Federal Constitutional Court observed that the right of religious societies to manage their affairs autonomously within the limit of the general law, as enshrined in Article 137 § 3 of the Weimar Constitution, applied not only to the Churches, but also, regardless of legal form, to any institution associated with them and participating in their mission. This constitutional guarantee included the right for the Churches to choose the staff they needed for the fulfilment of their mission and, accordingly, to enter into employment contracts. When the Churches chose to exercise their freedom of contract, like everyone else, then ordinary domestic labour law became applicable. However, the applicability of labour law did not have the effect of removing employment relations from the domain of a Church's own affairs. The constitutional guarantee of autonomy (*Selbstbestimmungsrecht*) afforded to Churches affected the content of contracts of employment. A Church could thus, in the interest of its own credibility, base its contracts of employment on the model of a Christian service community, and, accordingly, require its employees to respect the general principles of its dogmatic and moral doctrines and the basic duties applicable to all its members. That did not mean, however, that the legal status of a Church's employee became "clericalised". It merely concerned the nature and scope of duties of loyalty stemming from employment contracts. The civil-law employment relationship was not thereby transformed into an ecclesiastical status that subsumed the employee and dominated his entire private life.

The Federal Constitutional Court further observed that the freedom of the Churches to manage their own affairs was circumscribed by the general law, including those provisions that granted protection against wrongful dismissal such as section 1 of the Protection from Dismissal Act and Article 626 of the Civil Code. However, those provisions did not automatically prevail over the so-called "Church Articles" of the Weimar Constitution. It was thus appropriate to balance the different rights, with particular weight being accorded to the Churches' interpretation of their own faith and legal order. The Federal Constitutional Court continued as follows:

"It follows that, whilst the constitutional guarantee of the Churches' right to manage their affairs autonomously permits them to base their contracts of employment on the model of a Christian service community and to lay down the basic ecclesiastical duties, such guarantee must be considered in terms of constitutional law and its scope must be stipulated when it comes to applying the provisions concerning protection against dismissal to dismissals for a breach of duties of loyalty. An application of labour law that did not take account of the duties of Church employees to respect the fundamental principles of Christian life that the Churches are entitled to impose would be at odds with their constitutional right of autonomy.

Consequently, in the event of a dispute, the employment tribunals must apply the criteria laid down by the Churches concerning the assessment of the contractual duties of loyalty since the Constitution affords to Churches the right to decide on such matters autonomously. It is thus in principle for the established Churches (*verfasste Kirchen*) to determine what is required by ‘the credibility of the Church and its proclamation’, what ‘specific ecclesiastical tasks’ are, what ‘proximity’ to the Church means, what ‘the basic principles of religious and moral precepts are’ and what constitutes a breach – a serious breach in some cases – of its precepts. Matters governed by the Churches’ right of autonomy also include the question whether and how a scale of duties of loyalty must be applied to staff members working in the service of a Church.

In so far as such principles correspond to the criteria laid down by the established Churches, a question that must be referred by the tribunal to the Church authorities in case of doubt, the employment tribunals will be bound by them, unless by applying them they put themselves in conflict with the fundamental principles of law, such as the general prohibition of arbitrariness, the principle of morality, and public order. It is therefore a matter for the domestic courts to ensure that ecclesiastical institutions do not impose on their staff unacceptable demands of loyalty that might, in some cases, be at odds with the very principles of the Church ...

If the tribunal reaches the conclusion that there has been a breach of such duties of loyalty, it must ascertain whether that breach objectively justifies dismissal under section 1 of the Protection from Dismissal Act and Article 626 of the Civil Code ...”

## **B. Provisions on dismissal**

36. Section 1(1) and (2) of the Protection from Dismissal Act (*Kündigungsschutzgesetz*) provides, in particular, that a dismissal is socially unjustified unless based on reasons related to the employee himself or his conduct.

Article 626 of the Civil Code allows each party to the contract to terminate the employment relationship without notice on serious grounds.

## **C. Rules of the Catholic Church**

### *1. Ecclesiastical Employment and Pay Regulations*

37. Article 2 § 2 (b) of the Ecclesiastical Employment and Pay Regulations (*Kirchliche Arbeits- und Vergütungsverordnung*) for the Dioceses (or Archdioceses) of Aachen, Essen, Cologne (*Köln*), Münster (part of North Rhine-Westphalia) and Paderborn, dated 15 December 1971, as in force until 1 January 1994, required that the way of life of the employee and the members of his household be compliant with the basic principles of the religious and moral precepts of the Catholic Church.

Article 6 provided that respect, manifested in words and deeds, for the principles of the Catholic Church, and a conduct in line with that required by ecclesiastical staff members, formed part of the employee's duties.

Article 42 § 1, in the version currently in force, provides in particular that a serious ground justifying dismissal without notice is constituted by a patent breach (*großer äusserer Verstoß*) of ecclesiastical principles, for example the fact of leaving the Church (*Kirchenaustritt*).

## 2. Basic Regulations of the Catholic Church

38. Articles 4 and 5 of the Basic Regulations of the Catholic Church for ecclesiastical service in the context of ecclesiastical employment relationships (*Grundordnung der Katholischen Kirche für den kirchlichen Dienst im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse*), which were adopted by the Episcopal Conference of German Bishops on 22 September 1993 and which came into force in the Diocese of Essen on 1 January 1994, read in their relevant parts as follows.

### Article 4 Duties of loyalty

“1. Catholic employees [*Mitarbeiterin und Mitarbeiter*] are required to respect and comply with the basic principles of the Catholic Church's religious and moral precepts. The example of personal life led in conformity with those principles is seen as important in particular for employees who perform pastoral, catechistic or educational duties, or who have a canonical mandate [*Missio canonica*]. These duties also apply to senior management staff.

...

4. Employees shall refrain from any hostile attitude towards the Church. They shall not undermine, by their personal way of life or professional conduct, the credibility of the [Catholic] Church and of the institution for which they work.”

### Article 5 Breaches of duties of loyalty

“1. Where an employee no longer satisfies the employment criteria, the employer shall seek by discussion to prevent the breach in question with permanent effect. The employer will have to ascertain whether, to put an end to the said breach of duty, a clarification interview [*klärendes Gespräch*], a warning [*Abmahnung*], a formal reprimand, or any other measure (relocation, contractual amendment) would be appropriate. Dismissal may be envisaged in the last instance.

2. The Church shall regard as serious and as justifying dismissal on specifically ecclesiastical grounds [*Kündigung aus kirchenspezifischen Gründen*] the following breaches of the duty of loyalty:

– a breach of the duties provided for in Articles 3 and 4 hereof, in particular the fact of leaving the Church and public defence of positions that run counter to the Catholic Church's guiding principles (for example those concerning abortion), and serious personal moral misconduct [*schwerwiegende persönliche sittliche Verfehlungen*];

– the fact of entering into a marriage that is null and void in the light of the Church's faith and legal order, as interpreted thereby ...

3. The existence of one of the forms of conduct referred to under paragraph 2 of the present Article, and which are regarded as a general rule as grounds for dismissal, shall preclude the possibility of maintaining an employee in his or her post if the employee performs pastoral or catechistic duties, is a member of the managerial staff, or has a canonical mandate [*Missio canonica*]. The employer may, on an exceptional basis, waive dismissal where the circumstances of the case indicate that such a measure is inappropriate.

4. Where the employee belongs to one of the categories referred to in paragraph 3 [of the present Article], the possibility of maintaining the employee in his or her post will further depend on the circumstances of the case, in particular the extent of the risk that the credibility of the Church or its institution might be called into question, the burden placed on the ecclesiastical service community, the nature of the institution and its task, the institution's proximity to the Church's proclamatory mission, the employee's position within the institution and the nature and seriousness of the relevant breach of the duties of loyalty. It will also be necessary to consider whether the employee has opposed the precepts of the Church or whether, whilst recognising those precepts, has not succeeded in complying with them in practice."

#### **D. The Protestant Church's rules concerning church musicians**

39. Under section 2(3) of the Ecclesiastical Law on Religious Music<sup>1</sup> of 15 June 1996, a church musician employed by the Protestant Church must in principle be affiliated with a denomination which is a member of the Protestant Church of Germany or part of an ecclesiastical union therewith. Under section 21(2) of that Law, in conjunction with section 7(1) of the implementing law of 13 November 1997<sup>2</sup>, a person not fulfilling this condition may nevertheless be appointed, on an exceptional basis, to a post of church musician in secondary employment (*Nebenamt*) if he or she is affiliated with a Christian denomination that is part of the Labour Association of Christian Churches in Germany (*Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland*), to which the Roman Catholic Church belongs. Under the Regulations of 18 November 1988 on the employment

1. *Kirchengesetz über den kirchenmusikalischen Dienst in der Evangelischen Kirche der Union (EKU) (Kirchenmusikgesetz).*

2. *Kirchengesetz zur Ausführung und Ergänzung des Kirchengesetzes über den kirchenmusikalischen Dienst in der EKU (Ausführungsgesetz zum Kirchenmusikgesetz).*

of church musicians<sup>1</sup>, the average working week of such musicians in secondary employment represents less than eighteen hours.

## **E. Equality legislation**

### *1. Directive 2000/78/EC of 27 November 2000*

40. Directive 2000/78/EC of the Council of the European Union of 27 November 2000 (“the Directive”), establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, reads as follows:

#### **Recital 24**

“The European Union in its Declaration No. 11 on the status of Churches and non-confessional organisations, annexed to the Final Act of the Amsterdam Treaty, has explicitly recognised that it respects and does not prejudice the status under national law of Churches and religious associations or communities in the Member States and that it equally respects the status of philosophical and non-confessional organisations. With this in view, Member States may maintain or lay down specific provisions on genuine, legitimate and justified occupational requirements which might be required for carrying out an occupational activity.”

#### **Article 4**

#### **Occupational requirements**

“1. ... Member States may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to [religion or belief] shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.

2. Member States may maintain national legislation in force ... or provide for future legislation incorporating national practices existing at the date of adoption of this Directive pursuant to which, in the case of occupational activities within Churches and other public or private organisations the ethos of which is based on religion or belief, a difference of treatment based on a person’s religion or belief shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of these activities or of the context in which they are carried out, a person’s religion or belief constitute a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisation’s ethos. ...

Provided that its provisions are otherwise complied with, this Directive shall thus not prejudice the right of Churches and other public or private organisations, the ethos of which is based on religion or belief, acting in conformity with national constitutions and laws, to require individuals working for them to act in good faith and with loyalty to the organisation’s ethos.”

---

1. *Ordnung für den Dienst nebenamtlicher Kirchenmusiker.*



## 2. *General Equal Treatment Act*

41. The German legislature transposed the Directive into national law by means of the General Equal Treatment Act (*Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) of 14 August 2006. Section 9 thereof reads as follows:

“(1) Without prejudice to the provisions of section 8 [hereof], a difference in treatment based on religion or belief shall also be admitted in the case of employment by religious societies, by institutions affiliated therewith, regardless of legal form, or by associations whose purpose is to foster a religion or belief in the community, where a justified occupational requirement is constituted by a given religion or belief, having regard to the employer’s own perception, in view of the employer’s right of autonomy or by reason of the nature of its activities.

(2) The prohibition of differences in treatment based on religion or belief shall not affect the right of the religious societies, institutions affiliated therewith, regardless of legal form, or associations whose purpose is to foster a religion or belief in the community, as referred to in the previous subsection, to require their employees to demonstrate loyal and sincere conduct within the meaning of their own perception.”

42. On 31 January 2008 the European Commission sent a letter of formal notice to the Federal Republic of Germany (procedure no. 2007/2362) concerning the transposition of Directive 2000/78/EC into German law and concerning, among other things, “dismissals not covered by anti-discrimination law”. It noted that, whilst the Directive permitted a difference in treatment only if the religion or belief constituted a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisation’s ethos, section 9(1) of the General Equal Treatment Act also provided for different treatment when the religion or belief constituted an occupational requirement on the basis of its right of autonomy and the religious society’s or association’s own perception, without necessarily having regard to the nature of the activity. According to the European Commission, such a difference not being covered by the terms of the Directive, this manner of transposition did not fulfil the Directive’s objectives. Such transposition would enable a religious society to define an occupational requirement purely on account of its right of autonomy, without the requirement undergoing a proportionality test in the light of the actual activity. In addition, whilst Article 4 § 2 of the Directive presented the question in terms of genuine and determining occupational requirements, section 9(1) of the General Equal Treatment Act had reduced that notion to one of justified occupational requirements, which was a weaker standard than that of the Directive. The European Commission further observed that, whilst an organisation’s particular ethos played a role in determining the occupational requirement,

it should not be the sole criterion, otherwise German legislation might not guarantee such a difference in treatment and, even as regards ordinary assistance activities, specific requirements related to religious affiliation might be imposed.

On 29 October 2009 the European Commission sent a reasoned opinion to Germany. It was stated in a press release published on the same day (IP/09/1620) that in its opinion the Commission had pointed out, among other things, that protection against discriminatory dismissals was not covered by German anti-discrimination law. The government's reply to the letter of formal notice, the Commission's reasoned opinion and the government's reply to that opinion have not been made public to date.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

43. The applicant complained that he had been dismissed from his post solely on the ground that he was in an extramarital relationship with his new partner. He relied on Article 8 of the Convention, the relevant part of which reads 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 ... for the protection of the rights and freedoms of others.”

44. The Government disputed that complaint.

#### **A. Admissibility**

45. The Court observes that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. Moreover, it considers that no other ground for declaring it inadmissible has been established and therefore declares it admissible.

#### **B. Merits**

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

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

46. The applicant submitted that the employment tribunals had carried out an insufficient assessment and balancing of the interests at stake. This was consistent with an automatic judicial policy that existed in such matters

for the benefit of the Churches, which, in his view, enjoyed a privileged status in German law that was not granted to any other charity-type association. His rights to respect for his private life or his private sphere had not been examined by the employment tribunals. In the applicant's submission, Article 8 of the Convention conferred on him the right to discontinue a particular way of life and to begin a new one. He argued that, whilst he did not call into question the right of the Churches to manage their affairs autonomously, that right could not go as far as forcing their employees to observe precepts outside the occupational sphere. He asserted that the employment tribunals had extended their case-law in a totally unforeseeable manner, as until then a dismissal had only been endorsed in the event of remarriage, and not on account of a private extramarital relationship. In view of the large number of ecclesiastical precepts, there was a lack of foreseeability in this connection and the decision to dismiss ultimately depended solely on the view of each human resources manager. The role of the employment tribunal was thus limited to upholding the wishes of the employing Church. According to the applicant, as a consequence of this tendency the employer and the employment tribunal were increasingly scrutinising the employee's private life in order to establish and assess the facts on which the dismissal was based. Moreover, the fact that a particular employee failed to comply with certain ecclesiastical precepts to the letter would not undermine the credibility of the Church, but would merely be a manifestation of the individual's human condition.

47. The applicant pointed out that he had not renounced his private sphere by signing a contract of employment with the Catholic Church. Referring to the authority vested in any employer when appointing a new recruit, he added that in any event he had not been able to obtain the deletion of Article 2 from his contract, and that it was merely a standard clause. Moreover, he asserted that at the time he signed the contract, in 1983, he had not been in a position to predict that one day he would leave his wife. In any case, as he was neither an ecclesiastical public servant nor a cleric, but a mere staff member within the liturgical service, having no pastoral mission, he was not bound by any heightened duties of loyalty. He did not deny the fact that music played a particular role in the liturgy, but in his view each worshipper performed the liturgy with singing and prayers to the same degree as the organist. He further observed that the Basic Regulations had not come into force until ten years after the signing of his contract of employment. Accordingly, those regulations were not part of his contract and thus could not constitute a legal basis for his dismissal.

48. Furthermore, the applicant asserted that, unlike the complainants in the cases leading to the judgment of the Federal Constitutional Court (see

paragraph 35 above), he had not publicly opposed a moral principle and had not shown any hostility towards the Catholic Church or its moral precepts. On the contrary, he would continue to be a Catholic and would not call into question the sacramental nature of marriage in the eyes of the Catholic Church. However, the unavoidable (*schicksalhaft*) separation from his wife for strictly personal reasons fell exclusively within his private sphere. He had not in fact remarried. It could not be demanded of him, as canon law did, that following his separation and divorce he would lead a life of abstinence until the end of his days. He would accept the internal consequences of his choice within the Church (he would no longer be able to take communion), but his dismissal was an excessively harsh consequence. The applicant lastly argued that the margin of appreciation relied upon by the Government did not exist because the general public in Germany was becoming less and less sensitive to cases of remarriage, and that European Directive 2000/78/EC dealt only with the question of appointment and not that of dismissal after many long years of service. Referring to his training as a Catholic musician, he also argued that it was difficult for him to find employment outside the Catholic Church. As regards his current employment in a Protestant Church, he indicated that he could now only work part time because he was a Catholic.

**(b) The Government**

49. The Government argued that the Catholic Church, to which the parish church of Saint Lambertus belonged, in spite of its status as a public-law entity, was not part of government. Therefore there had not been any interference with the applicant's rights on the part of the public authorities. The alleged shortcomings of the employment tribunals could therefore be examined solely in terms of the State's positive obligations. They submitted that since there was no common practice in this area among the member States, the margin of appreciation should be broad, especially as the issue was related to religious feelings, traditions and domains. The Government pointed out that the European Commission on Human Rights (in *Rommelfanger v. Germany*, no. 12242/86, Commission decision of 6 September 1989, Decisions and Reports (DR) 62, p. 151) had in fact confirmed the findings of the Federal Constitutional Court, as set out in its judgment of 4 June 1985, to which the Federal Employment Tribunal had referred in the present case.

50. The Government further stated that the employment tribunals, having to settle a dispute between two persons who enjoyed certain rights, had been required to balance the applicant's interest with the Catholic Church's right to manage its affairs autonomously under Article 137 of the Weimar

Constitution. In their submission, the employment tribunals, in applying the statutory provisions on dismissal, had been bound to take account of the principles laid down by the Catholic Church, because it was for the Churches and religious communities themselves, through their right of autonomy, to define the duties of loyalty that their employees had to observe in order to safeguard the credibility of those Churches and communities. The Government observed that, nevertheless, the consideration given to ecclesiastical precepts was not unlimited and a domestic court could not apply a precept that ran counter to the general principles of law. In other words, in their view, whilst employing Churches could impose duties of loyalty on their employees, it was not for those employers to determine the grounds for dismissal, as that depended on the interpretation by the courts of the statutory provisions concerning protection from dismissal.

51. The Federal Employment Tribunal and, subsequently, the Employment Appeal Tribunal, had applied those principles in the present case and had duly weighed up the interests at stake, particularly taking account of the nature of the post held by the applicant, the seriousness of the breach according to the perception of the Catholic Church and the loss of credibility for the Church if it had maintained him in his post. The Government added that, whilst dismissal indeed constituted the harshest penalty (*ultima ratio*) in German labour law, a more lenient measure, such as a warning, had not been appropriate in the present case as, in their opinion, the applicant could not have been unaware that his employer would not tolerate his conduct. They emphasised that the applicant, in signing his contract of employment of his own accord, had freely agreed to the limitation of his rights, as was apparently possible under the Convention (according to *Rommelfänger*, decision cited above), and had thus accepted the risk of professional sanctions resulting from certain conduct. The Government were convinced that, in view of his length of service, the applicant had been aware of the fundamental importance for the Catholic Church of the sanctity of marriage and of the potential consequences of his adultery. The fact that the duties might have repercussions for his private life was a feature of contracts between employing Churches and their staff. The Government lastly asserted that the applicability of the Basic Regulations, which did not in fact lay down particularly extensive duties of loyalty, had not been discussed before the domestic courts and could not therefore be called into question before the Court. Although it was true that the Regulations had not come into force until September 1993, Articles 2 and 6 of the Regulations on Ecclesiastical Employment and Remuneration of 15 December 1971 (see paragraph 37 above), whose applicability to the employment contract was not in doubt for the Government, had already referred to the fundamental

principles of the religious and moral precepts of the Catholic Church, and had subsequently also referred to the 1993 Basic Regulations. Moreover, the applicant had apparently found new employment, this time in a Protestant Church in Essen.

(c) **Third-party intervener**

52. The Catholic Diocese of Essen endorsed the Government's submissions in the main, further indicating that the finding of a violation of the Convention would be seen as a serious interference with consequences not only for the Diocese, but also for all the contracts of employment (which it claimed totalled 1.2 to 1.4 million) of the Catholic and Protestant Churches. In the Diocese's opinion, the employing Churches would then find themselves unable to require their employees to comply with particular occupational duties corresponding to their specific missions. The Diocese pointed out that the applicant's separation from his wife and his relationship with another woman were not consonant with the sanctity of marriage in the eyes of the Catholic Church. More than a mere contract, marriage was a sacrament, resulting in an indissoluble bond and a life-long community. The Diocese also emphasised the special function of music in the Catholic liturgy, far from simply being an aesthetical background. The choice of person responsible for the music, in view of its proximity to the Church's proclamatory mission, should thus be a matter for the Church alone, to be decided according to its own criteria, including moral requirements, and this was moreover a manifestation of religious freedom. The Diocese added that, with the adoption of its Basic Regulations, the Catholic Church had introduced a graded system. Decisions taken under those regulations were, moreover, fully subject to the scrutiny of the ordinary domestic courts.

2. *The Court's assessment*

53. The Court reiterates that the notion of "private life" is a broad concept, not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and moral integrity of the person and sometimes encompasses aspects of an individual's physical and social identity, including the right to establish and develop relationships with other human beings, the right to "personal development" or the right to self-determination as such. The Court further reiterates that elements such as gender identification, names, sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 (see *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 43, 22 January 2008, and *Schlumpf v. Switzerland*, no. 29002/06, § 100, 8 January 2009).

54. In the present case, the Court first observes that the applicant has not complained about an action of the State but about a failure on its part

to protect his private sphere against interference by his employer. In this connection, it reiterates that the Catholic Church, despite its status of public-law entity in German law, does not exercise public authority (see *Rommelfanger*, cited above; see also, *mutatis mutandis*, *Finska Församlingen i Stockholm and Hautaniemi v. Sweden*, Commission decision of 11 April 1996, no. 24019/94, DR 85-A, p. 94, and *Predota v. Austria* (dec.), no. 28962/95, 18 January 2000).

55. The Court further observes that, although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition, but the applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance which has to be struck between the general interest and the individual interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, §§ 75-76, ECHR 2007-I, and *Rommelfanger*, cited above; see also *Fuentes Bobo v. Spain*, no. 39293/98, § 38, 29 February 2000).

56. The Court reiterates, moreover, that the margin of appreciation afforded to the State is wider where there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it. There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or different Convention rights (see *Evans*, cited above, § 77).

57. The main question which arises in the present case is thus whether the State was required, in the context of its positive obligations under Article 8, to uphold the applicant's right to respect for his private life against his dismissal by the Catholic Church. Accordingly, the Court, by examining how the German employment tribunals balanced the applicant's right with the Catholic Church's right under Articles 9 and 11, will have to ascertain whether or not a sufficient degree of protection was afforded to the applicant.

58. In this connection, the Court reiterates that religious communities traditionally and universally exist in the form of organised structures and that, where the organisation of the religious community is at issue, Article 9

of the Convention must be interpreted in the light of Article 11, which safeguards associative life against unjustified State interference. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords. The Court further observes that, but for very exceptional cases, the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate (see *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, §§ 62 and 78, ECHR 2000-XI). Lastly, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, questions on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 109, ECHR 2005-XI).

59. The Court would first note that, by putting in place both a system of employment tribunals and a constitutional court having jurisdiction to review their decisions, Germany has in theory complied with its positive obligations towards citizens in the area of labour law, an area in which disputes generally affect the rights of the persons concerned under Article 8 of the Convention. In the present case the applicant was thus able to bring his case before an employment tribunal, which had to determine whether the dismissal was lawful under ordinary domestic labour law, while having regard to ecclesiastical labour law, and to balance the competing interests of the applicant and the employing Church.

60. The Court further observes that the Federal Employment Tribunal, in its judgment of 12 August 1999, referred extensively to the principles established by the Federal Constitutional Court in its judgment of 4 June 1985 (see paragraph 35 above). The Federal Employment Tribunal observed, among other things, that the applicability of domestic labour law did not have the effect of removing employment relations from the sphere of the Church's own affairs. Accordingly, the Catholic Church was entitled to base its employment contracts on the model of a Christian service community and to require its employees to recognise and comply with the fundamental principles of its religious and moral precepts, because its credibility might depend on their doing so. The Federal Employment Tribunal pointed out, however, that the employment tribunals were bound by those fundamental principles only in so far as the precepts took account of those laid down by the established Churches and were not inconsistent with the fundamental principles of law, which – in the Court's view – generally include the fundamental rights and liberties guaranteed by the Convention and, more specifically, the right to respect for private life.



61. Regarding the application of those criteria to the applicant's case, the Court observes that, in the Employment Tribunal's view, the Church was not entitled to decide on the applicant's dismissal without first imposing a lesser penalty, as required by the Basic Regulations. The Tribunal reasoned that the applicant's breach of duty, namely, the fathering of an extramarital child, was not sufficiently serious to justify dismissal on that ground alone. The Employment Appeal Tribunal, while upholding the judgment of the tribunal below, found that the applicant's alleged misconduct was his long-standing extramarital relationship, which constituted a serious personal act of moral misconduct within the meaning of Article 5 § 2 of the Basic Regulations, and justified his dismissal on account of the proximity of his work to the Church's proclamatory mission. The Employment Appeal Tribunal found that the applicant, through his functions, certainly contributed to the solemn celebration of the Eucharist, which was the Catholic Church's central act of liturgy.

62. The Court notes that whilst the Federal Employment Tribunal, for its part, quashed the judgment of the Employment Appeal Tribunal, it nonetheless upheld the latter's conclusions regarding the characterisation of the applicant's conduct under the Basic Regulations. On that point the Federal Employment Tribunal reiterated that the Catholic Church's conception of marital fidelity was not inconsistent with the fundamental principles of law because marriage was also of pre-eminent importance in other religions and was specially protected under the Basic Law. It also considered that there was no support in either the Basic Regulations or any other relevant provisions for the applicant's submission that only remarriage could be regarded as a serious breach.

63. The Court lastly notes that the Employment Appeal Tribunal, after the case had been referred back to it, emphasised that it did not disregard the consequences of dismissal for the applicant. Nevertheless, the Appeal Tribunal found that, even if the applicant did face the possibility of no longer being able to practise his profession, the Church could not continue employing him as an organist without losing all credibility regarding the binding nature of its religious and moral precepts: the applicant's activity was so closely connected to the Church's proclamatory mission that it was barely conceivable for the general public that he and the Dean could continue performing the liturgy together.

64. Regarding the applicant's claim that the Basic Regulations were not applicable to his case, the Court notes that the applicability of that instrument, unlike that of other ecclesiastical provisions relied on by the Church during the dismissal procedure, was not challenged before the employment tribunals, which, in the case of the Essen Employment

Tribunal and the Employment Appeal Tribunal, had in fact applied the Regulations in the applicant's favour by observing that the dismissal had not terminated the employment contract. The Court further notes that the Regulations on Ecclesiastical Employment and Remuneration, which, as the Government pointed out, referred to the fundamental principles of the religious and moral precepts of the Catholic Church, formed an integral part of the employment contract.

65. Regarding the finding of the employment tribunals that the dismissal was justified under the Basic Regulations, the Court reiterates that it is in the first place for the national courts to interpret and apply domestic law (see *Griechische Kirchengemeinde München und Bayern e.V. v. Germany* (dec.), no. 52336/99, 18 September 2007, and *Miroļubovs and Others v. Latvia*, no. 798/05, § 91, 15 September 2009). It would reiterate, however, that, whilst it is not the Court's task to substitute its own opinion for that of the domestic courts, it must nonetheless ascertain whether the effects of the domestic court's findings are compatible with the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*, no. 53678/00, § 49, ECHR 2004-X; *Miroļubovs and Others*, cited above, § 91; and *Lombardi Vallauri v. Italy*, no. 39128/05, § 42, 20 October 2009).

66. As regards the application to the applicant's specific case of the criteria reiterated by the Federal Employment Tribunal, the Court cannot but note the brevity of the employment tribunals' reasoning regarding the conclusions they had drawn from the applicant's conduct (contrast *Obst v. Germany*, no. 425/03, § 49, 23 September 2010). The Employment Appeal Tribunal had confined itself to explaining that the applicant's functions as organist and choirmaster did not fall within the scope of Article 5 § 3 of the Basic Regulations, but were nonetheless so closely connected to the Catholic Church's proclamatory mission that the parish church could not continue to employ this musician without losing all credibility and that it was barely conceivable for the general public that he and the Dean could carry on performing the liturgy together.

67. The Court would first observe that, in their findings the employment tribunals made no mention of the applicant's *de facto* family life or of the legal protection afforded to it. The interests of the employing Church were thus not balanced against the applicant's right to respect for his private and family life guaranteed by Article 8 of the Convention, but only against his interest in keeping his post (see also, in this connection, the findings of the Federal Constitutional Court in its judgment of 4 June 1985 – paragraph 35 above).

The Court also notes that under the wage-tax card system (see paragraph 33 above), an employee is unable to conceal from his employer

events relating to his civil status, for example a divorce or the birth of a child. Consequently, an event liable to amount to a breach of the duty of loyalty is in all cases brought to the attention of the employing Church, even if the case has had no media coverage or public repercussions.

68. The Court further observes that, by characterising the applicant's conduct as a serious breach within the meaning of Article 5 § 2 of the Basic Regulations, the employment tribunals regarded the employing Church's view as decisive in this connection and that, according to the Federal Employment Tribunal, the applicant's contrary opinion was not supported by the Basic Regulations or any other ecclesiastical provisions. It finds that this approach does not in itself raise a problem with regard to its case-law (see paragraph 58 above).

69. The Court would note, however, that the Employment Appeal Tribunal did not examine the question of the proximity between the applicant's activity and the Church's proclamatory mission, but appears to have reproduced the opinion of the employing Church on this point without further verification. As the case concerned a dismissal following a decision by the applicant concerning his private and family life, which attracts the protection of the Convention, the Court considers that a more detailed examination was required when weighing the competing rights and interests at stake (see *Obst*, cited above, §§ 48-51), particularly as in this case the applicant's individual right was weighed against a collective right. Whilst it is true that, under the Convention, an employer whose ethos is based on religion or on a philosophical belief may impose specific duties of loyalty on its employees, a decision to dismiss based on a breach of such duty cannot be subjected, on the basis of the employer's right of autonomy, only to a limited judicial scrutiny exercised by the relevant domestic employment tribunal without having regard to the nature of the post in question and without properly balancing the interests involved in accordance with the principle of proportionality.

70. The Court points out in this connection that Germany's transposition of Council Directive 2000/78/EC into its domestic law was the subject, in relation to certain points, of a complaint by the European Commission on comparable grounds (see paragraphs 40-42 above).

It notes in addition that, according to the principles established by the Federal Constitutional Court, a Church may require its employees to observe certain fundamental principles but this does not mean that the legal status of its employees is "clericalised" or that the employment relationship based on civil law acquires a special ecclesiastical status which subsumes the employee and dominates his entire private life (see paragraph 35 above).

71. The Court acknowledges that, in signing his employment contract, the applicant accepted a duty of loyalty towards the Catholic Church, which limited his right to respect for his private life to a certain degree. Such contractual limitations are permissible under the Convention where they are freely accepted (see *Rommelfanger*, cited above). The Court considers, however, that the applicant's signature on the contract cannot be interpreted as a personal unequivocal undertaking to live a life of abstinence in the event of separation or divorce. An interpretation of that kind would affect the very heart of the right to respect for the private life of the person concerned, particularly since, as the employment tribunals found, the applicant was not bound by heightened duties of loyalty (contrast *Obst*, cited above, § 50). In this connection the applicant submitted that he had been unable to avoid his separation from his wife, for strictly personal reasons, and that he was unable to live a life of abstinence for the rest of his days as required by the Catholic Church's Code of Canon Law.

72. The Court observes, moreover, that the employment tribunals, except for the Essen Employment Tribunal, gave only marginal consideration to the fact that, unlike the cases brought before the Federal Constitutional Court concerning, *inter alia*, dismissal of an employee for statements he had made publicly against the moral position of his employing Church (see *Rommelfanger*, cited above), the applicant's case had not received media coverage, that, after fourteen years of service for the parish church, he did not appear to have challenged the stances of the Catholic Church, but rather to have failed to observe them in practice (see Article 5 § 4 of the Basic Regulations – paragraph 38 above), and that the impugned conduct in the present case went to the very heart of the applicant's private life.

73. The Court lastly notes that the Employment Appeal Tribunal merely stated that it did not disregard the consequences of dismissal for the applicant but it failed, however, to explain the factors it had taken into consideration in that connection when weighing up the interests involved (contrast *Obst*, cited above, §§ 48 and 51). In the Court's opinion, the fact that an employee who has been dismissed by a Church has limited opportunities of finding another job is of particular importance. This is especially true where the employer has a predominant position in a given sector of activity and enjoys certain derogations from the ordinary law, as is the case of the two big Churches in certain regions of Germany, notably in the field of social activities (for example, kindergartens and hospitals – see paragraphs 30-32 above), or where the dismissed employee has specific qualifications that make it difficult, or even impossible, to find a new job outside the Church, as is the case for the applicant. In this connection the Court notes that the Protestant Church's rules concerning church

musicians (see paragraph 39 above) stipulate that the Church may employ non-Protestants only in exceptional cases and solely in the context of secondary employment. The applicant's case moreover confirms this. The Court reiterates that, as a result of the wage-tax card that an employee must present and which contains certain personal data (see paragraph 33 above), an employer is automatically informed, to some extent, of the employee's personal and family situation.

74. The Court is therefore of the view that the employment tribunals did not sufficiently explain the reasons why, according to the findings of the Employment Appeal Tribunal, the interests of the Church far outweighed those of the applicant, and that they failed to weigh the rights of the applicant against those of the employing Church in a manner compatible with the Convention.

75. Consequently, having regard to the particular circumstances of the case, the Court finds that the German authorities did not provide the applicant with the necessary protection and that there has, accordingly, been a violation of Article 8 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

76. 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

77. The applicant claimed 323,741.45 euros (EUR) in respect of pecuniary damage, corresponding to his loss of salary since 1 July 1998, less the unemployment benefit received and the salary paid to him since 1 September 2002 for his part-time job in a Protestant Church. The applicant provided a breakdown of these sums. He further claimed EUR 30,000 in respect of non-pecuniary damage.

78. The Government submitted that, in the event of a finding by the Court that the employment tribunals should not have endorsed the dismissal, the State was not required to reimburse the applicant for his loss of salary over all those years. In the Government's view, should a violation be found, firstly the applicant would be able to seek the re-opening of the proceedings in the domestic courts and, secondly, it could not automatically be assumed that his contract of employment with Saint Lambertus's Church would have lasted for many years to come.

## B. Costs and expenses

79. The applicant also claimed EUR 752.35 for the costs and expenses he had incurred in the proceedings before the Federal Constitutional Court and EUR 876.73 in respect of the proceedings before this Court. He further requested the reimbursement of translation expenses and costs that would be incurred by him in the event of a hearing being held before the Court.

80. The Government did not comment on the claims under this head.

## C. Conclusion

81. In the circumstances of the case, the Court considers that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision. Consequently, it must be reserved and the subsequent procedure fixed taking due account of the possibility of an agreement between the respondent State and the applicant (Rule 75 § 1 of the Rules of Court). The Court allows the parties three months, from the date of the present judgment, in which to reach such agreement.

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
3. *Holds* that the question of the application of Article 41 is not ready for decision, and accordingly,
  - (a) *reserves* it in whole;
  - (b) *invites* the Government and the applicant to notify the Court, within three months from the date of the present judgment, of any agreement that they may reach;
  - (c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Chamber the power to fix the same if need be.

Done in French, and notified in writing on 23 September 2010, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek  
Registrar

Peer Lorenzen  
President

BACHOWSKI v. POLAND  
(Application no. 32463/06)

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 2 NOVEMBER 2010<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Nicolas Bratza, *President*, Lech Garlicki, David Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, Ledi Bianku, Nebojša Vučinić, Vincent A. De Gaetano, *judges*, and Fatoş Araci, *Deputy Section Registrar*.

2. English original. Extracts.





SUMMARY<sup>1</sup>**Compensation following reversal of a criminal conviction in the light of a change in political regime****Article 3 of Protocol No. 7**

*Compensation for wrongful conviction – Compensation following reversal of a criminal conviction in the light of a change in political regime – Applicability – New or newly discovered facts – Reversal of a criminal conviction based on reassessment of evidence that had been used in the original proceedings*

\*

\* \*

In 1959 the applicant was convicted of the “dissemination of false information” and sentenced to three years’ imprisonment for circulating leaflets criticising the Soviet Union’s domination of Poland. In 2001 his conviction was reversed following a cassation appeal brought by the Ombudsman on his behalf. In those proceedings the Supreme Court held that the applicant had not committed the offence of which he had been convicted and that his conviction had been based on an unacceptable interpretation and application of the substantive criminal law. In 2004 a regional court awarded him compensation. The applicant unsuccessfully appealed against the level of that award, which he considered too low.

*Held*

Article 3 of Protocol No. 7: The Court concurred with the conclusions of the domestic courts overturning the applicant’s conviction. It would be incompatible with both the tenets of the rule of law and respect for human rights if a criminal conviction manifestly motivated by the goals of an oppressive political regime remained valid after the convicted person requested to have it reversed in accordance with the applicable provisions of domestic law. However, the applicant’s acquittal was the result of a reassessment by the Supreme Court of the evidence which had already been used and was known to the court in 1959, not of new facts. In this context, the Court noted the statements in the Explanatory Report that Article 3 of Protocol No. 7 was applicable only when the original conviction had been reversed because of a new or newly discovered fact showing conclusively that in the original proceedings there had been a serious failure in the judicial process. This indicated that it was the intention of the drafters to delineate the scope of the application of Article 3 of Protocol No. 7 in a narrow manner, with the right to

---

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

compensation being excluded in respect of reversals of conviction that were based on some other ground than that related to new or newly discovered facts. Therefore, the circumstances of the case did not fall within the scope of Article 3 of Protocol No. 7: *incompatible ratione materiae*.

**Case-law cited by the Court**

*Matveyev v. Russia*, no. 26601/02, 3 July 2008

*Zhuravlev v. Russia*, no. 5249/06, 15 January 2009

...

## THE FACTS

The applicant, Mr Herbert Bachowski, is a Polish national who was born in 1939 and lives in Freyung. He was represented before the Court by Mr L. Cholewa, a lawyer practising in Katowice.

### A. The circumstances of the case

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

In 1959 the applicant was convicted of the “dissemination of false information”, punishable on the basis of Article 23 § 1 of the so-called “Small Criminal Code” (*mały kodeks karny*), a decree adopted on 13 June 1946, and was sentenced to three years’ imprisonment. The applicant had prepared and distributed leaflets in which he stated that Poland was dominated by the Soviet Union and that this state of affairs was unacceptable.

He subsequently served two years of his sentence.

On 23 August 1994 the applicant lodged an application under section 3(1) of the Law of 23 February 1991 on the annulment of convictions of persons persecuted for activities aimed at achieving independence for Poland (“the 1991 Act”) with the Katowice Regional Court (*Sąd Wojewódzki*), seeking to have his conviction declared null and void.

On 12 February 1997 the Katowice Regional Court refused to grant his request, having regard to the fact that the 1991 Act only provided a legal basis for quashing judgments given prior to 31 December 1956, when the worst period of political repression ended, whereas the judgment in the applicant’s case had been given in 1959.

In 2001 the Ombudsman brought, on the applicant’s behalf, a cassation appeal against the judgment given in 1959 before the Supreme Court. The Ombudsman argued that the judgment was in breach of the substantive provision forming the basis upon which the applicant had been convicted and sentenced. It was obvious that his conduct, consisting of disseminating leaflets criticising the Soviet Union’s domination of Poland by placing them on walls in different places in his town, had not fulfilled the requirements of criminal conduct penalised by Article 23 § 1 of the Small Criminal Code.

It was further argued that the acts committed by the accused had been motivated by his profound hostility towards the communist system and the communist authorities and should have been seen as acts of political opposition. They had been very irritating to the authorities, but this had

not rendered them criminal. The courts had failed to establish that the leaflets had amounted to incitement to crime or violence, or that they had contained any praise of criminal acts. Furthermore, the courts had failed to indicate any concrete interests of the Polish State which could have been endangered by the leaflets. Moreover, it was unreasonable to consider that the view expressed about Poland's domination by the Soviet Union had been untrue, as it had been obvious at that time that this had indeed been the case. Hence, it was impossible to find that disseminating such a view amounted to "disseminating untrue information". By a judgment of 13 June 2001 the Supreme Court allowed the Ombudsman's appeal, essentially sharing his views. It acquitted the applicant of the original offence, having found that he had not disseminated any "false information" but rather his legitimate views about the political system in place in 1959, and also held that he had not incited violence or any unlawful acts. Consequently, it held that the applicant had not committed the criminal offence of which he had been convicted.

Subsequently, the applicant instituted proceedings for compensation for detention which had lacked a legal basis, on the basis of Chapter 58 of the Polish Code of Criminal Procedure.

On 17 December 2004 the Katowice Regional Court awarded him compensation in the amount of 35,966 zlotys (PLN). The amount awarded comprised PLN 25,200 for non-pecuniary damage (*zadośćuczynienie*) caused by suffering and loss of life-prospects occasioned by his deprivation of liberty, and PLN 10,766 for pecuniary damage (*odszkodowanie*). The court calculated the latter by taking the applicant's salary at the time of his arrest, multiplying it for the entire period of his deprivation of liberty and subtracting the average living costs which had been borne during that period by the State.

The applicant appealed, challenging the method of calculation of the pecuniary damage and the amount of non-pecuniary damage. As to the former, he submitted that the method by which it had been calculated had defied equity and justice. The court had calculated it, essentially, by assessing the salary which the applicant could have been paid throughout the time of his imprisonment and by subsequently subtracting from it normal living costs during that time. The court had observed that the applicant had not been obliged to pay his living costs throughout this period because the State had borne them. This method, in the applicant's view, had entirely overlooked the essential aspects of compensation, namely indemnifying a wronged person and making good pecuniary damage inflicted by the manifestly unjustified and politically motivated imprisonment imposed by the communist regime. The practice adopted by the courts of reducing

awards of pecuniary damage due to victims of past political oppression reduced to nought the possibility for people who had been persecuted in the past for their political activities or ideas to obtain just satisfaction for their suffering at the hands of an oppressive political system.

On 10 March 2005 the Katowice Court of Appeal dismissed his appeal, finding that the method of calculation of pecuniary damage had been consistent with judicial practice as it stood at that time.

On 25 April 2005 the applicant submitted a cassation appeal against the above-mentioned judgment, essentially reiterating the arguments which he had submitted to the appellate court.

On 9 February 2006 the Supreme Court dismissed his appeal as manifestly ill-founded, using a short formula normally used in such cases.

## **B. Relevant domestic and international law**

### *1. The 1991 Act*

The Law of 23 February 1991 on the annulment of convictions of persons persecuted for activities aimed at achieving independence for Poland (*Ustawa o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego* – “the 1991 Act”) sets out rules concerning the conditions under which certain politically-motivated convictions rendered from 1 January 1944 to 31 December 1956 can be declared null and void, and also provides for the State’s civil liability for such convictions. The relevant part of section 1(1) of the 1991 Act provides:

“Convictions or other decisions rendered by the Polish judicial, prosecuting or extra-judicial authorities during the period ... lasting from 1 January 1944 to 31 December 1956 shall be declared null and void if the offence with or of which the person concerned was charged or convicted related to activities undertaken by him or her with the aim of achieving independence for Poland, or if the decision in question was taken on the ground that he had undertaken such activity. The same applies to persons convicted of resisting the collectivisation of farm land and compulsory contributions of foodstuffs.”

Under section 2 of the 1991 Act, a regional court or, in cases concerning military offences, a regional military court, is competent to deal with requests lodged under section 3 of the 1991 Act. The relevant parts of section 3 state:

3. A party entitled to file an application under section 1(1) shall be entitled to appeal against a decision on whether or not the original decision should be declared null and void.

According to section 2(1) *in fine* of this Law, a decision declaring the original conviction null and void shall be tantamount to a verdict of acquittal. If such

a conviction is declared null and void, a victim of repression is entitled, under section 8(1) of this Law, to compensation from the State Treasury for his wrongful conviction.

## 2. Chapter 58 of the Code of Criminal Procedure

Chapter 58 of the Code of Criminal Procedure, entitled “Compensation for unjustified conviction, pre-trial detention or arrest”, stipulates that the State is liable for wrongful convictions or for unjustifiably depriving an individual of his liberty. The relevant parts of Article 552 of the Code provide as follows:

“1. An accused who, as a result of the reopening of the criminal proceedings against him or of lodging a cassation appeal, has been acquitted or resented under a more lenient substantive provision, shall be entitled to compensation from the State Treasury for the pecuniary and non-pecuniary damage which he has suffered in consequence of having served the whole or a part of the sentence imposed on him.

...

4. The entitlement to compensation for pecuniary and non-pecuniary damage shall also arise in the event of manifestly unjustified arrest or pre-trial detention.”

## 3. Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 117)

### Article 3

“22. This Article provides that compensation shall be paid to a victim of a miscarriage of justice, on certain conditions.

First, the person concerned has to have been convicted of a criminal offence by a final decision and to have suffered punishment as a result of such conviction. According to the definition contained in the explanatory report of the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, a decision is final ‘if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them.’ It follows therefore that a judgment by default is not considered as final as long as the domestic law allows the proceedings to be taken up again. Likewise, this Article does not apply in cases where the charge is dismissed or the accused person is acquitted either by the court of first instance or, on appeal, by a higher tribunal. If, however, in one of the States in which such a possibility is provided for, the person has been granted leave to appeal after the normal time of appealing has expired, and his conviction is then reversed on appeal, then subject to the other conditions of the Article, in particular the conditions described in paragraph 24 below, the Article may apply.

23. Secondly, the Article applies only where the person's conviction has been reversed or he has been pardoned, in either case on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice – that is, some serious failure in the judicial process involving grave prejudice to the convicted person. Therefore, there is no requirement under the Article to pay compensation if the conviction has been reversed or a pardon has been granted on some other ground. Nor does the Article seek to lay down any rules as to the nature of the procedure to be applied to establish a miscarriage of justice. This is a matter for the domestic law or practice of the State concerned. The words 'or he has been pardoned' have been included because under some systems of law pardon, rather than legal proceedings leading to the reversal of a conviction, may in certain cases be the appropriate remedy after there has been a final decision.

24. Finally, there is no right to compensation under this provision if it can be shown that the non-disclosure of the unknown fact in time was wholly or partly attributable to the person convicted.

25. In all cases in which these preconditions are satisfied, compensation is payable 'according to the law or the practice of the State concerned'. This does not mean that no compensation is payable if the law or practice makes no provision for such compensation. It means that the law or practice of the State should provide for the payment of compensation in all cases to which the Article applies. The intention is that States would be obliged to compensate persons only in clear cases of miscarriage of justice, in the sense that there would be acknowledgment that the person concerned was clearly innocent. The Article is not intended to give a right of compensation where all the preconditions are not satisfied, for example, where an appellate court had quashed a conviction because it had discovered some fact which introduced a reasonable doubt as to the guilt of the accused and which had been overlooked by the trial judge."

## COMPLAINTS

The applicant complained under Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention that his right to compensation for a manifestly unjustified conviction had been breached. This was so because the amount which he had ultimately received in compensation for pecuniary and non-pecuniary damage caused by his imprisonment had been ridiculously low and therefore degrading. In addition, the method by which the pecuniary damage had been calculated flew in the face of equity and justice. The court had calculated it, essentially, by assessing the salary which the applicant could have been paid throughout the time of his imprisonment and by subsequently subtracting from it normal living costs during that time. The courts had observed that the applicant had not been obliged to pay his living costs throughout this period because the State had borne them. This method, applied universally by the courts, had entirely overlooked essential aspects of compensation,

namely of indemnifying a wronged person and making good pecuniary damage inflicted by the manifestly unjustified imprisonment imposed by the communist regime for purely political reasons. The practice adopted by the courts of reducing awards of pecuniary damage for victims of the communist regime, reduced to nought the possibility for people, including the applicant, who had been persecuted in the past for political activities or ideas, to obtain adequate and just satisfaction for their suffering at the hands of an oppressive political system.

...

## THE LAW

1. The applicant complained under Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention that his right to compensation for a manifestly unjustified conviction had been breached, as the compensation which he had received for pecuniary and non-pecuniary damage caused by his imprisonment had been very low and had been calculated using an unfair method. Article 3 of Protocol No. 7 reads:

“When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed, or he has been pardoned, on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to the law or the practice of the State concerned, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.”

The Court has first to determine whether it has temporal jurisdiction to examine the applicant’s complaint under the provisions of Article 3 of Protocol No. 7.

It observes that the aim of this provision is to confer the right to compensation on persons convicted as the result of a miscarriage of justice where such a conviction has been reversed by the domestic courts. It notes that, in the present case, the judgment by which the domestic authorities acknowledged that the applicant’s conviction in 1959 had amounted to a miscarriage of justice and by which the applicant was acquitted was given in 2001, prior to 1 March 2003 when Protocol No. 7 came into force in respect of Poland. However, under the applicable domestic law, the above-mentioned judgment was simply a necessary prerequisite for the institution of subsequent proceedings under Article 58 of the Code of Criminal Procedure by which a compensation claim arising from a judgment declared null and void is examined separately. The judgments given in the proceedings concerning the applicant’s compensation claim were given on



17 December 2004, 10 March 2005 and 25 April 2005, after the entry into force of Protocol No. 7 in respect of Poland.

It follows that this complaint is compatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 (see, *Zhuravlev v. Russia*, no. 5249/06, § 17, 15 January 2009, and, *a contrario*, *Matveyev v. Russia*, no. 26601/02, § 38, 3 July 2008).

The Court must also decide whether Article 3 of Protocol No. 7 is applicable to the circumstances of the case *ratione materiae*. In this connection, the Court refers to the Explanatory Report to Protocol No. 7 which provides as follows in relation to Article 3:

“... [T]he Article applies only where the person’s conviction has been reversed ... on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice – that is, some serious failure in the judicial process involving grave prejudice to the convicted person. Therefore, there is no requirement under the Article to pay compensation if the conviction has been reversed or a pardon has been granted on some other ground. Nor does the Article seek to lay down any rules as to the nature of the procedure to be applied to establish a miscarriage of justice. This is a matter for the domestic law or practice of the State concerned. ...”

In the present case, the Court observes that the 1991 Act put in place a specific legal scheme designed to examine the validity of judicial decisions given in the past by the communist authorities which may have had the purpose of repression of political opposition. Applied in conjunction with Chapter 58 of the Code of Criminal Procedure, the 1991 Act allows victims of repression to seek compensation for unlawful deprivation of liberty. In the applicant’s case this scheme could not be resorted to, given that it applied only to decisions given during the period in which the criminal law was habitually used to repress political opposition – which period the legislature determined had finished at the end of 1956. However, in the applicant’s case his conviction was reversed following a cassation appeal brought by the Ombudsman on his behalf. In those proceedings the Supreme Court recognised that the judgment given in 1959 in the criminal case against the applicant was based on an unacceptable interpretation and application of legal provisions. The Supreme Court held that the applicant had not committed the criminal offence of which he had been convicted and that the courts had misapplied the substantive criminal law.

Subsequently, the courts which heard the compensation proceedings awarded compensation to the applicant.

However, the Court observes that the applicant’s criminal conviction was not quashed on the basis of any new or newly discovered facts within the meaning of Article 3 of Protocol No. 7. The applicant was granted compensation because the Supreme Court agreed with the arguments

advanced by the Ombudsman in his appeal – and noted in its judgment – to the effect that the applicant’s conviction of 1959 was based on an unacceptable legal assessment of his conduct.

The Court concurs with the conclusions of the domestic courts and the legal view which they expressed in respect of the applicant’s original conviction. It would be incompatible with both the tenets of the rule of law and respect for human rights if a criminal conviction given prior to the entry into force of the Convention and manifestly motivated by the goals of an oppressive political regime remained valid after the convicted person requested to have it reversed in accordance with the applicable provisions of domestic law.

Nonetheless, in the present case the judgment concerned had not been issued on the basis of the omission or concealment of facts which could or should have been known to the court in 1959, or by the coming to light of new facts which occurred after that date and which would have been of such nature as to cast fundamental doubt on the soundness of the criminal conviction. The domestic courts acknowledged that the judgment given in 1959 was unacceptable because the applicable substantive criminal law had been seriously distorted and misapplied in that case. Hence, the acquittal of the applicant was due to a reassessment by the Supreme Court of the evidence which had already been used and known to the court in the original proceedings.

In this context, the Court has had regard to the statements made in the Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention according to which this provision is applicable only when the original conviction has been reversed because of a new or newly discovered fact showing conclusively that in the original proceedings there was a serious failure in the judicial process. The Court is of the view that it was the intention of the drafters of Article 3 of Protocol No. 7 to delineate the scope of the application of this provision in a narrow manner. The right to compensation was excluded in respect of reversals of conviction that were based “on some other ground” than that related to “a new or newly discovered fact”.

Therefore the circumstances of the case, in the Court’s view, do not fall within the scope of Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention.

Having regard to the foregoing and to the Explanatory Report to Article 3 of Protocol No. 7, the Court considers that the conditions for the applicability of Article 3 of Protocol No. 7 have not been complied with. It observes that the complaint does not give rise to issues under any other provision of the Convention or Protocols thereto.

It follows that this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3.

...

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.



BACHOWSKI c. POLOGNE  
(Requête n° 32463/06)

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 2 NOVEMBRE 2010<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de Nicolas Bratza, *président*, Lech Garlicki, David Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, Ledi Bianku, Nebojša Vučinić, Vincent A. De Gaetano, *juges*, et de Fatoş Araci, *greffière de section*.

2. Traduction ; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Indemnisation en cas d'annulation d'une condamnation pénale consécutivement à un changement de régime politique****Article 3 du Protocole n° 7**

*Indemnisation en cas de condamnation injustifiée – Indemnisation en cas d'annulation d'une condamnation pénale consécutivement à un changement de régime politique – Applicabilité – Faits nouveaux ou nouvellement révélés – Annulation d'une condamnation pénale après réexamen d'éléments de preuve utilisés dans le cadre de la procédure initiale*

\*

\* \*

En 1959, le requérant fut reconnu coupable de «propagation de fausses informations» et condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans pour avoir distribué des tracts dénonçant la domination de la Pologne par l'Union soviétique. En 2001, à la suite d'un pourvoi en cassation introduit en son nom par le médiateur, sa condamnation fut annulée. Dans le cadre de cette procédure, la Cour suprême jugea que l'intéressé n'avait pas commis l'infraction pour laquelle il avait été condamné et que sa condamnation se fondait sur une interprétation et une application inacceptables du droit pénal matériel. En 2004, un tribunal régional accorda réparation au requérant. Estimant que l'indemnité qui lui avait été allouée était trop faible, l'intéressé forma contre cette décision un appel dont il fut débouté.

Article 3 du Protocole n° 7: la Cour souscrit aux conclusions des décisions par lesquelles les juridictions nationales ont annulé la condamnation du requérant. Il serait incompatible avec le principe de la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme qu'une condamnation pénale manifestement motivée par la politique menée par un régime oppressif demeurât valable après que la personne condamnée eut demandé et obtenu son annulation en application des dispositions pertinentes du droit interne. Toutefois, l'acquiescement du requérant a résulté d'un réexamen, par la Cour suprême, d'éléments de preuves qui avaient déjà été produits et étaient connus des tribunaux en 1959, et non de la révélation de faits nouveaux. A cet égard, la Cour relève qu'il ressort des énonciations contenues dans les travaux préparatoires du Protocole n° 7 à la Convention que l'article 3 de celui-ci ne trouve à s'appliquer que dans le cas où une condamnation a été annulée en raison d'un fait

---

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

nouveau ou nouvellement révélé démontrant de manière convaincante l'existence d'un grave dysfonctionnement du processus judiciaire dans la procédure initiale. Cela indique que les rédacteurs de l'article 3 du Protocole n° 7 ont entendu en circonscrire strictement le champ d'application, le droit à indemnisation étant exclu en cas d'annulation d'une condamnation fondée sur d'autres motifs que ceux liés à des faits nouveaux ou nouvellement révélés. Dès lors, les circonstances de l'espèce ne relèvent pas du champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 7 : *incompatible ratione materiae*.

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

*Matveïev c. Russie*, n° 26601/02, 3 juillet 2008

*Jouravlev c. Russie*, n° 5249/06, 15 janvier 2009



(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Herbert Bachowski, est un ressortissant polonais né en 1939 et résidant à Freyung. Devant la Cour, il a été représenté par M<sup>e</sup> L. Cholewa, avocat à Katowice.

### A. Les circonstances de l'espèce

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

En 1959, l'intéressé fut reconnu coupable de « propagation de fausses informations » – infraction réprimée par l'article 23 § 1 d'un décret adopté le 13 juin 1946 et connu sous le nom de « petit code pénal » (*maty kodeks karny*) – et condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans pour avoir rédigé et distribué des tracts dénonçant comme inacceptable la domination de la Pologne par l'Union soviétique.

Il fut remis en liberté au bout de deux ans.

Le 23 août 1994, il introduisit devant le tribunal régional (*Sąd Wojewódzki*) de Katowice une action fondée sur l'article 3 § 1 de la loi du 23 février 1991 relative à l'annulation des condamnations prononcées à l'encontre de personnes à raison de leurs activités en faveur de l'indépendance de la Pologne (« la loi de 1991 ») en vue d'obtenir l'annulation de sa condamnation.

Par une décision du 12 février 1997, cette juridiction rejeta la demande de l'intéressé. Pour se prononcer ainsi, elle jugea que la condamnation infligée au requérant en 1959 ne pouvait être annulée sur le fondement de la loi de 1991 car ce texte ne concernait que les décisions rendues avant le 31 décembre 1956, date à laquelle la période la plus sombre de la répression politique avait pris fin.

En 2001, le médiateur forma au nom du requérant un pourvoi en cassation devant la Cour suprême contre cette décision, alléguant que celle-ci avait violé la disposition normative sur laquelle se fondait la condamnation de l'intéressé. Selon lui, le comportement reproché au requérant, c'est-à-dire le fait d'avoir diffusé des tracts dénonçant la domination exercée par l'Union soviétique sur la Pologne qu'il avait placardés sur les murs de la ville, ne correspondait pas aux éléments constitutifs de l'infraction réprimée par l'article 23 § 1 du petit code pénal.

En outre, les agissements litigieux auraient été motivés par l'hostilité profonde de l'intéressé à l'égard du régime communiste, raison pour laquelle ils auraient dû être considérés comme des actes d'opposition politique certes

très contrariants pour les autorités, mais pas pour autant délictueux. Les tribunaux n'auraient pas établi que les tracts constituaient une incitation au crime ou à la violence ou qu'ils faisaient l'apologie du crime. Ils n'auraient pas non plus expliqué en quoi ces documents menaçaient concrètement les intérêts de l'Etat polonais. Par ailleurs, il aurait été déraisonnable de soutenir que les déclarations dénonçant la mainmise de l'Union soviétique sur la Pologne étaient fallacieuses, car cette domination était bien réelle à l'époque pertinente. Dans ces conditions, il aurait été impossible de considérer que l'intéressé avait « propagé de fausses informations » en diffusant ses opinions. Dans l'arrêt qu'elle rendit le 13 juin 2001, la Cour suprême accueillit le pourvoi formé par le médiateur, souscrivant pour l'essentiel aux moyens qu'il avait soulevés, et acquitta le requérant de l'infraction pour laquelle il avait été condamné. Pour se prononcer ainsi, elle estima que celui-ci n'avait pas propagé de « fausses informations », qu'il avait exprimé une opinion légitime sur le système politique en vigueur en 1959, qu'il n'avait pas fait l'apologie de la violence ou du crime et qu'il n'avait donc pas commis l'infraction pour laquelle il avait été condamné.

Par la suite, le requérant exerça l'action en réparation du dommage résultant d'une détention illégale prévue par le chapitre 58 du code de procédure pénale polonais.

Le 17 décembre 2004, le tribunal régional de Katowice lui accorda une indemnité de 35 966 zlotys (PLN) dont 25 200 PLN au titre du dommage moral (*zadosćuczynienie*) pour la souffrance et la perte de perspectives d'avenir causées par la privation de liberté ainsi que 10 766 PLN pour préjudice matériel (*odszkodowanie*). Pour calculer le montant de l'indemnité due à ce dernier titre, le tribunal multiplia le salaire que le requérant percevait à la date de son arrestation par la durée totale de la privation de liberté subie par celui-ci et en déduisit les frais de subsistance qui, pendant cette période, avaient été pris en charge par l'Etat.

L'intéressé fit appel de cette décision, contestant le mode de calcul du dommage matériel et du préjudice moral. Selon lui, la méthode utilisée pour évaluer le dommage matériel était contraire à l'équité et à la justice car le tribunal s'était principalement fondé sur les revenus que l'intéressé aurait pu percevoir pendant sa détention, dont il avait déduit les frais de subsistance ordinaires au motif que le requérant en avait été dispensé parce que l'Etat les avait pris en charge pendant la période pertinente. En procédant de la sorte, le tribunal aurait totalement méconnu les principes fondamentaux de la réparation, à savoir l'indemnisation des personnes lésées et le redressement du préjudice causé par les détentions manifestement injustifiées infligées par les autorités communistes pour des motifs politiques. Les retenues opérées par les tribunaux sur le montant des indemnités pour préjudice matériel

dues aux victimes de la répression persécutées en raison de leurs opinions ou de leurs activités politiques auraient privé les victimes de toute possibilité d'obtenir une satisfaction équitable pour la souffrance infligée par un régime oppressif.

Par un arrêt du 10 mars 2005, la cour d'appel de Katowice rejeta l'appel interjeté par le requérant au motif que la méthode de calcul du préjudice matériel était conforme à la pratique judiciaire en vigueur à l'époque pertinente.

Le 25 avril 2005, le requérant forma contre l'arrêt en question un pourvoi en cassation dans lequel il reprit pour l'essentiel les moyens exposés devant la cour d'appel.

Le 9 février 2006, la Cour suprême jugea que le pourvoi était manifestement mal fondé. Suivant sa pratique habituelle dans les affaires de ce genre, elle le rejeta par un arrêt sommairement motivé.

## **B. Le droit interne et le droit international pertinents**

### *1. La loi de 1991*

La loi du 23 février 1991 sur l'annulation des condamnations prononcées à l'encontre de personnes persécutées à raison de leurs activités en faveur de l'indépendance de la Pologne (*Ustawa o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego* – « la loi de 1991 ») fixe les conditions dans lesquelles certaines condamnations motivées par des considérations politiques et prononcées entre le 1<sup>er</sup> janvier 1944 et le 31 décembre 1956 peuvent être annulées. En outre, elle dispose que les condamnations en question engagent la responsabilité civile de l'Etat. Le passage pertinent de l'article 1 § 1 de la loi de 1991 est ainsi libellé :

« Les condamnations ou autres décisions prononcées par les autorités judiciaires, de poursuite ou extrajudiciaires polonaises (...) au cours de la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 1944 au 31 décembre 1956 doivent être annulées si l'infraction dont une personne a été accusée ou reconnue coupable se rattachait à des actes accomplis par elle en faveur de l'indépendance de la Pologne, ou si la décision a été prise au motif que l'intéressée avait mené une telle activité. Il en va de même pour les personnes condamnées en raison de leur opposition à la collectivisation des terres agricoles et à la contribution alimentaire obligatoire. »

Aux termes de l'article 2 de la loi de 1991, le tribunal régional ou, en cas d'infractions militaires, le tribunal militaire régional, est compétent pour connaître des demandes introduites en vertu de l'article 3 de la loi. Les dispositions pertinentes de l'article 3 se lisent ainsi :

«3. Les parties habilitées à introduire une demande en vertu du paragraphe 1 de l'article 1 peuvent interjeter appel d'un jugement statuant sur l'annulation de la décision initiale.

Selon l'article 2 § 1 *in fine* de la présente loi, une décision annulant la condamnation initiale équivaut à un acquittement. En cas d'annulation de la condamnation, la victime de la répression a droit à une indemnité du Trésor public en réparation du préjudice découlant de sa condamnation injuste dans les conditions prévues par l'article 8 § 1 de la présente loi.»

## 2. *Le chapitre 58 du code de procédure pénale*

Le chapitre 58 du code de procédure pénale, intitulé «indemnisation en cas de condamnation, de détention provisoire ou d'arrestation injustifiées» énonce que l'Etat engage sa responsabilité en cas de condamnation prononcée à tort ou de privation de liberté injustifiée. Les passages pertinents de l'article 552 du code se lisent ainsi :

«1. Un accusé qui, à la suite du réexamen de son affaire ou d'un pourvoi en cassation, a été acquitté ou condamné pour une infraction moins grave a droit à une indemnité du Trésor public pour le préjudice matériel et moral découlant de l'exécution totale ou partielle de sa peine.

(...)

4. Une arrestation ou une détention provisoire manifestement injuste ouvre également droit à réparation du préjudice matériel et moral.»

## 3. *Le rapport explicatif du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE n° 117)*

### Article 3

«22. Cet article prévoit l'indemnisation de la personne victime d'une erreur judiciaire, sous certaines conditions.

Tout d'abord, la personne concernée doit avoir été déclarée coupable d'une infraction par une décision définitive et avoir subi une peine à la suite d'une condamnation. Selon la définition contenue dans le rapport explicatif de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, une décision est définitive «si elle est, selon l'expression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer». Il en résulte qu'un jugement prononcé par défaut n'est pas considéré comme définitif aussi longtemps que la loi nationale permet de reprendre la procédure. De même, le présent article ne s'applique pas lorsque l'accusation est abandonnée ou lorsque la personne accusée est acquittée, soit par le tribunal de première instance, soit à la suite d'un recours, par une juridiction supérieure. Si, en revanche, dans un des Etats où une telle possibilité est prévue, la personne a reçu l'autorisation de faire appel (*application*

*for leave to appeal*) après l'expiration du délai normal prévu pour faire appel et que sa condamnation a été annulée en appel, cet article peut s'appliquer (sous réserve des autres conditions prévues par cet article, et en particulier de celle mentionnée au paragraphe 24 ci-dessous).

23. En second lieu, l'article s'applique uniquement au cas où la condamnation d'une personne est annulée, ou la grâce accordée, parce que, dans les deux hypothèses, un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire – c'est-à-dire un défaut grave dans un procès entraînant un préjudice important pour la personne qui a été condamnée. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, en vertu de cet article, de verser une indemnité si la condamnation a été annulée ou la grâce accordée pour d'autres motifs. D'autre part, l'article ne contient aucune règle quant à la nature de la procédure à suivre pour faire établir une erreur judiciaire. Cette question relève du droit interne ou de la pratique de l'Etat concerné. Les mots «ou lorsque la grâce est accordée» ont été inclus parce que, dans certains systèmes juridiques, plutôt qu'une procédure judiciaire conduisant à la révision de la condamnation, la grâce peut, dans certains cas, être le recours approprié après une décision définitive.

24. Enfin, cet article n'ouvre aucun droit à indemnisation s'il est prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu est imputable, en tout ou en partie, à la personne condamnée.

25. Dans les cas où ces conditions préalables sont remplies, l'indemnité est versée «conformément à la loi ou à l'usage en vigueur dans l'Etat concerné». Ces mots ne peuvent pas être interprétés comme signifiant qu'aucune indemnité ne doit être versée lorsque la loi ou l'usage en vigueur ne le prévoit pas. La loi ou cet usage doit prévoir le versement d'une indemnité dans tous les cas auxquels cet article s'applique. Dans l'esprit des auteurs de cette disposition, les Etats sont obligés d'indemniser des personnes uniquement dans les cas évidents d'erreur judiciaire, c'est-à-dire lorsqu'il aura été reconnu que la personne concernée était clairement innocente. Cet article n'a pas pour but de donner un droit à compensation lorsque toutes les conditions préalables ne sont pas remplies, par exemple, lorsqu'une cour d'appel a annulé une condamnation parce qu'elle a découvert un fait qui a jeté un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé et dont le juge de première instance n'aurait pas tenu compte.»

## GRIEFS

Invoquant l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention, le requérant allègue que son droit à réparation du préjudice causé par une condamnation manifestement injuste a été violé car la somme qui lui a été allouée au titre du dommage matériel et moral résultant de sa détention est si ridicule qu'elle en est humiliante. En outre, la méthode utilisée pour le calcul du préjudice matériel aurait été contraire à l'équité et à la justice. Pour déterminer ce montant, les tribunaux se seraient principalement fondés sur une évaluation des revenus que l'intéressé aurait pu percevoir pendant sa détention, dont ils auraient ensuite déduit les frais de subsistance auxquels le requérant aurait

normalement dû faire face au cours de cette période. Les tribunaux auraient relevé que les frais en question avaient été épargnés à l'intéressé parce que l'Etat les avait pris en charge. Appliquée par toutes les juridictions, cette méthode méconnaîtrait totalement les principes fondamentaux de la réparation, qui consisteraient à dédommager les personnes lésées et à compenser le préjudice matériel causé par les détentions manifestement injustifiées infligées par les autorités communistes pour des motifs purement politiques. En opérant des retenues sur le montant des indemnités pour préjudice matériel dues aux victimes du régime communiste qui, comme l'intéressé, ont été persécutées en raison de leurs opinions ou de leurs activités politiques, les tribunaux les auraient privées de toute possibilité d'obtenir une satisfaction équitable pour la souffrance infligée par un régime politique oppressif.

(...)

## EN DROIT

1. Invoquant l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention, le requérant allègue que, en lui accordant une somme insignifiante déterminée au moyen d'une méthode de calcul inéquitable au titre du dommage matériel et moral résultant de sa détention, les tribunaux ont porté atteinte à son droit à réparation du préjudice causé par une condamnation manifestement injustifiée. L'article 3 du Protocole n° 7 se lit ainsi :

«Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée, ou lorsque la grâce est accordée, parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation est indemnisée, conformément à la loi ou à l'usage en vigueur dans l'Etat concerné, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou en partie.»

La Cour recherchera d'abord si le grief formulé par le requérant sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 7 relève de sa compétence temporelle.

Elle observe que cette disposition vise à conférer un droit à réparation aux personnes ayant été condamnées à la suite d'une erreur judiciaire et dont la condamnation a été annulée par les juridictions internes. En l'espèce, elle relève que la décision par laquelle les autorités internes ont reconnu que la condamnation infligée au requérant en 1959 résultait d'une erreur judiciaire et l'ont acquitté a été rendue en 2001, avant l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> mars 2003, du Protocole n° 7 à l'égard de la Pologne. Toutefois, au regard du droit interne, la décision en question n'est qu'un préalable nécessaire à l'ouverture de la procédure prévue par l'article 58 du code de procédure pénale, dans le cadre de laquelle la question de la réparation du préjudice résultant d'un jugement ayant été annulé fait l'objet d'un examen

distinct. Les décisions statuant sur la procédure indemnitaire diligentée par le requérant ont été rendues le 17 décembre 2004, le 10 mars 2005 et le 25 avril 2005 respectivement, après l'entrée en vigueur du Protocole n° 7 à l'égard de la Pologne.

Il s'ensuit que le grief de l'intéressé est compatible *ratione temporis* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 (voir *Jouravlev c. Russie*, n° 5249/06, § 17, 15 janvier 2009, et, *a contrario*, *Matveïev c. Russie*, n° 26601/02, § 38, 3 juillet 2008).

La Cour doit également se prononcer sur l'applicabilité *ratione materiae* de l'article 3 du Protocole n° 7 aux faits de l'espèce. A cet égard, elle renvoie au rapport explicatif de l'article 3 du Protocole n° 7, dont le passage pertinent se lit ainsi :

« (...) [L]'article s'applique uniquement au cas où la condamnation d'une personne est annulée ( ) parce que, dans les deux hypothèses, un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire - c'est-à-dire un défaut grave dans un procès entraînant un préjudice important pour la personne qui a été condamnée. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, en vertu de cet article, de verser une indemnité si la condamnation a été annulée ou la grâce accordée pour d'autres motifs. D'autre part, l'article ne contient aucune règle quant à la nature de la procédure à suivre pour faire établir une erreur judiciaire. Cette question relève du droit interne ou de la pratique de l'Etat concerné ( ) »

En l'espèce, la Cour observe que la loi de 1991 a instauré une procédure spécifiquement destinée au contrôle de la validité des décisions judiciaires prononcées sous le régime communiste et pouvant avoir été rendues dans un but de répression politique. Combinée avec le chapitre 58 du code de procédure pénale, la loi de 1991 permet aux victimes de la répression de demander réparation du préjudice découlant d'une privation illégale de liberté. Le requérant n'a pu bénéficier de ces dispositions parce qu'elles ne s'appliquent qu'aux décisions rendues pendant la période où le droit pénal était ordinairement utilisé pour punir les opposants politiques, période dont le terme a été fixé par le législateur à la fin de l'année 1956. Cela étant, la condamnation du requérant a été annulée à la suite d'un pourvoi en cassation formé en son nom par le médiateur. Au cours de cette procédure, la Cour suprême a reconnu que le jugement rendu en 1959 à l'issue des poursuites dirigées contre l'intéressé était fondé sur une interprétation et une application inacceptables des dispositions légales pertinentes. Elle a jugé que le requérant n'avait pas commis l'infraction pour laquelle il avait été condamné et que les tribunaux avaient faussement interprété le droit pénal matériel.

Par la suite, les tribunaux saisis de l'action en réparation exercée par le requérant lui ont accordé une indemnité.

Toutefois, la Cour constate que l'annulation de la condamnation du requérant ne résulte pas d'un fait nouveau ou nouvellement révélé au sens de l'article 3 du Protocole n° 7. L'intéressé s'est vu accorder une réparation parce que la Cour suprême a souscrit à la thèse exposée par le médiateur dans son pourvoi – et reprise dans l'arrêt – selon laquelle la condamnation infligée à l'intéressé en 1959 était fondée sur une qualification juridiquement inacceptable des agissements litigieux.

La Cour se rallie aux conclusions des juridictions internes et à la position qu'elles ont adoptées quant à la légalité de la condamnation infligée au requérant. Il serait incompatible avec le principe de la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme qu'une condamnation pénale prononcée avant l'entrée en vigueur de la Convention pour des raisons manifestement liées à la politique menée par un régime oppressif demeure valable après que la personne condamnée a demandé son annulation en application des dispositions pertinentes du droit interne.

Toutefois, le jugement critiqué n'était pas fondé sur l'omission ou la dissimulation de faits que les tribunaux auraient pu ou dû connaître en 1959, ou sur la révélation de faits nouveaux survenus postérieurement et de nature à remettre en question le bien-fondé de la condamnation. Les tribunaux internes ont jugé que la décision rendue en 1959 était inacceptable parce que le droit pénal matériel alors en vigueur avait été dénaturé et mal appliqué. Force est donc de constater que l'acquiescement du requérant découle de la réévaluation, par la Cour suprême, d'éléments de preuve dont les tribunaux avaient déjà eu connaissance et sur lesquels ils s'étaient déjà appuyés dans le cadre de la procédure initiale.

A cet égard, la Cour relève qu'il ressort des énonciations contenues dans les travaux préparatoires du Protocole n° 7 à la Convention que l'article 3 ne trouve à s'appliquer que dans le cas où une condamnation a été annulée en raison d'un fait nouveau ou nouvellement révélé démontrant de manière convaincante l'existence d'un grave dysfonctionnement du processus judiciaire dans la procédure initiale. La Cour estime que les rédacteurs de l'article 3 du Protocole n° 7 ont entendu circonscrire strictement le champ d'application de cette disposition. Le droit à réparation a été exclu en ce qui concerne l'annulation de condamnations fondées sur « d'autres motifs » que ceux liés à des « faits nouveaux ou nouvellement révélés ».

Dans ces conditions, la Cour considère que les faits de la cause ne relèvent pas du champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 7 à la Convention.

Au vu de ce qui précède et du rapport explicatif de l'article 3 du Protocole n° 7, la Cour juge que les conditions d'application de cette disposition ne sont pas réunies. Elle observe que le grief du requérant ne soulève pas de



question sous l'angle d'une autre disposition de la Convention ou de ses Protocoles.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3.

(...)

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

*Déclare* la requête irrecevable.