

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2010-VI



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

WOLF LEGAL PUBLISHERS

**Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions**  
**Volume 2010-VI**

Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-94-6240-119-8

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

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

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

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

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

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

### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

#### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

---

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

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

## Contents/Table des matières

Subject matter/Objet des affaires .....	VII
<i>Uzun v. Germany</i> , no. 35623/05, judgment of 2 September 2010 (extracts) .....	1
<i>Uzun c. Allemagne</i> , n° 35623/05, arrêt du 2 septembre 2010 (extraits) .....	29
<i>Greens and M. T. v. the United Kingdom</i> , nos. 60041/08 and 60054/08, judgment of 23 November 2010 (extracts) .....	57
<i>Greens et M. T. c. Royaume-Uni</i> , n <sup>os</sup> 60041/08 et 60054/08, arrêt du 23 novembre 2010 (extraits) .....	81
<i>Taxquet c. Belgique</i> [GC], n° 926/05, arrêt du 16 novembre 2010.....	105
<i>Taxquet v. Belgium</i> [GC], no. 926/05, judgment of 16 November 2010.....	145
<i>A, B and C v. Ireland</i> [GC], no. 25579/05, judgment of 16 December 2010.....	185
<i>A, B et C c. Irlande</i> [GC], n° 25579/05, arrêt du 16 décembre 2010.....	285
<i>O'Donoghue and Others v. the United Kingdom</i> , no. 34848/07, judgment of 14 December 2010 (extracts) .....	397
<i>O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni</i> , n° 34848/07, arrêt du 14 décembre 2010 (extraits) .....	433



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 6

#### Article 6 § 1

Lack of adequate procedural safeguards to enable accused to understand reasons for lay jury's guilty verdict in the Assize Court

*Taxquet v. Belgium* [GC], p. 145

Absence de garanties procédurales suffisantes pour permettre à un accusé de comprendre le verdict de culpabilité rendu par un jury populaire en cour d'assises

*Taxquet c. Belgique* [GC], p. 105

### Article 8

Restrictions on obtaining an abortion in Ireland

*A, B and C v. Ireland* [GC], p. 185

Restrictions à l'avortement en Irlande

*A, B et C c. Irlande* [GC], p. 285

GPS surveillance of suspected terrorists

*Uzun v. Germany*, p. 1

Surveillance par GPS de personnes soupçonnées de terrorisme

*Uzun c. Allemagne*, p. 29

### Article 12

Requirement of certificate of approval for immigrants wishing to marry other than in the Church of England

*O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*, p. 397

Obligation imposée aux immigrés souhaitant se marier hors de l'Eglise d'Angleterre d'obtenir un certificat d'approbation

*O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, p. 433

### Article 14 in conjunction with Article 9/

#### Article 14 combiné avec l'article 9

Requirement of certificate of approval for immigrants wishing to marry other than in the Church of England

*O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*, p. 397

Obligation imposée aux immigrés souhaitant se marier hors de l'Eglise d'Angleterre d'obtenir un certificat d'approbation

*O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, p. 433

**Article 14 in conjunction with Article 12/**

**Article 14 combiné avec l'article 12**

Requirement of certificate of approval for immigrants wishing to marry other than in the Church of England

*O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*, p. 397

Obligation imposée aux immigrés souhaitant se marier hors de l'Eglise d'Angleterre d'obtenir un certificat d'approbation

*O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, p. 433

**Articles 46**

Respondent State required to take measures to enable serving prisoners to vote

*Greens and M.T. v. the United Kingdom*, p. 57

L'Etat défendeur doit prendre des mesures pour permettre aux détenus purgeant une peine de prison de voter

*Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, p. 81



UZUN v. GERMANY  
(*Application no. 35623/05*)

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 2 SEPTEMBER 2010<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**GPS surveillance of suspected terrorists****Article 8**

*Private life – Interference – Prescribed by law – Foreseeability – Safeguards against abuse – Protection of national security and public safety – Prevention of crime – Proportionality – GPS surveillance of suspected terrorists*

\*

\* \*

In October 1995 the applicant and a certain S. were placed under surveillance on the orders of an investigating judge because of their suspected involvement in bomb attacks. Realising that they were under surveillance, the two men sought to escape detection by destroying transmitters that had been installed in S.'s car and by avoiding use of the telephone. To counteract this, in December 1995 the Federal Public Prosecutor General authorised their surveillance by a Global Positioning System device (GPS) which the authorities arranged to be fitted in S.'s car. The applicant and S. were arrested in February 1996 and subsequently found guilty of various bomb attacks between January and December 1995 on the basis of the evidence obtained through their surveillance, including GPS evidence linking the location of S.'s car to the scene of one of the attacks. The applicant was sentenced to thirteen years' imprisonment. His appeals to the Federal Court of Justice and the Federal Constitutional Court were dismissed, with the latter court holding, *inter alia*, that the interference with his right to privacy by GPS surveillance had been proportionate in view of the gravity of the offences and the fact that he had evaded other measures of surveillance.

*Held*

Article 8: Although installed in a car belonging to a third party (S.), the GPS receiver had clearly been intended to obtain information on the applicant as well, as the authorities had been aware from their previous investigations that the two men were using the car together. The applicant therefore had victim status. Further, the GPS surveillance had been used to systematically collect and store data on the applicant's whereabouts and movements over a three-month period. That data had in turn enabled the authorities to draw up a pattern of his movements, conduct additional investigations and collect further evidence that had been used at his trial.

---

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

Accordingly, the GPS surveillance and the processing and use of the data thereby obtained had interfered with the applicant's right to respect for his private life. As to whether the interference was in accordance with the law, the surveillance had a basis in a statutory provision that had been accessible. The questions whether that provision was sufficiently precise to satisfy the foreseeability requirement and whether it afforded adequate safeguards against abuse were not to be judged by reference to the rather strict standards that applied in the context of surveillance by telecommunications, as GPS surveillance of movements in public places was less intrusive. The domestic courts' ruling that the provision in question (which permitted the use of photographs and visual recordings and "other special technical means" of surveillance in respect of criminal offences of "considerable gravity") covered GPS surveillance constituted a reasonably foreseeable development and clarification of the law by judicial interpretation. The Court also considered that adequate and effective safeguards against abuse had been in place: firstly, GPS surveillance could only be used in respect of offences of considerable gravity where other methods had less prospect of success; secondly, the absence of a fixed statutory limit on the duration of the surveillance had been remedied by the domestic courts' review of the proportionality of the measure; thirdly, it had not been necessary for the legislation to require prior authorisation of the surveillance by an independent body as the criminal courts' power to conduct an *ex post facto* review of the legality of such surveillance had provided sufficient protection against arbitrariness; and, lastly, the domestic courts' application of the proportionality principle had provided sufficient protection against the applicant becoming subject to total surveillance as a result of an accumulation of uncoordinated measures being taken by different authorities. The interference with the applicant's right to respect for his private life had thus been in accordance with the law. It had pursued the legitimate aims of protecting national security, public safety and the rights of the victims, and of preventing crime. It had also been proportionate: GPS surveillance had been ordered only after less intrusive methods of investigation had proved insufficient, had been carried out for a relatively short period and had affected the applicant only when he was travelling in his accomplice's car. The applicant could not be said to have been subjected to total and comprehensive surveillance. Given that the investigation had concerned very serious crimes, the applicant's surveillance by GPS had thus been necessary in a democratic society.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

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

*Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, Series A no. 28

*Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, Series A no. 82

*Leander v. Sweden*, 26 March 1987, Series A no. 116

*Kruslin v. France*, 24 April 1990, Series A no. 176-A

*S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-B

*Herbecq and the Association "Ligue des droits de l'homme" v. Belgium*, nos. 32200/96 and 32201/96, Commission decision of 14 January 1998, Decisions and Reports 92-B

*Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II

*Valenzuela Contreras v. Spain*, 30 July 1998, *Reports* 1998-V

*Lambert v. France*, 24 August 1998, *Reports* 1998-V

*Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, ECHR 2000-II

*Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V

*Messina v. Italy (no. 2)*, no. 25498/94, ECHR 2000-X

*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II

*P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX

*Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, ECHR 2003-I

*Perry v. the United Kingdom*, no. 63737/00, ECHR 2003-IX

*Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI

*Dumitru Popescu v. Romania (no. 2)*, no. 71525/01, 26 April 2007

*Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, no. 62540/00, 28 June 2007

*Liberty and Others v. the United Kingdom*, no. 58243/00, 1 July 2008

*Iordachi and Others v. Moldova*, no. 25198/02, 10 February 2009

*Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, 10 March 2009



**In the case of Uzun v. Germany,**

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

Peer Lorenzen, *President*,

Renate Jaeger,

Karel Jungwiert,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Ganna Yudkivska, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 29 June 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 35623/05) against the Federal Republic of Germany lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a German national, Mr Bernhard Uzun (“the applicant”), on 24 September 2005. The applicant, who had changed his surname from Falk to Uzun during the proceedings before the domestic courts, readopted his original family name Falk in 2009.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr Comes, a lawyer practising in Cologne. The German Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, of the Federal Ministry of Justice.

3. The applicant alleged that the surveillance measures he had been subjected to, in particular his observation via GPS, and the use of the data obtained thereby in the criminal proceedings against him, had violated his right to respect for his private life under Article 8 of the Convention and his right to a fair trial under Article 6 of the Convention.

4. On 21 April 2008 the President of the Fifth Section decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility (Article 29 § 3 of the Convention).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1967 and lives in Mönchengladbach.

#### **A. Background to the case**

6. In spring 1993 the North Rhine-Westphalia Department for the Protection of the Constitution (*Verfassungsschutz*) started a long-term observation of the applicant. The latter was suspected of participation in offences committed by the so-called Anti-Imperialist Cell (*Antiimperialistische Zelle*), an organisation which was pursuing the armed combat abandoned since 1992 by the Red Army Faction (*Rote Armee Fraktion*), a left-wing extremist terrorist movement.

7. As a consequence, the applicant was occasionally kept under visual surveillance by staff members of the Department for the Protection of the Constitution and the entries to his flats were filmed by video cameras. The Department also intercepted the telephones in the house in which the applicant lived with his mother (from 26 April 1993 to 4 April 1996) and in a telephone box situated nearby (from 11 January 1995 to 25 February 1996). Moreover, post addressed to him was opened and checked (from 29 April 1993 to 29 March 1996).

8. Likewise, S., a presumed accomplice of the applicant, was subjected to surveillance measures from 1993. The Hamburg Office for the Protection of the Constitution intercepted telecommunications from the phone in his parents' house as well as his post. Moreover, staff members of this Office occasionally observed him.

9. In October 1995 the Federal Public Prosecutor General instituted investigatory proceedings against the applicant and S. for participation in bomb attacks for which the Anti-Imperialist Cell had claimed responsibility. The Federal Office for Criminal Investigations was in charge of the investigations.

10. Following this, the applicant and S. were kept under visual surveillance by civil servants of the Federal Office for Criminal Investigation, essentially during the weekends between 30 September 1995 and their arrest on 25 February 1996. Moreover, the entry of the house in which the applicant was living with his mother was observed by means of an additional video camera installed by the Federal Office for Criminal Investigations (from October 1995 to February 1996). The telephones in that house, in a telephone box situated nearby and in S.'s flat in Hamburg were tapped by order of the investigating judge at the Federal Court of



Justice (from 13 October 1995 to 27 February 1996). That judge further ordered observation by the police of the applicant and S. as well as of the cars used by them. The Federal Office for Criminal Investigations also observed the entry of S.'s apartment by means of video cameras (October 1995 to February 1996). Moreover, it intercepted the professional radio communication used by S.

11. In October 1995 the Federal Office for Criminal Investigations further installed two transmitters (*Peilsender*) in S.'s car, which the applicant and S. often used together. However, the applicant and S. detected and destroyed the transmitters. As they suspected that their telecommunications were being intercepted and that they were being observed, they never spoke to each other on the phone and succeeded on many occasions in evading visual surveillance by the investigating authorities.

12. In view of this, the Federal Office for Criminal Investigation installed a Global Positioning System (GPS) receiver in S.'s car in December 1995 by order of the Federal Public Prosecutor General. Thereby it could determine the location and the speed of the car once per minute. However, the data were only recovered every other day in order to prevent detection of the receiver. This observation lasted until the applicant's and S.'s arrest on 25 February 1996.

13. GPS is a radio-based navigation system that provides location information using satellites. It identifies the continuous location, in real time, of objects equipped with a GPS receiver anywhere on earth and has a positional accuracy of 50 metres or less. It does not comprise any visual or acoustical surveillance. Unlike transmitters, its use does not necessitate the knowledge of the person's approximate location.

### **B. The proceedings before the Düsseldorf Court of Appeal**

14. In the criminal trial opened against the applicant and S., the Düsseldorf Court of Appeal, by a decision of 12 December 1997, dismissed the applicant's objection to the use as evidence of the results obtained by his surveillance via GPS. It found that Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 29 below) authorised the use of GPS in the instant case. The reliable information thus collected could therefore be used at trial. This information was confirmed by the evidence obtained by the (legal) video and personal surveillance of the defendants. Moreover, contrary to the applicant's submission, the use of GPS did not require a court order because it had been aggregated with other, legal, methods of surveillance. According to the Code of Criminal Procedure, surveillance via GPS did not have to be ordered by a judge, as opposed to measures interfering more profoundly with the right to self-determination

in the sphere of information (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). Whether or not a surveillance measure could be ordered in addition to measures already in place was a question of proportionality of the additional measure in question.

15. On 1 September 1999 the Düsseldorf Court of Appeal convicted the applicant, *inter alia*, of attempted murder and of four counts of causing an explosion and sentenced him to thirteen years' imprisonment. It found that the applicant and S., who had been the only members of the so-called Anti-Imperialist Cell since spring 1995, had placed bombs in front of the houses of members or former members of Parliament and in front of the Peruvian Honorary Consulate between January and December 1995.

16. The Court of Appeal noted that the applicant had availed himself of his right to remain silent when faced with the charges and that S. had admitted taking part in the bomb attacks only in general terms, without giving any details. However, circumstantial evidence obtained in the course of the surveillance measures taken against them proved that they had committed the offences of which they had been found guilty.

17. In particular, the Court of Appeal found that for the bomb attack carried out following the GPS surveillance of S.'s car, it had been shown that the car had been parked close to the scene of the crime on the day the offence was committed and on a few days prior to it. Moreover, the car had been located close to the places where the defendants had photocopied, hidden and later posted letters claiming responsibility for the offence and close to sites in forests where the investigating authorities later found hiding places with material necessary for the construction of the bomb. This evidence was corroborated by information obtained by other methods of surveillance, in particular, the video surveillance of the entry of the applicant's home and the visual surveillance of the defendants by staff of the Federal Office for Criminal Investigations. The defendants' participation in the bomb attacks prior to their surveillance by GPS was proved by the similar execution of the offences as well as the information obtained by the video surveillance of their homes and the interception of telecommunications.

### **C. The proceedings before the Federal Court of Justice**

18. In an appeal on points of law the applicant complained, in particular, about the use as evidence at trial of the information obtained by his allegedly illegal surveillance, notably by GPS.

19. By a judgment of 24 January 2001, the Federal Court of Justice dismissed the applicant's appeal on points of law as ill-founded. It found that the collection of data by GPS had a legal basis, namely Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure. Therefore, the information

obtained in this manner could be used in the criminal proceedings against the applicant.

20. In particular, the use of technical locating devices such as the GPS did not interfere with the applicant's home. As the applicant was suspected of offences of considerable gravity, namely participation in bomb attacks committed by a terrorist organisation, the use of GPS was a proportionate interference with his right to respect for his private life (as protected also by Article 8 of the Convention) and his right to self-determination in the sphere of information. Other methods of investigation would have had less prospect of success, as the applicant and S. had often succeeded in evading other measures of observation.

21. Endorsing the reasons given by the Court of Appeal, the Federal Court of Justice further found that the aggregation of several measures of investigation did not necessitate an additional legal basis or make a court order necessary. However, the investigating authorities had to examine whether ordering another measure of surveillance in addition to the measures which were already being taken was still proportionate. In any event, there had not been a total surveillance of the applicant, which alone could violate the principle of proportionality and a person's right to privacy and could raise the issue of exclusion of evidence obtained in this manner from criminal proceedings.

22. The Federal Court of Justice conceded that following a change in the law in the year 2000, Article 163 (f) § 4 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 32 below) provided that any long-term observation lasting for more than one month had to be ordered by a judge, irrespective of whether or not technical means of surveillance were used. The need for a court order did not, however, previously emanate from the Code of Criminal Procedure, constitutional law or Article 8 of the Convention.

#### **D. The proceedings before the Federal Constitutional Court**

23. The applicant subsequently lodged a complaint with the Federal Constitutional Court. He claimed, in particular, that his surveillance by the North Rhine-Westphalia and Hamburg Offices for the Protection of the Constitution and by the Federal Office for Criminal Investigations from October 1995 to February 1996 and the judgments of the Court of Appeal and the Federal Court of Justice had infringed his right to privacy. Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure could not be considered a sufficiently precise legal basis for his GPS surveillance. There was no effective judicial control of this measure and the use of several means of surveillance at the same time would have necessitated a separate

basis in law. Moreover, the use at trial of the information obtained by the said measures without a basis in law had infringed his right to a fair hearing.

24. On 12 April 2005 the Federal Constitutional Court, having held a hearing, dismissed the applicant's constitutional complaint (file no. 2 BvR 581/01). It found that his complaint was ill-founded in so far as he had complained about the use in the proceedings of evidence obtained by his observation via GPS in addition to other surveillance measures and that these measures were illegal.

25. The GPS surveillance of the applicant could be based on Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure. That provision was constitutional. In particular, the term "special technical means intended for the purpose of surveillance" was sufficiently precise. As opposed to visual or acoustic surveillance, it comprised the location and determination of the whereabouts of a person by observing him or her by technical means such as GPS. The legislator was not obliged to formulate the methods of surveillance in a manner excluding the use of new forensic techniques. However, there was a risk of infringement of the right to self-determination in the sphere of information, that is, the right of the individual to determine the use of data on him or her. Therefore, the legislator had to observe technical progress and, if necessary, safeguard the respect of fundamental rights by the investigating authorities with additional legislative provisions.

26. Moreover, the measure did not disproportionately interfere with the applicant's right to privacy. His surveillance did not destroy the essence of his private life. On the contrary, such surveillance by technical means could in some cases make more serious interferences, such as the interception of communications, unnecessary. Therefore, it was not disproportionate to order the surveillance measure if there was only an initial suspicion of an offence (of considerable gravity) and if other methods of investigation had less prospect of success. Furthermore, the legislator had not been obliged to set up additional safeguards for long-term surveillance – which he later did by adopting Article 163 (f) § 4 of the Code of Criminal Procedure – but could first observe the factual developments in this field.

27. Neither did the legislator have the duty to regulate the use of several surveillance measures at once. Full surveillance of a person by which an exhaustive personal profile could be drawn up would be unconstitutional, but could, as a rule, be prevented by the existing procedural safeguards. However, the public prosecutor's office, when ordering a surveillance measure, had to make sure by proper documentation in the case file and federal registers that it was aware of all other surveillance measures taken

against the person concerned at the same time. Furthermore, the legislator had to observe whether, in view of future developments, the existing procedural safeguards were sufficient to grant an effective protection of fundamental rights and to prevent uncoordinated investigation measures by different authorities.

28. In the instant case, the interference with the applicant's rights by his surveillance by GPS was proportionate, notably in view of the gravity of the offences he had been suspected of and the fact that he had evaded other measures of surveillance. The use of several observation measures at the same time had not led to total surveillance. He had been observed via GPS only when he had travelled in S.'s car. Other surveillance measures had basically been used only at weekends and had consisted only to a minor extent of the interception of communications.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

29. Article 100 (c) § 1 no. 1 was inserted into the Code of Criminal Procedure by the Law on the fight against drug trafficking and other forms of organised crime (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*) of 15 July 1992. The relevant parts of Article 100 (c) of the Code of Criminal Procedure, in its version in force at the material time, provided:

“(1) Without the knowledge of the person concerned

no. 1

(a) photographs may be taken and visual recordings made,

(b) other special technical means intended for the purpose of surveillance may be used to investigate the facts of the case or to detect the perpetrator's whereabouts if the investigation concerns a criminal offence of considerable gravity and

if other means of investigating the facts of the case or of detecting the perpetrator's whereabouts had less prospect of success or were more difficult,

no. 2

private speech may be listened to and recorded using technical means ...

(2) Measures pursuant to paragraph 1 may only be taken against the accused. ... Measures pursuant to paragraph 1 no. 1 (b) ... may be ordered against third persons only if it can be assumed, on the basis of specific facts, that they are in contact with or will contact the perpetrator and that the measure will make it possible to establish the facts or to determine the perpetrator's whereabouts and if other means would offer no prospect of success or would be considerably more difficult.”

30. Pursuant to Article 100 (d) § 1 of the Code of Criminal Procedure, in its version in force at the relevant time – just as for an order to tap a

person's telephone (Article 100 (b) § 1 of the Code of Criminal Procedure) – a court order was necessary to authorise the use of technical devices to bug and to record conversations made in private under Article 100 (c) § 1 no. 2 of the Code of Criminal Procedure. However, that Article did not prescribe a court order for measures of investigation taken under Article 100 (c) § 1 no. 1.

31. Pursuant to Article 101 § 1 of the Code of Criminal Procedure, the person concerned by a measure under Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of that Code shall be notified of the measure taken as soon as this is possible without endangering the purpose of the investigations, public safety, life and limb of another person or the possible further use of an undercover agent involved in the measure.

32. On 1 November 2000 Article 163 (f) of the Code of Criminal Procedure, on long-term systematic surveillance of suspects, came into force. Pursuant to § 1 of that Article, such surveillance lasting for more than twenty-four hours non-stop or applied on more than two days, could only be ordered in respect of persons suspected of an offence of considerable gravity and if other means of investigating the facts of the case or the suspect's whereabouts had considerably less prospect of success or were considerably more difficult. The measure was to be ordered by the public prosecutor's office (§ 3). Pursuant to § 4, the measure had to be restricted to a maximum of one month; any further extension could only be ordered by a judge.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

33. The applicant complained that his observation via GPS and its aggregation with several further measures of surveillance, as well as the use of the data obtained thereby in the criminal proceedings against him, had breached his right to respect for his private life as provided in Article 8 of the Convention, which reads in its relevant parts as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety 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.”

34. The Government contested that argument.

### **A. Admissibility**

...

39. As to the question whether the applicant may claim to be the victim of a breach of his right to respect for his private life for the purposes of Article 34 of the Convention in view of the fact that it was not himself, but his accomplice's car which had been subjected to surveillance via GPS, the Court considers that this issue is closely linked to the substance of his complaint under Article 8. It therefore joins the preliminary objection raised by the Government in this respect to the merits of the case.

40. The Court further 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. Whether there was an interference with private life*

##### **(a) The parties' submissions**

41. In the applicant's view, his total surveillance via GPS had interfered with his right to respect for his private life. Even though the GPS receiver had been fitted in an object (S.'s car), it had been used to observe his (and S.'s) movements. It had enabled the investigating authorities to draw up a comprehensive pattern of his movements in public for months, by means of a measure which was very precise and difficult to detect. All his movements had been made known to third persons without his consent. The information gathered by the GPS surveillance had enabled the authorities to initiate further investigations, *inter alia*, at the places he had travelled to.

42. The Government took the view that there had not been an interference with the applicant's right to respect for his private life under Article 8 by the surveillance via GPS. This surveillance had not directly concerned the applicant in person as the GPS receiver had been fitted in the car of his accomplice S. and as the data collected had only revealed where the receiver had found itself at a particular time and not who had been travelling in S.'s car.

**(b) The Court's assessment**

*(i) Recapitulation of the relevant principles*

43. The Court reiterates that private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. Article 8 protects, *inter alia*, a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life" (see *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX; *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, § 57, ECHR 2003-I; and *Perry v. the United Kingdom*, no. 63737/00, § 36, ECHR 2003-IX).

44. There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned by measures effected outside a person's home or on private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor (see *Perry*, cited above, § 37). A person walking along the street will inevitably be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene (for example, a security guard watching through closed-circuit television) is of a similar character (see also *Herbecq and the Association "Ligue des droits de l'homme" v. Belgium*, nos. 32200/96 and 32201/96, Commission decision of 14 January 1998, Decisions and Reports 92-B, p. 92, concerning the use of photographic equipment which does not involve the recording of the visual data obtained). Private-life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain (see *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, § 57; *Peck*, cited above, §§ 58-59; and *Perry*, cited above, § 38).

45. Further elements which the Court has taken into account in this respect include the question whether there has been compilation of data on a particular individual, whether there has been processing or use of personal data or whether there has been publication of the material concerned in a manner or degree beyond that normally foreseeable.

46. Thus, the Court has considered that the systematic collection and storing of data by security services on particular individuals, even without the use of covert surveillance methods, constituted an interference with these persons' private lives (see *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, §§ 43-44,



ECHR 2000-V; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, § 57; *Peck*, cited above, § 59; and *Perry*, cited above, § 38; compare also *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, §§ 65-67, ECHR 2000-II, where the storing of information about the applicant on a card in a file was found to be an interference with private life, even though it contained no sensitive information and had probably never been consulted). The Court has also referred in this context to the Council of Europe's Convention of 28 January 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, which came into force – *inter alia*, for Germany – on 1 October 1985 and whose purpose is “to secure in the territory of each Party for every individual ... respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him” (Article 1), such data being defined as “any information relating to an identified or identifiable individual” (Article 2) (see *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, § 57).

47. The Court has further taken into consideration whether the impugned measure amounted to a processing or use of personal data of a nature to constitute an interference with respect for private life (see, in particular, *Perry*, cited above, §§ 40-41). Thus it considered, for instance, the permanent recording of footage deliberately taken of the applicant at a police station by a security camera and its use in a video identification procedure as the processing of personal data about the applicant interfering with his right to respect for private life (*ibid.*, §§ 39-43). Likewise, the covert and permanent recording of the applicants' voices at a police station for further analysis as voice samples directly relevant for identifying these persons in the context of other personal data was regarded as the processing of personal data about them amounting to an interference with their private lives (see *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 59-60, and *Perry*, cited above, § 38).

48. Finally, the publication of material obtained in public places in a manner or degree beyond that normally foreseeable may also bring recorded data or material within the scope of Article 8 § 1 (see *Peck*, cited above, §§ 60-63, concerning disclosure to the media of video footage of the applicant taken in a public place for broadcast, and *Perry*, cited above, § 38).

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

49. In determining whether the surveillance via GPS carried out by the investigating authorities interfered with the applicant's right to respect for his private life, the Court, having regard to the above principles, will determine first whether this measure constituted a compilation of data on the applicant.

It notes the Government's argument that this was not the case, given that the GPS receiver had been fitted in an object (a car) belonging to a third person (the applicant's accomplice). However, in doing so, the investigating authorities clearly intended to obtain information on the movements of both the applicant and his accomplice as they had been aware from their previous investigations that both suspects had been using S.'s car together on the weekends of previous bomb attacks (see paragraphs 11 and 17 above; see also, *mutatis mutandis*, *Lambert v. France*, 24 August 1998, § 21, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V, where it was considered irrelevant to the finding of an interference with the applicant's private life that the telephone tapping in question had been carried out on the line of a third party).

50. Moreover, the fact that the applicant must, just as S. was, be considered to have been the subject of the surveillance by GPS, is not in question, because information on the movements of S.'s car could only be linked to the applicant by additional visual surveillance to confirm his presence in that car. Indeed, none of the domestic courts expressed any doubts that the applicant had been subjected to surveillance via GPS (see, in particular, paragraphs 14, 17, 20 and 26 above).

51. The Court further notes that by the surveillance of the applicant via GPS, the investigating authorities, for some three months, systematically collected and stored data determining, in the circumstances, the applicant's whereabouts and movements in the public sphere. They further recorded the personal data and used it in order to draw up a pattern of the applicant's movements, to make further investigations and to collect additional evidence at the places the applicant had travelled to, which was later used at the criminal trial against the applicant (see paragraph 17 above).

52. In the Court's view, GPS surveillance is by its very nature to be distinguished from other methods of visual or acoustical surveillance which are, as a rule, more susceptible of interfering with a person's right to respect for private life, because they disclose more information on a person's conduct, opinions or feelings. Having regard to the principles established in its case-law, it nevertheless finds the above-mentioned factors sufficient to conclude that observation of the applicant via GPS, in the circumstances, and the processing and use of the data obtained thereby in the manner described above amounted to an interference with his private life as protected by Article 8 § 1.

53. Consequently, the Government's preliminary objection that the applicant may not claim to be the victim of a breach of his right to respect for his private life for the purposes of Article 34 of the Convention must equally be dismissed.

## 2. *Whether the interference was justified*

### (a) Was the interference “in accordance with the law”?

#### (i) *The parties’ submissions*

##### (α) The applicant

54. The applicant argued that the said interference had not been justified under Article 8 § 2. Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure had not been a sufficient legal basis for the interference. That provision had not been meant by the legislator to cover measures of surveillance unknown at the time of its adoption. Moreover, the term “other special technical means intended for the purpose of surveillance” contained in the said Article was not sufficiently clear and, having regard to possible technical developments in the future, its content was not foreseeable for the persons possibly concerned. This had implicitly been confirmed by the Federal Constitutional Court which had found that there was a risk of infringements of fundamental rights by the use of new forensic techniques and that the legislator had to safeguard the respect of those rights, if necessary, by additional legislative provisions (see paragraph 25 above).

55. Moreover, the applicant submitted that the legal provisions on the basis of which GPS surveillance had been ordered had not satisfied the qualitative requirements developed in the Court’s case-law on secret measures of surveillance (he refers, in particular, to *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI and to *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, no. 62540/00, 28 June 2007). In particular, there was no statutory limit on the duration of such surveillance. Furthermore, in view of the intensity of the interference, authorising the prosecution, as opposed to the investigating judge, to order that surveillance had not offered sufficient protection against arbitrariness.

56. The applicant further took the view that the use of numerous further surveillance measures in addition to GPS surveillance had led to his total surveillance by the State authorities and had violated his rights under Article 8 in that the law did not contain sufficient safeguards against abuse, in particular because no order by an independent tribunal had been necessary to authorise and supervise the surveillance measures in their entirety. A subsequent judicial review of the surveillance measures alone had not afforded sufficient protection to the persons concerned. It was carried out only if criminal proceedings were instituted at all following such a measure and if by that measure the prosecution had obtained evidence

which it intended to use at the trial. Article 163 (f) of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 32 above) had not been in force at the relevant time and, in any event, did itself not contain sufficient safeguards against abuse.

(β) The Government

57. The Government argued that, even assuming that the surveillance of the applicant via GPS was considered an interference with the applicant's right to respect for his private life, that interference had been justified under paragraph 2 of Article 8. It had been based on Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure, a legal provision which met the necessary qualitative requirements, in particular that of foreseeability. They took the view that the principles developed in the Court's case-law on the law's foreseeability in the context of cases concerning the interception of telecommunications could not be transferred to the present case concerning the surveillance via GPS as the latter interfered to a much lesser extent with the private life of the person concerned than telephone tapping. As had been confirmed by the domestic courts, it had been sufficiently clear that the term "other special technical means intended for the purpose of surveillance" under Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure, whereby the legislator intended to authorise the use of future surveillance techniques, covered surveillance via GPS.

58. Moreover, the Government submitted that the legal provisions at issue contained sufficient safeguards against arbitrary interference by the authorities with citizens' rights. Surveillance by technical means such as GPS had only been authorised under Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure if the investigation concerned a criminal offence of considerable gravity. Under Article 100 (c) § 2 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 29 above), such a measure could, as a rule, only be ordered against persons charged with a criminal offence. Under the legal provisions in force at the relevant time, the public prosecutor's office had been authorised to issue a surveillance order. It had not been necessary to confer that power on a judge. In any event, there was a judicial review of the measures at issue in the subsequent criminal proceedings. Moreover, as the domestic courts had convincingly found, a court order for the surveillance via GPS had not been necessary in view of the fact that that measure had been used in addition to several further measures of surveillance.

59. Furthermore, the Government underlined that the person concerned by the surveillance measure had to be informed thereof as soon as this was possible without endangering the purpose of the investigations (Article 101 § 1 of the Code of Criminal Procedure, see paragraph 31

above). Moreover, the principle of proportionality had been respected in that under Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure, the surveillance methods in question had only been authorised if other means of investigation had less prospect of success or were more difficult. The duration of a measure of surveillance via GPS also had to be proportionate.

(ii) *The Court's assessment*

(α) Relevant principles

60. Under the Court's case-law, the expression "in accordance with the law" within the meaning of Article 8 § 2 requires, firstly, that the measure should have some basis in domestic law; it also refers to the quality of the law in question, requiring it to be accessible to the person concerned, who must, moreover, be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law (see, among other authorities, *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 27, Series A no. 176-A; *Lambert*, cited above, § 23; and *Perry*, cited above, § 45).

61. As to the requirement of legal "foreseeability" in this field, the Court reiterates that in the context of covert measures of surveillance, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication of the conditions and circumstances in which the authorities are empowered to resort to any such measures (see, among other authorities, *Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, § 67, Series A no. 82; *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30 July 1998, § 46 (iii), *Reports* 1998-V; and *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, § 76, 10 March 2009). In view of the risk of abuse intrinsic to any system of secret surveillance, such measures must be based on a law that is particularly precise, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated (see *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, § 93, ECHR 2006-XI; *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhibev*, cited above; *Liberty and Others v. the United Kingdom*, no. 58243/00, § 62, 1 July 2008; and *Iordachi and Others v. Moldova*, no. 25198/02, § 39, 10 February 2009).

62. The Court has further stated, in the context of Article 7 of the Convention, that in any system of law, including criminal law, however clearly drafted a legal provision may be, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. The Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation

from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen (see, *inter alia*, *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, § 36, Series A no. 335-B; and *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 50, ECHR 2001-II). The Court considers that these principles, developed under Article 7, apply also in the present context.

63. In addition, in the context of secret measures of surveillance by public authorities, because of the lack of public scrutiny and the risk of misuse of power, compatibility with the rule of law requires that domestic law provide adequate protection against arbitrary interference with Article 8 rights (see, *mutatis mutandis*, *Amann*, cited above, §§ 76-77; *Bykov*, cited above, § 76; *Weber and Saravia* (dec.), cited above, § 94; and *Liberty and Others*, cited above, § 62). The Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse. This assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to permit, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law (see *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, cited above, § 77, with reference to *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 50, Series A no. 28).

(β) Application of those principles to the present case

64. The Court, examining whether the interference with the applicant's right to respect for his private life by his surveillance via GPS was "in accordance with the law" within the meaning of Article 8 § 2, considers that this interference had a basis in German statute law, Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure, a provision which was accessible to the applicant.

65. As to the law's foreseeability and its compliance with the rule of law, the Court notes at the outset that in his submissions, the applicant strongly relied on the minimum safeguards which are to be set out in statute law in order to avoid abuses as developed by the Court in the context of applications concerning the interception of telecommunications. According to these principles, the nature of the offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their communications monitored; a limit on the duration of such monitoring; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which data obtained may or must be erased or the records destroyed, have to be defined in statute law (see *Weber and Saravia*, cited above, § 95, with further references).

66. While the Court is not barred from gaining inspiration from these principles, it finds that these rather strict standards, set up and applied in the specific context of surveillance of telecommunications (see also *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev*, cited above, § 76; *Liberty and Others*, cited above, § 62; and *Iordachi and Others*, cited above, § 39), are not applicable as such to cases such as the present one, concerning surveillance via GPS of movements in public places and thus a measure which must be considered to interfere less with the private life of the person concerned than the interception of his or her telephone conversations (see paragraph 52 above). It will therefore apply the more general principles on adequate protection against arbitrary interference with Article 8 rights as summarised above (see paragraph 63).

67. In determining whether the provisions on the applicant's surveillance via GPS complied with the requirement of "foreseeability", the Court notes the applicant's argument that the term "other special technical means intended for the purpose of surveillance" contained in Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) of the Code of Criminal Procedure was not sufficiently clear and could not be said to cover surveillance via GPS. On the contrary, the domestic courts, which are primarily called upon to interpret and apply domestic law (see, among many other authorities, *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 59, *Reports* 1998-II), were unanimous in their finding that the said Article covered surveillance by such means (see paragraphs 14, 19 and 25 above).

68. The Court considers that it was clear from the wording of Article 100 (c) § 1 no. 1 (b), read in the context of Article 100 (c) § 1 no. 1 (a) and no. 2, that the technical means at issue covered methods of surveillance which were neither visual nor acoustical and were used, in particular, "to detect the perpetrator's whereabouts". As the use of GPS does not constitute either visual or acoustical surveillance and allows the location of objects equipped with a GPS receiver and thus of persons travelling with or in those objects, the Court finds that the domestic courts' finding that such surveillance was covered by Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) was a reasonably foreseeable development and clarification of the said provision of the Code of Criminal Procedure by judicial interpretation.

69. In examining whether domestic law contained adequate and effective guarantees against abuse, the Court observes that in its nature conducting surveillance of a person by installing a GPS receiver into the car he or she uses, coupled with visual surveillance of that person, permits the authorities to track that person's movements in public places whenever he or she is travelling in that car. It is true that, as the applicant had objected, there was no fixed statutory limit on the duration of such monitoring. A

fixed time-limit had only subsequently been enacted in so far as under the new Article 163 (f) § 4 of the Code of Criminal Procedure, the systematic surveillance of a suspect ordered by a Public Prosecutor could not exceed one month, and any further extension could only be ordered by a judge (see paragraph 32 above). However, the Court is satisfied that the duration of such a surveillance measure was subject to its proportionality in the circumstances and that the domestic courts reviewed the extent to which the proportionality principle had been upheld in this respect (see, for example, paragraph 28 above). It finds that German law therefore provided sufficient guarantees against abuse on that account.

70. As to the grounds required for ordering a person's surveillance via GPS, the Court notes that under Article 100 (c) § 1 no. 1 (b) and § 2 of the Code of Criminal Procedure, such surveillance could only be ordered against a person suspected of a criminal offence of considerable gravity or, in very limited circumstances, against a third person suspected of being in contact with the accused, and if other means of detecting the whereabouts of the accused had less prospect of success or were more difficult. It finds that domestic law thus set quite strict standards for authorising the surveillance measure at issue.

71. The Court further observes that under domestic law the prosecution was able to order a suspect's surveillance via GPS, which was carried out by the police. It notes that in the applicant's submission, only conferring the power to order GPS surveillance on an investigating judge would have offered sufficient protection against arbitrariness. The Court observes that pursuant to Article 163 (f) § 4 of the Code of Criminal Procedure, which came into force after the applicant's surveillance via GPS had been carried out, systematic surveillance of a suspect for a period exceeding one month did indeed have to be ordered by a judge. It welcomes this reinforcement of the protection of the right of a suspect to respect for his private life. It notes, however, that under the provisions in force at the material time, surveillance of a subject via GPS was already subject to judicial control. In subsequent criminal proceedings against the person concerned, the criminal courts could review the legality of such a measure of surveillance and, in the event that the measure was found to be unlawful, had discretion to exclude the evidence obtained thereby from use at the trial (such a review was also carried out in the present case; see, in particular, paragraphs 14, 19 and 21 above).

72. The Court considers that such judicial review and the possibility of excluding evidence obtained from an illegal GPS surveillance constituted an important safeguard, as it discouraged the investigating authorities



from collecting evidence by unlawful means. In view of the fact that GPS surveillance must be considered to interfere less with a person's private life than, for instance, telephone tapping (an order for which has to be made by an independent body both under domestic law (see Article 100 (b) § 1 of the Code of Criminal Procedure, paragraph 30 above) and under Article 8 of the Convention (see, in particular, *Dumitru Popescu v. Romania* (no. 2), no. 71525/01, §§ 70-71, 26 April 2007, and *Iordachi and Others*, cited above, § 40)), the Court finds subsequent judicial review of a person's surveillance by GPS to offer sufficient protection against arbitrariness. Moreover, Article 101 § 1 of the Code of Criminal Procedure contained a further safeguard against abuse in that it ordered that the person concerned be informed of the surveillance measure he or she had been subjected to under certain circumstances (see paragraph 31 above).

73. The Court, finally, does not overlook the fact that under the Code of Criminal Procedure, it was not necessary for a court to authorise and supervise surveillance via GPS which was carried out in addition to other means of surveillance and thus all surveillance measures in their entirety. It takes the view that sufficient safeguards against abuse require, in particular, that uncoordinated investigation measures taken by different authorities must be prevented and that, therefore, the prosecution, prior to ordering a suspect's surveillance via GPS, had to make sure that it was aware of further surveillance measures already in place. However, having regard also to the findings of the Federal Constitutional Court on this issue (see paragraph 27 above), it finds that at the relevant time the safeguards in place to prevent a person's total surveillance, including the principle of proportionality, were sufficient to prevent abuse.

74. In view of the foregoing, the Court considers that the interference with the applicant's right to respect for his private life was "in accordance with the law" within the meaning of Article 8 § 2.

#### **(b) Purpose and necessity of the interference**

##### *(i) The parties' submissions*

75. The applicant considered that the interference at issue had not been necessary in a democratic society within the meaning of Article 8 § 2 because, as set out above (see paragraphs 54-56), the applicable law failed to protect him sufficiently against arbitrary interference by State authorities.

76. In the Government's view, the surveillance measure at issue had pursued legitimate aims as it had served the interests of national security, public safety, the prevention of crime and the protection of the rights of

others. The measure had also been necessary in a democratic society. As set out above, there had been effective guarantees against abuse. It was true that the legislator, by adopting Article 163 (f) § 4 of the Code of Criminal Procedure, had subsequently further strengthened the rights of the persons concerned in that it had made the surveillance measure subject to a judicial order and a time-limit. This did not, however, warrant the conclusion that the measure had not previously met the minimum standards set by the Convention. The applicant's surveillance via GPS for some two and a half months could not be considered disproportionate. Likewise, the accumulation of different methods of surveillance had not rendered the interference with the applicant's rights disproportionate. The visual surveillance, in particular, had been carried out almost exclusively at weekends and the gravity of the offence the applicant had been suspected of and the danger to the public had justified his surveillance in that manner.

(ii) *The Court's assessment*

77. The applicant's surveillance via GPS, ordered by the Federal Public Prosecutor General in order to investigate several counts of attempted murder for which a terrorist movement had claimed responsibility and to prevent further bomb attacks, served the interests of national security and public safety, the prevention of crime and the protection of the rights of the victims.

78. In determining whether the applicant's surveillance via GPS as carried out in the present case was "necessary in a democratic society", the Court reiterates that the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued (see *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 58, Series A no. 116, and *Messina v. Italy (no. 2)*, no. 25498/94, § 65, ECHR 2000-X). In examining whether, in the light of the case as a whole, the measure taken was proportionate to the legitimate aims pursued, the Court notes that the applicant's surveillance via GPS was not ordered from the outset. The investigating authorities had first attempted to determine whether the applicant was involved in the bomb attacks at issue by measures which interfered less with his right to respect for his private life. They had notably tried to determine the applicant's whereabouts by installing transmitters in S.'s car, the use of which (other than with the GPS) necessitated the knowledge of where approximately the person to be located could be found. However, the applicant and his accomplice had detected and destroyed the transmitters and had also successfully evaded

their visual surveillance by State agents on many occasions. Therefore, it is clear that other methods of investigation, which were less intrusive than the applicant's surveillance by GPS, had proved to be less effective.

79. The Court further observes that in the present case, the applicant's surveillance by GPS was added to a multitude of further previously ordered, partly overlapping measures of observation. These comprised the applicant's visual surveillance by both members of the North Rhine-Westphalia Department for the Protection of the Constitution and by civil servants of the Federal Office for Criminal Investigations. It further included the video surveillance of the entry of the house he lived in and the interception of the telephones in that house and in a telephone box situated nearby by both of the said authorities separately. Moreover, the North Rhine-Westphalia Department for the Protection of the Constitution intercepted his postal communications at the material time.

80. The Court considers that in these circumstances, the applicant's surveillance via GPS had led to a quite extensive observation of his conduct by two different State authorities. In particular, the fact that the applicant had been subjected to the same surveillance measures by different authorities had led to a more serious interference with his private life, in that the number of persons to whom information on his conduct had become known had been increased. Against this background, the interference by the applicant's additional surveillance via GPS thus necessitated more compelling reasons if it was to be justified. However, the GPS surveillance was carried out for a relatively short period of time (some three months), and, as with his visual surveillance by State agents, affected him essentially only at weekends and when he was travelling in S.'s car. Therefore, he cannot be said to have been subjected to total and comprehensive surveillance. Moreover, the investigation for which the surveillance was put in place concerned very serious crimes, namely several attempted murders of politicians and civil servants by bomb attacks. As shown above, the investigation into these offences and notably the prevention of further similar acts by the use of less intrusive methods of surveillance had previously not proved successful. Therefore, the Court considers that the applicant's surveillance via GPS, as carried out in the circumstances of the present case, was proportionate to the legitimate aims pursued and thus "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 8 § 2.

81. There has accordingly been no violation of Article 8 of the Convention.

...

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Joins to the merits* the Government's preliminary objection that the applicant cannot claim to be the victim of a breach of his rights under Article 8 and *dismisses* it;

...

3. *Holds* that there has been no violation of Article 8 of the Convention;

...

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

Claudia Westerdiek  
Registrar

Peer Lorenzen  
President

UZUN c. ALLEMAGNE  
*(Requête n° 35623/05)*

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 2 SEPTEMBRE 2010<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Surveillance par GPS de personnes soupçonnées de terrorisme****Article 8**

*Vie privée – Ingérence – Prévvue par la loi – Prévisibilité – Garanties contre les abus – Protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique – Prévention des infractions pénales – Proportionnalité – Surveillance par GPS de personnes soupçonnées de terrorisme*

\*

\* \*

En octobre 1995, le requérant et un certain S. furent placés sous surveillance sur l'ordre d'un juge d'instruction au motif qu'ils étaient soupçonnés d'avoir participé à des attentats à la bombe. Ayant découvert qu'ils étaient surveillés, les deux hommes tentèrent de se dérober à la surveillance en détruisant les émetteurs qui avaient été installés dans la voiture de S. et en évitant de se parler au téléphone. Cela étant, en décembre 1995, le procureur général près la Cour fédérale de justice autorisa alors la surveillance des intéressés par GPS (système de géolocalisation par satellite) et les autorités installèrent un récepteur GPS dans la voiture de S. Le requérant et S. furent arrêtés en février 1996 et ils furent ultérieurement reconnus coupables de plusieurs attentats à la bombe commis entre janvier et décembre 1995 sur la base des éléments de preuve obtenus grâce à leur surveillance, notamment les données recueillies au moyen de la surveillance par GPS qui avait permis de lier la localisation de la voiture de S. au lieu où avait été commis un des attentats. Le requérant se vit infliger une peine de treize ans d'emprisonnement. Ses recours furent rejetés par la Cour fédérale de justice et la Cour constitutionnelle fédérale. Cette dernière estima notamment que l'atteinte causée au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée par la surveillance par GPS était proportionnée, eu égard à la gravité des infractions et au fait qu'il s'était dérobé à d'autres mesures de surveillance.

Article 8: bien que les autorités aient installé le récepteur GPS sur une voiture appartenant à un tiers (S.), en procédant de la sorte, elles avaient manifestement l'intention de recueillir des informations sur le requérant également, étant donné que leurs précédentes investigations leur avaient révélé que les deux hommes utilisaient la voiture ensemble. Le requérant a donc la qualité de victime. En outre, la surveillance par GPS a permis aux autorités de recueillir et de conserver

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

systématiquement des données indiquant l'endroit où se trouvait le requérant et les déplacements de celui-ci pendant trois mois. Les autorités ont de surcroît utilisé ces données pour suivre tous les déplacements de l'intéressé, pour effectuer des investigations complémentaires et pour recueillir d'autres éléments de preuve qui ont ensuite été utilisés dans le cadre du procès. Par conséquent, la surveillance du requérant par GPS ainsi que le traitement et l'utilisation des données ainsi obtenues s'analysent en une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit au respect de sa vie privée. Sur le point de savoir si l'ingérence était prévue par la loi, la Cour relève que la surveillance avait une base dans la législation allemande, qui était accessible au requérant. Les points de savoir si la disposition en question était suffisamment précise pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité et si elle renfermait des garanties suffisantes contre les abus ne doivent pas être appréciés selon des critères aussi stricts que ceux appliqués dans le contexte de la surveillance des télécommunications, la surveillance par GPS de déplacements publics constituant une ingérence moins importante dans la vie privée de la personne concernée. La conclusion des juridictions internes selon laquelle la disposition en question (qui permettait la prise de photographies et la réalisation de films ainsi que le recours à « d'autres moyens techniques spéciaux » destinés à la surveillance aux fins d'enquêter sur une infraction « extrêmement grave ») couvrait la surveillance par GPS a constitué une évolution raisonnablement prévisible et une clarification de la loi par l'interprétation judiciaire. La Cour estime également que le droit interne fournissait des garanties suffisantes et effectives contre les abus : premièrement, la surveillance par GPS ne pouvait être ordonnée qu'à l'égard d'une personne soupçonnée d'une infraction extrêmement grave, lorsque d'autres moyens de localiser l'accusé avaient moins de chances d'aboutir ; deuxièmement, le contrôle par les juridictions internes de la proportionnalité de la mesure a remédié à l'absence de limite à la durée d'une surveillance dans la loi ; troisièmement, il n'était pas nécessaire que la législation prévoie la délivrance par un organe indépendant d'une autorisation préalable de surveillance, dans la mesure où le pouvoir des juridictions pénales de procéder à un contrôle judiciaire ultérieur de la légalité d'une telle surveillance offrait une protection suffisante contre l'arbitraire, et, enfin, l'application par les juridictions internes du principe de proportionnalité a offert une protection suffisante pour empêcher que le requérant fût soumis à une surveillance totale résultant de la prise de mesures non coordonnées par différentes autorités. Dès lors, l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée était prévue par la loi. Cette ingérence poursuivait des buts légitimes, à savoir la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique et des droits des victimes, ainsi que la prévention des infractions pénales. Elle était également proportionnée : la surveillance par GPS a seulement été ordonnée après que d'autres mesures d'investigation, moins attentatoires à la vie privée, se furent révélées moins efficaces, et cette mesure a été mise en œuvre pendant une période relativement courte et n'a touché l'intéressé que lorsqu'il se déplaçait dans la voiture de son complice. Dès lors, on ne saurait dire



que le requérant a été soumis à une surveillance totale et exhaustive. L'enquête ayant porté sur des infractions très graves, la Cour estime que la surveillance de l'intéressé par GPS était nécessaire dans une société démocratique.

*Conclusion*: non-violation (unanimité).

### Jurisprudence citée par la Cour

- Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28  
*Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, série A n° 82  
*Leander c. Suède*, 26 mars 1987, série A n° 116  
*Kruslin c. France*, 24 avril 1990, série A n° 176-A  
*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-B  
*Herbecq et Association «Ligue des droits de l'homme» c. Belgique*, n°s 32200/96 et 32201/96, décision de la Commission du 14 janvier 1998, Décisions et rapports 92-A  
*Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II  
*Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V  
*Lambert c. France*, 24 août 1998, *Recueil* 1998-V  
*Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, CEDH 2000-II  
*Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V  
*Messina c. Italie (n° 2)*, n° 25498/94, CEDH 2000-X  
*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II  
*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, CEDH 2001-IX  
*Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, CEDH 2003-I  
*Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, CEDH 2003-IX  
*Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, CEDH 2006-XI  
*Dumitru Popescu c. Roumanie (n° 2)*, n° 71525/01, 26 avril 2007  
*Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, n° 62540/00, 28 juin 2007  
*Liberty et autres c. Royaume-Uni*, n° 58243/00, 1<sup>er</sup> juillet 2008  
*Iordachi et autres c. Moldova*, n° 25198/02, 10 février 2009  
*Bykov c. Russie* [GC], n° 4378/02, 10 mars 2009



**En l'affaire Uzun c. Allemagne,**

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

Peer Lorenzen, *président*,  
Renate Jaeger,  
Karel Jungwiert,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ganna Yudkivska, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 29 juin 2010,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 35623/05) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont un ressortissant de cet Etat, M. Bernhard Uzun (« le requérant »), a saisi la Cour le 24 septembre 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le requérant, qui avait abandonné le nom de Falk pour celui de Uzun au cours de la procédure devant les juridictions internes, a repris le premier en 2009.

2. Le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, est représenté par M<sup>e</sup> H. Comes, avocat au barreau de Cologne. Le gouvernement allemand (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, du ministère fédéral de la Justice.

3. Le requérant allègue que les mesures de surveillance dont il a fait l'objet, en particulier par GPS, et l'utilisation des informations ainsi obtenues dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre lui ont emporté violation de son droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la Convention et de son droit à un procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention.

4. Le 21 avril 2008, le président de la cinquième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Se prévalant de l'article 29 § 3 de la Convention, il a en outre résolu que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire.

## EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Le requérant est né en 1967 et réside à Mönchengladbach.

**A. Le contexte**

6. Au printemps 1993, le service de protection de la Constitution (*Verfassungsschutz*) de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie entama une surveillance de longue durée du requérant. Celui-ci était soupçonné d'avoir participé aux infractions commises par la cellule anti-impérialiste (*Antiimperialistische Zelle*), une organisation qui poursuivait la lutte armée abandonnée en 1992 par la Fraction armée rouge (*Rote Armee Fraktion*), mouvement terroriste d'extrême gauche.

7. En conséquence, le requérant fit occasionnellement l'objet d'une surveillance visuelle d'agents du service de protection de la Constitution et les entrées dans ses appartements furent filmées au moyen de caméras vidéo. En outre, les téléphones du domicile où il vivait avec sa mère (du 26 avril 1993 au 4 avril 1996) et celui d'une cabine téléphonique située à proximité (du 11 janvier 1995 au 25 février 1996) furent mis sur écoute par le ministère, et son courrier fut ouvert et vérifié (du 29 avril 1993 au 29 mars 1996).

8. De même, S., un complice présumé du requérant, fut soumis à des mesures de surveillance à partir de 1993. L'Office de protection de la Constitution de Hambourg intercepta les communications téléphoniques du domicile de ses parents ainsi que son courrier. De surcroît, des agents de l'Office le surveillèrent occasionnellement.

9. En octobre 1995, le procureur général près la Cour fédérale de justice ouvrit une instruction contre le requérant et S. pour participation à des attentats à la bombe revendiqués par la cellule anti-impérialiste. L'Office fédéral de la police judiciaire fut chargé des investigations.

10. Le requérant et S. firent alors l'objet d'une surveillance visuelle d'agents de l'Office fédéral de la police judiciaire, essentiellement pendant les week-ends, du 30 septembre 1995 au 25 février 1996, date de leur arrestation. En outre, les entrées dans la maison où il vivait avec sa mère furent surveillées au moyen d'une caméra vidéo supplémentaire installée par l'Office fédéral de la police judiciaire (d'octobre 1995 à février 1996). Les téléphones dans cette maison, dans une cabine téléphonique située à proximité et dans l'appartement de S. à Hambourg furent placés sur écoute sur l'ordre du juge d'instruction près la Cour fédérale de justice (du 13 octobre 1995 au 27 février 1996). Celui-ci ordonna également à la police

de surveiller le requérant et S. ainsi que les véhicules utilisés par eux. L'Office fédéral de la police judiciaire surveilla également l'entrée de l'appartement de S. au moyen de caméras vidéo (d'octobre 1995 à février 1996). En outre, il intercepta les radiocommunications professionnelles de S.

11. En octobre 1995, l'Office fédéral de la police judiciaire installa également deux émetteurs (*Peilsender*) dans la voiture de S., que celui-ci et le requérant utilisaient souvent ensemble. Toutefois, les intéressés découvrirent les dispositifs et les détruisirent. Soupçonnant que leurs télécommunications étaient interceptées et qu'ils étaient surveillés, ils ne se parlèrent plus jamais au téléphone et réussirent à plusieurs occasions à se dérober à la surveillance visuelle des autorités d'enquête.

12. Cela étant, sur l'ordre du procureur général près la Cour fédérale de justice, l'Office fédéral de la police judiciaire installa un récepteur GPS (système de géolocalisation par satellite) dans le véhicule de S. en décembre 1995. Il fut ainsi en mesure de localiser la voiture et d'établir sa vitesse toutes les minutes. Toutefois, pour éviter que le récepteur ne fût détecté, les données ne furent collectées que tous les deux jours. Cette surveillance dura jusqu'à l'arrestation du requérant et de S., le 25 février 1996.

13. Le GPS est un système de radionavigation fonctionnant à l'aide de satellites. Il permet la localisation continue et en temps réel des objets équipés d'un récepteur GPS en n'importe quel endroit sur terre, avec une précision maximale de 50 mètres à l'époque. Il n'implique aucune surveillance visuelle ou acoustique. Contrairement aux émetteurs, son utilisation n'exige pas de savoir où la personne à localiser se trouve approximativement.

## **B. La procédure devant la cour d'appel de Düsseldorf**

14. Dans le cadre de la procédure pénale ouverte contre le requérant et S., la cour d'appel de Düsseldorf, par une décision du 12 décembre 1997, rejeta l'objection du requérant à l'utilisation en tant que preuve des informations obtenues grâce à la surveillance par GPS. Elle estima que le recours au GPS en l'espèce était autorisé par l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale (paragraphe 29 ci-dessous). Les renseignements fiables ainsi recueillis pouvaient donc être utilisés au procès. Ils étaient confirmés par les éléments obtenus au moyen de la surveillance personnelle et vidéo – légale – des accusés. En outre, contrairement à ce que soutenait le requérant, aucune décision judiciaire n'était nécessaire pour la localisation par GPS, cette mesure ayant été associée à d'autres méthodes de surveillance légales. Le code de procédure pénale n'exigeait pas que la surveillance par GPS fût ordonnée par un juge, contrairement aux mesures portant plus profondément atteinte au droit à l'autodétermination en matière d'information (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). La possibilité d'ordonner une mesure de

surveillance en plus des mesures déjà en place tenait à la proportionnalité de la mesure supplémentaire en question.

15. Le 1<sup>er</sup> septembre 1999, la cour d'appel de Düsseldorf condamna le requérant à une peine de treize ans d'emprisonnement, notamment pour tentative de meurtre et pour quatre attentats à la bombe. Elle conclut que l'intéressé et S., qui étaient les seuls membres de la cellule anti-impérialiste depuis le printemps 1995, avaient posé des bombes devant le domicile de députés et d'anciens députés et devant le Consulat honoraire du Pérou entre janvier et décembre 1995.

16. La cour d'appel releva que le requérant s'était prévalu de son droit de garder le silence sur les accusations portées contre lui et que S. avait seulement avoué de manière générale avoir participé aux attentats à la bombe, sans donner de précisions. Or, les preuves indirectes recueillies grâce aux mesures mises en œuvre pour surveiller les intéressés prouvaient que ceux-ci avaient commis les infractions dont ils avaient été reconnus coupables.

17. En particulier, s'agissant de l'attentat à la bombe commis après la surveillance par GPS de la voiture de S., la cour d'appel releva qu'il était démontré que la voiture avait stationné à proximité du lieu de l'infraction le jour où celle-ci avait été commise et quelques jours auparavant. De plus, la voiture avait été localisée près des lieux où les accusés avaient photocopié, caché puis posté des lettres revendiquant l'attentat et à proximité de sites dans la forêt où les enquêteurs avaient par la suite découvert des endroits où étaient cachés les matériaux nécessaires à la construction de la bombe. Ces éléments étaient corroborés par les renseignements obtenus grâce à d'autres moyens de surveillance, en particulier la surveillance vidéo de l'entrée du domicile du requérant et la surveillance visuelle des accusés par des agents de l'Office fédéral de la police judiciaire. La participation des accusés à des attentats à la bombe perpétrés avant leur surveillance par GPS était prouvée par la similitude des méthodes employées ainsi que par les informations obtenues par la surveillance vidéo des domiciles des intéressés et par l'interception de leurs télécommunications.

### **C. La procédure devant la Cour fédérale de justice**

18. Le requérant se pourvut en cassation, se plaignant en particulier de l'utilisation au procès d'éléments de preuve obtenus grâce à sa surveillance effectuée de façon prétendument illégale, notamment par GPS.

19. Par un arrêt du 24 janvier 2001, la Cour fédérale de justice rejeta le pourvoi en cassation pour défaut de fondement. Elle considéra que la collecte de données au moyen du GPS avait une base légale, notamment l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale. Dès lors, les

renseignements ainsi obtenus pouvaient être employés dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre le requérant.

20. En particulier, le recours à des dispositifs techniques de localisation, tels que le GPS, ne constituait pas une immixtion dans le domicile du requérant. Etant donné que celui-ci était soupçonné d'infractions extrêmement graves, notamment de participation à des attentats à la bombe commis par une organisation terroriste, le recours au GPS représentait une ingérence proportionnée dans l'exercice par l'intéressé de son droit au respect de sa vie privée (tel que protégé également par l'article 8 de la Convention) et de son droit à l'autodétermination en matière d'information. D'autres méthodes d'enquête auraient donné moins de résultats puisque le requérant et S. avaient souvent réussi à se dérober à certaines mesures de surveillance.

21. Souscrivant aux motifs exposés par la cour d'appel, la Cour fédérale de justice estima en outre qu'en cas de recours à plusieurs mesures d'enquête simultanément il n'y avait aucune obligation de fournir une base légale supplémentaire ni d'obtenir une décision judiciaire. Cependant, les autorités d'enquête devaient examiner s'il était proportionné ou non d'ordonner la mise en œuvre d'une autre mesure de surveillance, en plus de celles qui étaient déjà prises. Quoi qu'il en soit, le requérant n'avait pas fait l'objet d'une surveillance totale qui, à elle seule, était de nature à enfreindre le principe de proportionnalité et le droit au respect de la vie privée, et soulever la question de l'exclusion, dans le cadre de la procédure pénale, d'éléments ainsi obtenus.

22. La Cour fédérale de justice concéda que, depuis l'introduction de modifications législatives en 2000, l'article 163 f) § 4 du code de procédure pénale (paragraphe 32 ci-dessous) énonçait que toute observation de longue durée supérieure à un mois devait être ordonnée par un juge, que des moyens techniques de surveillance fussent utilisés ou non. Cependant, la nécessité d'obtenir une décision judiciaire ne ressortait ni du code de procédure pénale, ni du droit constitutionnel, ni de l'article 8 de la Convention.

#### **D. La procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale**

23. Le requérant saisit ensuite la Cour constitutionnelle fédérale, alléguant en particulier que sa surveillance d'octobre 1995 à février 1996 par les offices de protection de la Constitution de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie et de Hambourg et par l'Office fédéral de la police judiciaire ainsi que les arrêts de la cour d'appel et de la Cour fédérale de justice emportaient violation de son droit au respect de sa vie privée. Il soutenait que l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale ne pouvait passer pour offrir une base légale suffisamment précise pour sa surveillance par GPS. Cette mesure n'avait pas fait l'objet d'un contrôle judiciaire effectif

et le recours simultané à plusieurs moyens de surveillance aurait exigé une base légale distincte pour chacun d'eux. En outre, le requérant alléguait que l'utilisation au procès des informations obtenues au moyen de ces mesures, qui étaient dépourvues de base légale, avait porté atteinte à son droit à un procès équitable.

24. Le 12 avril 2005, après avoir tenu une audience, la Cour constitutionnelle fédérale écarta le recours (dossier n° 2 BvR 581/01). Elle le jugea mal fondé pour autant que le requérant se plaignait de l'utilisation dans le cadre de la procédure d'éléments obtenus au moyen de sa surveillance par GPS en plus d'autres mesures de surveillance et que ces mesures étaient illégales.

25. L'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale pouvait constituer la base légale de la surveillance par GPS du requérant. Cette disposition était constitutionnelle. En particulier, l'expression « moyens techniques spéciaux destinés à la surveillance » était suffisamment précise. A la différence de la surveillance visuelle ou acoustique, ces moyens englobaient la localisation d'une personne et l'établissement de ses déplacements à l'aide d'outils techniques tels que le GPS. Le législateur n'était pas tenu de définir les méthodes de surveillance de telle manière que l'application de nouvelles techniques scientifiques soit exclue. Toutefois, il y avait un risque d'atteinte au droit à l'autodétermination en matière d'information, c'est-à-dire le droit pour la personne de décider de l'utilisation de données la concernant. Dès lors, le législateur devait suivre les progrès techniques et, le cas échéant, garantir le respect par les autorités d'enquête des droits fondamentaux en édictant de nouvelles dispositions législatives.

26. En outre, la mesure n'avait pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit du requérant au respect de sa vie privée. La surveillance de l'intéressé n'avait pas touché à la substance même de sa vie privée. Au contraire, une telle surveillance par des moyens techniques permettait dans certains cas d'éviter des atteintes graves, par exemple l'interception des communications. Dès lors, il n'était pas disproportionné d'ordonner cette mesure de surveillance lorsqu'il existait seulement un début de soupçon de commission d'une infraction (extrêmement grave) et lorsque d'autres méthodes d'enquête avaient moins de chance d'aboutir. De plus, le législateur n'était pas tenu de prévoir des garanties supplémentaires pour une surveillance de longue durée – il le fit par la suite en adoptant l'article 163 f) § 4 du code de procédure pénale – mais était en droit d'observer d'abord l'évolution dans ce domaine.

27. Par ailleurs, le législateur n'était pas obligé de régler le recours à plusieurs mesures de surveillance simultanément. La surveillance totale d'une personne permettant de dresser un profil personnel exhaustif serait



inconstitutionnelle, mais elle pouvait en principe être évitée grâce aux garanties procédurales en place. Toutefois, lorsqu'il ordonnait une mesure de surveillance, le parquet devait s'assurer sur la base des pièces pertinentes figurant dans le dossier et dans les registres fédéraux qu'il avait connaissance de l'ensemble des autres mesures de surveillance dont l'intéressé faisait simultanément l'objet. En outre, le législateur devait examiner si, eu égard à l'évolution future, les garanties procédurales existantes étaient suffisantes pour fournir une protection effective des droits fondamentaux et éviter la mise en œuvre non coordonnée de mesures d'enquête par différentes autorités.

28. En l'espèce, l'atteinte causée aux droits du requérant par sa surveillance par GPS était proportionnée, notamment eu égard à la gravité des infractions dont il était soupçonné et au fait qu'il s'était dérobé à d'autres mesures de surveillance. Le recours à plusieurs mesures d'observation simultanément n'avait pas donné lieu à une surveillance totale. Le requérant avait été géolocalisé uniquement lorsqu'il s'était déplacé dans la voiture de S. D'autres mesures de surveillance avaient essentiellement été appliquées durant les week-ends exclusivement et avaient englobé, dans une moindre mesure seulement, l'interception de communications.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

29. L'article 100 c) § 1.1 fut inséré dans le code de procédure pénale par la loi sur la lutte contre le trafic de stupéfiants et d'autres formes de crime organisé (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*) du 15 juillet 1992. Tel qu'en vigueur à l'époque des faits, l'article 100 c) du code de procédure pénale, en ses passages pertinents en l'espèce, se lisait ainsi :

« (1) Il est possible, à l'insu de l'intéressé,

1.

a) de prendre des photographies et de réaliser des films,

b) de recourir à d'autres moyens techniques spéciaux destinés à la surveillance aux fins d'enquêter sur les faits de la cause ou de localiser l'auteur d'une infraction lorsque l'enquête concerne une infraction extrêmement grave, et

lorsque d'autres moyens d'enquête sur les faits de l'affaire ou de localisation de l'auteur de l'infraction ont moins de chance d'aboutir ou sont plus difficiles à mettre en œuvre,

2.

d'écouter et d'enregistrer à l'aide de moyens techniques des propos tenus en privé (...)

(2) Les mesures prévues par le premier paragraphe ne peuvent être prises que contre l'accusé (...). Celles prévues par le premier paragraphe 1 b) (...) ne peuvent être ordonnées contre des tiers que si des faits précis permettent de présumer qu'ils sont ou seront en rapport avec l'auteur de l'infraction et que la mesure permettra d'établir les faits ou de localiser l'auteur de l'infraction ou lorsque d'autres moyens ont moins de chances d'aboutir ou sont considérablement plus difficiles à mettre en œuvre.»

30. En vertu de l'article 100 d) § 1 du code de procédure pénale, dans sa version en vigueur à l'époque des faits, le recours, sur le fondement de l'article 100 c) § 1.2 dudit code, à des dispositifs techniques d'écoute ou d'enregistrement de conversations tenues en privé était subordonné à l'obtention d'une décision judiciaire – tout comme l'était le placement du téléphone d'une personne sur écoute (article 100 b) § 1 du code de procédure pénale). Toutefois, cette disposition ne faisait pas obligation d'obtenir une telle décision pour les mesures d'enquête prises sur la base de l'article 100 c) § 1.1.

31. D'après l'article 101 § 1 du code de procédure pénale, la personne faisant l'objet d'une mesure prise en vertu de l'article 100 c) § 1.1 b) de ce code devait être informée de cette mesure dès que la notification pouvait se faire sans compromettre l'enquête, la sécurité publique, la vie et l'intégrité physique d'autrui ou le recours futur éventuel à un agent infiltré intervenant dans la mise en œuvre de la mesure.

32. Le 1<sup>er</sup> novembre 2000 entra en vigueur l'article 163 f) du code de procédure pénale sur la surveillance systématique de longue durée de suspects. D'après le premier paragraphe de cette disposition, une telle surveillance durant plus de vingt-quatre heures d'affilée, ou opérée plus de deux jours au total, ne peut être ordonnée qu'à l'égard de personnes soupçonnées d'infractions extrêmement graves et lorsque d'autres moyens d'enquête destinés à établir les faits de l'affaire ou à localiser le suspect ont nettement moins de chances d'aboutir ou sont considérablement plus difficiles à mettre en œuvre. La mesure doit être ordonnée par le parquet (§ 3). Selon le paragraphe 4, sa mise en œuvre ne peut dépasser un mois; toute prolongation doit être ordonnée par un juge.

## EN DROIT

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

33. Le requérant se plaint que sa surveillance par GPS et le recours à plusieurs autres mesures de surveillance simultanément de même que l'utilisation des données ainsi obtenues dans le cadre de la procédure

pénale dirigée contre lui ont emporté violation de son droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, lequel, en ses passages pertinents en l'espèce, est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, 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. »

34. Le Gouvernement conteste cet argument.

### **A. Sur la recevabilité**

(...)

39. Quant à la question de savoir si le requérant peut se prétendre victime d'une violation de son droit au respect de sa vie privée aux fins de l'article 34 de la Convention, étant donné que ce n'est pas lui-même mais la voiture de son complice qui était l'objet de la surveillance par GPS, la Cour estime que ce point est étroitement lié au fond du grief tiré de l'article 8. Dès lors, elle joint au fond l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement à cet égard.

40. Enfin, la Cour note que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle estime de surcroît qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Partant, elle doit le déclarer recevable.

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

#### *1. Sur l'existence d'une ingérence dans la vie privée*

##### **a) Thèses des parties**

41. Le requérant estime que le fait qu'il ait été intégralement surveillé par GPS a constitué une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée. Bien que le récepteur GPS ait été posé sur un objet (la voiture de S.), il aurait été utilisé pour observer ses déplacements (et ceux de S.). Il aurait permis aux autorités d'enquête de suivre tous ses déplacements en public pendant des mois au moyen d'une mesure de très grande précision et difficile à repérer. Des tiers auraient été au courant de tous ses déplacements, alors qu'il n'avait pas donné son consentement. Les renseignements réunis grâce à la surveillance par GPS auraient permis aux autorités de procéder à d'autres investigations, notamment dans les lieux où il s'était rendu.

42. D'après le Gouvernement, la surveillance par GPS n'a pas constitué une ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8. Cette surveillance n'aurait pas directement visé le requérant en personne, le récepteur GPS ayant été posé sur la voiture de son complice S. et les données ainsi réunies ayant uniquement révélé où se trouvait le récepteur à un moment précis et non qui se trouvait dans la voiture de S.

#### **b) Appréciation de la Cour**

##### *i. Rappel des principes pertinents*

43. La Cour rappelle que la «vie privée» est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive. L'article 8 protège notamment le droit à l'identité et au développement personnel ainsi que le droit pour tout individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. Il existe donc une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la «vie privée» (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, § 56, CEDH 2001-IX, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 57, CEDH 2003-I, et *Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, § 36, CEDH 2003-IX).

44. Un certain nombre d'éléments entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la vie privée d'une personne est touchée par des mesures prises en dehors de son domicile ou de ses locaux privés. Puisque à certaines occasions les gens se livrent sciemment ou intentionnellement à des activités qui sont ou peuvent être enregistrées ou rapportées publiquement, ce qu'un individu est raisonnablement en droit d'attendre quant au respect de sa vie privée peut constituer un facteur significatif, quoique pas nécessairement décisif (*Perry*, précité, § 37). Une personne marchant dans la rue sera forcément vue par toute autre personne qui s'y trouve aussi. Le fait d'observer cette scène publique par des moyens techniques (par exemple un agent de sécurité exerçant une surveillance au moyen d'un système de télévision en circuit fermé) revêt un caractère similaire (voir également *Herbecq et Association «Ligue des droits de l'homme» c. Belgique*, nos 32200/96 et 32201/96, décision de la Commission du 14 janvier 1998, Décisions et rapports 92-A, p. 92, concernant l'utilisation de systèmes de prise de vue sans enregistrement des données visuelles recueillies). En revanche, la création d'un enregistrement systématique ou permanent de tels éléments appartenant au domaine public peut donner lieu à des considérations liées à la vie privée. (*P.G. et J.H.*, précité, § 57, *Peck*, précité, §§ 58-59, et *Perry*, précité, § 38).

45. Parmi les autres éléments, la Cour a pris en considération à cet égard si des informations avaient été recueillies sur une personne bien précise, si des données à caractère personnel avaient été traitées ou utilisées et si les éléments en question avaient été rendus publics d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre.

46. Aussi la Cour a-t-elle estimé que la collecte et la conservation systématiques d'informations sur certains individus par des services de sécurité, même sans recours à des méthodes de surveillance secrète, constituaient une ingérence dans la vie privée de ces personnes (*Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, §§ 43-44, CEDH 2000-V, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, précité, § 57, *Peck*, précité, § 59, et *Perry*, précité, § 38; comparer aussi avec *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, §§ 65-67, CEDH 2000-II, arrêt dans lequel la Cour a estimé que la conservation d'informations relatives au requérant sur une fiche dans un dossier constituait une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, même si cette fiche ne contenait aucun élément sensible et n'avait probablement jamais été consultée). La Cour a également invoqué à cet égard la Convention du 28 janvier 1981, élaborée au sein du Conseil de l'Europe, pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1985 – notamment à l'égard de l'Allemagne –, dont le but est « de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique (...) le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant » (article 1), ces données étant définies comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (article 2) (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, précité, § 57).

47. La Cour a en outre examiné si la mesure litigieuse s'analysait en un traitement ou en une utilisation de données personnelles propres à porter atteinte au respect de la vie privée (voir, en particulier, *Perry*, précité, §§ 40-41). Ainsi, la Cour a estimé, par exemple, que l'enregistrement sur un support permanent des images du requérant délibérément prises au poste de police par une caméra de surveillance et l'utilisation de cette séquence dans une vidéo pour une procédure d'identification de témoins s'analysaient en un traitement de données personnelles sur le requérant portant atteinte à son droit au respect de sa vie privée (*ibidem*, §§ 39-43). De même, l'enregistrement en secret des voix des requérants au poste de police sur un support permanent aux fins d'un processus d'analyse directement destiné à identifier ces personnes à la lumière d'autres données personnelles a été considéré comme le traitement de données personnelles les concernant

révélant une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée (*P.G. et J.H.*, précité, §§ 59-60, et *Perry*, précité, § 38).

48. Enfin, les données ou éléments enregistrés peuvent également tomber sous le coup de l'article 8 § 1 de la Convention lorsqu'ils sont rendus publics d'une manière ou dans une mesure excédant ce que les intéressés peuvent normalement prévoir (*Peck*, précité, §§ 60-63, concernant la communication aux médias, pour diffusion, d'une séquence vidéo du requérant prise dans un lieu public, et *Perry*, précité, § 38).

*ii. Application des principes susmentionnés au cas d'espèce*

49. Pour déterminer si la surveillance par GPS effectuée par les autorités d'enquête a constitué une ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée, la Cour, eu égard aux principes susmentionnés, examinera d'abord si cette mesure a consisté à recueillir des données sur le requérant. Elle note que le Gouvernement soutient que tel n'a pas été le cas, le récepteur GPS ayant été installé sur un objet (une voiture) appartenant à un tiers (le complice du requérant). Toutefois, en procédant de la sorte, les autorités d'enquête avaient manifestement l'intention de recueillir des informations sur les déplacements du requérant et de son complice, étant donné que leurs précédentes investigations leur avaient révélé que les deux suspects avaient utilisé ensemble la voiture de S. au cours des week-ends où des attentats à la bombe antérieurs avaient été commis (paragraphes 11 et 17 ci-dessus; voir également, *mutatis mutandis*, *Lambert c. France*, 24 août 1998, § 21, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V, affaire dans laquelle la Cour a estimé qu'il importait peu pour le constat d'une ingérence dans la vie privée du requérant que les écoutes téléphoniques litigieuses aient été opérées sur la ligne d'une tierce personne).

50. De plus, il ne fait aucun doute que l'on doit considérer que le requérant, tout comme S., a fait l'objet de la surveillance par GPS puisque l'on n'a pu faire le lien entre les déplacements de la voiture de S. et le requérant qu'en soumettant celui-ci à une surveillance visuelle supplémentaire pour confirmer qu'il se trouvait bien dans ce véhicule. En fait, aucune des juridictions internes n'a contesté que le requérant avait été soumis à une surveillance par GPS (voir, en particulier, les paragraphes 14, 17, 20 et 26 ci-dessus).

51. La Cour relève en outre qu'en procédant à la surveillance du requérant par GPS, les autorités d'enquête ont, pendant quelque trois mois, systématiquement recueilli et conservé des données indiquant l'endroit où se trouvait l'intéressé et les déplacements de celui-ci en public. Elles ont de surcroît enregistré les données personnelles et les ont utilisées pour suivre tous les déplacements du requérant, pour effectuer des investigations

complémentaires et pour recueillir d'autres éléments de preuve dans les endroits où le requérant s'était rendu, éléments qui ont ensuite été utilisés dans le cadre du procès pénal de l'intéressé (paragraphe 17 ci-dessus).

52. De l'avis de la Cour, il y a lieu de distinguer, de par sa nature même, la surveillance par GPS d'autres méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui, en règle générale, sont davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée car elles révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet. Eu égard au principe consacré par sa jurisprudence, la Cour estime toutefois que les aspects susmentionnés suffisent pour conclure qu'en l'occurrence la surveillance du requérant par GPS ainsi que le traitement et l'utilisation des données ainsi obtenues dans les conditions décrites ci-dessus s'analysent en une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, telle que protégée par l'article 8 § 1.

53. Par conséquent, l'exception préliminaire du Gouvernement selon laquelle le requérant ne peut se prétendre victime d'une violation de son droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 34 de la Convention doit également être rejetée.

## *2. Sur la justification de l'ingérence*

### **a) L'ingérence était-elle « prévue par la loi » ?**

#### *i. Thèses des parties*

##### a) Le requérant

54. Le requérant soutient que l'ingérence en question n'était pas justifiée au regard de l'article 8 § 2 de la Convention. L'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale n'aurait pas fourni une base légale suffisante à l'ingérence. Le législateur n'aurait pas eu l'intention d'englober dans cette disposition les mesures de surveillance non connues au moment de son adoption. En outre, l'expression « autres moyens techniques spéciaux destinés à la surveillance » figurant dans ladite disposition ne serait pas suffisamment claire et, eu égard aux progrès techniques possibles, son contenu n'aurait pas été prévisible pour les personnes éventuellement concernées. C'est ce que la Cour constitutionnelle fédérale aurait implicitement confirmé en déclarant que l'utilisation de nouvelles techniques scientifiques risquait d'entraîner des atteintes aux droits fondamentaux et que le législateur devait garantir le respect de ces droits par l'adoption, le cas échéant, de nouvelles dispositions législatives (paragraphe 25 ci-dessus).

55. En outre, d'après le requérant, les dispositions juridiques sur le fondement desquelles la surveillance par GPS a été ordonnée ne satisfont pas aux exigences qualitatives développées dans la jurisprudence de la Cour sur les mesures de surveillance secrète (le requérant renvoie en particulier à l'affaire *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, CEDH 2006-XI, et à l'affaire *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, n° 62540/00, 28 juin 2007). En particulier, la loi ne fixerait aucune limite à la durée d'une telle surveillance. De plus, eu égard au degré d'ingérence, le fait que ce soient les autorités de poursuite, et non le juge d'instruction, qui aient ordonné ce type de surveillance n'aurait pas offert une protection suffisante contre l'arbitraire.

56. Le requérant estime en outre que le recours à de nombreuses autres mesures de surveillance, en plus de sa géolocalisation, a abouti à sa totale surveillance par les autorités de l'Etat et a emporté violation de ses droits garantis par l'article 8, la loi ne renfermant pas de garanties suffisantes contre les abus, en particulier du fait que l'autorisation et la supervision des mesures de surveillance dans leur ensemble n'étaient pas subordonnées à la délivrance d'une ordonnance par un tribunal indépendant. Un contrôle judiciaire ultérieur des mesures de surveillance ne suffirait pas à lui seul à protéger les personnes concernées. Il ne serait effectué qu'en cas d'ouverture d'une procédure pénale à la suite de la mise en œuvre d'une telle mesure et que si cette mesure avait permis aux autorités de poursuite d'obtenir des éléments de preuve destinés à être utilisés au procès. L'article 163 f) du code de procédure pénale (paragraphe 32 ci-dessus) n'aurait pas été en vigueur à l'époque des faits et, quoi qu'il en soit, ne renfermerait pas de garanties suffisantes contre les abus.

β) Le Gouvernement

57. Quand bien même la surveillance du requérant par GPS constituerait une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit au respect de sa vie privée, le Gouvernement soutient que cette ingérence était justifiée sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. Elle aurait été fondée sur l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale, disposition juridique qui aurait satisfait aux exigences qualitatives nécessaires, en particulier à celles de prévisibilité. D'après le Gouvernement, les principes développés dans la jurisprudence de la Cour sur la prévisibilité de la loi dans le contexte d'affaires se rapportant à l'interception de télécommunications ne peuvent pas être appliqués à la présente affaire concernant la surveillance par GPS, cette mesure constituant une ingérence moins importante que les écoutes téléphoniques dans la vie privée de la personne qui en fait l'objet. Comme l'auraient confirmé les juridictions internes, il aurait été



suffisamment clair que l'expression «autres moyens techniques spéciaux destinés à la surveillance» figurant à l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale, par laquelle le législateur entendait autoriser l'utilisation de techniques de surveillance futures, couvrait la surveillance par GPS.

58. Le Gouvernement soutient en outre que les dispositions juridiques litigieuses renfermaient des garanties suffisantes contre une ingérence arbitraire des autorités dans les droits des citoyens. Une surveillance par des moyens techniques tels que le GPS n'aurait été autorisée par l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale que dans le cadre d'une enquête portant sur une infraction extrêmement grave. En vertu de l'article 100 c) § 2 du code de procédure pénale (paragraphe 29 ci-dessus), une telle mesure n'aurait en principe pu être ordonnée que contre des personnes accusées d'une infraction. Les dispositions juridiques en vigueur à l'époque des faits auraient autorisé le parquet à délivrer un mandat de surveillance. Il n'aurait pas été nécessaire de conférer ce pouvoir à un juge. Quoiqu'il en soit, les mesures en question auraient fait l'objet d'un contrôle judiciaire dans la procédure pénale qui s'en était suivie. De plus, comme les juridictions internes l'auraient conclu de manière convaincante, un mandat judiciaire aux fins de la surveillance par GPS n'aurait pas été nécessaire puisque cette mesure venait s'ajouter à plusieurs autres mesures de surveillance.

59. Par ailleurs, le Gouvernement souligne qu'il fallait informer l'intéressé de la surveillance dont il faisait l'objet dès que cela était possible sans compromettre le but de l'enquête (article 101 § 1 du code de procédure pénale, paragraphe 31 ci-dessus). En outre, le principe de proportionnalité aurait été respecté puisque, en vertu de l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale, il n'aurait été possible de recourir aux méthodes de surveillance en question que lorsque d'autres moyens d'enquête avaient moins de chances d'aboutir ou étaient plus difficiles à mettre en œuvre. Enfin, la durée d'une surveillance par GPS devrait être proportionnée au but visé.

*ii. Appréciation de la Cour*

a) Principes pertinents

60. Conformément à la jurisprudence de la Cour, les mots «prévue par la loi» veulent d'abord que la mesure contestée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui doit de surcroît pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit (voir, entre autres, *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 27, série A n° 176-A, *Lambert*, décision précitée, § 23, et *Perry*, arrêt précité, § 45).

61. Quant à l'exigence de «prévisibilité» de la loi dans ce domaine, la Cour rappelle que dans le contexte de mesures de surveillance secrète la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à de telles mesures (voir, entre autres, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, § 67, série A n° 82, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998, § 46 iii), *Recueil* 1998-V, et *Bykov c. Russie* [GC], n° 4378/02, § 76, 10 mars 2009. Eu égard au risque d'abus inhérent à tout système de surveillance secrète, de telles mesures doivent se fonder sur une loi particulièrement précise, en particulier compte tenu de ce que la technologie disponible devient de plus en plus sophistiquée (*Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, § 93, CEDH 2006-XI, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précitée, § 75, *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, n° 58243/00, § 62, 1<sup>er</sup> juillet 2008, et *Iordachi et autres c. Moldova*, n° 25198/02, § 39, 10 février 2009).

62. En outre, la Cour a déclaré sous l'angle de l'article 7 de la Convention que, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique des Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (voir, entre autres, *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 36, série A n° 335-B, et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II). La Cour estime que ces principes, développés sous l'angle de l'article 7, s'appliquent également au contexte examiné.

63. En outre, lorsqu'il s'agit de mesures de surveillance secrète par les autorités publiques, l'absence de contrôle public et le risque d'abus de pouvoir impliquent que le droit interne offre une protection contre les ingérences arbitraires dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Amann*, précité, §§ 76-77, *Bykov*, précité, § 76, *Weber et Saravia* (déc.), précitée, § 94, et *Liberty et autres*, précité, § 62). La Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, par exemple la nature, l'étendue et la durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les

autorités compétentes pour les permettre, exécuter et contrôler, le type de recours fourni par le droit interne (*Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précitée, § 77, avec renvoi à *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 50, série A n° 28).

β) Application des principes susmentionnés au cas d'espèce

64. La Cour a recherché si l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée résultant de sa surveillance par GPS était « prévue par la loi » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention. Elle estime que cette ingérence avait une base dans la législation allemande, à savoir l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale, disposition qui était accessible au requérant.

65. Quant à la prévisibilité de la loi et à sa compatibilité avec la prééminence du droit, la Cour note d'emblée que dans ses observations, le requérant s'appuie fortement sur les garanties minimales contre les abus que la loi doit renfermer d'après sa jurisprudence relative à l'interception de télécommunications. Conformément à ces critères, la loi doit définir la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception, les catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute, la durée maximale de l'exécution de la mesure, la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données recueillies, les précautions à prendre pour la communication des données à d'autres parties, et les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des enregistrements (*Weber et Saravia*, décision précitée, § 95, avec d'autres références).

66. La Cour peut certes s'inspirer de ces principes, mais elle estime que ces critères relativement stricts, établis et suivis dans le contexte spécifique de la surveillance des télécommunications (voir également *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précitée, § 76, *Liberty et autres*, précitée, § 62, et *Iordachi et autres*, précitée, § 39), ne sont pas applicables en tant que tels aux affaires comme le cas d'espèce qui a trait à la surveillance par GPS de déplacements en public et donc à une mesure qui, par rapport à l'interception de conversations téléphoniques, doit passer pour constituer une ingérence moins importante dans la vie privée de la personne concernée (paragraphe 52 ci-dessus). Elle suivra donc les principes plus généraux, tels que résumés ci-dessus (paragraphe 63), à observer pour qu'il y ait une protection adéquate contre une ingérence arbitraire dans l'exercice des droits protégés par l'article 8 de la Convention.

67. Sur le point de savoir si les dispositions appliquées pour la surveillance du requérant par GPS satisfont à l'exigence de « prévisibilité », la Cour relève l'argument du requérant selon lequel l'expression « autres

moyens techniques spéciaux destinés à la surveillance» figurant à l'article 100 c) § 1.1 b) du code de procédure pénale n'est pas suffisamment claire et ne saurait passer pour couvrir la géolocalisation. En revanche, les juridictions internes, auxquelles il incombe au premier chef d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, § 59, *Recueil* 1998-II), ont conclu à l'unanimité que ladite disposition s'étendait à ce moyen de surveillance (paragraphe 14, 19 et 25 ci-dessus).

68. La Cour considère qu'il ressortait clairement du libellé de l'article 100 c) § 1.1 b), lu à la lumière de l'article 100 c) § 1.1 a) et § 1.2, que les moyens techniques en question s'étendaient aux méthodes de surveillance qui n'étaient ni visuelles ni acoustiques et qui étaient utilisées en particulier « pour localiser l'auteur d'une infraction ». Le recours au GPS ne constituant une surveillance ni visuelle ni acoustique et permettant la localisation de matériels équipés d'un récepteur GPS et donc de personnes se déplaçant avec ou dans ces matériels, la Cour estime que la conclusion des juridictions internes selon laquelle cette surveillance était couverte par l'article 100 c) § 1.1 b) a constitué une évolution raisonnablement prévisible et une clarification de ladite disposition du code de procédure pénale par l'interprétation judiciaire.

69. Sur le point de savoir si le droit interne renfermait des garanties suffisantes et effectives contre les abus, la Cour observe que, par sa nature, la surveillance d'une personne par la pose d'un récepteur GPS dans la voiture qu'elle utilise, associée à d'autres mesures de surveillance visuelle de cette personne, permet aux autorités, chaque fois que l'intéressé emprunte cette voiture, de suivre ses déplacements dans les lieux publics. Il est vrai, comme le requérant le fait remarquer, que la loi ne fixait aucune limite à la durée d'une telle surveillance. Une durée précise n'a été adoptée que par la suite, le nouvel article 163 f) § 4 du code de procédure pénale prévoyant que la surveillance systématique d'un suspect, lorsqu'elle est ordonnée par un procureur, ne peut dépasser un mois et que toute prolongation doit être ordonnée par un juge (paragraphe 32 ci-dessus). Toutefois, la durée de cette surveillance devait être proportionnée à la situation et la Cour considère que les juridictions internes ont examiné si le principe de proportionnalité avait été respecté à cet égard (voir, par exemple, le paragraphe 28 ci-dessus). Elle estime que le droit allemand fournissait donc des garanties suffisantes contre des abus à cet égard.

70. Quant aux motifs requis pour ordonner la surveillance d'une personne par GPS, la Cour note que d'après l'article 100 c) § 1.1 b) et § 2 du code de procédure pénale une telle surveillance ne pouvait être ordonnée qu'à l'égard d'une personne soupçonnée d'une infraction extrêmement grave ou,

dans des circonstances très limitées, à l'égard d'un tiers soupçonné d'être en rapport avec l'accusé, et lorsque d'autres moyens de localiser l'accusé avaient moins de chances d'aboutir ou étaient plus difficiles à mettre en œuvre. La Cour est d'avis que le droit interne subordonnait donc l'autorisation de la mesure de surveillance litigieuse à des conditions très strictes.

71. La Cour observe en outre que le droit interne permet aux autorités de poursuite d'ordonner la surveillance d'un suspect par GPS, laquelle est effectuée par la police. Elle relève que d'après le requérant c'est seulement en octroyant le pouvoir d'ordonner une surveillance par GPS à un juge d'instruction qu'on aurait offert une protection contre l'arbitraire. La Cour constate que d'après l'article 163 f) § 4 du code de procédure pénale, entré en vigueur après la surveillance par GPS du requérant, lorsque la surveillance systématique d'un suspect dépasse une durée d'un mois, elle doit en fait être ordonnée par un juge. Elle se félicite de ce renforcement de la protection du droit d'un suspect au respect de sa vie privée. Elle note toutefois que déjà en vertu des dispositions en vigueur à l'époque des faits la surveillance d'un individu par GPS était susceptible d'un contrôle judiciaire. Dans la procédure pénale ultérieure menée contre la personne concernée, les juridictions pénales pouvaient contrôler la légalité d'une telle mesure de surveillance et, si celle-ci était jugée illégale, elles avaient la faculté d'exclure les éléments ainsi obtenus du procès (un tel contrôle a été effectué en l'espèce; voir en particulier les paragraphes 14, 19 et 21 ci-dessus).

72. La Cour estime qu'un tel contrôle judiciaire ainsi que la possibilité d'exclure les éléments de preuve obtenus au moyen d'une surveillance illégale par GPS constituaient une garantie importante, en ce qu'elle décourageait les autorités d'enquête de recueillir des preuves par des moyens illégaux. La surveillance par GPS devant être considérée comme étant moins attentatoire à la vie privée d'une personne que, par exemple, des écoutes téléphoniques, mesure pour laquelle tant le droit interne (voir l'article 100 b) § 1 du code de procédure pénale, paragraphe 30 ci-dessus) que l'article 8 de la Convention (voir, en particulier, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), n° 71525/01, §§ 70-71, 26 avril 2007, et *Iordachi et autres*, précitée, § 40) requièrent la délivrance d'un mandat par un organe indépendant, la Cour estime que le contrôle judiciaire ultérieur de la surveillance d'une personne par GPS offre une protection suffisante contre l'arbitraire. En outre, l'article 101 § 1 du code de procédure pénale renfermait une garantie supplémentaire contre les abus en ce qu'il énonçait que la personne faisant l'objet de la surveillance devait être informée de la mesure dans certaines circonstances (paragraphe 31 ci-dessus).

73. Enfin, la Cour ne perd pas de vue que le code de procédure pénale n'exigeait pas qu'un tribunal autorisât et supervisât la surveillance par GPS

lorsque celle-ci était associée à d'autres moyens de surveillance, et donc qu'il autorisât et supervisât les mesures de surveillance dans leur ensemble. Elle est d'avis que, pour que les garanties contre les abus soient suffisantes, il faut en particulier que les mesures d'investigation prises par différentes autorités soient coordonnées et que, en conséquence, avant d'ordonner la surveillance d'un suspect par GPS, le parquet s'assure qu'il est au courant des autres mesures de surveillance déjà en place. Toutefois, vu les conclusions de la Cour constitutionnelle fédérale sur ce point (paragraphe 27 ci-dessus), elle estime que les garanties existant à l'époque des faits pour empêcher la surveillance totale d'une personne, y compris celles relevant du principe de proportionnalité, étaient suffisantes pour prévenir les abus.

74. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée était « prévue par la loi » au sens de l'article 8 § 2.

#### **b) But et nécessité de l'ingérence**

##### *i. Thèses des parties*

75. Le requérant soutient que l'ingérence litigieuse n'était pas nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 § 2 car, comme il l'a exposé ci-dessus (paragraphe 54-56), le droit applicable ne le protégeait pas suffisamment contre une ingérence arbitraire des autorités de l'Etat.

76. De l'avis du Gouvernement, la mesure de surveillance poursuivait des buts légitimes en ce qu'elle était nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales et à la protection des droits d'autrui. La mesure aurait également été nécessaire dans une société démocratique. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, il y aurait eu des garanties effectives contre les abus. Certes, en adoptant l'article 163 f) § 4 du code de procédure pénale, le législateur aurait par la suite renforcé les droits des personnes concernées en soumettant la mesure de surveillance à la délivrance d'un mandat judiciaire et à une durée maximale. Toutefois, cela n'autoriserait pas à conclure que la mesure ne respectait pas auparavant les normes minimales fixées par la Convention. La surveillance du requérant par GPS pendant plus de deux mois et demi ne pourrait passer pour disproportionnée. De même, le recours à différentes méthodes de surveillance simultanément n'aurait pas rendu l'ingérence dans les droits du requérant disproportionnée. La surveillance visuelle en particulier aurait été conduite presque exclusivement pendant les week-ends et la gravité de l'infraction dont le requérant était soupçonné et le danger pour le public auraient justifié cette forme de surveillance.

*ii. Appréciation de la Cour*

77. La surveillance du requérant par GPS, ordonnée par le procureur général près la Cour fédérale de justice, aux fins d'enquêter sur plusieurs accusations de tentatives de meurtre revendiquées par un mouvement terroriste et de prévenir d'autres attentats à la bombe était dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de la prévention des infractions pénales et de la protection des droits des victimes.

78. Sur le point de savoir si la surveillance du requérant par GPS, telle qu'elle a été conduite en l'espèce, était «nécessaire dans une société démocratique», la Cour rappelle que la notion de nécessité implique que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi (*Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 58, série A n° 116, et *Messina c. Italie (n° 2)*, n° 25498/94, § 65, CEDH 2000-X). Sur la question de savoir si, à la lumière de l'affaire dans son ensemble, la mesure prise était proportionnée au but légitime poursuivi, la Cour relève que la surveillance du requérant par GPS n'a pas été ordonnée d'emblée. Les autorités d'enquête ont d'abord tenté d'établir si le requérant était en cause dans les attentats à la bombe en question au moyen de mesures portant moins atteinte à son droit au respect de sa vie privée. Elles ont notamment essayé de le localiser en installant des transmetteurs dans la voiture de S., dont l'utilisation (à la différence du GPS) exigeait de savoir où la personne concernée se trouvait approximativement. Toutefois, le requérant et son complice avaient repéré et détruit les transmetteurs et s'étaient également soustraits avec succès à la surveillance visuelle des agents de l'État à plusieurs occasions. Dès lors, il est clair que les autres mesures d'investigation, qui étaient moins attentatoires à la vie privée du requérant que la surveillance de celui-ci par GPS, s'étaient révélées moins efficaces.

79. La Cour note en outre qu'en l'espèce la surveillance du requérant par GPS s'est ajoutée à une multitude d'autres mesures d'observation, faisant en partie double emploi, qui avaient été ordonnées précédemment, dont la surveillance visuelle du requérant par des agents du service de protection de la Constitution de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie et par des fonctionnaires de l'Office fédéral de la police judiciaire, la surveillance vidéo de l'entrée de la maison où vivait le requérant et la mise sur écoute des téléphones dans cette maison et dans une cabine téléphonique située à proximité par les agents des deux organes séparément. En outre, le service de protection de la Constitution de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie a intercepté les communications postales de l'intéressé à l'époque des faits.

80. La Cour estime dans ces conditions que la surveillance du requérant par GPS a entraîné une observation relativement approfondie de la

conduite de l'intéressé par différentes autorités de l'Etat. En particulier, le fait que le requérant ait été soumis aux mêmes mesures de surveillance par différentes autorités a entraîné une ingérence plus grave dans sa vie privée, puisque cela a accru le nombre de personnes ayant eu connaissance des informations sur sa conduite. Cela étant, l'ingérence constituée par la surveillance supplémentaire du requérant par GPS devait donc être justifiée par des raisons encore plus impérieuses. Cependant, cette mesure a été mise en œuvre pendant une période relativement courte (quelque trois mois), et, tout comme la surveillance visuelle par des agents de l'Etat, n'a guère touché l'intéressé que pendant les week-ends et lorsqu'il se déplaçait dans la voiture de S. Dès lors, on ne saurait dire que le requérant a été soumis à une surveillance totale et exhaustive. En outre, l'enquête dans le cadre de laquelle la surveillance a été conduite portait sur des infractions très graves, à savoir plusieurs tentatives de meurtre d'hommes politiques et de fonctionnaires par des attentats à la bombe. Ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, l'enquête sur ces infractions et, notamment, la prévention d'autres actes similaires par le recours auparavant à des méthodes de surveillance moins attentatoires à la vie privée ne s'étaient pas révélées efficaces. Dès lors, la Cour estime que la surveillance du requérant par GPS, telle qu'elle a été effectuée dans les circonstances de l'espèce, était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et donc « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 8 § 2.

81. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.  
(...)

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

1. *Joint au fond* l'exception préliminaire du Gouvernement selon laquelle le requérant ne saurait se prétendre victime d'une violation de ses droits garantis par l'article 8 et la *rejette*;

(...)

3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention;

(...)

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

Claudia Westerdiek  
Greffière

Peer Lorenzen  
Président



GREENS AND M.T. v. THE UNITED KINGDOM  
*(Applications nos. 60041/08 and 60054/08)*

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 23 NOVEMBER 2010<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Respondent State required to take measures to enable serving prisoners to vote****Article 46**

*Execution of a judgment – Pilot-judgment procedure – Measures of a general character – Respondent State required to take measures to enable serving prisoners to vote – Undermining of Convention system by lengthy delay in introducing remedial legislation – Procedure for dealing with comparable cases*

\*

\* \*

In its judgment of 6 October 2005 in *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights had held that the domestic legislation that imposed a blanket restriction on the right to vote of all convicted prisoners in detention, irrespective of the length of their sentence, the nature or gravity of their offence and their individual circumstances, violated Article 3 of Protocol No. 1. The legislation had not been amended since and, as a result, the applicants, as serving prisoners, had been ineligible to vote in both the European Parliamentary elections in June 2009 and the general election in May 2010.

*Held*

Article 46: In view of the United Kingdom's lengthy delay in implementing the judgment in *Hirst* and the significant number of repetitive applications that had been received by the Court shortly before and since the May 2010 general election, the Court decided to apply the pilot-judgment procedure.

(a) Specific measures: The finding of a violation of Article 3 of Protocol No. 1 in the present two cases was the direct result of the failure of the authorities to introduce measures to ensure compliance with the Grand Chamber's judgment in *Hirst*. The Court had received approximately 2,500 applications in which a similar complaint had been made, around 1,500 of which had been registered and were awaiting a decision. The number continued to grow and, with each relevant election which passed without amended legislation, there was the potential for numerous new cases to be lodged, there being an estimated 70,000 serving prisoners in the United Kingdom at any one time, all of whom were potential applicants. The failure of the United Kingdom to introduce the legislative proposals was not only an aggravating

---

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

factor as regards its responsibility under the Convention, but also represented a threat to the future effectiveness of the Convention system. While the Court did not consider it appropriate to specify the content of future legislative proposals, the lengthy delay to date had demonstrated the need for a timetable. Accordingly, the United Kingdom was required to introduce legislative proposals to amend the legislation concerned within six months of the instant judgment becoming final, with a view to the enactment of an electoral law to achieve compliance with the Court's judgment in *Hirst* according to any time scale determined by the Committee of Ministers.

(b) Comparable cases: Given the findings in the present judgment, and in *Hirst*, it was clear that every comparable case pending before the Court which satisfied the admissibility criteria would give rise to a violation of Article 3 of Protocol No. 1. No individual examination of comparable cases was required in order to assess appropriate redress and no financial compensation was payable. The only relevant remedy was a change in the law. In the light of that and the six-month deadline fixed for introducing legislative proposals, the Court considered that the continued examination of each comparable case was no longer justified. An amendment to the electoral law to achieve compliance with *Hirst* would also result in compliance with the present and any future judgment in any comparable case. In those circumstances, the Court did not think anything was to be gained, or that justice would be best served, by the repetition of its findings in a lengthy series of similar cases, which would be a significant drain on its resources and add to its already considerable caseload. In particular, such an exercise would not contribute usefully or in any meaningful way to the strengthening of human rights protection under the Convention. The Court accordingly considered it appropriate to discontinue its examination of all registered applications raising similar complaints pending compliance by the United Kingdom with the instruction to introduce legislative proposals. In the event of such compliance, the Court proposed to strike out all such registered cases, without prejudice to its power to restore them to the list should the United Kingdom fail to comply. The Court also considered it appropriate to suspend the treatment of such applications which had not yet been registered, as well as future applications, without prejudice to any decision to recommence treatment of those cases if necessary.

*Conclusion:* general measures required (unanimously).

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

*Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII

*Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, ECHR 2003-VIII

*Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, ECHR 2003-IX

*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V

*Volkova v. Russia*, no. 48758/99, 5 April 2005

*Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, ECHR 2005-IX

*Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX  
*Xenides-Arestis v. Turkey*, no. 46347/99, 22 December 2005  
*Sukhovetsky v. Ukraine*, no. 13716/02, ECHR 2006-VI  
*Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, ECHR 2006-VIII  
*Wolkenberg and Others v. Poland* (dec.), no. 50003/99, 4 December 2007  
*Hutten-Czapska v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 35014/97, 28 April 2008  
*S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008  
*Burdov v. Russia (no. 2)*, no. 33509/04, ECHR 2009  
*Olaru and Others v. Moldova*, nos. 476/07, 22539/05, 17911/08 and 13136/07, 28 July 2009  
*Frodl v. Austria*, no. 20201/04, 8 April 2010



**In the case of Greens and M.T. v. the United Kingdom,**

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

Lech Garlicki, *President*,

Nicolas Bratza,

Ljiljana Mijović,

David Thór Björgvinsson,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi,

Vincent A. de Gaetano, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 16 November 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in two applications (nos. 60041/08 and 60054/08) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two British nationals, Mr Robert Greens and M.T. (“the applicants”), on 14 November 2008. The President of the Chamber acceded to M.T.’s request, following communication of the case, not to have his name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicants were represented by Mr T. Kelly, a solicitor practising in Coatbridge. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms E. Willmott of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicants alleged a violation of Article 3 of Protocol No. 1 as a result of the refusal to enrol them on the electoral register for domestic elections and for elections to the European Parliament. They further complained under Article 13 that they did not have an effective remedy.

4. On 25 and 28 August 2009 respectively the President of the Chamber decided to give notice of the applications to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the applications at the same time (Article 29 § 1).

5. The Equality and Human Rights Commission was granted leave to intervene in the proceedings as a third party pursuant to Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3.

6. On 6 July 2010 the Chamber decided to notify the parties that it was considering the suitability of applying the pilot-judgment procedure in the cases. Written comments on the suitability of the pilot-judgment procedure were received from both parties.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The first applicant, Mr Greens, was serving a determinate sentence of imprisonment at HM Prison Peterhead at the time his application was lodged with the Court. He was eligible for release on parole from 29 May 2010. It is not known whether he has been released on parole. The second applicant, M.T., is currently serving a determinate sentence of imprisonment at HM Prison Peterhead. According to information provided by the Government, he is scheduled to be released in November 2010.

8. On 23 June 2008 the applicants posted voter registration forms to the Electoral Registration Officer (ERO) for Grampian. They sought registration on the electoral register at their address in HM Prison Peterhead.

9. On 3 July 2008, the ERO replied referring to previous applications for registration which were refused in 2007 under sections 3 and 4 of the Representation of the People Act 1983, as amended, (see paragraphs 19 and 21 below) on the basis of the applicants' status as convicted persons currently detained. The ERO requested clarification as to whether there had been a change in circumstances in the applicants' cases.

10. On 5 August 2008 the applicants wrote to the ERO arguing that following the Court's decision in *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX, and the declaration of incompatibility made by the Registration Appeal Court in the case of *Smith v. Scott ...*, the ERO was obliged to add their names to the electoral register.

11. On 12 August 2008, the ERO refused the applicants' registration applications on the basis of their status as convicted persons detained in a penal institution.

12. By letter of 14 August 2008, the applicants informed the ERO of their wish to appeal to the Sheriff Court against the refusal.

13. On 12 September 2008 the Sheriff considered the applicants' appeals together with appeals in a number of other similar cases and ordered written representations to be lodged.

14. On 25 September 2008 the applicants wrote to the court summarising their position. They provided further submissions on 1 October 2008. The



applicants alleged that legal aid was not available for the proceedings and they therefore represented themselves.

15. On 10 November 2008 the applicants' appeals were refused.

16. On 20 November 2008 another serving prisoner whose appeal was also refused on 10 November 2008, Mr Beggs, applied to Aberdeen Sheriff Court to request that it state a case for the opinion of the Registration Appeal Court (see paragraph 22 below). On 30 December 2008, the Sheriff refused to state a case. Mr Beggs subsequently applied to the Court of Session for an order requiring the Sheriff to state a case, on the ground that the Sheriff had erred in law in refusing to do so. The most recent information available to the Court was that those proceedings were pending. It is not clear whether that remains the case.

17. On 4 June 2009, elections to the European Parliament took place. The applicants were ineligible to vote.

18. On 6 May 2010 a general election took place in the United Kingdom. The applicants were ineligible to vote.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. Electoral legislation

#### 1. *The Representation of the People Act 1983*

19. Section 3 of the Representation of the People Act 1983 ("the 1983 Act") provides:

"(1) A convicted person during the time that he is detained in a penal institution in pursuance of his sentence ... is legally incapable of voting at any parliamentary or local election."

20. The disqualification does not apply to persons imprisoned for contempt of court (section 3(2)(a)) or to those imprisoned only for default in, for example, paying a fine (section 3(2)(c)).

21. Section 4 of the 1983 Act provides:

"(1) A person is entitled to be registered in the register of parliamentary electors for any constituency or part of a constituency if on the relevant date he—

- (a) is resident in the constituency or that part of it;
- (b) is not subject to any legal incapacity to vote (age apart);

...

(3) A person is entitled to be registered in the register of local government electors for any electoral area if on the relevant date he—

- (a) is resident in that area;

(b) is not subject to any legal incapacity to vote (age apart);  
 ...”

22. Sections 56-57 set out that there is a right of appeal against a decision of the registration officer. In Scotland, a further appeal lies on any point of law from a decision of the Sheriff to a court of three judges of the Court of Session (known as the “Registration Appeal Court”).

## *2. The European Parliamentary Elections Act 2002*

23. Section 8(1) of the European Parliamentary Elections Act 2002 (“the 2002 Act”) provides that a person is entitled to vote at an election to the European Parliament if he is within any of subsections (2) to (5) of section 8. These subsections provide in their relevant parts as follows:

“(2) A person is within this subsection if on the day of the poll he would be entitled to vote as an elector at a parliamentary election ...

...

(5) A person is within this subsection if he is entitled to vote in the electoral region by virtue of the European Parliamentary Elections (Franchise of Relevant Citizens of the Union) Regulations 2001 (S.I. 2001/1184) (citizens of the European Union other than Commonwealth and Republic of Ireland citizens).”

## **B. The Human Rights Act 1998**

24. Section 3 of the Human Rights Act 1998 (“the Human Rights Act”) provides as follows:

“(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section—

(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;

...”

25. Section 4 provides:

“(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

...”

26. Finally, section 6(1) provides that it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right. Section 6(2) provides as follows:

“Subsection (1) does not apply to an act if–

(a) as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or

(b) in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions.”

...

#### **D. The report of the Joint Committee on Human Rights**

41. In its recent report, “Enhancing Parliament’s role in relation to human rights judgments”, Fifteenth Report of Session 2009-10, published in March 2010, a parliamentary committee, the Joint Committee on Human Rights, considered domestic developments in the execution of the Grand Chamber’s judgment in *Hirst* (cited above) and noted:

“108. ... [O]ur overriding disappointment is at the lack of progress in this case. We regret that the Government has not yet published the outcome of its second consultation, which closed almost six months ago, in September 2009. This appears to show a lack of commitment on the part of the Government to proposing a solution for Parliament to consider.

...

116. It is now almost five years since the judgment of the Grand Chamber in *Hirst v. [the United Kingdom]*. The Government consultation was finally completed in September 2009. Since then, despite the imminent general election, the Government has not brought forward proposals for consideration by Parliament. We reiterate our view, often repeated, that the delay in this case has been unacceptable.

117. ... Where a breach of the Convention is identified, individuals are entitled to an effective remedy by Article 13 [of the Convention]. So long as the Government continues to delay removal of the blanket ban on prisoner voting, it risks not only political embarrassment at the Council of Europe, but also the potentially significant cost of repeat litigation and any associated compensation.”

#### **E. Recent developments**

42. On 2 November 2010 a short debate took place in the House of Commons following a question to the Government regarding their plans to give prisoners the right to vote. In the course of that debate, Mark Harper, Cabinet Office Minister, emphasised that the Government were under a legal obligation to change the law following the above-cited judgment in *Hirst*. He said that the Government were actively considering how to implement the judgment and that once decisions had been made, legislative proposals would be brought forward.

43. On 3 November 2010, in response to a question in the House of Commons, the Prime Minister also emphasised that the Government were required to come forward with proposals to implement the Court's judgment in *Hirst*.

### III. RELEVANT RESOLUTIONS AND DECISIONS OF THE COMMITTEE OF MINISTERS

44. On 3 December 2009, in the context of their supervision of the execution of the Court's judgment in *Hirst*, the Committee of Ministers adopted Interim Resolution CM/ResDH(2009)160, which stated as follows:

"The Committee of Ministers, ...

Recalling that, in the present judgment, the Court found that the general, automatic and indiscriminate restriction on the right of convicted prisoners in custody to vote, fell outside any acceptable margin of appreciation and was incompatible with Article 3 of Protocol No. 1 ...;

Recalling that the Court, while acknowledging that the rights bestowed by Article 3 of Protocol 1 are not absolute, expressly noted that in the present case the blanket restriction applied automatically to all prisoners, irrespective of the length of their sentence, the nature or gravity of their offence and their individual circumstances;

Recalling further that the Court found 'no evidence that Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of a blanket ban on the right of a convicted prisoner to vote';

Noting that the blanket restriction imposed by section 3 of the Representation of the People Act 1983 remains in full force and effect;

Recalling that the United Kingdom authorities, in a revised Action Plan submitted in December 2006, committed to undertaking a two-stage consultation process to determine the measures necessary to implement the judgment of the Court, with a view to introducing the necessary draft legislation before Parliament in May 2008;

Noting that the United Kingdom authorities have provided detailed information as regards the consultation process, and that they are committed to continuing to do so;

Noting however that the second consultation stage ended on 29 September 2009, and the United Kingdom authorities are now undertaking a detailed analysis of the responses thereto, in order to determine how best to implement a system of prisoner enfranchisement based on the length of custodial sentence handed down to prisoners,

EXPRESSES SERIOUS CONCERN that the substantial delay in implementing the judgment has given rise to a significant risk that the next United Kingdom general election, which must take place by June 2010, will be performed in a way that fails to comply with the Convention;

URGES the respondent State, following the end of the second stage consultation period, to rapidly adopt the measures necessary to implement the judgment of the Court;

...”

45. On 4 March 2010 the Committee of Ministers adopted a decision in which they noted that notwithstanding the Grand Chamber’s judgment in *Hirst*, a declaration of incompatibility with the Convention under the Human Rights Act by the highest civil appeal court in Scotland in the case of *Smith v. Scott* and the large number of persons affected, the automatic and indiscriminate restriction on prisoners’ voting rights remained in force; reiterated their serious concern that a failure to implement the Court’s judgment before the general election and the increasing number of persons potentially affected by the restriction could result in similar violations affecting a significant category of persons, giving rise to a substantial risk of repetitive applications to the European Court; and strongly urged the authorities rapidly to adopt measures, even if of an interim nature, to ensure the execution of the Court’s judgment before the then pending general election.

46. On 3 June 2010 the Committee of Ministers adopted a further decision in which they expressed profound regret that despite the repeated calls of the Committee, the United Kingdom general election had been held on 6 May 2010 with the blanket ban on the right of convicted prisoners in custody to vote still in place; and expressed confidence that the new United Kingdom government would adopt general measures to implement the judgment ahead of elections scheduled for 2011 in Scotland, Wales and Northern Ireland, and thereby also prevent further, repetitive applications to the European Court.

47. On 15 September 2010 the Committee of Ministers adopted their most recent decision on the execution of *Hirst*, in the following terms:

“The Deputies,

1. recalled that in the present judgment, delivered on 6 October 2005, the Court found that the general, automatic and indiscriminate restriction of the right of convicted prisoners in custody to vote, fell outside any acceptable margin of appreciation and was incompatible with Article 3 of Protocol No. 1 ...;

2. recalled that since its 1059th meeting (June 2009), the Committee has urged the United Kingdom to prevent future, repetitive applications by adopting general measures to implement the judgment;

3. deeply regretted that despite the Committee’s calls to the United Kingdom over the years to implement the judgment, the risk of repetitive applications to the European Court has materialised as the Court has communicated 3 applications to the

Government with a view to adopting the pilot-judgment procedure and has received over 1,340 applications;

4. noted, that according to the information provided by the United Kingdom authorities during the meeting, the new government is actively considering the best way of implementing the judgment;

5. regretted, however, that no tangible and concrete information was presented to the Committee on how the United Kingdom now intends to abide by the judgment;

6. called upon the United Kingdom, to prioritise implementation of this judgment without any further delay and to inform the Committee of Ministers on the substantive steps taken in this respect;

7. highlighted in this connection that, within the margin of appreciation of the State, the measures to be adopted should ensure that if a restriction is maintained on the right of convicted persons in custody to vote, such a restriction is proportionate with a discernible and sufficient link between the sanction, and the conduct and circumstances of the individual concerned;

... ”

...

## THE LAW

...

77. The Court notes that in *Hirst (v. the United Kingdom (no. 2))* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX), it concluded as follows:

“82. ... [W]hile the Court reiterates that the margin of appreciation [applicable to Article 3 of Protocol No. 1] is wide, it is not all-embracing. Further, although the situation was somewhat improved by the 2000 Act which for the first time granted the vote to persons detained on remand, section 3 of the 1983 Act remains a blunt instrument. It strips of their Convention right to vote a significant category of persons and it does so in a way which is indiscriminate. The provision imposes a blanket restriction on all convicted prisoners in prison. It applies automatically to such prisoners, irrespective of the length of their sentence and irrespective of the nature or gravity of their offence and their individual circumstances. Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1.”

78. The legislation in question, namely section 3 of the 1983 Act, has not been amended since *Hirst*. As a result, the present applicants were ineligible to vote in the general election in the United Kingdom in May 2010. The blanket restriction introduced by section 3 of the 1983 Act has been extended to elections to the European Parliament by section 8 of the 2002 Act, which is parasitic upon the former section. As a result, the

present applicants were ineligible to vote in the elections of June 2009 to the European Parliament.

79. These considerations are sufficient for the Court to conclude that there has been a violation of Article 3 of Protocol No. 1 in both cases.

...

## V. ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

103. Article 46 of the Convention provides:

“1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.”

### A. Application of the pilot-judgment procedure

104. In July 2010, the parties were advised that the Court was considering the suitability of applying the pilot-judgment procedure (see *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 189-94, ECHR 2004-V) in the cases. The applicants had no objection to the application of the pilot-judgment procedure. The Government submitted that features of the present applications made the effective operation of the pilot-judgment procedure difficult. The first difficulty arose as a result of the wide margin of appreciation which, the Government submitted, the Grand Chamber had afforded to the State in *Hirst*. The second difficulty resulted from the recent judgment of the Court in *Frodl v. Austria*, no. 20201/04, 8 April 2010], which the Government considered departed significantly from the principles set out in *Hirst* and which, at the time of the Government’s submission, was pending before the panel of the Grand Chamber.

105. The Court observes that on 4 October 2010 the panel of the Grand Chamber declined to accept a referral request from the respondent Government in *Frodl* (cited above). The judgment of the Chamber in that case is accordingly final in accordance with Article 44 § 2 (c). The Court considers that notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the respondent State by its judgment in *Hirst*, in the light of the lengthy delay in executing that judgment and the significant number of repetitive applications now being received by the Court, it is appropriate to make findings under Article 46 of the Convention in the present cases.

### B. General principles

106. The Court notes that Article 46 of the Convention, as interpreted in the light of Article 1, imposes on the respondent State a legal obligation

to implement, under the supervision of the Committee of Ministers, appropriate general and/or individual measures to secure the right of the applicant which the Court found to be violated. Such measures must also be taken in respect of other persons in the applicant's position, notably by solving the problems that have led to the Court's findings (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII; *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 134, ECHR 2008; *Burdov v. Russia (no. 2)*, no. 33509/04, § 125, ECHR 2009; and *Olaru and Others v. Moldova*, nos. 476/07, 22539/05, 17911/08 and 13136/07, § 49, 28 July 2009). This obligation was consistently emphasised by the Committee of Ministers in the supervision of the execution of the Court's judgments (see, among many authorities, Interim Resolutions DH(97)336 in cases concerning the length of civil proceedings in Italy; DH(99)434 in cases concerning the action of the security forces in Turkey; ResDH(2001)65 in *Scozzari and Giunta* (cited above); ResDH(2006)1 in *Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, ECHR 2003-IX and *Volkova v. Russia*, no. 48758/99, 5 April 2005; and ResDH(2007)75 in cases concerning the length of detention on remand in Poland).

107. In order to facilitate effective implementation of its judgments along these lines, the Court may adopt a pilot-judgment procedure allowing it to identify clearly in a judgment the existence of structural problems underlying the violations and to indicate specific measures or actions to be taken by the respondent State to remedy them (see *Broniowski*, cited above, §§ 189-94 and the operative part, and *Hutten-Czapska v. Poland* [GC] no. 35014/97, §§ 231-39 and the operative part, ECHR 2006-VIII). This adjudicative approach is however pursued with due respect for the Convention organs' respective functions: it falls to the Committee of Ministers to evaluate the implementation of individual and general measures under Article 46 § 2 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, § 42, ECHR 2005-IX, and *Hutten-Czapska v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 35014/97, § 42, 28 April 2008).

108. Another important aim of the pilot-judgment procedure is to induce the respondent State to resolve large numbers of individual cases arising from the same structural problem at the domestic level, thus implementing the principle of subsidiarity which underpins the Convention system. Indeed, the Court's task, as defined by Article 19, to "ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto" is not necessarily best achieved by repeating the same findings in large series of cases (see *Burdov*, cited above, § 127, and



*Olaru*, cited above, § 51). The object of the pilot-judgment procedure is to facilitate the speediest and most effective resolution of a dysfunction affecting the protection of the Convention rights in question in the national legal order (see *Wolkenberg and Others v. Poland* (dec.), no. 50003/99, § 34, 4 December 2007). While the respondent State's action should primarily aim at the resolution of such a dysfunction and at the introduction, where appropriate, of effective domestic remedies in respect of the violations in question, it may also include *ad hoc* solutions such as friendly settlements with the applicants or unilateral remedial offers in line with the Convention requirements. The Court may decide to adjourn examination of all similar cases, thus giving the respondent State an opportunity to settle them in such various ways (see, *mutatis mutandis*, *Broniowski*, cited above, § 198, and *Xenides-Arestis v. Turkey*, no. 46347/99, § 50, 22 December 2005).

109. However, the Court has previously indicated that if the respondent State fails to adopt such measures following a pilot judgment and continues to violate the Convention, the Court would have no choice but to resume examination of all similar applications pending before it and to take them to judgment so as to ensure effective observance of the Convention (see *Burdov*, cited above, § 128, and *Olaru*, cited above, § 52).

### C. The Court's assessment

#### 1. Indication of specific measures to implement the present judgment

110. The Court notes the finding of the Grand Chamber in *Hirst* (cited above) in its judgment of 2005 that the general, automatic and indiscriminate restriction on the right to vote imposed by section 3 of the 1983 Act must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin may be. It emphasises that the finding of a violation of Article 3 of Protocol No. 1 in the present two cases was the direct result of the failure of the authorities to introduce measures to ensure compliance with the Grand Chamber's judgment in *Hirst* (see paragraphs 78-79 above).

111. One of the fundamental implications of the pilot-judgment procedure is that the Court's assessment of the situation complained of in a "pilot" case necessarily extends beyond the sole interests of the individual applicant and requires it to examine that case also from the perspective of the general measures that need to be taken in the interest of other potentially affected persons (see *Broniowski* (friendly settlement), cited above, § 36, and *Hutten-Czapska* (friendly settlement), cited above, § 33). As the Court has already indicated, the prevailing situation has given rise to the lodging of numerous subsequent well-founded applications. There are

currently approximately 2,500 applications in which a similar complaint is made, around 1,500 of which have been registered and are awaiting a decision. The number continues to grow, and with each relevant election which passes in the absence of amended legislation there is the potential for numerous new cases to be lodged: according to statistics submitted by [the Equality and Human Rights Commission], there are approximately 70,000 serving prisoners in the United Kingdom at any one time ..., all of whom are potential applicants. The failure of the respondent State to introduce legislative proposals to put an end to the current incompatibility of the electoral law with Article 3 of Protocol No. 1 is not only an aggravating factor as regards the State's responsibility under the Convention for an existing or past state of affairs, but also represents a threat to the future effectiveness of the Convention machinery (see *Broniowski*, cited above, § 193).

112. The Court points out that in *Hirst* (cited above), while finding a violation of the right to vote, the Grand Chamber left to the discretion of the respondent State the decision as to how precisely to secure the rights afforded by the Convention. Pursuant to Article 46 § 2, *Hirst* is currently under the supervision of the Committee of Ministers, which has regularly examined domestic developments and sought a speedy end to the prevailing situation of non-compliance (see paragraphs 44-47 above). It is not disputed by the Government that general measures at national level are called for in order to ensure the proper execution of the *Hirst* judgment. It is further clear that legislative amendment is required in order to render the electoral law compatible with the requirements of the Convention (see, *inter alia*, paragraphs 42-43 above). In the light of the lengthy delay which has already occurred and the results of the delay in terms of follow-up applications, the Court, like the Committee of Ministers, is anxious to encourage the speediest and most effective resolution of the situation in a manner which complies with the Convention's guarantees. The question therefore arises whether it is now appropriate for the Court to provide the respondent Government with some guidance as to what is required for the proper execution of the present judgment.

113. The Court observes that it was recently held in *Frodl* (cited above, § 32) that, taking into account the particular circumstances, any decision on disenfranchisement should be taken by a judge and there must be a link between the offence committed and issues relating to elections and democratic institutions. On that basis, there was a violation of Article 3 of Protocol No. 1 in that case. However, the Court notes that the Grand Chamber in *Hirst* declined to provide any detailed guidance as to the steps which the United Kingdom should take to render its regime compatible

with Article 3 of Protocol No. 1, despite the Government's contention in that case that such guidance was necessary (see *Hirst*, cited above, § 52). As the Court emphasised in *Hirst*, there are numerous ways of organising and running electoral systems and a wealth of differences, *inter alia*, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into their own democratic vision (ibid., § 61). The Court points out that its role in this area is a subsidiary one: the national authorities are, in principle, better placed than an international court to evaluate local needs and conditions and, as a result, in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ, the role of the domestic policy-maker should be given special weight (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 97, ECHR 2003-VIII, and *Sukhovetsky v. Ukraine*, no. 13716/02, §§ 68-69, ECHR 2006-VI).

114. Like the Registration Appeal Court ... and Burton J in the High Court ..., the Court considers that a wide range of policy alternatives are available to the Government in the present context. In this regard, the Court observes that the Government of the respondent State have carried out consultations regarding proposed legislative change and are currently actively working on draft proposals (see paragraphs 42-44 and 47 above). Emphasising the wide margin of appreciation in this area (see *Hirst*, cited above, § 61), the Court is of the view that it is for the Government, following appropriate consultation, to decide in the first instance how to achieve compliance with Article 3 of Protocol No. 1 when introducing legislative proposals. Such legislative proposals will be examined in due course by the Committee of Ministers in the context of its supervision of the execution of the *Hirst* judgment. Further, it may fall to the Court at some future point, in the exercise of its supervisory role and in the context of any new application under Article 34 of the Convention, to assess the compatibility of the new regime with the requirements of the Convention.

115. However, while the Court does not consider it appropriate to specify what should be the content of future legislative proposals, it is of the view that the lengthy delay to date has demonstrated the need for a timetable for the introduction of proposals to amend the electoral law to be imposed. Accordingly, the Court concludes that the respondent State must introduce legislative proposals to amend section 3 of the 1983 Act and, if appropriate, section 8 of the 2002 Act, within six months of the date on which the present judgment becomes final, with a view to the enactment of an electoral law to achieve compliance with the Court's judgment in *Hirst* according to any time scale determined by the Committee of Ministers.

## 2. *Disposal of comparable cases*

116. Given the findings in the present judgment and in *Hirst* (cited above), it is clear that every comparable case pending before the Court which satisfies the admissibility criteria will give rise to a violation of Article 3 of Protocol No. 1. It is therefore to be regretted that the Government did not act more quickly to rectify the situation before the elections to the European Parliament in 2009 and the general election in 2010. Further, while it is to be hoped that new legislation will be in place as soon as practically possible, it is far from apparent that an appropriate solution will be in place prior to the Scottish elections scheduled to take place in May 2011 and the likely consequence of this failure will be a wave of new applications to the Court from serving prisoners detained at that time who would otherwise be eligible to vote in those elections.

117. The Court has already emphasised the dual nature of the pilot-judgment procedure: on the one hand, it is intended to assist respondent States in remedying an identified defect arising from a widespread or systemic problem; on the other, it aims to ensure the effective treatment of follow-up cases (see paragraphs 107-08 above). The question accordingly remains as to how to dispose of the numerous cases already lodged with the Court and how to deal with potential future applications lodged before the electoral law has been amended.

118. The Court observes that the circumstances of the present cases differ from those arising in previous pilot-judgment cases. In previous cases the pilot-judgment procedure has generally been employed to identify a violation of the Convention and to require the respondent State, usually within a given time-frame, to introduce some form of remedy or to offer adequate redress to all those affected. In the meantime, all pending applications before the Court were adjourned (see, for example, the approach in *Broniowski*, cited above, § 198; *Burdov*, cited above, § 146; and *Olaru*, cited above, § 61). However, those cases involved property complaints or complaints regarding non-enforcement of domestic judgments. In those circumstances, the benefits of requiring the domestic authorities to introduce a remedy or to offer specific redress in all pending cases were clear. In the present cases, the violation is of an entirely different nature. No individual examination of specific cases is required in order to assess the appropriate redress. Further, no financial compensation is payable: the relief available from this Court is of a declaratory nature. The only relevant remedy is a change in the law which, while no doubt affording satisfaction to all those who have been or may be affected by the current blanket ban, is unable to undo past violations of the Convention in respect of particular individuals.

119. The Court notes the terms of Article 37 § 1, which provides in so far as relevant:

“1. The Court may at any stage of the proceedings decide to strike an application out of its list of cases where the circumstances lead to the conclusion that

...

(c) for any other reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application.

However, the Court shall continue the examination of the application if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires.”

120. In the light of the considerations set out above (see paragraphs 116-18) and the six-month deadline fixed by the Court in the present judgment for the bringing forward of legislative proposals, the Court is of the view that the continued examination of every application asserting a violation of Article 3 of Protocol No. 1 as a result of the current blanket ban on voting applicable to serving prisoners is no longer justified. Such applications can be distinguished from cases where some form of individual measure might be necessary in order for any future judgment to be implemented. Examples of the latter type of case include applications complaining of non-enforcement of domestic judgments or length of domestic proceedings, where financial recompense is usually required. The Court emphasises that it has clearly established, both in the present judgment and in its judgment in *Hirst* (cited above), that the prevailing situation has given rise and continues to give rise to a violation of Article 3 of Protocol No. 1 in respect of every prisoner who is unable to vote in an election to the legislature and whose ineligibility arises solely by virtue of his status of prisoner. It has further declined to award non-pecuniary damages in respect of this violation. The award made in respect of costs in the present cases was limited to the proceedings before this Court and reflected the fact that extensive written submissions were lodged. In future follow-up cases, in the light of the above considerations, the Court would be likely to consider that legal costs were not reasonably and necessarily incurred and would not, therefore, be likely to award costs under Article 41. As a consequence of the Court’s approach to just satisfaction outlined above, an amendment to the electoral law to achieve compliance with the Court’s judgment in *Hirst* will also result in compliance with the judgment in the present cases and with any future judgment handed down in any of the comparable cases currently pending before the Court. In these circumstances, the Court considers that it has discharged its obligation under Article 19 of the Convention, “to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto” and concludes that

nothing is to be gained, nor will justice be best served, by the repetition of its findings in a lengthy series of comparable cases, which would represent a significant drain on its own resources and add to the Court's already considerable caseload. In particular, such an exercise would not contribute usefully or in any meaningful way to the strengthening of human rights protection under the Convention.

121. The Court accordingly considers it appropriate to discontinue its examination of applications registered prior to the date of delivery of this judgment and raising complaints similar to those in the *Hirst* case pending compliance by the respondent State with the terms of point 6(a) of the operative part of this judgment. It would propose, in the event of such compliance, to strike out such complaints pursuant to Article 37 § 1 (c), without prejudice to the Court's power to decide, pursuant to Article 37 § 2, to restore such applications to the list should the respondent State fail to enact an amendment to the electoral law to achieve compliance with the Court's judgment in *Hirst* in accordance with point 6(b) of the operative part of this judgment.

122. The Court similarly considers it appropriate to suspend the treatment of any applications not yet registered at the date of delivery of this judgment, as well as future applications raising such complaints, without prejudice to any decision to recommence the treatment of these cases in the event of any non-compliance with the terms of point 6(a) of the operative part of this judgment or in such other event as may justify such course.

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

3. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of Protocol No. 1;

...

5. *Holds* that the above violation has originated in the failure of the respondent State to execute the judgment of this Court in *Hirst*;

6. *Holds* that the respondent State must:

(a) bring forward, within six months of the date upon which the present judgment becomes final, legislative proposals intended to amend the 1983 Act and, if appropriate, the 2002 Act in a manner which is Convention-compliant; and

(b) enact the required legislation within any such period as may be determined by the Committee of Ministers;

...

Done in English, and notified in writing on 23 November 2010,  
pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early  
Registrar

Lech Garlicki  
President





GREENS ET M.T. c. ROYAUME-UNI  
(*Requêtes n<sup>os</sup> 60041/08 et 60054/08*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 23 NOVEMBRE 2010<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**L'Etat défendeur doit prendre des mesures pour permettre aux détenus purgeant une peine de prison de voter****Article 46**

*Exécution d'un arrêt – Procédure d'arrêt pilote – Mesures de caractère général – L'Etat défendeur doit prendre des mesures pour permettre aux détenus purgeant une peine de prison de voter – Retard important dans l'adoption des dispositions légales nécessaires pour remédier à la violation portant atteinte au système de la Convention – Traitement des affaires analogues*

\*

\* \*

Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 6 octobre 2005 en l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) ([GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX), la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a dit que la législation interne qui prévoyait une interdiction globale de voter pour tous les détenus condamnés, quelle que soit la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils avaient commise et de leur situation personnelle, était contraire à l'article 3 du Protocole n° 1. Les dispositions légales n'ayant pas été modifiées depuis lors, les requérants, qui purgeaient une peine de prison, n'ont pu voter ni aux élections européennes de juin 2009 ni aux élections législatives de mai 2010.

Article 46 : compte tenu du long retard pris par le Royaume-Uni dans l'application de l'arrêt *Hirst* et du nombre important de requêtes répétitives qu'elle a reçues en conséquence peu avant les élections législatives de mai 2010 et par la suite, la Cour décide d'appliquer la procédure d'arrêt pilote.

a) Mesures spécifiques : le constat de violation de l'article 3 du Protocole n° 1 en l'espèce découle directement du manquement des autorités à prendre des mesures pour assurer le respect de l'arrêt *Hirst*. La Cour a reçu environ 2 500 requêtes concernant des griefs analogues, dont quelque 1 500 ont été enregistrées et sont en attente d'une décision. Ce chiffre continue d'augmenter, et chaque nouvelle élection organisée sans que la législation ait été modifiée est potentiellement source d'un grand nombre de nouvelles affaires, étant donné que, selon les estimations, le Royaume-Uni compte en permanence 70 000 détenus, soit autant de requérants potentiels. Le manquement du Gouvernement à avancer des propositions de loi

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

n'est pas seulement un facteur aggravant en ce qui concerne la responsabilité de l'État au regard de la Convention, il constitue aussi une menace pour l'efficacité future du mécanisme de la Convention. Si elle n'estime pas opportun de préciser quelle devrait être la teneur des futures propositions de loi, la Cour considère que la longueur du délai écoulé a démontré la nécessité de fixer un calendrier. Elle enjoint donc au Royaume-Uni de présenter des propositions de modification de la législation concernée dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'arrêt sera devenu définitif, en vue de la promulgation d'une loi électorale respectant l'arrêt *Hirst* dans un délai qui sera déterminé par le Comité des Ministres.

b) Affaires analogues : compte tenu des conclusions exposées dans l'arrêt rendu en l'espèce et dans l'arrêt *Hirst*, il est clair que toute affaire analogue pendante devant la Cour et satisfaisant aux critères de recevabilité aboutira à un constat de violation de l'article 3 du Protocole n° 1. Il n'est pas nécessaire d'examiner une par une les affaires analogues pour déterminer la réparation appropriée, et aucune indemnisation financière n'est envisageable. La seule chose à faire est de modifier la législation. Compte tenu de cela et du délai de six mois qu'elle fixe pour la présentation de propositions de loi, la Cour est d'avis qu'il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de chaque requête semblable. Une modification du droit électoral aux fins de respecter l'arrêt *Hirst* constituerait également une exécution de l'arrêt rendu en l'espèce et de tout arrêt pouvant être rendu après celui-ci dans des affaires analogues. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il n'y a rien à gagner à répéter les mêmes conclusions dans une longue série d'arrêts sur des affaires semblables, ce qui ne servirait pas mieux la justice mais pèserait lourdement sur les ressources de la Cour et accroîtrait encore le nombre déjà considérable d'affaires en souffrance. Une telle démarche ne contribuerait notamment pas de manière utile ou sensée au renforcement de la protection des droits de l'homme dans le système de la Convention. En conclusion, la Cour juge qu'il y a lieu de lever l'examen de toutes les requêtes enregistrées soulevant des griefs similaires dans l'attente de l'exécution par le Royaume-Uni de l'instruction qui lui est faite de présenter des propositions de loi. Si cette exécution intervient, la Cour envisagera de rayer toutes ces requêtes du rôle, sans préjudice de son pouvoir de les y réinscrire si le Royaume-Uni manquait à se conformer aux instructions qui lui ont été données. De plus, elle estime opportun de suspendre l'examen des requêtes non encore enregistrées ainsi que des futures requêtes soulevant des griefs analogues, sans préjudice de toute décision d'en reprendre le traitement si nécessaire.

*Conclusion* : adoption de mesures générales requise (unanimité).

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

*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n°s 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VIII

*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, CEDH 2003-VIII

*Ryabykh c. Russie*, n° 52854/99, CEDH 2003-IX

*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V

- Volkova c. Russie*, n° 48758/99, 5 avril 2005  
*Broniowski c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 31443/96, CEDH 2005-IX  
*Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX  
*Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, 22 décembre 2005  
*Soukhovetski c. Ukraine*, n° 13716/02, CEDH 2006-VI  
*Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII  
*Wolkenberg et autres c. Pologne* (déc.), n° 50003/99, 4 décembre 2007  
*Hutten-Czapska c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 35014/97, 28 avril 2008  
*S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n°s 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008  
*Bourdov c. Russie (n° 2)*, n° 33509/04, CEDH 2009  
*Olaru et autres c. Moldova*, n°s 476/07, 22539/05, 17911/08 et 13136/07, 28 juillet 2009  
*Frodl c. Autriche*, n° 20201/04, 8 avril 2010



**En l'affaire Greens et M.T. c. Royaume-Uni,**

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

Lech Garlicki, *président*,

Nicolas Bratza,

Ljiljana Mijović,

David Thór Björgvinsson,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi,

Vincent A. de Gaetano, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 16 novembre 2010,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n<sup>os</sup> 60041/08 et 60054/08) dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants de cet Etat, MM. Robert W. Greens et M.T. (« les requérants »), ont saisi la Cour le 14 novembre 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la chambre a accédé à la demande formulée par M.T. après la communication de l'affaire aux fins de la non-divulgaration de son identité (article 47 § 3 du règlement de la Cour).

2. Les requérants ont été représentés par M<sup>e</sup>T. Kelly, avocat à Coatbridge. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Willmott, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Devant la Cour, les requérants dénonçaient le refus des autorités de les inscrire sur les listes électorales pour les élections nationales et européennes. Ils voyaient là une violation de l'article 3 du Protocole n<sup>o</sup> 1. Sur le terrain de l'article 13, ils se plaignaient également de ne pas disposer de recours effectif face à cette situation.

4. Les 25 et 28 août 2009 respectivement, le président de la chambre a décidé de communiquer les requêtes au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire.

5. La Commission pour l'égalité et les droits de l'homme (*Equality and Human Rights Commission*) a été autorisée à se porter tiers intervenant dans la

procédure en vertu de l'article 36 § 2 de la Convention et de l'article 44 § 3 du règlement de la Cour.

6. Le 6 juillet 2010, la chambre a décidé d'informer les parties qu'elle envisageait d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote. Elle a reçu d'elles des commentaires écrits sur ce point.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le premier requérant, M. Greens, purgeait une peine de prison d'une durée déterminée à Peterhead au moment de l'introduction de sa requête devant la Cour. Il pouvait faire l'objet d'une libération conditionnelle à partir du 29 mai 2010. On ne sait pas s'il a, depuis cette date, bénéficié d'une telle mesure. Le deuxième requérant, M.T., purge actuellement une peine de prison d'une durée déterminée à Peterhead. Selon les informations communiquées par le Gouvernement, il devrait être libéré en novembre 2010.

8. Le 23 juin 2008, les requérants sollicitèrent auprès de l'agent responsable de la tenue des listes électorales (ci-après «l'agent») de Grampian leur inscription sur les listes électorales. Ils indiquèrent que leur lieu de résidence était la prison de Peterhead.

9. Le 3 juillet 2008, l'agent leur répondit en se référant aux refus qui leur avaient précédemment été opposés en 2007 en vertu des articles 3 et 4 de la loi de 1983 sur la représentation du peuple (*Representation of the People Act 1983*), telle que modifiée (paragraphe 19 et 21 ci-dessous), au motif qu'ils étaient détenus à la suite d'une condamnation pénale. Il demandait s'il y avait eu un changement dans leurs situations respectives.

10. Le 5 août 2008, les requérants répondirent à l'agent que depuis l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* ([GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX) et la déclaration d'incompatibilité faite par la *Registration Appeal Court* dans l'affaire *Smith c. Scott* (...), il était tenu de procéder à leur inscription.

11. Le 12 août 2008, l'agent rejeta les demandes d'inscription des requérants au motif qu'ils étaient détenus à la suite d'une condamnation pénale.

12. Par une lettre du 14 août 2008, les requérants l'informèrent qu'ils souhaitaient contester ce refus devant la *Sheriff Court*.



13. Le 12 septembre 2008, le *Sheriff* examina les recours des requérants conjointement avec d'autres recours formés dans plusieurs affaires semblables et ordonna la communication d'observations écrites.

14. Le 25 septembre 2008, les requérants adressèrent à la *Sheriff Court* une lettre dans laquelle ils exposaient leurs arguments. Ils déposèrent des observations complémentaires le 1<sup>er</sup> octobre 2008. Alléguant ne pas pouvoir bénéficier d'une assistance judiciaire aux fins de la procédure, ils déclarèrent qu'ils se représenteraient eux-mêmes.

15. Le 10 novembre 2008, leurs recours respectifs furent rejetés.

16. Le 20 novembre 2008, un autre détenu dont le recours avait également été rejeté le 10 novembre 2008, M. Beggs, demanda à la *Sheriff Court* d'Aberdeen de solliciter l'avis de la *Registration Appeal Court* (paragraphe 22 ci-dessous). Le 30 décembre 2008, le *Sheriff* rejeta cette demande. M. Beggs pria alors la Cour de session (*Court of Session*) d'ordonner au *Sheriff* de solliciter cet avis, arguant qu'il avait commis une erreur de droit en refusant de le faire. Selon les dernières informations dont dispose la Cour, mais dont on ne sait pas si elles restent d'actualité, cette procédure serait encore pendante.

17. Le 4 juin 2009 eurent lieu les élections européennes. Les requérants ne purent y voter.

18. Le 6 mai 2010 eut lieu une élection législative au Royaume-Uni. Les requérants ne purent y voter.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La législation électorale

#### 1. La loi de 1983 sur la représentation du peuple

19. L'article 3 de la loi de 1983 sur la représentation du peuple (« la loi de 1983 ») dispose :

« 1. Toute personne condamnée est, pendant son incarcération dans un établissement pénitentiaire en exécution de sa peine (...), légalement incapable de voter aux élections parlementaires ou locales quelles qu'elles soient. »

20. La privation du droit de vote ne s'applique pas aux personnes emprisonnées pour atteinte à l'autorité de la justice (article 3 § 2 a)) ni à celles emprisonnées faute, par exemple, d'avoir payé une amende (article 3 § 2 c)).

21. L'article 4 de la loi de 1983 dispose :

« 1. Peuvent être inscrites sur les listes électorales d'une circonscription ou d'une sous-circonscription aux fins des élections parlementaires les personnes qui, à la date pertinente,

- a) résident dans la circonscription ou la sous-circonscription ;
- b) ne sont pas frappées par une incapacité légale de voter (âge mis à part) ;
- (...)

3. Peuvent être inscrites sur les listes électorales d'une zone électorale quelle qu'elle soit aux fins des élections locales les personnes qui, à la date pertinente,

- a) résident dans la zone en question ;
- b) ne sont pas frappées par une incapacité légale de voter (âge mis à part) ;
- (...)»

22. Les articles 56 et 57 prévoient un droit de recours contre les décisions des agents responsables de la tenue des listes électorales. En Ecosse, il existe en outre un pourvoi contre les décisions du *Sheriff* devant une formation de trois juges de la Cour de session (cette formation est dénommée « *Registration Appeal Court* »).

### 2. *La loi de 2002 sur les élections au Parlement européen*

23. L'article 8 de la loi de 2002 sur les élections au Parlement européen (« la loi de 2002 ») dispose en son paragraphe 1 que toute personne visée par les paragraphes 2 à 5 peut voter aux élections européennes. Ces paragraphes, en leurs parties pertinentes, prévoient ceci :

« 2. Le présent paragraphe s'applique à quiconque aurait, le jour du scrutin, le droit de voter aux élections parlementaires (...)

(...)

5. Le présent paragraphe s'applique à toute personne ayant le droit de voter dans la région en vertu du règlement de 2001 sur les élections au Parlement européen (droit de vote de certains citoyens de l'Union) (règlement S.I. 2001/1184, citoyens de l'Union européenne à l'exclusion des citoyens du Commonwealth ou de la République d'Irlande). »

## **B. La loi sur les droits de l'homme de 1998**

24. L'article 3 de la loi de 1998 sur les droits de l'homme (« la loi sur les droits de l'homme ») prévoit ceci :

« 1. Dans toute la mesure du possible, la législation primaire et la législation déléguée doivent être interprétées et appliquées de manière compatible avec les droits reconnus par la Convention.

2. Le présent article

a) s'applique à la législation primaire et à la législation déléguée dès leur promulgation ;

(...)»

25. L'article 4 dispose :

« 1. Le paragraphe 2 du présent article s'applique à toute procédure dans le cadre de laquelle un tribunal est appelé à dire si une disposition législative est compatible avec un droit reconnu par la Convention.

2. Si le tribunal considère que la disposition en cause est incompatible avec un droit reconnu par la Convention, il peut prononcer une déclaration d'incompatibilité.

(...)»

26. Enfin, en vertu de l'article 6 § 1, il est illégal pour une autorité publique d'agir de manière incompatible avec le respect d'un droit garanti par la Convention. Le paragraphe 2 précise ceci :

« Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux actes relevant des cas suivants :

a) en raison d'une ou plusieurs disposition(s) de la législation primaire, l'autorité n'aurait pas pu agir différemment ; ou

b) l'autorité a agi en application d'une ou plusieurs disposition(s) relevant de la législation primaire ou en découlant qui ne peuvent être interprétées ou appliquées de manière compatible avec les droits reconnus par la Convention. »

(...)

#### **D. Le rapport de la commission mixte aux droits de l'homme**

41. Dans un récent rapport intitulé « *Enhancing Parliament's role in relation to human rights judgments* » (Renforcer le rôle du Parlement relativement aux arrêts rendus dans le domaine des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> rapport 2009-2010, mars 2010), une commission parlementaire, la commission mixte aux droits de l'homme, a examiné les suites données au niveau national à l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Hirst* précitée. Elle a noté ceci :

« 108. (...) notre plus grande déception concerne l'absence de progrès dans cette affaire. Nous regrettons que le Gouvernement n'ait pas encore publié les textes issus de sa deuxième consultation, qui s'est achevée il y a près de six mois, en septembre 2009. Cela semble montrer qu'il n'a pas la volonté politique d'avancer une proposition pour examen par le Parlement.

(...)

116. Il y a maintenant près de cinq ans que la Grande Chambre a rendu son arrêt dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*. La consultation gouvernementale s'est achevée en septembre 2009. Depuis lors, malgré l'imminence des élections législatives, le Gouvernement n'a avancé aucune proposition pour examen par le Parlement. Nous répétons, comme nous l'avons déjà dit à maintes reprises, que le délai de traitement de cette affaire est inacceptable.

117. (...) Lorsque l'on a décelé une violation de la Convention, les individus ont droit, en vertu de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, à un recours effectif. Tant que le Gouvernement continuera à repousser la levée de l'interdiction générale de voter imposée aux détenus, non seulement il demeurera dans une situation politique embarrassante vis-à-vis du Conseil de l'Europe, mais encore il s'exposera aux coûts potentiellement importants découlant de litiges à répétition et des indemnités qu'il aura à verser à l'issue de ceux-ci.»

### E. Faits récents

42. Le 2 novembre 2010, un bref débat a eu lieu à la Chambre des communes à la suite d'une question posée au Gouvernement quant à ses projets relatifs au droit de vote des détenus. Au cours de ce débat, Mark Harper, ministre du Bureau du Cabinet, a souligné que depuis l'arrêt *Hirst* précité, le Gouvernement était juridiquement tenu de modifier la loi. Il a déclaré que celui-ci examinait activement la manière d'exécuter cet arrêt et que des propositions de loi seraient faites une fois que des décisions auraient été prises à cet égard.

43. Le 3 novembre 2010, en réponse à une question posée à la Chambre des communes, le Premier ministre a souligné également que le Gouvernement était tenu d'avancer des propositions aux fins de l'application de l'arrêt *Hirst*.

### III. LES RÉSOLUTIONS ET DÉCISIONS PERTINENTES DU COMITÉ DES MINISTRES

44. Le 3 décembre 2009, dans le cadre du contrôle de l'exécution de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Hirst*, le Comité des Ministres a adopté la résolution intérimaire CM/ResDH(2009)160, dans laquelle il s'est exprimé ainsi :

«Le Comité des Ministres, (...)

Rappelant que dans le présent arrêt, la Cour a estimé que la restriction générale, automatique et indifférenciée au droit de vote infligée à tous les détenus condamnés purgeant leur peine, outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1 (...);

Rappelant que, tout en reconnaissant que les droits conférés par l'article 3 du Protocole n° 1 ne sont pas absolus, la Cour a expressément noté qu'en l'espèce, la restriction globale s'appliquait automatiquement à tous les détenus, indépendamment de la durée de leur peine, de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils avaient commise et de leur situation personnelle;

Rappelant en outre que la Cour a constaté que «rien ne montre que le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés»;

Notant que la restriction globale imposée par l'article 3 de la loi de 1983 sur la représentation du peuple (*Representation of the People Act 1983*) reste en vigueur et continue à produire effet;

Rappelant que, dans un plan d'action révisé soumis en décembre 2006, les autorités du Royaume-Uni se sont engagées à entreprendre un processus de consultation en deux étapes afin de déterminer les mesures nécessaires pour exécuter l'arrêt de la Cour et soumettre le projet de loi nécessaire au Parlement en mai 2008;

Notant que les autorités du Royaume-Uni ont fourni des informations détaillées concernant le processus de consultation et qu'elles s'engagent à continuer à le faire;

Notant toutefois que la seconde étape de la consultation s'est achevée le 29 septembre 2009 et que les autorités du Royaume-Uni vont maintenant entamer une analyse détaillée des réponses obtenues afin de déterminer la meilleure manière de mettre en place un système accordant le droit de vote aux détenus basé sur la durée de la peine d'emprisonnement prononcée à leur encontre;

EXPRIME SES VIVES PREOCCUPATIONS au sujet du retard considérable pris pour l'exécution de l'arrêt, lequel engendre un risque important que les prochaines élections générales prévues au Royaume-Uni avant juin 2010 se déroulent dans des conditions non conformes à la Convention;

PRIE INSTAMMENT l'Etat défendeur d'adopter rapidement, au terme de la seconde étape du processus de consultation, les mesures nécessaires pour exécuter l'arrêt de la Cour;

(...)»

45. Le 4 mars 2010, le Comité des Ministres a adopté une décision dans laquelle il a relevé qu'en dépit de l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Hirst* précitée, d'une déclaration d'incompatibilité avec la Convention faite en vertu de la loi sur les droits de l'homme par la plus haute juridiction civile écossaise dans l'affaire *Smith c. Scott* et du fait qu'un grand nombre de personnes étaient concernées, l'interdiction automatique et indifférenciée faite aux détenus d'exercer leur droit de vote restait appliquée; il a exprimé à nouveau sa vive préoccupation face au risque que l'arrêt de la Cour ne soit pas exécuté avant les élections législatives et que, le nombre croissant d'individus potentiellement concernés par cette interdiction donnant lieu à des violations analogues à l'égard d'un grand nombre de personnes, il n'y ait une augmentation importante du nombre de requêtes répétitives portées devant la Cour européenne; et il a exhorté les autorités à prendre rapidement les mesures, même temporaires, nécessaires pour assurer l'exécution de l'arrêt de la Cour avant les élections, qui étaient imminentes.

46. Le 3 juin 2010, le Comité des Ministres a adopté une autre décision dans laquelle il a exprimé son profond regret face au fait que, malgré les

appels répétés qu'il avait adressés au Royaume-Uni, l'interdiction générale de voter imposée aux détenus condamnés ait été toujours en vigueur au moment des élections législatives, qui s'étaient tenues le 6 mai 2010; et il a déclaré ne pas douter que le nouveau gouvernement adopterait des mesures générales pour appliquer l'arrêt avant les élections qui devaient se tenir en 2011 en Ecosse, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, et ainsi éviter un nouvel afflux de requêtes répétitives devant la Cour.

47. Le 15 septembre 2010, le Comité des Ministres a adopté sa décision la plus récente concernant l'exécution de l'arrêt *Hirst* précité. Cette décision se lit ainsi :

« Les Délégués,

1. rappellent que, dans le présent arrêt, rendu le 6 octobre 2005, la Cour a estimé que la restriction générale, automatique et indifférenciée au droit de vote infligée à tous les détenus condamnés purgeant leur peine, outrepassait toute marge d'appréciation acceptable, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1 (...);

2. rappellent que depuis la 1059<sup>e</sup> réunion (juin 2009), le Comité exhorte le Royaume-Uni à prévenir de futures requêtes répétitives en adoptant des mesures de caractère général pour exécuter l'arrêt;

3. regrettent profondément qu'en dépit des exhortations que le Comité des Ministres a adressées au fil des ans au Royaume-Uni pour qu'il exécute l'arrêt, le risque de requêtes répétitives devant la Cour européenne s'est concrétisé dans la mesure où la Cour a communiqué trois requêtes au Gouvernement afin d'adopter la procédure de l'arrêt pilote et a reçu plus de 1 340 requêtes;

4. notent que selon les informations fournies par les autorités du Royaume-Uni pendant la réunion, le nouveau gouvernement réfléchit véritablement à explorer activement la meilleure manière d'exécuter l'arrêt;

5. regrettent cependant qu'aucune information matérielle tangible et concrète n'ait été présentée au Comité sur la manière dont le Royaume-Uni a désormais l'intention de se conformer à l'arrêt;

6. exhortent le Royaume-Uni à donner la priorité à l'exécution sans plus de délai de cet arrêt, et à informer le Comité des Ministres des mesures substantielles prises à cet égard;

7. soulignent dans ce contexte, qu'étant donné la marge d'appréciation laissée à l'Etat, les mesures à adopter doivent veiller à ce qu'une restriction aux droits de vote des détenus condamnés purgeant leur peine, si elle est maintenue, soit proportionnée et qu'il y ait un lien discernable et suffisant entre elle et la sanction, le comportement ainsi que la situation de la personne touchée;

(...)

## EN DROIT

77. La Cour rappelle que dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* ([GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX), elle a conclu ceci :

« 82. La Cour réaffirme (...) que, si la marge d'appréciation [relative à l'application de l'article 3 du Protocole n° 1] est large, elle n'est pas illimitée. De surcroît, bien que la situation ait été quelque peu améliorée avec la loi de 2000, qui a accordé pour la première fois le droit de vote aux personnes en détention provisoire, l'article 3 de la loi de 1983 demeure un instrument sans nuances, qui dépouille du droit de vote, garanti par la Convention, un grand nombre d'individus, et ce de manière indifférenciée. Cette disposition inflige une restriction globale à tous les détenus condamnés purgeant leur peine et s'applique automatiquement à eux, quelle que soit la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils ont commise et de leur situation personnelle. Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1. »

78. Les dispositions légales en question, à savoir l'article 3 de la loi de 1983, n'ayant pas été modifiées depuis l'arrêt *Hirst*, les requérants de la présente affaire n'ont pas pu voter aux élections législatives qui se sont tenues au Royaume-Uni en mai 2010. En outre, l'interdiction générale instaurée par l'article 3 de la loi de 1983 a été étendue aux élections au Parlement européen par l'article 8 de la loi de 2002, qui le reprend. De ce fait, les requérants n'ont pas non plus pu voter aux élections européennes de juin 2009.

79. Ces considérations suffisent à la Cour pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 3 du Protocole n° 1 à l'égard de l'un et l'autre requérants.

## V. ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

103. L'article 46 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution (...) »

### A. Application de la procédure d'arrêt pilote

104. En juillet 2010, les parties ont été informées que la Cour envisageait d'appliquer la procédure d'arrêt pilote (*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 189-194, CEDH 2004-V). Les requérants ne s'y sont pas opposés. Le Gouvernement a indiqué que les caractéristiques des requêtes faisant l'objet de l'affaire rendaient difficile l'application au

cas d'espèce de la procédure d'arrêt pilote. Selon lui, la difficulté résultait premièrement de l'ample marge d'appréciation que, à l'en croire, la Grande Chambre avait laissée à l'Etat dans l'arrêt *Hirst* précité, et deuxièmement de l'arrêt rendu peu de temps auparavant dans l'affaire *Frodl* [c. *Autriche*, n° 20201/04, 8 avril 2010], où il estimait que la Cour s'était écartée de manière significative des principes énoncés dans l'arrêt *Hirst* et qui était pendante devant le panel de la Grande Chambre.

105. La Cour observe que, le 4 octobre 2010, le panel de la Grande Chambre a refusé la demande de renvoi formée par le gouvernement défendeur dans l'affaire *Frodl* précitée. L'arrêt rendu par la chambre dans cette affaire est donc devenu définitif, en vertu de l'article 44 § 2 c) de la Convention. Compte tenu du long retard pris par l'Etat défendeur dans l'application de l'arrêt *Hirst* et du nombre important de requêtes répétitives qu'elle reçoit en conséquence, la Cour considère que malgré l'ample marge d'appréciation qu'elle lui a laissée dans cet arrêt, il y a lieu de formuler des conclusions sur le terrain de l'article 46 de la Convention dans la présente affaire.

## B. Principes généraux

106. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 46 de la Convention, interprété à la lumière de l'article 1, l'Etat défendeur est juridiquement tenu d'appliquer, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou individuelles appropriées pour assurer le respect du droit dont a été constatée la violation à l'égard du requérant. Il doit aussi prendre ces mesures pour les autres personnes qui se trouvent dans la même situation que le requérant, notamment en résolvant les problèmes qui sont à l'origine du constat de violation (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n°s 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n°s 30562/04 et 30566/04, § 134, CEDH 2008, *Bourdivov c. Russie* (n° 2), n° 33509/04, § 125, CEDH 2009, et *Olaru et autres c. Moldova*, n°s 476/07, 22539/05, 17911/08 et 13136/07, § 49, 28 juillet 2009). Le Comité des Ministres n'a cessé de souligner cette obligation dans le cadre du contrôle qu'il exerce de l'exécution des arrêts de la Cour (voir, parmi bien d'autres, les résolutions intérimaires suivantes : DH(97)336, concernant des durées de procédure en Italie, DH(99)434, concernant l'action des forces de sécurité en Turquie, ResDH(2001)65, concernant l'affaire *Scozzari et Giunta c. Italie*, ResDH(2006)1, concernant les affaires *Riabykh c. Russie* (n° 52854/99, CEDH 2003-IX) et *Volkova c. Russie* (n° 48758/99, 5 avril 2005), et ResDH(2007)75, concernant la durée de la détention provisoire en Pologne).



107. Afin de faciliter la bonne mise en œuvre de ses arrêts selon ces principes, la Cour peut appliquer une procédure d'arrêt pilote. Cette procédure lui permet de relever clairement dans un arrêt l'existence de problèmes structurels sous-jacents aux violations et d'indiquer des mesures ou des actions précises que l'Etat défendeur doit prendre pour y remédier (*Broniowski*, précité, §§ 189-194 et dispositif, et *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, §§ 231-239 et dispositif, CEDH 2006-VIII). Cette approche judiciaire est cependant appliquée dans le plein respect des fonctions respectives des organes de la Convention : il revient au Comité des Ministres d'évaluer les mesures individuelles et générales mises en place en vertu de l'article 46 § 2 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Broniowski c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 31443/96, § 42, CEDH 2005-IX, et *Hutten-Czapska c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 35014/97, § 42, 28 avril 2008).

108. Un autre but important poursuivi par la procédure d'arrêt pilote est d'inciter l'Etat défendeur à trouver, au niveau national, une solution aux nombreuses affaires individuelles nées du même problème structurel, donnant ainsi effet au principe de subsidiarité qui est à la base du système de la Convention. En effet, la Cour ne s'acquitte pas forcément au mieux de sa tâche, qui consiste selon l'article 19 de la Convention à « assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la (...) Convention et de ses Protocoles », en répétant les mêmes conclusions dans un grand nombre d'affaires (*Bourdov*, précité, § 127, et *Olaru*, précité, § 51). Cette procédure a pour objet de faciliter la résolution la plus rapide et la plus effective d'un dysfonctionnement affectant la protection du droit conventionnel en cause dans l'ordre juridique interne (*Wolkenberg et autres c. Pologne* (déc.), n° 50003/99, § 34, 4 décembre 2007). Si elle doit tendre principalement au règlement de ces dysfonctionnements et à la mise en place, le cas échéant, de recours internes effectifs permettant de dénoncer les violations commises, l'action de l'Etat défendeur peut aussi comprendre l'adoption de solutions *ad hoc* telles que des règlements amiables avec les requérants ou des offres unilatérales d'indemnisation, en conformité avec les exigences de la Convention. La Cour peut donc décider d'ajourner l'examen de toutes les affaires similaires, donnant ainsi à l'Etat défendeur une possibilité de les régler selon ces diverses modalités (voir, *mutatis mutandis*, *Broniowski*, précité, § 198, et *Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, § 50, 22 décembre 2005).

109. Cependant, la Cour a déjà eu l'occasion de dire que, si l'Etat défendeur n'adopte pas pareilles mesures à la suite de l'arrêt pilote et s'il persiste à méconnaître la Convention, elle n'a d'autre choix que de reprendre l'examen de toutes les requêtes similaires portées devant elle et de statuer

sur celles-ci afin de garantir le respect effectif de la Convention (*Bourdov*, précité, § 128, et *Olaru*, précité, § 52).

### C. Appréciation de la Cour

#### 1. Indication de mesures spécifiques aux fins de la mise en œuvre du présent arrêt

110. La Cour rappelle que dans l'arrêt de Grande Chambre qu'elle a rendu en 2005 (arrêt *Hirst* précité), elle a conclu que force était de considérer que la restriction générale, automatique et indifférenciée au droit de voter imposée par l'article 3 de la loi de 1983 outrepassait une marge d'appréciation acceptable, aussi large fût-elle. Elle souligne que le constat de violation de l'article 3 du Protocole n° 1 en l'espèce découle directement du manquement des autorités à prendre des mesures pour assurer le respect de l'arrêt *Hirst* (paragraphe 78-79 ci-dessus).

111. L'une des implications fondamentales de l'application de la procédure d'arrêt pilote est que l'appréciation que fait alors la Cour de la situation litigieuse s'étend nécessairement au-delà des seuls intérêts du requérant dont il s'agit et commande d'examiner aussi la cause sous l'angle des mesures générales qui doivent être prises dans l'intérêt des autres personnes potentiellement concernées (*Broniowski* (règlement amiable), précité, § 36, et *Hutten-Czapska* (règlement amiable), précité, § 33). Comme la Cour l'a déjà dit, la situation actuelle a donné lieu à l'introduction après l'arrêt de Grande Chambre de nombreuses requêtes fondées. A ce stade, environ 2 500 requêtes ont été introduites pour des griefs analogues, dont quelque 1 500 ont été enregistrées et sont en attente d'une décision. Ce chiffre continue d'augmenter, et chaque nouvelle élection organisée sans que la législation ait été modifiée est potentiellement source d'un grand nombre de nouvelles affaires: selon les statistiques communiquées par [la commission mixte aux droits de l'homme], l'Etat défendeur compte en permanence quelque 70 000 détenus (...), soit autant de requérants potentiels. Le manquement du Gouvernement à avancer des propositions de loi visant à mettre un terme à l'incompatibilité actuelle du droit électoral avec l'article 3 du Protocole n° 1 n'est pas seulement un facteur aggravant en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat au regard de la Convention pour une situation actuelle ou passée, il constitue aussi une menace pour l'efficacité future du mécanisme de la Convention (*Broniowski*, précité, § 193).

112. La Cour rappelle que, dans l'arrêt *Hirst* précité, la Grande Chambre a constaté une violation du droit de voter mais laissé à l'Etat défendeur la liberté de décider de quelle manière précisément assurer le respect des

droits garantis par la Convention. En vertu de l'article 46 § 2, l'exécution de l'arrêt *Hirst* fait actuellement l'objet du contrôle du Comité des Ministres, qui examine régulièrement l'évolution de la situation au niveau interne et s'efforce d'obtenir un règlement rapide du problème (paragraphe 44-47 ci-dessus). Le Gouvernement ne conteste pas que des mesures générales doivent être prises au niveau national pour assurer la bonne exécution de l'arrêt *Hirst*. Il est clair également qu'il est nécessaire de modifier la loi pour rendre le droit électoral compatible avec les exigences de la Convention (voir, notamment, les paragraphes 42-43 ci-dessus). Compte tenu du temps déjà écoulé et des conséquences en termes de requêtes répétitives, la Cour, comme le Comité des Ministres, souhaite que l'on parvienne à remédier au problème le plus rapidement et le plus efficacement possible, dans le respect des garanties de la Convention. La question se pose donc de savoir s'il est opportun aujourd'hui qu'elle apporte au gouvernement défendeur des conseils sur les mesures à prendre aux fins d'une bonne exécution de l'arrêt.

113. La Cour observe que, dans l'arrêt *Frodl* (précité, § 32), elle a dit, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, que toute décision relative à la privation du droit de vote devait être prise par un juge et qu'il devait y avoir un lien entre l'infraction commise et les questions relatives aux élections et aux institutions démocratiques. Pour ces motifs, elle a conclu dans cette affaire à la violation de l'article 3 du Protocole n° 1. Elle rappelle cependant que, dans l'arrêt *Hirst* précité, la Grande Chambre n'a pas souhaité préciser quelles étaient les mesures que le Royaume-Uni devait prendre pour rendre son régime électoral compatible avec l'article 3 du Protocole n° 1, bien que le Gouvernement ait soutenu dans cette affaire que de telles précisions étaient nécessaires (*Hirst*, § 52). Comme la Grande Chambre l'a souligné dans l'arrêt *Hirst*, il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe, notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque Etat contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie (*ibidem*, § 61). La Cour rappelle que son rôle dans ce domaine est subsidiaire : les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux et, dès lors, lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles des divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 97, CEDH 2003-VIII, et *Soukhovetski c. Ukraine*, n° 13716/02, §§ 68-69, CEDH 2006-VI).

114. Comme la *Registration Appeal Court* et comme le juge Burton à la *High Court*, la Cour considère que le gouvernement de l'Etat défendeur

dispose dans le contexte actuel d'une large palette de solutions politiques. A cet égard, elle observe qu'il a procédé à des consultations sur la modification législative envisagée et qu'il travaille activement à des projets de propositions (paragraphe 42-44 et 47 ci-dessus). Soulignant l'ample marge d'appréciation dont jouissent les Etats dans ce domaine (*Hirst*, précité § 61), elle estime qu'il appartient d'abord au Gouvernement de décider, après avoir mené les consultations appropriées, de la manière qu'il estimera la plus appropriée pour respecter l'article 3 du Protocole n° 1 lorsqu'il formulera ses propositions de loi. Ces propositions seront examinées le moment venu par le Comité des Ministres dans le cadre du contrôle de l'exécution de l'arrêt *Hirst*. Par ailleurs, il reviendra peut-être à la Cour, ultérieurement, dans l'exercice de son rôle de contrôle et dans le contexte d'une éventuelle nouvelle requête introduite en vertu de l'article 34, d'apprécier la compatibilité du nouveau régime avec les exigences de la Convention.

115. Cela étant, si elle n'estime pas opportun de préciser quelle devrait être la teneur des futures propositions de loi, la Cour considère que la longueur du délai écoulé a démontré la nécessité de fixer un calendrier pour l'introduction de propositions de modification de la loi électorale. Elle conclut donc que l'Etat défendeur doit présenter des propositions de modification de l'article 3 de la loi de 1983 et, le cas échéant, de l'article 8 de la loi de 2002, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle le présent arrêt sera devenu définitif, en vue de la promulgation d'une loi électorale respectant l'arrêt *Hirst* dans un délai qui sera déterminé par le Comité des Ministres.

## 2. *Affaires analogues*

116. Compte tenu des conclusions exposées dans le présent arrêt et dans l'arrêt *Hirst* précité, il est clair que toute affaire analogue pendante devant la Cour et satisfaisant aux critères de recevabilité aboutira à un constat de violation de l'article 3 du Protocole n° 1. Il est donc regrettable que le Gouvernement n'ait pas agi plus rapidement de manière à redresser la situation avant les élections européennes de 2009 et les élections législatives de 2010. De plus, s'il est à espérer qu'une nouvelle loi sera promulguée aussi rapidement que possible, il est loin d'être évident qu'une solution adéquate aura été mise en place avant les élections qui doivent se tenir en Ecosse en mai 2011, et la conséquence probable de ce délai serait une vague de nouvelles requêtes introduites devant la Cour par des détenus qui ne pourraient alors pas voter à ces élections bien qu'ils en aient le droit.

117. La Cour a déjà souligné la nature duelle de la procédure d'arrêt pilote: d'une part, elle a pour but d'aider les Etats défendeurs à remédier à une défaillance précise découlant d'un problème général ou systémique,

d'autre part, elle vise à assurer le traitement efficace des affaires de suivi (paragraphes 107-108 ci-dessus). La question est donc de savoir comment traiter les nombreuses requêtes déjà introduites devant la Cour et celles qui seront éventuellement introduites avant que le droit électoral ne soit modifié.

118. La Cour observe que les circonstances de la présente affaire diffèrent de celles de précédentes affaires pilotes. Par le passé, la procédure d'arrêt pilote a généralement été employée pour constater une violation de la Convention et exiger de l'Etat défendeur que, le plus souvent dans un délai donné, il mette en place une procédure appropriée ou apporte une réparation adéquate à tous les individus concernés. Dans l'intervalle, le traitement de toutes les requêtes pendantes devant la Cour concernant les mêmes griefs était suspendu (voir, par exemple, l'approche de la Cour dans les arrêts *Broniowski*, précité, § 198, *Bourdov*, précité, § 146, et *Olaru*, précité, § 61). Or ces affaires concernaient des griefs liés à des biens ou à l'inexécution de décisions de justice internes. Dans ces conditions, l'avantage qu'il y avait à exiger des autorités internes qu'elles mettent en place une procédure donnée ou qu'elles apportent une réparation précise dans toutes les affaires pendantes était clair. En l'espèce, en revanche, la violation est de nature totalement différente. Il n'est pas nécessaire d'examiner les cas un par un pour déterminer la réparation appropriée. De plus, aucune indemnisation financière n'est envisageable : la solution que peut apporter la Cour est de nature déclarative. La seule chose à faire est de modifier la législation, ce qui apportera sans aucun doute une satisfaction à ceux qui sont ou pourraient être visés par l'interdiction générale, mais ne peut redresser les violations passées de la Convention au niveau individuel.

119. La Cour rappelle les termes de l'article 37 § 1 de la Convention, qui, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

« 1. A tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure

(...)

c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête.

Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige. »

120. Compte tenu des considérations exposées ci-dessus (paragraphes 116-118) et du délai de six mois qu'elle impartit au Gouvernement dans le présent arrêt pour avancer des propositions de loi, la Cour est d'avis qu'il ne se justifie plus de poursuivre l'examen des requêtes dénonçant une violation de l'article 3 du Protocole n° 1 en raison de l'interdiction générale

de voter imposée aux détenus condamnés. Ces requêtes se distinguent de celles où une mesure individuelle pourrait être nécessaire à l'exécution d'un arrêt sur l'affaire, telles par exemple que les requêtes dénonçant l'inexécution d'une décision de justice interne ou la durée d'une procédure nationale, dans lesquelles il s'impose généralement d'octroyer une compensation financière. La Cour souligne qu'elle a clairement dit, tant dans le présent arrêt que dans l'arrêt *Hirst* précité, que la situation actuelle a emporté et continue d'emporter violation de l'article 3 du Protocole n° 1 à l'égard de chaque détenu placé dans l'impossibilité de voter à une élection du seul fait de sa condition de détenu. Elle a par ailleurs décidé de ne pas octroyer de somme pour dommage moral relativement à cette violation. La somme octroyée en l'espèce ne couvre que les frais et dépens liés à la procédure devant elle et reflète le fait que de longues observations écrites ont été soumises. A la lumière de ce qui précède, elle ne considérerait probablement pas, dans de futures affaires de suivi, que des frais de justice d'un tel montant aient été nécessairement et raisonnablement engagés et, partant, elle n'octroierait probablement aucune somme au titre de l'article 41. Eu égard à son approche de la satisfaction équitable exposée ci-dessus, elle considère qu'une modification du droit électoral aux fins de respecter l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Hirst* constituerait également une exécution du présent arrêt et de tout arrêt pouvant être rendu après celui-ci dans des affaires analogues actuellement pendantes devant elle. Dans ces conditions, elle estime qu'elle s'est acquittée de l'obligation que lui fait l'article 19 de la Convention « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la (...) Convention et de ses Protocoles » et qu'il n'y a rien à gagner à répéter les mêmes conclusions dans une longue série d'arrêts sur des affaires semblables, ce qui ne servirait pas mieux la justice mais pèserait lourdement sur les ressources de la Cour et accroîtrait encore le nombre déjà considérable d'affaires en souffrance. Une telle démarche ne contribuerait notamment pas de manière utile ou sensée au renforcement de la protection des droits de l'homme dans le système de la Convention.

121. En conclusion, la Cour juge qu'il y a lieu, dans l'attente de l'exécution par l'Etat défendeur du point 6 a) du dispositif du présent arrêt, de lever l'examen des requêtes enregistrées avant la date dudit arrêt et soulevant des griefs similaires à ceux de l'affaire *Hirst*. Si cette exécution intervient, elle envisagera de rayer ces requêtes du rôle en vertu de l'article 37 § 1 c) de la Convention, sans préjudice de son pouvoir de décider, en vertu de l'article 37 § 2, de les y réinscrire si l'Etat défendeur manquait à modifier le droit électoral pour se conformer à l'arrêt *Hirst* conformément au point 6 b) du dispositif du présent arrêt.

122. De même, la Cour estime opportun de suspendre l'examen des requêtes non encore enregistrées à la date du présent arrêt ainsi que des futures requêtes soulevant des griefs analogues, sans préjudice de toute décision d'en reprendre le traitement si l'Etat défendeur ne respectait pas complètement les termes du point 6 a) du dispositif du présent arrêt ou si d'autres circonstances le justifiaient.

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

(...)

3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 du Protocole n° 1 ;

(...)

5. *Dit* que la violation constatée ci-dessus trouve son origine dans le manquement de l'Etat défendeur à exécuter l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Hirst*;

6. *Dit* que l'Etat défendeur doit :

a) présenter, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle le présent arrêt sera devenu définitif, des propositions de loi visant à modifier la loi de 1983 et, le cas échéant, la loi de 2002 de manière à en rendre les dispositions conformes à la Convention ;

b) promulguer les nouvelles dispositions dans un délai qui sera déterminé par le Comité des Ministres ;

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 23 novembre 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early  
Greffier

Lech Garlicki  
Président





TAXQUET c. BELGIQUE  
*(Requête n° 926/05)*

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 16 NOVEMBRE 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>**Absence de garanties procédurales suffisantes pour permettre à un accusé de comprendre le verdict de culpabilité rendu par un jury populaire en cour d'assises****Article 6 § 1**

*Procès équitable – Procès pénal – Absence de garanties procédurales suffisantes pour permettre à un accusé de comprendre le verdict de culpabilité rendu par un jury populaire en cour d'assises – Absence d'informations suffisantes dans l'acte d'accusation et les questions posées au jury quant à l'implication de l'accusé dans la commission des infractions lui étant reprochées – Impossibilité d'interjeter appel contre un arrêt de cour d'assises*

\*

\* \*

En 2003 et 2004, le requérant comparut avec sept coaccusés devant la cour d'assises pour être jugé des chefs d'assassinat d'un ministre d'Etat et de tentative d'assassinat de la compagne de ce dernier. Pour rendre son verdict, le jury populaire eut à répondre à trente-deux questions, dont quatre concernaient le requérant. Les jurés ayant rendu un verdict de culpabilité à son égard, l'intéressé fut condamné à vingt ans d'emprisonnement. Il fut débouté de son pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'assises.

Devant la Cour, le requérant se plaint notamment du défaut de motivation de l'arrêt de la cour d'assises.

Article 6 § 1 : plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe possèdent un système de procès avec jury populaire dans le cadre duquel les magistrats professionnels ne peuvent pas participer aux délibérations des jurés sur le verdict. Ce système, qui procède de la volonté légitime d'associer les citoyens à l'action de la justice, notamment à l'égard des actions les plus graves, ne saurait ici être remis en cause. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'absence de motivation d'un verdict rendu par un jury populaire n'emporte pas en soi violation de l'article 6. Il n'en demeure pas moins que, pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, des garanties suffisantes doivent permettre à l'accusé et au public de comprendre le verdict rendu. Ces garanties peuvent consister par exemple à fournir aux jurés des instructions ou éclaircissements sur les problèmes juridiques posés ou les éléments de preuve produits, à leur soumettre des questions précises et non équivoques

---

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

qui donneront une trame au verdict, ou à compenser l'absence de motivation des réponses du jury. Or, en l'espèce, ni l'acte d'accusation ni les questions posées au jury ne comportaient des informations suffisantes quant à l'implication du requérant dans la commission des infractions qui lui étaient reprochées. L'acte d'accusation désignait chacun des crimes dont le requérant était accusé mais ne montrait pas quels étaient les éléments qui, pour l'accusation, pouvaient être retenus contre lui. Quant aux questions soumises par le président de la cour d'assises au jury, elles étaient laconiques et identiques pour tous les accusés. Même combinées avec l'acte d'accusation, elles ne permettaient pas au requérant de savoir quels éléments et circonstances avaient conduit les jurés à rendre à son égard un verdict de culpabilité. L'intéressé n'a pas été en mesure de comprendre, notamment, quel rôle précis le jury lui attribuait par rapport à ses coaccusés, pourquoi la qualification d'assassinat avait été retenue plutôt que celle de meurtre, et pourquoi la circonstance aggravante de préméditation avait été retenue à son encontre s'agissant de la tentative de meurtre de la compagne du ministre d'Etat. Cette déficience est d'autant plus problématique que l'affaire était complexe sur les plans juridique et factuel, et que le procès a duré plus de deux mois et impliqué de nombreuses auditions. Enfin, le système national ne prévoit pas la possibilité d'interjeter appel contre un arrêt de cour d'assises. Quant au pourvoi en cassation, il ne porte que sur des points de droit et, dès lors, ne peut éclairer adéquatement une personne sur les raisons de sa condamnation. Partant, le requérant n'a pas bénéficié de garanties suffisantes pour lui permettre de comprendre le verdict de condamnation prononcé contre lui, et la procédure a revêtu un caractère inéquitable.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41: la Cour alloue au requérant des indemnités au titre du préjudice moral et de frais et dépens.

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

*R. c. Belgique*, n° 15957/90, décision de la Commission du 30 mars 1992, Décisions et rapports 72

*Edwards c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1992, série A n° 247-B

*Hadjianastassiou c. Grèce*, 16 décembre 1992, série A n° 252

*Stanford c. Royaume-Uni*, 23 février 1994, série A n° 282-A

*Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, série A n° 288

*Zarouali c. Belgique*, n° 20664/92, décision de la Commission du 29 juin 1994, Décisions et rapports 78-A

*Ruiz Torija c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n° 303-A

*Planka c. Autriche*, n° 25852/94, décision de la Commission du 15 mai 1996, non publiée

*Saric c. Danemark* (déc.), n° 31913/96, 2 février 1999

*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII

*Papon c. France* (n° 2) (déc.), n° 54210/00, CEDH 2001-XII

*N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, CEDH 2002-X  
*Suominen c. Finlande*, n° 37801/97, 1<sup>er</sup> juillet 2003  
*Bellerín Lagares c. Espagne* (déc.), n° 31548/02, 4 novembre 2003  
*Goktepe c. Belgique*, n° 50372/99, 2 juin 2005  
*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X  
*Achour c. France* [GC], n° 67335/01, CEDH 2006-IV  
*Boldea c. Roumanie*, n° 19997/02, 15 février 2007  
*Tatichvili c. Russie*, n° 1509/02, CEDH 2007-I  
*Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, CEDH 2008



**En l'affaire Taxquet c. Belgique,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Christos Rozakis,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Boštjan M. Zupančič,  
Nina Vajić,  
Anatoly Kovler,  
Elisabet Fura,  
Sverre Erik Jebens,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Päivi Hirvelä,  
Luis López Guerra,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Nona Tsotsoria,  
Zdravka Kalaydjieva, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 21 octobre 2009, 26 mai et 6 octobre 2010,

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

**PROCÉDURE**

1. Al'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 926/05) dirigée contre le Royaume de Belgique et dont un ressortissant de cet Etat, M. Richard Taxquet («le requérant»), a saisi la Cour le 14 décembre 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant est représenté par M<sup>es</sup> L. Misson et J. Pierre, avocats à Liège. Le gouvernement belge («le Gouvernement») est représenté par MM. M. Tysebaert, conseiller général au service public fédéral de la Justice, et A. Hoefmans, agents.

3. Le requérant alléguait en particulier une violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention à raison du défaut de motivation de l'arrêt de la cour d'assises et de l'impossibilité d'interroger ou faire interroger un témoin anonyme.

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement), composée de Ireneu Cabral Barreto, Françoise Tulkens, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó et Işıl Karakaş, juges, et de Sally Dollé, greffière de section. Le 13 janvier 2009, la chambre a rendu un arrêt dans lequel elle concluait, à l'unanimité, que les griefs tirés de l'article 6 §§ 1 et 3 d) étaient recevables et qu'il y avait eu violation de ces dispositions.

5. Le 5 juin 2009, à la suite d'une demande du Gouvernement en date du 8 avril 2009, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire à la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention.

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

7. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites. Des observations ont également été reçues des gouvernements britannique, irlandais et français, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 21 octobre 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. A. Hoefmans,

M<sup>e</sup> K. Lemmens,

*agent,*

*conseil;*

– *pour le requérant*

M<sup>es</sup> L. Misson,

J. Pierre,

M. R. Taxquet,

*conseils,*

*requérant.*

La Cour a entendu en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à ses questions M<sup>es</sup> L. Misson, J. Pierre et K. Lemmens.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est né en 1957 et réside à Angleur.

10. Le 17 octobre 2003, il comparut avec sept autres accusés devant la cour d'assises de Liège afin d'être jugé du chef d'assassinat d'un ministre d'Etat, A.C., et de tentative d'assassinat de la compagne de ce dernier,



M.H.J. Selon les termes mêmes de l'acte d'accusation, il leur était reproché d'avoir à Liège le 18 juillet 1991 :

« comme auteurs ou coauteurs,

soit exécuté ou coopéré directement à l'exécution des crimes,

soit, par un fait quelconque, prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, les crimes n'eussent pu être commis,

soit par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, directement provoqué aux crimes,

soit par des discours tenus dans des réunions ou dans des lieux publics ou des écrits, des imprimés, des images ou emblèmes quelconques qui ont été affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public, directement provoqué à commettre les crimes,

1. volontairement, avec intention de donner la mort, commis un homicide sur la personne de [A.C.], avec la circonstance que le meurtre a été commis avec préméditation, crime qualifié d'assassinat par la loi ;

2. tenté de, volontairement, avec l'intention de donner la mort et avec préméditation, commettre un homicide sur la personne de [M-H.J.], la résolution de commettre le crime ayant été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté des auteurs ; crime qualifié tentative d'assassinat par la loi. »

11. Un seul des accusés déposa un acte de défense. Quant au requérant, il prétend qu'il lui était impossible de le faire, faute de connaître les éléments à charge retenus contre lui.

12. L'acte d'accusation du 12 août 2003 relatait notamment que durant le mois de juin 1996 une personne, qualifiée par le requérant de témoin anonyme, avait transmis certains renseignements aux enquêteurs. Le procès-verbal du 3 septembre 1996 faisait état de la volonté de cet informateur de conserver l'anonymat par crainte pour sa sécurité « eu égard à l'importance de ses informations et au déchaînement médiatique qui a toujours entouré l'affaire [A.C.] ». Cette personne ne fut jamais entendue par le juge d'instruction. Elle avait donné aux enquêteurs des informations recueillies à l'occasion de confidences émanant d'une personne dont elle refusait de dévoiler l'identité. Au cours des débats devant la cour d'assises, les enquêteurs furent interrogés à l'initiative de plusieurs accusés quant à l'identité de cet informateur. Ils précisèrent que leur informateur n'était pas l'un des accusés et qu'il n'avait pas été lui-même témoin des faits reprochés. Selon les informations fournies, présentées sous forme de quinze points, l'assassinat de A.C. aurait été organisé par six personnes, dont le requérant,

ainsi qu'un autre personnage politique important. Le passage incriminant le requérant indiquait ce qui suit :

« V. der B. et Taxquet auraient insisté particulièrement sur l'urgence d'abattre [A.C.] avant les vacances 91 parce qu'il promettait de faire des révélations importantes à la rentrée. »

13. De nombreux incidents ayant émaillé le procès, la cour d'assises prononça treize arrêts interlocutoires :

i. arrêt du 17 octobre 2003 constatant l'absence de certains accusés et prononçant le défaut à leur encontre ;

ii. arrêt du 20 octobre 2003 sur la nullité alléguée d'une confrontation ;

ii. arrêt du 27 octobre 2003 concernant l'audition des témoins hors la présence d'un coaccusé ;

iv. arrêt du 3 novembre 2003 concernant l'audition à huis clos d'un témoin ;

v. arrêt du 6 novembre 2003 rabattant le défaut prononcé à l'encontre d'un coaccusé ;

vi. arrêt du 13 novembre 2003 refusant le huis clos suite à la demande formulée par le ministère public ;

vii. arrêt du 19 novembre 2003 sur l'audition à huis clos de certains témoins ;

viii. arrêt du 18 décembre 2003 sur l'audition de certains témoins à la demande d'un coaccusé ;

ix. arrêt du 18 décembre 2003 sur la diffusion de cassettes d'enregistrement d'une confrontation ;

x. arrêt du 18 décembre 2003 sur l'audition des témoins défaillants et des témoins à réentendre à la demande des parties civiles ;

xi. arrêt du 18 décembre 2003 sur l'audition ou la réaudition du témoin anonyme sollicitée par un coaccusé ;

xii. arrêt du 18 décembre 2003 sur les conclusions du requérant quant à l'audition des témoins défaillants et des témoins à réentendre ;

xiii. arrêt du 18 décembre 2003 sur l'audition ou la réaudition du témoin anonyme sollicitée par le requérant.

14. Dans ce dernier arrêt, concernant la demande d'audition ou de réaudition par un juge d'instruction de la personne ayant fourni, sous le couvert de l'anonymat, des renseignements consignés par deux sous-officiers de gendarmerie, la cour d'assises jugea ainsi :

« Attendu que ces renseignements obtenus sous couvert de l'anonymat par les membres de services de police sont dépourvus en tant que tels de toute valeur probante ; qu'ils ont ainsi, en l'espèce, simplement constitué des informations susceptibles de redynamiser ou réorienter l'enquête et de collecter des preuves régulières de manière autonome ;

Qu'entendus à l'audience en qualité de témoins, [les deux sous-officiers de gendarmerie] ont précisé que leur informateur n'était pas un des accusés et qu'il n'avait pas lui-même constaté l'un ou l'autre des faits qu'il décrit; qu'il se borne à relater des renseignements qu'il dit avoir recueillis sur la base de confidences qu'il aurait reçues d'une personne dont il refuse de dévoiler l'identité;

Qu'ils ont également souligné que certains renseignements fournis par leur informateur, notamment ceux relatifs à d'autres personnalités politiques évoquées par la défense de Richard Taxquet en termes de conclusion (...), n'avaient pu être corroborés par des éléments de preuve, nonobstant leurs recherches;

(...)

Attendu que, pour des enquêteurs, le procédé qui consiste à consigner dans un procès-verbal les renseignements qui leur ont été donnés par un informateur anonyme n'est, en soi, constitutif d'aucune atteinte aux droits de défense des personnes citées par ledit informateur; qu'il s'agit uniquement, à ce stade, de faire apparaître, en vue de leur exploitation et leur vérification, des éléments susceptibles d'intéresser l'enquête et de contribuer à l'éclaircissement des faits; qu'isolés de toute donnée objective qui viendrait, le cas échéant, les confirmer, ces éléments ne constituent pas une preuve des faits imputés aux personnes dont l'identité est mentionnée par l'informateur;

(...)

Attendu qu'enfin (...) il ne peut être question d'une réaudition dans la mesure où il ne ressort pas du dossier et des débats que [la personne qualifiée de témoin anonyme] a été entendue sous la foi du serment par un juge d'instruction;

Qu'en ce qui concerne la demande d'audition de celle-ci, d'une part, la cour ignore son identité et, d'autre part, quelles que soient les considérations émises par les juridictions d'instruction à cet égard, elle n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité et retarderait inutilement les débats sans espérer plus de certitude dans les résultats.»

15. Le jury était appelé à répondre à trente-deux questions soumises par le président de la cour d'assises. Quatre d'entre elles concernaient le requérant; elles étaient libellées comme suit:

**« Question n° 25 – FAIT PRINCIPAL**

TAXQUET Richard, accusé ici présent, est-il coupable,

comme auteur ou coauteur de l'infraction,

- soit pour avoir exécuté l'infraction ou avoir coopéré directement à son exécution,
- soit pour avoir, par un fait quelconque, prêté pour son exécution une aide telle que sans son assistance l'infraction n'eût pu être commise,
- soit pour avoir par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machination ou artifices coupables, directement provoqué à l'infraction,

– soit pour avoir soit par des discours tenus dans des réunions ou des lieux publics, soit par des écrits, des imprimés, des images ou des emblèmes quelconques affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public directement provoqué à commettre l’infraction,

d’avoir à Liège, le 18 juillet 1991, volontairement, avec l’intention de donner la mort, commis un homicide sur la personne de [A.C.] ?

**Question n° 26 – CIRCONSTANCE AGGRAVANTE**

L’homicide volontaire avec l’intention de donner la mort repris à la question précédente a-t-il été commis avec préméditation ?

**Question n° 27 – FAIT PRINCIPAL**

TAXQUET Richard, accusé ici présent, est-il coupable, comme auteur ou coauteur de l’infraction,

- soit pour avoir exécuté l’infraction ou avoir coopéré directement à son exécution,
- soit pour avoir, par un fait quelconque, prêté pour son exécution une aide telle que sans son assistance l’infraction n’eût pu être commise,
- soit pour avoir par dons, promesses, menaces, abus d’autorité et de pouvoir, machinations ou artifices coupables, directement provoqué à l’infraction,
- soit pour avoir soit par des discours tenus dans des réunions ou des lieux publics, soit par des écrits, des imprimés, des images ou des emblèmes quelconques affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public directement provoqué à commettre l’infraction,

d’avoir à Liège, le 18 juillet 1991, volontairement, avec l’intention de donner la mort, tenté de commettre un homicide sur la personne de [M.-H.J.], la résolution de commettre le crime ayant été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d’exécution de ce crime et qui n’ont été suspendus ou n’ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l’auteur ?

**Question n° 28 – CIRCONSTANCE AGGRAVANTE**

La tentative d’homicide volontaire avec l’intention de donner la mort reprise à la question précédente a-t-elle été commise avec préméditation ?

16. Le jury répondit « oui » à ces quatre questions.

17. Le 7 janvier 2004, la cour d’assises condamna le requérant à une peine d’emprisonnement de vingt ans.

18. Le requérant se pourvut en cassation contre l’arrêt de condamnation de la cour d’assises du 7 janvier 2004 et tous les arrêts interlocutoires prononcés par celle-ci.

19. Par un arrêt du 16 juin 2004, la Cour de cassation rejeta le pourvoi. Elle jugea notamment que :

– la comparution tardive d'un coaccusé n'était pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense des demandeurs car ils avaient pu librement contredire tant les déclarations faites par cet accusé au cours de l'instruction préparatoire et rapportées à l'audience par les personnes qui les avaient reçues que les déclarations faites directement par l'accusé devant le jury;

– la cour d'assises avait à bon droit ordonné l'audition à huis clos des deux témoins par crainte que ceux-ci ne puissent s'exprimer librement si l'audience était publique, ce qui nuirait à une bonne administration de la justice;

– en refusant comme étant de nature à retarder inutilement les débats la projection du film de la confrontation entre certains accusés et des inculpés tunisiens, la cour d'assises n'avait pas méconnu le principe du respect des droits de la défense et de l'oralité des débats car ce refus s'appuyait sur la circonstance que les protagonistes de la confrontation, ayant comparu à l'audience, avaient pu être directement confrontés aux accusés;

– en ordonnant de poursuivre la procédure au motif que l'audition de certains témoins absents (et régulièrement appelés aux débats) n'était pas nécessaire à la manifestation de la vérité et en énonçant qu'une nouvelle comparution de certains autres témoins «tendrait à prolonger inutilement les débats sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats», la cour d'assises n'avait pas violé l'article 6 de la Convention et le principe de l'oralité des débats;

– la présomption d'innocence concernant avant tout l'attitude du juge appelé à connaître d'une accusation en matière pénale, les propos d'un enquêteur et les reportages de la presse, fussent-ils erronés, malveillants ou d'origine délictueuse, ne pouvaient à eux seuls entacher le jugement de la cause d'une violation de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention;

– de l'inexpérience prêtée à des jurés, de la rapidité de leur délibération, ou de l'absence de motivation de leur verdict, il ne pouvait se déduire l'inaptitude du jury à statuer de manière impartiale dans une cause dont la presse s'était emparée;

– le mode de désignation des jurés et le fait que ceux-ci formaient leur déclaration sur la culpabilité sans en délibérer avec la cour ne signifiait pas que la cour d'assises n'était pas un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, ni que la présomption d'innocence de l'accusé n'y pût être légalement renversée;

– ni l'article 6 ni l'article 13 de la Convention ne garantissaient le droit à un double degré de juridiction;

– les articles 6 §§ 1 et 3 b) de la Convention et 14 § 3 b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que l'article 149 de la Constitution, même lu en combinaison avec ces dispositions

conventionnelles, n'imposaient au jury aucune obligation de motiver ses réponses ;

– le moyen tiré de l'article 6 § 3 b) de la Convention (impossibilité de communiquer librement avec son avocat par suite de son incarcération à la veille de l'ouverture des débats) était irrecevable car il n'apparaissait pas des pièces du dossier que le requérant eût conclu devant la cour d'assises à la violation du droit de disposer des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

– les articles 10 et 11 de la Constitution, 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 14 de la Convention n'imposaient ni la motivation de la déclaration de culpabilité, ni le double degré de juridiction, ni la comparution devant des juridictions composées exclusivement de magistrats permanents ; la souveraineté du jury populaire, au demeurant limité par les articles 351, 352, 364 et 364 *bis* du code d'instruction criminelle (CIC), ne créait pas entre les accusés et les prévenus une inégalité de traitement arbitraire, contraire à l'article 14 de la Convention.

20. Quant au moyen selon lequel la condamnation des demandeurs reposerait, de manière déterminante ou adventice, sur les déclarations d'un informateur anonyme, la Cour de cassation précisa :

« Attendu qu'en tant qu'ils critiquent la considération d'après laquelle la cour d'assises ignorait l'identité de la personne dont l'audition fut demandée de sorte qu'elle ne pouvait la prescrire, les moyens, dirigés contre un motif surabondant, sont dénués d'intérêt ;

Qu'à cet égard, ils sont irrecevables ;

Attendu que, pour le surplus, la présence au dossier répressif d'un procès-verbal consignait des renseignements dont la source n'est pas identifiée n'oblige pas la juridiction de jugement, à peine de nullité ou d'irrecevabilité des poursuites, à faire identifier et entendre l'informateur selon la procédure prévue aux articles 189 *bis* et 315 *bis* du code d'instruction criminelle ; que ces dispositions laissent, en effet, au juge du fond la faculté de désigner un juge d'instruction à cette fin si ce devoir apparaît utile à la manifestation de la vérité ;

Que les arrêts considèrent, par une appréciation de fait qu'il n'est pas au pouvoir de la Cour de censurer, que l'audition sollicitée retarderait inutilement les débats sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats ;

Que les arrêts constatent également que les renseignements obtenus sous couvert de l'anonymat ne s'identifiaient pas aux éléments de preuve recueillis de manière régulière et autonome contre les accusés ;

Qu'il ne résulte pas de la réponse donnée par la cour d'assises aux conclusions des demandeurs que les juges du fond leur auraient contesté le droit de réfuter les éléments produits aux débats ;

Qu'à cet égard, les moyens ne peuvent être accueillis ;

Attendu que, pour le surplus, l'article 6 § 3 d) de la Convention (...) n'est pas méconnu du seul fait que le juge du fond a estimé ne pas devoir ou ne pas pouvoir ordonner une audition contradictoire de l'informateur anonyme dont les révélations ont permis d'orienter utilement les recherches ;

Qu'à cet égard, les moyens manquent en droit. »

21. Dans l'émission « Questions à la Une » de la Radio-Télévision Belge Francophone, diffusée au début 2006, l'un des coaccusés du requérant, S.N., déclara avoir été l'informateur anonyme. Il dit avoir agi comme « intermédiaire » pour le compte d'un autre coaccusé, D.C., dont il aurait relayé les accusations. Au cours de l'émission, l'identité du témoin anonyme fut confirmée par celui qui était ministre de la Justice à l'époque des faits. S.N. indiqua avoir perçu de l'Etat belge, à titre de « commission d'intermédiaire », la somme de 3 000 000 francs belges (74 368,06 euros). Quant à D.C., il aurait perçu 5 000 000 francs belges (123 946,76 euros).

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. L'institution du jury et la cour d'assises

22. Après la Révolution française de 1789, le jury apparaît dans la Constitution française de 1791 et dans le code d'instruction criminelle de 1808. La Belgique faisait à l'époque partie du territoire français. Lorsqu'elle fut séparée de la France et rattachée à la Hollande, le jury fut supprimé, mais les cours d'assises continuèrent d'exister. Lors de l'accession de la Belgique à l'indépendance, l'institution du jury fut inscrite dans la Constitution du 7 février 1831, dont l'article 98 disposait : « Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour délits politiques et de la presse. » Le constituant avait vu dans cette institution la pierre de touche de l'authenticité de toute revendication démocratique. Le jury était pour lui avant tout une affirmation politique de la liberté conquise par le peuple, le symbole de la souveraineté populaire. Il fut mis en place par le décret du 19 juillet 1831 : tout d'abord sous la forme d'un jury capacitaire (sur la base de la fonction exercée) puis, en 1869, censitaire (sur la base de la fortune). Par une loi du 21 décembre 1930, une nouvelle réforme aboutit à une composition plus démocratique et représentative de toutes les classes sociales : c'est le jury populaire, composé de douze jurés, tel qu'il existe encore aujourd'hui.

### B. La Constitution

23. La Constitution coordonnée du 17 février 1994 dispose en son article 150 que « le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les

délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie» (texte résultant de la modification du 7 mai 1999).

24. Elle énonce par ailleurs en son article 149: «Tout jugement est motivé; il est prononcé en audience publique.»

### **C. La procédure devant la cour d'assises**

#### *1. Les garanties prévues par le code d'instruction criminelle (tel qu'il était en vigueur au moment des faits)*

25. La procédure devant la cour d'assises en Belgique prévoit un certain nombre de garanties, en particulier quant aux droits de la défense des accusés.

26. L'article 241 du code d'instruction criminelle (CIC) oblige le procureur général à rédiger un acte d'accusation indiquant la nature du délit qui forme la base de l'accusation, ainsi que toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou diminuer la peine. Conformément à l'article 313 du CIC, le procureur général doit lire l'acte d'accusation, et l'accusé ou son conseil l'acte de défense. L'article 337 indique que les questions à poser au jury doivent résulter de l'acte d'accusation (lui-même devant être conforme à l'arrêt de renvoi – article 271 du CIC) et respecter certaines formes, les questions complexes ou portant sur des points de droit étant par exemple interdites.

27. A l'issue des débats, des questions sont posées au jury afin de caractériser les circonstances de fait de la cause et les particularités susceptibles d'établir, avec exactitude, les faits incriminés. Le président de la cour d'assises dispose du pouvoir de poser au jury des questions sur toutes les circonstances modificatives des faits qui ont servi de base à la mise en accusation, dès lors que ces circonstances ont été discutées au cours des débats. La question principale porte sur les éléments constitutifs de l'infraction, chaque chef d'accusation devant faire l'objet d'une question séparée. Des questions distinctes portant sur d'autres éléments, tels que des circonstances aggravantes ou l'existence de causes de justification ou d'excuse, peuvent également être posées. Le ministère public et l'accusé peuvent contester les questions posées et ont la faculté de demander au président de poser au jury une ou plusieurs questions subsidiaires. En cas de contestation sur les questions, la cour d'assises doit statuer par un arrêt motivé.

28. L'article 341 prévoit que le président, après avoir posé les questions auxquelles le jury doit répondre, les remet aux jurés en même temps que



l'acte d'accusation, les procès-verbaux qui constatent le crime et les pièces du procès autres que les déclarations écrites des témoins.

29. Selon l'article 342, les questions étant posées et remises aux jurés, ceux-ci se rendent dans leur chambre pour y délibérer. Leur chef est le premier juré sorti par le sort, ou celui qui est désigné par eux et du consentement de ce dernier. Avant de commencer la délibération, le chef des jurés leur fait lecture de l'instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre :

«La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: «Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins»; elle ne leur dit pas non plus: «Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve, qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices»; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: «Avez-vous une intime conviction?»»

30. L'article 343 autorise les jurés à sortir de leur chambre seulement après avoir formé leur déclaration.

31. Enfin, l'article 352 prévoit que si les juges sont unanimement convaincus que les jurés, tout en observant les formes, se sont trompés au fond, la cour doit déclarer qu'il est sursis au jugement et renvoyer l'affaire à la session suivante pour être soumise à un nouveau jury, dont ne pourra faire partie aucun des premiers jurés. Selon les informations fournies par le Gouvernement, cette faculté n'a toutefois été utilisée qu'à trois reprises.

## 2. *La jurisprudence de la Cour de cassation*

32. L'arrêt de la chambre du 13 janvier 2009 a eu des répercussions en Belgique sur le plan jurisprudentiel.

33. Par un arrêt n° 2505 (P.09.0547.F) du 10 juin 2009, la Cour de cassation a jugé ainsi :

«Sur le moyen pris, d'office, de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

Aux termes d'un arrêt du 13 janvier 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme [dans l'affaire *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05], le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention implique, en ce qui concerne la cour d'assises, que la décision rendue sur l'accusation mette en avant les considérations qui ont convaincu le jury de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et indique les raisons concrètes pour lesquelles il a été répondu positivement ou négativement à chacune des questions.

En raison de l'autorité de la chose interprétée qui s'attache actuellement à cet arrêt et de la primauté, sur le droit interne, de la règle de droit international issue d'un traité ratifié par la Belgique, la Cour est contrainte de rejeter l'application des articles 342 et 348 du code d'instruction criminelle en tant qu'ils consacrent la règle, aujourd'hui condamnée par la Cour européenne, suivant laquelle la déclaration du jury n'est pas motivée.

Il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard et, notamment, de l'acte d'accusation, que le demandeur, poursuivi du chef de meurtre comme auteur ou coauteur, a donné au cours de l'instruction préparatoire, au sujet des faits qui lui étaient reprochés, des explications infirmées par un témoin dont l'identité a été tenue secrète par application des articles 86 *bis* et 86 *ter* du code d'instruction criminelle.

Par voie de conclusions déposées à l'audience de la cour d'assises du 18 février 2009, le demandeur a sollicité que le verdict soit motivé pour qu'il comprenne, en cas de condamnation, les raisons ayant déterminé le jury à le trouver coupable, et afin que la Cour de cassation puisse en contrôler la légalité.

En ce qui concerne l'accusation de meurtre dirigée contre le demandeur, le jury a été saisi d'une question principale relative à sa participation à un homicide commis avec intention de donner la mort, d'une question complémentaire relative à l'excuse légale de provocation, et de deux questions subsidiaires portant sur la qualification visée à l'article 401 du code pénal. Le jury a répondu affirmativement à la première question et négativement à la seconde, laissant les questions suivantes sans réponse.

L'arrêt attaqué condamne le demandeur à une peine de réclusion de dix-huit ans du chef de meurtre, sur la base du verdict formulé par réponse uniquement affirmative et négative aux questions posées dans les termes de la loi. L'arrêt énonce qu'il n'y a pas lieu de motiver autrement la déclaration de culpabilité au motif que la précision de ces questions permet de compenser adéquatement le caractère laconique de la sentence.

Mais la seule affirmation que le demandeur est coupable de meurtre et qu'il n'y a pas lieu de l'en excuser ne révèle pas les raisons concrètes pour lesquelles la qualification contestée par le demandeur a été jugée établie, et ne permet pas à la Cour de vérifier notamment si la condamnation est fondée dans une mesure déterminante sur le témoignage anonyme recueilli à charge de l'accusé ou si elle prend appui sur d'autres modes de preuve qui le corroborent conformément à l'article 341, alinéa 3, du code d'instruction criminelle.

Conforme à la loi belge qui ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus, la décision est contraire à l'article 6 de la Convention dans l'interprétation suivant laquelle le droit au procès équitable implique une motivation du verdict.»

34. D'autres arrêts ont été rendus dans le même sens par la suite.

### 3. *La réforme législative*

35. En Belgique, dès avant l'arrêt *Taxquet* rendu par la chambre, une proposition de loi du 25 septembre 2008 qui tendait notamment à

permettre au président de la cour d'assises d'être présent aux délibérations du jury afin de pouvoir assister les jurés avait été examinée par le Sénat. La version proposée de l'article 350 du CIC indiquait que la cour d'assises devait donner les motifs de sa décision sur la culpabilité mais n'était pas tenue de répondre aux conclusions.

36. Une loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises, publiée au *Moniteur belge* le 11 janvier 2010 et entrée en vigueur le 21 janvier 2010, prévoit l'obligation pour cette juridiction de formuler les principales raisons de son verdict. Désormais, les articles pertinents du CIC se lisent ainsi :

**Article 327**

« Les questions étant posées et remises aux jurés, ils se rendent dans la chambre des délibérations pour y délibérer.

Leur chef est le premier juré sorti par le sort, ou celui qui sera désigné par eux et du consentement de ce dernier.

Avant de commencer la délibération, le ou la chef des jurés leur fait lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations : « La loi prévoit qu'une condamnation ne peut être prononcée que s'il ressort des éléments de preuve admis que l'accusé est coupable au-delà de tout doute raisonnable des faits qui lui sont incriminés. » »

**Article 328**

« Les jurés ne peuvent sortir de la chambre des délibérations qu'après avoir formé leur déclaration.

Nul ne peut entrer pendant la délibération pour quelque cause que ce soit, sans une autorisation écrite du président. Celui-ci ne doit y pénétrer que s'il est appelé par le chef du jury, notamment pour répondre à des questions de droit, et accompagné de ses assesseurs, de l'accusé et de son défenseur, de la partie civile et de son conseil, du ministère public et du greffier. Mention de l'incident est faite au procès-verbal.

(...) »

**Article 334**

« La cour et les jurés se retirent ensuite immédiatement dans la chambre des délibérations.

Sans avoir à répondre à l'ensemble des conclusions déposées, ils formulent les principales raisons de leur décision.

La décision est signée par le président, le ou la chef du jury et le greffier. »

## **D. Les dispositions du code pénal**

37. Les articles pertinents du code pénal se lisent ainsi :

### Article 51

« Il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. »

### Article 66

« Seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit :

Ceux qui l'auront exécuté ou qui auront coopéré directement à son exécution ;

Ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis ;

Ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit ;

Ceux qui, soit par des discours tenus dans des réunions ou dans des lieux publics, soit par des écrits, des imprimés, des images ou emblèmes quelconques, qui auront été affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public, auront provoqué directement à le commettre, sans préjudice des peines portées par la loi contre les auteurs de provocations à des crimes ou à des délits, même dans le cas où ces provocations n'ont pas été suivies d'effet. »

### Article 67

« Seront punis comme complices d'un crime ou d'un délit :

Ceux qui auront donné des instructions pour le commettre ;

Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui a servi au crime ou au délit, sachant qu'ils devaient y servir ;

Ceux qui, hors le cas prévu par le § 3 de l'article 66, auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, ou dans ceux qui l'ont consommé. »

### Article 393

« L'homicide commis avec intention de donner la mort est qualifié meurtre. Il sera puni (de la réclusion de vingt ans à trente ans). »

### Article 394

« Le meurtre commis avec préméditation est qualifié assassinat. Il sera puni (de la réclusion à perpétuité). »

## **E. La loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 modifiant le code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale**

38. La loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 (publiée au *Moniteur belge* le 9 mai 2007 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2007) permet aux condamnés de solliciter

la réouverture de leur procès à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constatant une violation de la Convention.

39. L'article 442 *bis* du CIC énonce :

« S'il a été établi par un arrêt définitif de la Cour européenne des droits de l'homme que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou des protocoles additionnels, ci-après « la Convention européenne », ont été violés, il peut être demandé la réouverture, en ce qui concerne la seule action publique, de la procédure qui a conduit à la condamnation du requérant dans l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme ou à la condamnation d'une autre personne pour le même fait et fondée sur les mêmes moyens de preuve. »

40. L'article 442 *ter* du même code dispose :

« Le droit de demander la réouverture de la procédure appartient :

1° au condamné ;

2° si le condamné est décédé, si son interdiction a été prononcée ou s'il se trouve en état d'absence déclarée, à son conjoint, à la personne avec qui il cohabite légalement, à ses descendants, à ses frères et sœurs ;

3° au procureur général près la Cour de cassation, d'office ou à la demande du ministre de la Justice. »

41. L'article 442 *quinqüies* du même code dispose :

« Lorsqu'il ressort de l'examen de la demande soit que la décision attaquée est contraire sur le fond à la Convention européenne, soit que la violation constatée est la conséquence d'erreurs ou de défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux existe quant au résultat de la procédure attaquée, la Cour de cassation ordonne la réouverture de la procédure pour autant que la partie condamnée ou les ayants droit prévus à l'article 442 *ter*, 2°, continuent à souffrir des conséquences négatives très graves que seule une réouverture peut réparer. »

42. A la suite de l'arrêt *Da Luz Domingues Ferreira c. Belgique* de la Cour (n° 50049/99, 24 mai 2007), la Cour de cassation, par un arrêt du 9 avril 2008, a ordonné la réouverture de la procédure et a retiré son arrêt rendu le 6 janvier 1999 (*Journal des tribunaux*, 2008, p. 403).

### III. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

43. Les formes que prend la justice non professionnelle dans les Etats membres du Conseil de l'Europe sont à l'évidence très diverses. Il existe des variantes dues aux particularités culturelles et historiques, même entre les pays ayant opté pour le procès avec jury « traditionnel », lequel se caractérise par le fait que les magistrats professionnels ne peuvent pas participer aux délibérations des jurés sur le verdict.

44. Les Etats membres peuvent être répartis en trois catégories : les Etats dans lesquels il n'existe pas de procédure avec jury ni aucune forme de justice

non professionnelle en matière pénale; ceux qui se sont dotés, en matière pénale, de juridictions échevinales composées de juges non professionnels siégeant et délibérant aux côtés de magistrats de carrière; et ceux qui ont opté pour le modèle du jury « traditionnel » en matière pénale.

45. Parmi les exemples examinés, quatorze Etats membres du Conseil de l'Europe ignorent l'institution du jury ou toute autre forme de justice non professionnelle en matière pénale, ou l'ont supprimée. Il s'agit de l'Albanie, d'Andorre, de l'Arménie, de l'Azerbaïdjan, de la Bosnie-Herzégovine, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, du Luxembourg, de la Moldova, des Pays-Bas, de la Roumanie, de Saint-Marin et de la Turquie. Dans ces Etats, les juridictions répressives se composent exclusivement de juges professionnels.

46. Les Etats membres pratiquant l'échevinage sont l'Allemagne, la Bulgarie, la Croatie, le Danemark, l'Estonie, l'« ex-République yougoslave de Macédoine », la Grèce, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Italie, l'Islande, le Liechtenstein, Monaco, le Monténégro, la Norvège (dans la plupart des cas), la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède et l'Ukraine. L'échevinage, qui peut aussi coexister avec le jury traditionnel, se caractérise par le fait que les magistrats professionnels, d'une part, et les jurés, d'autre part, statuent ensemble sur toutes les questions de droit et de fait, sur la culpabilité et sur la détermination de la peine.

47. Les dix Etats membres du Conseil de l'Europe ayant opté pour le jury traditionnel sont l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Fédération de Russie, la Géorgie, l'Irlande, Malte, la Norvège (seulement dans des affaires importantes en appel), le Royaume-Uni (Angleterre, pays de Galles, Ecosse et Irlande du Nord) et, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2011, la Suisse (canton de Genève).

48. Sous sa forme traditionnelle, la procédure avec jury fait intervenir une formation d'un certain nombre de jurés siégeant avec un ou plusieurs magistrats professionnels. Le nombre de jurés appelés à siéger varie selon les pays et l'objet du procès. Le collège des juges professionnels se compose d'un nombre de magistrats variable selon les pays. A Malte, au Royaume-Uni, en Irlande, en Espagne, en Russie et en Suisse, la cour et le jury sont présidés par un juge unique. En Autriche, en Belgique et en Norvège, la cour comprend trois magistrats professionnels et le jury. Les magistrats professionnels ne peuvent participer aux délibérations des jurés sur la culpabilité. Cette question relève de la compétence exclusive du jury.

49. Dans certains pays, les jurés se voient remettre une liste écrite de questions précises avant qu'ils ne se retirent pour délibérer sur les faits de la cause. Sept Etats – l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, l'Irlande, la Norvège, la Russie et la Suisse – suivent cette pratique.

50. En Irlande, en Angleterre et au pays de Galles, le juge résume l'affaire à l'intention du jury à l'issue de l'administration des preuves. Il rappelle à son attention les éléments de preuve produits devant lui et les témoignages entendus. Ce faisant, il peut lui donner des indications sur la ligne de conduite qu'il convient d'adopter à l'égard de certaines preuves ou de certaines dépositions. Il fournit également aux jurés des indications et des explications sur les règles de droit applicables. A ce titre, il leur précise les éléments constitutifs de l'infraction et leur expose les étapes du raisonnement qu'il y a lieu de suivre pour aboutir à un verdict qui repose sur les faits établis par le jury.

51. En Norvège, le juge donne des instructions aux jurés sur toutes les questions juridiques soulevées et leur explique les règles qu'ils doivent suivre lorsqu'ils se retirent pour parvenir à un verdict. A la fin du procès, il résume également les preuves à l'intention du jury ou attire son attention sur celles qui revêtent de l'importance.

52. En Autriche, les jurés rendent leur verdict sur la base d'un questionnaire détaillé où figurent les principaux éléments des chefs d'accusation et dont les questions sont formulées de telle manière qu'elles appellent une réponse par « oui » ou par « non ».

53. En principe, les jurés délibèrent en chambre du conseil, hors la présence du (des) magistrat(s) présidant la juridiction. Le secret des délibérations du jury est même un principe bien établi dans bon nombre de pays.

54. En Belgique, un magistrat de carrière peut être invité à se présenter dans la salle des délibérations pour apporter des éclaircissements aux jurés sur une question bien précise, sans pour autant pouvoir s'exprimer ou voter sur la culpabilité. En Norvège, le jury peut faire intervenir le magistrat qui préside, mais si le jury estime avoir besoin de précisions supplémentaires sur les questions auxquelles il doit répondre, sur les principes juridiques applicables ou sur la procédure à suivre, il doit retourner dans la salle d'audience afin que la question puisse être soulevée en présence des parties.

55. Dans le canton de Genève, le président de la juridiction prend part aux délibérations du jury pour lui apporter son concours, mais il ne peut donner son avis sur la question de la culpabilité. Un greffier y assiste également pour prendre note des décisions prises et des motifs retenus.

56. La non-motivation des verdicts rendus par les jurys traditionnels semble être la règle générale. Elle s'applique dans tous les pays, à l'exception de l'Espagne et de la Suisse (canton de Genève).

57. Les verdicts rendus en Espagne sont divisés en cinq parties distinctes. La première énumère les faits considérés comme établis, la deuxième les faits

considérés comme non établis, la troisième renferme la déclaration du jury sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, la quatrième comporte une motivation succincte du verdict où sont exposés les éléments de preuve sur lesquels celui-ci est fondé ainsi que les raisons pour lesquelles tel ou tel fait est considéré comme prouvé ou non démontré. Une cinquième partie contient le relevé des incidents intervenus durant la délibération, en évitant toute identification susceptible de violer le secret des délibérations.

58. Jusqu'en 1991, les autorités du canton de Genève estimaient qu'il suffisait aux jurés de répondre par oui ou par non aux questions précises qui leur étaient posées pour satisfaire à l'exigence de motivation du verdict. Toutefois, par un arrêt du 17 décembre 1991, le Tribunal fédéral a jugé ces réponses insuffisantes et a imposé aux jurés de ce canton l'obligation de motiver leurs verdicts à l'avenir. En 1992, les articles 298 et 308 du code de procédure pénale genevois ont été modifiés pour obliger le jury à motiver ses choix chaque fois qu'il l'estime nécessaire à la compréhension de son verdict ou de sa décision. L'article 327 du code de procédure pénale impose au jury d'indiquer « les motifs quant aux principaux moyens de preuve retenus et écartés et les motifs en droit du verdict du jury et de la décision de la cour et du jury relative à la peine ou au prononcé d'une mesure ».

59. Dans les Etats ayant opté pour le jury traditionnel, les verdicts des jurys sont susceptibles d'appel en Géorgie, en Irlande, à Malte, en Espagne, au Royaume-Uni et en Suède et insusceptibles d'appel en Autriche, en Belgique, en Norvège, en Russie et en Suisse (canton de Genève). En Autriche, les condamnés peuvent interjeter appel de la peine seulement devant une cour d'appel; ils peuvent par ailleurs exercer un recours en nullité devant la Cour suprême.

60. En Belgique, depuis les faits de la cause, une loi du 21 décembre 2009, entrée en vigueur le 21 janvier 2010 (paragraphe 36 ci-dessus), a modifié la procédure devant la cour d'assises en prévoyant notamment l'obligation pour cette juridiction de formuler les principales raisons du verdict rendu par le jury, ce afin d'en expliquer le sens.

## EN DROIT

### I. SUR L'OBJET DU LITIGE DEVANT LA GRANDE CHAMBRE

61. Dans ses observations devant la Grande Chambre, le requérant reprend tous les griefs soulevés par lui dans sa requête à la Cour. Or, dans son arrêt du 13 janvier 2009, la chambre a déclaré recevables les griefs tirés



de l'absence de motivation de l'arrêt de la cour d'assises (article 6 § 1) et de la non-audition du témoin anonyme (article 6 § 3 d)) et irrecevables les autres griefs. Aussi la Grande Chambre n'examinera-t-elle que les griefs déclarés recevables par la chambre, car « l'affaire » renvoyée devant la Grande Chambre est la requête telle qu'elle a été déclarée recevable par la chambre (voir, parmi d'autres, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, §§ 140-141, CEDH 2001-VII).

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

62. Le requérant soutient que son droit à un procès équitable a été méconnu, en raison du fait que l'arrêt de condamnation de la cour d'assises était fondé sur un verdict de culpabilité non motivé, qui ne pouvait faire l'objet d'un recours devant un organe de pleine juridiction. Il allègue la violation de l'article 6 § 1, dont la partie pertinente se lit ainsi :

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

### A. L'arrêt de la chambre

63. Dans son arrêt du 13 janvier 2009, la chambre a conclu à une violation du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Elle a considéré que la formulation des questions posées au jury ne permettait pas de connaître les motifs pour lesquels il avait été répondu positivement à chacune d'elles, alors que le requérant niait toute implication personnelle dans les faits reprochés. Elle a estimé que des réponses laconiques à des questions formulées de manière vague et générale avaient pu donner au requérant l'impression d'une justice arbitraire et peu transparente. Faute d'un résumé des principales raisons pour lesquelles la cour d'assises s'était déclarée convaincue de la culpabilité du requérant, celui-ci n'était pas à même de comprendre – et donc d'accepter – la décision de la juridiction. La chambre a indiqué que, d'une manière générale, le jury ne tranchant pas sur la base du dossier, mais sur la base de ce qu'il a entendu à l'audience, il était essentiel, dans un souci d'expliquer le verdict non seulement à l'accusé, mais aussi à l'opinion publique, de mettre en avant les considérations ayant convaincu le jury de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et d'indiquer les raisons concrètes pour lesquelles il a été répondu positivement ou négativement à chacune des questions.

## B. Les thèses des parties

### 1. *Le requérant*

64. Le requérant souligne que l'arrêt de condamnation était fondé sur un verdict de culpabilité qui n'était pas motivé et ne pouvait faire l'objet d'aucun recours. L'affaire étant d'une extrême complexité tant factuelle que juridique, il était difficile selon lui pour douze jurés n'ayant aucune qualification juridique appropriée de pouvoir évaluer en toute légalité le bien-fondé de l'accusation portée contre lui. L'absence de motivation du verdict de culpabilité empêcherait toute possibilité d'un contrôle juridique pertinent des raisons retenues par le jury pour asseoir sa conviction. Le seul fait que l'article 364 *bis* du CIC prévoit que tout arrêt de condamnation doit faire mention des motifs ayant conduit à la détermination de la peine infligée ne suffirait pas à satisfaire à l'obligation de motivation imposée par l'article 6 de la Convention.

65. Se référant aux affaires *Ruiz Torija c. Espagne* (9 décembre 1994, série A n° 303-A) et *Papon c. France* ((déc.), n° 54210/00, CEDH 2001-XII), le requérant relève qu'une obligation de motivation existe dans la jurisprudence de la Cour, même si celle-ci y a apporté quelques tempéraments. Toutefois, il considère que son cas ne peut pas être comparé à celui de Maurice Papon, où une réelle motivation pouvait selon lui être déduite des 768 réponses émanant du jury. Ces réponses auraient permis de cerner les motifs pour lesquels la cour d'assises française avait conclu à la culpabilité de l'intéressé et lui avait infligé une peine. En l'espèce, en revanche, les questions posées dans le cadre du procès n'auraient aucunement abordé le fond de l'affaire ; très peu nombreuses – quatre sur trente-deux auraient visé le requérant –, elles auraient porté seulement sur la question de savoir s'il était coupable d'assassinat ou de tentative d'assassinat et n'auraient reçu comme réponse qu'un simple « oui » sans aucune autre précision.

66. Selon le requérant, trois arguments de logique juridique plaident en faveur de l'obligation de motiver les arrêts de cours d'assises. Les deux premiers sont fondés sur l'article 6 § 1 de la Convention. Tout d'abord, la jurisprudence reconnaît que la motivation des décisions judiciaires fait partie des garanties d'un procès équitable. Il serait illogique que le niveau d'exigence en la matière soit moins élevé pour les procédures qui aboutissent aux sanctions pénales les plus lourdes. Ensuite, l'article 6 § 1 consacrerait avec force le caractère public de la justice. Le troisième argument se fonde sur l'article 6 § 3 a), qui reconnaît le droit pour tout accusé d'être informé de manière détaillée de la cause et de la nature des accusations portées contre lui. Le requérant considère que ce droit devrait également s'étendre à la

cause de la condamnation. La problématique de l'erreur judiciaire plaiderait aussi en faveur de la motivation. Le fait de contraindre une juridiction à motiver une décision lui imposerait d'exprimer un raisonnement cohérent et rationnel expurgé de toute considération émotionnelle et subjective. Enfin, la motivation permettrait un contrôle par les juridictions d'appel et de cassation, qui n'aurait pas du tout la même portée lorsque la décision sur la culpabilité n'est pas motivée.

## 2. *Le Gouvernement*

67. Le Gouvernement souligne d'emblée que les ordres juridiques européens sont caractérisés par une très grande diversité : certains ne connaîtraient pas ou plus la justice populaire, d'autres la connaîtraient, mais son fonctionnement, et notamment le rôle accordé au jury ainsi que sa manière de fonctionner, différencieraient d'un Etat à un autre. Par ailleurs, la Cour ne serait pas une troisième ou une quatrième instance de juridiction. Il ne lui appartiendrait pas de se prononcer *in abstracto* ni d'uniformiser les différents systèmes juridiques, mais de vérifier si les procédures en vigueur respectent les exigences de l'article 6 de la Convention.

68. En Belgique, la légitimité des cours d'assises serait assurée par l'institution du jury. Les jurés représenteraient le peuple dont ils émanent, et ils seraient donc eux-mêmes revêtus d'une légitimité institutionnelle. La composition du jury serait la première garantie contre une justice arbitraire.

69. L'absence d'une motivation explicite ne signifierait pas que le verdict sur la culpabilité n'est pas l'aboutissement d'un raisonnement que les personnes concernées seraient en mesure de suivre et de reconstruire. D'ailleurs, la Cour n'aurait jamais considéré qu'il y eût un problème *in abstracto* au regard de l'article 6 de la Convention quant à l'absence de motivation des décisions des cours d'assises. Elle aurait certes estimé, dans l'arrêt *Goktepe c. Belgique* (n° 50372/99, 2 juin 2005), qu'il fallait poser des questions individualisées relatives aux circonstances aggravantes, mais elle n'aurait pas mis en cause le fonctionnement de cette juridiction ni l'absence de motivation des arrêts des jurys d'assises en droit belge.

70. La procédure telle qu'elle se déroule devant les assises en Belgique garantirait que chaque accusé puisse obtenir un arrêt motivé sur la légalité et la régularité des preuves, qu'il puisse savoir à suffisance quels éléments de preuve ont été déterminants et, le cas échéant, quels éléments de défense le jury a retenus lors de la formation de son verdict. En l'espèce, les questions formulées après les débats par le président de la cour d'assises de Liège concernant la culpabilité du requérant auraient été suffisamment précises pour servir adéquatement de fondement à l'arrêt. Les éléments constitutifs des infractions et les faits incriminés auraient été clairement indiqués, de

même que les circonstances aggravantes. Le requérant aurait disposé de l'acte d'accusation et il aurait eu la faculté d'assister aux longs débats pendant lesquels les éléments de preuve ont été débattus. Ce serait donc en vain qu'il allègue ne pas connaître les motifs de sa condamnation. Le seul fait que le jury se prononce sur la base de son intime conviction n'emporterait pas violation de la Convention.

### 3. *Les tiers intervenants*

#### a) **Le gouvernement britannique**

71. Selon le gouvernement britannique, il ressort de la jurisprudence de la Cour, et notamment de la décision dans l'affaire *Saric c. Danemark* ((déc.), n° 31913/96, 2 février 1999), qu'un procès en cour d'assises ne peut pas être considéré comme contraire à la Convention. Il n'y aurait pas d'obligation absolue pour une juridiction de donner des motifs dans toute décision judiciaire, et l'approche de la Cour serait suffisamment flexible pour prendre en compte les particularités du système de procès avec jury.

72. Le droit de l'accusé à un procès équitable ne devrait certes jamais être compromis, mais cette exigence pourrait être atteinte de différentes manières dans les systèmes juridiques pénaux des États contractants. Ceux-ci devraient se voir reconnaître une marge d'appréciation quant à la façon d'organiser leurs procédures judiciaires pour qu'elles garantissent le droit à un procès équitable. Les questions posées aux jurés et les réponses à ces questions devraient être évaluées non pas isolément, mais dans le cadre de l'ensemble de la procédure, en prenant en considération les garanties procédurales et les possibilités de voies de recours.

73. Il s'agirait surtout de savoir si, au vu de l'ensemble de la procédure, le condamné peut passer pour avoir été informé du chef d'accusation porté contre lui, de la substance de l'infraction censée avoir été commise par lui et du fondement de sa condamnation.

74. Le gouvernement britannique souligne que dans le système britannique du procès avec jury, à l'issue de l'administration des preuves, le juge résume l'affaire à l'intention des jurés et rappelle à leur attention les éléments de preuve produits devant eux et les témoignages entendus. Ce faisant, il peut leur donner des indications sur la ligne de conduite, voire la circonspection, qu'il convient d'adopter à l'égard de certains d'entre eux. Il leur fournit également des indications et des explications sur les règles de droit applicables. A ce titre, il leur précise les éléments constitutifs de l'infraction et leur expose la chaîne de raisonnement qu'il y a lieu de suivre pour aboutir à un verdict qui repose sur les faits établis par le jury. L'accusation et la

défense peuvent présenter des observations sur la conclusion à laquelle le jury devrait, selon eux, parvenir.

75. Le jury délibère à huis clos. S'il a besoin d'explications complémentaires ou de clarifications sur un point quelconque, il peut adresser au juge une note indiquant la ou les questions qu'il souhaiterait lui poser. Le juge la montre aux représentants de l'accusation et de la défense en l'absence du jury et les invite à lui faire part de leurs observations au sujet de la réponse à y apporter, libre au juge de fournir ou non ensuite au jury, en audience publique, le complément d'information demandé.

#### **b) Le gouvernement irlandais**

76. Selon le gouvernement irlandais, le système du procès avec jury, considéré comme la pierre angulaire du système de justice pénale du pays, est plébiscité en Irlande, non seulement par les accusés, mais aussi par les défenseurs des droits de l'homme. Personne ne se serait jamais plaint de ce que le système manquerait de transparence, ou qu'il porterait atteinte ou mettrait obstacle aux droits de l'accusé. Ce système inspirerait confiance au peuple irlandais qui, notamment pour des raisons historiques, y serait très attaché.

77. Le gouvernement irlandais souligne qu'en droit irlandais ce sont les instructions que le juge donne au jury qui forment la trame du verdict prononcé par celui-ci. Le juge donne des instructions aux jurés sur toutes les questions juridiques soulevées et leur explique les règles qu'ils doivent suivre, lorsqu'ils se retirent, pour parvenir à un verdict. A la fin du procès, il résume également les preuves à l'intention du jury ou attire son attention sur celles qui ont de l'importance. Il instruit le jury sur le fait que les preuves doivent établir à suffisance la culpabilité de l'accusé, sur le caractère circonstanciel ou direct d'une preuve et sur la portée de celles qui ont été produites. Il est loisible à l'avocat de l'accusé de demander au juge de préciser les instructions qu'il a données au jury si, d'une manière ou d'autre, il les juge inadaptées, insuffisantes ou confuses. Si le jury a besoin d'explications supplémentaires ou de précisions sur un point quelconque, il peut faire appel au juge, qui prendra les mesures nécessaires.

78. Le gouvernement irlandais se demande comment un système de procès qui a fonctionné pendant des siècles et bien avant la Convention peut maintenant être considéré comme étant contraire à l'article 6 § 1. Il considère que la chambre n'a pas suffisamment tenu compte dans son arrêt du procès d'assises dans son ensemble et de l'existence de garanties en Belgique et dans d'autres Etats. Elle aurait dû selon lui examiner si des modifications d'autres règles de procédure ou d'établissement de preuves pouvaient contribuer à faciliter la compréhension de la décision.

Dans l'arrêt *Gregory c. Royaume-Uni* (25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I), la Cour aurait reconnu que le secret des délibérations du jury constituait une caractéristique cruciale et légitime du droit processuel anglais et qu'il servait à renforcer le rôle d'arbitre ultime des faits dévolu au jury, ainsi qu'à garantir des délibérations ouvertes et franches entre les jurés sur la base des preuves présentées devant eux.

79. Le gouvernement irlandais souligne que le secret des délibérations du jury est étroitement lié à l'absence de motivation des verdicts. Imposer l'indication de motifs dans les décisions des jurys modifierait la nature et l'essence même du système d'assises tel qu'il existe en Irlande.

**c) Le gouvernement français**

80. Selon le gouvernement français, le droit positif ne connaît pas, et n'a jamais connu depuis l'institution des juridictions criminelles comprenant des jurés populaires, la motivation des décisions d'assises. Les spécificités de la procédure d'assises résideraient dans trois principes essentiels: l'oralité, la continuité des débats et l'intime conviction. Ces caractéristiques, qui découleraient directement de la participation de citoyens à l'acte de juger, se seraient toujours opposées, en droit français, à la motivation des arrêts de cours d'assises. Le principe de l'absence de motivation serait posé sans ambiguïté par l'article 353 du code de procédure pénale, où il serait mis en relation avec celui de l'intime conviction, qui y serait explicité: ce ne seraient pas des normes ou des règles de droit qui devraient dicter la décision des jurés, mais l'examen en leur « conscience » et leur « raison » des éléments du débat contradictoire auquel ils ont assisté. Pour la Cour de cassation française, la seule « motivation » légalement admissible d'un arrêt d'assises serait constituée par les réponses aux questions posées et par les seuls mots « oui » ou « non ». Des propositions d'assouplissement du principe de l'absence de motivation auraient été formulées, mais le législateur français ne les aurait jamais suivies.

81. L'existence au sein du Conseil de l'Europe d'un ou plusieurs pays ayant opté pour la motivation des décisions rendues par des jurés ne constituerait pas un argument de nature à justifier un revirement de jurisprudence de la Cour et à fonder un constat de violation de la Convention en l'espèce. L'extrême diversité des systèmes juridiques s'agissant du recours à des juges non professionnels pour participer au jugement de certaines infractions exclurait une appréciation générale sur une question telle que la motivation des décisions. Le seul fait qu'une réforme soit adoptée dans un pays ne signifierait pas que, dans ce pays, cette réforme fasse l'unanimité. De plus, une solution adoptée par un système ne serait pas nécessairement transposable dans un autre.

82. La Cour ne devrait pas étendre sa compétence à une harmonisation du droit interne des Etats parties, sous peine de désorganiser les systèmes juridiques, de porter atteinte à l'autorité de ses arrêts comme au jeu normal de la démocratie dans les Etats membres. Le risque serait grand que des revirements de jurisprudence décrédibilisent non seulement les arrêts de la Cour, mais également la notion même de droits de l'homme. Il appartiendrait à la Cour de vérifier que l'évolution des législations nationales est conforme à la Convention, mais ce ne serait qu'avec une infinie prudence et un grand sens de la mesure que la Cour devrait se substituer au jeu démocratique pour modifier des systèmes juridiques inscrits dans l'histoire et la culture des Etats, surtout après avoir entériné la conformité de ces systèmes à la Convention. Le revirement de jurisprudence opéré par la deuxième section de la Cour aurait perturbé le fonctionnement normal non seulement des tribunaux belges, mais aussi des tribunaux français. Le risque d'aboutir à une nécessité de reprendre les procédures d'assises qui se déroulent actuellement, avec les importantes conséquences organisationnelles et surtout humaines que cela implique, ne serait pas à exclure.

### **C. L'appréciation de la Cour**

#### *1. Principes généraux*

83. La Cour note que plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe connaissent l'institution du jury populaire, laquelle procède de la volonté légitime d'associer les citoyens à l'action de justice, notamment à l'égard des infractions les plus graves. Selon les Etats, et en fonction de l'histoire, des traditions et de la culture juridique de chacun d'eux, le jury se présente sous des formes variées qui diffèrent entre elles quant au nombre, à la qualification et au mode de désignation des jurés, ainsi que par l'existence ou non de voies de recours contre les décisions rendues (paragraphe 43-60 cidessus). Il s'agit là d'une illustration parmi d'autres de la variété des systèmes juridiques existants en Europe, qu'il n'appartient pas à la Cour d'uniformiser. En effet, le choix par un Etat de tel ou tel système pénal échappe en principe au contrôle européen exercé par la Cour, pour autant que le système retenu ne méconnaisse pas les principes de la Convention (*Achour c. France* [GC], n° 67335/01, § 51, CEDH 2006-IV). De plus, dans des affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation litigieuse. Elle doit au contraire se limiter autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas dont elle est saisie (voir, parmi beaucoup d'autres, *N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, § 56, CEDH 2002-X).

84. Il ne saurait donc être question ici de remettre en cause l'institution du jury populaire. En effet, les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l'article 6. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la voie suivie a conduit, dans un litige déterminé, à des résultats compatibles avec la Convention, eu égard également aux circonstances spécifiques de l'affaire, à sa nature et à sa complexité. Bref, elle doit examiner si la procédure a revêtu, dans son ensemble, un caractère équitable (*Edwards c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1992, § 34, série A n° 247-B; *Stanford c. Royaume-Uni*, 23 février 1994, § 24, série A n° 282-A).

85. La Cour rappelle qu'elle a déjà eu à connaître de requêtes concernant la procédure devant les cours d'assises. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Belgique* (n° 15957/90, décision de la Commission du 30 mars 1992, Décisions et rapports (DR) 72), la Commission européenne des droits de l'homme avait constaté que si la déclaration de culpabilité par le jury ne comportait aucune motivation, le président de la cour d'assises avait du moins préalablement posé au jury des questions concernant les circonstances de fait de la cause, que l'accusé avait pu contester. La Commission avait vu dans ces questions précises, dont certaines avaient pu être posées à la demande de la défense ou de l'accusation, une trame sous-tendant la décision critiquée et une compensation adéquate du caractère laconique des réponses du jury. La Commission avait rejeté la requête pour défaut manifeste de fondement. Elle avait adopté une approche similaire dans les affaires *Zarouali c. Belgique* (n° 20664/92, décision de la Commission du 29 juin 1994, DR 78-A) et *Planka c. Autriche* (n° 25852/94, décision de la Commission du 15 mai 1996, non publiée).

86. Dans l'affaire *Papon* (décision précitée), la Cour a relevé que le ministère public et l'accusé s'étaient vu offrir la possibilité de contester les questions posées et de demander au président de poser au jury une ou plusieurs questions subsidiaires. Après avoir constaté que le jury avait répondu aux 768 questions posées par le président de la cour d'assises, elle a estimé que celles-ci formaient une trame apte à servir de fondement à la décision et que leur précision compensait adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury. La Cour a rejeté comme manifestement mal fondé le grief tiré de l'absence de motivation de l'arrêt de la cour d'assises.

87. Dans l'affaire *Bellerín Lagares c. Espagne* ((déc.), n° 31548/02, 4 novembre 2003), la Cour a constaté que le jugement critiqué – auquel était joint le procès-verbal des délibérations du jury – contenait l'énoncé des faits déclarés prouvés qui avaient conduit le jury à conclure à la culpabilité du requérant ainsi que l'analyse juridique de ces faits et, s'agissant de la



détermination de la peine, une référence aux circonstances modificatives de la responsabilité du requérant applicables au cas d'espèce. Elle a estimé dès lors que le jugement en question était suffisamment motivé aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention.

88. Dans l'affaire *Goktepe* précitée (§ 28), la Cour a conclu à une violation de l'article 6 à raison du refus de la cour d'assises de poser des questions individualisées sur l'existence de circonstances aggravantes, privant ainsi le jury de la possibilité de déterminer individuellement la responsabilité pénale du requérant. De l'avis de la Cour, le fait qu'une juridiction n'ait pas égard à des arguments portant sur un point essentiel et porteur de conséquences aussi sévères devait passer pour incompatible avec le respect du contradictoire qui est au cœur de la notion de procès équitable. Pareille conclusion s'imposait particulièrement dans le cas d'espèce, compte tenu du fait que les jurés ne pouvaient pas motiver leur conviction (*ibidem*, § 29).

89. Dans l'affaire *Saric* précitée, la Cour a jugé que l'absence de motivation d'un arrêt, qui résultait de ce que la culpabilité d'un requérant avait été déterminée par un jury populaire, n'était pas, en soi, contraire à la Convention.

90. Il ressort de la jurisprudence précitée que la Convention ne requiert pas que les jurés donnent les raisons de leur décision et que l'article 6 ne s'oppose pas à ce qu'un accusé soit jugé par un jury populaire même dans le cas où son verdict n'est pas motivé. Il n'en demeure pas moins que pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public, et au premier chef l'accusé, doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire. Or, comme la Cour l'a déjà souvent souligné, la prééminence du droit et la lutte contre l'arbitraire sont des principes qui sous-tendent la Convention (parmi d'autres, voir, *mutatis mutandis*, *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 116, CEDH 2005-X). Dans le domaine de la justice, ces principes servent à asseoir la confiance de l'opinion publique dans une justice objective et transparente, l'un des fondements de toute société démocratique (voir *Suominen c. Finlande*, n° 37801/97, § 37, 1<sup>er</sup> juillet 2003, et *Tatichvili c. Russie*, n° 1509/02, § 58, CEDH 2007-I).

91. Dans les procédures qui se déroulent devant des magistrats professionnels, la compréhension par un accusé de sa condamnation est assurée au premier chef par la motivation des décisions de justice. Dans ces affaires, les juridictions internes doivent exposer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent (voir *Hadjianastassiou c. Grèce*, n° 12945/87, 16 décembre 1992, § 33, série A n° 252). La motivation a également pour finalité de démontrer aux parties qu'elles ont été entendues

et, ainsi, de contribuer à une meilleure acceptation de la décision. En outre, elle oblige le juge à fonder son raisonnement sur des arguments objectifs et préserve les droits de la défense. Toutefois, l'étendue du devoir de motivation peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de l'espèce (*Ruiz Torija*, précité, § 29). Si les tribunaux ne sont pas tenus d'apporter une réponse détaillée à chaque argument soulevé (*Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, § 61, série A n° 288), il doit ressortir de la décision que les questions essentielles de la cause ont été traitées (*Boldea c. Roumanie*, n° 19997/02, § 30, 15 février 2007).

92. Devant les cours d'assises avec participation d'un jury populaire, il faut s'accommoder des particularités de la procédure où, le plus souvent, les jurés ne sont pas tenus de – ou ne peuvent pas – motiver leur conviction (paragraphe 85-89 ci-dessus). Dans ce cas également, l'article 6 exige de rechercher si l'accusé a pu bénéficier des garanties suffisantes de nature à écarter tout risque d'arbitraire et à lui permettre de comprendre les raisons de sa condamnation (paragraphe 90 ci-dessus). Ces garanties procédurales peuvent consister par exemple en des instructions ou éclaircissements donnés par le président de la cour d'assises aux jurés quant aux problèmes juridiques posés ou aux éléments de preuve produits (voir paragraphes 43 et suivants ci-dessus), et en des questions précises, non équivoques, soumises au jury par ce magistrat, de nature à former une trame apte à servir de fondement au verdict ou à compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury (*Papon*, décision précitée). Enfin, doit être prise en compte, lorsqu'elle existe, la possibilité pour l'accusé d'exercer des voies de recours.

## 2. Application de ces principes au cas d'espèce

93. En l'espèce, il convient de noter que dans ses observations devant la Cour, le requérant dénonce l'absence de motivation du verdict de culpabilité et l'impossibilité de faire appel de la décision rendue par la cour d'assises. Comme il a été rappelé (paragraphe 89 ci-dessus), la non-motivation du verdict d'un jury populaire n'emporte pas, en soi, violation du droit de l'accusé à un procès équitable. Eu égard au fait que le respect des exigences du procès équitable s'apprécie sur la base de la procédure dans son ensemble et dans le contexte spécifique du système juridique concerné, la tâche de la Cour, face à un verdict non motivé, consiste à examiner si, à la lumière de toutes les circonstances de la cause, la procédure suivie a offert suffisamment de garanties contre l'arbitraire et a permis à l'accusé de comprendre sa condamnation. Ce faisant, elle doit garder à l'esprit que c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus

haut degré possible par les sociétés démocratiques (*Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 54, CEDH 2008).

94. En l'occurrence, le requérant était accusé de l'assassinat d'un ministre d'Etat et d'une tentative d'assassinat sur la compagne de celui-ci. Or ni l'acte d'accusation ni les questions posées au jury ne comportaient des informations suffisantes quant à son implication dans la commission des infractions qui lui étaient reprochées.

95. S'agissant tout d'abord de l'acte d'accusation du procureur général, le CIC dispose qu'il indique la nature du délit à la base de l'accusation ainsi que toutes les circonstances pouvant aggraver ou diminuer la peine, et qu'il doit être lu au début du procès (paragraphe 26 cidessus). L'accusé peut certes contredire l'acte d'accusation par un acte de défense, mais en pratique celui-ci ne peut avoir qu'une portée limitée car il intervient en début de procédure, avant les débats qui doivent servir de base à l'intime conviction du jury. L'utilité d'un tel acte dans la compréhension par l'accusé condamné des motifs qui ont conduit les jurés à rendre un verdict de culpabilité est donc limitée. En l'espèce, l'analyse de l'acte d'accusation du 12 août 2003 démontre qu'il contenait une chronologie détaillée des investigations tant policières que judiciaires et les déclarations nombreuses et contradictoires des coaccusés. S'il désignait chacun des crimes dont le requérant était accusé, il ne démontrait pas pour autant quels étaient les éléments à charge qui, pour l'accusation, pouvaient être retenus contre l'intéressé.

96. S'agissant ensuite des questions posées par le président de la cour d'assises au jury pour permettre à celui-ci de parvenir au verdict, elles étaient au nombre de trente-deux. Le requérant, qui comparaisait avec sept autres coaccusés, était visé par seulement quatre d'entre elles, auxquelles le jury a répondu par l'affirmative (paragraphe 15 ci-dessus). Laconiques et identiques pour tous les accusés, ces questions ne se réfèrent à aucune circonstance concrète et particulière qui aurait pu permettre au requérant de comprendre le verdict de condamnation. En cela, l'espèce se distingue de l'affaire *Papon* précitée, où la cour d'assises s'était référée aux réponses du jury à chacune des 768 questions posées par le président de cette cour, ainsi qu'à la description des faits déclarés établis et aux articles du code pénal dont il avait été fait application (paragraphe 86 ci-dessus).

97. Il en résulte que, même combinées avec l'acte d'accusation, les questions posées en l'espèce ne permettraient pas au requérant de savoir quels éléments de preuve et circonstances de fait, parmi tous ceux ayant été discutés durant le procès, avaient en définitive conduit les jurés à répondre par l'affirmative aux quatre questions le concernant. Ainsi, le requérant

n'était pas en mesure, notamment, de différencier de façon certaine l'implication de chacun des coaccusés dans la commission de l'infraction; de comprendre quel rôle précis, pour le jury, il avait joué par rapport à ses coaccusés; de comprendre pourquoi la qualification d'assassinat avait été retenue plutôt que celle de meurtre; de déterminer quels avaient été les éléments qui avaient permis au jury de conclure que deux des coaccusés avaient eu une participation limitée dans les faits reprochés, entraînant une peine moins lourde; et d'appréhender pourquoi la circonstance aggravante de préméditation avait été retenue à son encontre, s'agissant de la tentative de meurtre de la compagne de A.C. Cette déficience était d'autant plus problématique que l'affaire était complexe, tant sur le plan juridique que sur le plan factuel, et que le procès avait duré plus de deux mois, du 17 octobre 2003 au 7 janvier 2004, au cours desquels de nombreux témoins et experts avaient été entendus.

98. A cet égard, il convient de rappeler que la présentation au jury de questions précises constituait une exigence indispensable devant permettre au requérant de comprendre un éventuel verdict de culpabilité. En outre, puisque l'affaire comportait plus d'un accusé, les questions devaient être individualisées autant que possible.

99. Enfin, il y a lieu de noter l'absence de toute possibilité d'appel contre les arrêts de la cour d'assises dans le système belge. Pour ce qui est du recours en cassation, il ne porte que sur des points de droit et, dès lors, n'éclaire pas adéquatement l'accusé sur les raisons de sa condamnation. Quant à l'article 352 du CIC selon lequel, au cas où les jurés se sont trompés au fond, la cour d'assises sursoit au jugement et renvoie l'affaire à une session suivante pour être soumise à un nouveau jury, comme le reconnaît le Gouvernement (paragraphe 31 ci-dessus), il n'est que très rarement utilisé.

100. En conclusion, le requérant n'a pas disposé de garanties suffisantes lui permettant de comprendre le verdict de condamnation qui a été prononcé à son encontre. La procédure n'ayant pas revêtu un caractère équitable, il y a donc violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 3 D) DE LA CONVENTION

101. Le requérant se plaint de n'avoir pu, à aucun moment de la procédure, interroger ou faire interroger le témoin anonyme. Il allègue la violation de l'article 6 § 3 d), qui dispose :

«3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;»

102. La Cour note que ce grief est étroitement lié aux faits qui l'ont amenée à conclure à une violation de l'article 6 § 1. En effet, en l'absence de motivation du verdict, il s'avère impossible de savoir si la condamnation du requérant s'est fondée ou non sur les informations fournies par le témoin anonyme. Dans ces conditions, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu de statuer séparément sur le grief tiré de la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention.

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

103. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« [s]i la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

##### **A. Dommage**

104. Comme devant la chambre, le requérant demande la somme de 100 000 euros (EUR) pour dommage moral.

105. Le Gouvernement estime « tout à fait raisonnable » la somme de 4 000 EUR allouée par la chambre à ce titre dans son arrêt du 13 janvier 2009.

106. La Grande Chambre, statuant en équité, accorde au requérant 4 000 EUR pour dommage moral.

107. La Cour note par ailleurs que la loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 a modifié le code d'instruction criminelle de manière à permettre à un requérant de solliciter la réouverture de son procès à la suite d'un arrêt de la Cour constatant une violation de la Convention (paragraphe 38 et suivants ; voir, *mutatis mutandis*, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV).

##### **B. Frais et dépens**

108. En ce qui concerne les frais et dépens, la Cour relève que la chambre avait décidé d'allouer au requérant 8 173,22 EUR, montant qui n'a pas été contesté par le Gouvernement. Concernant la procédure devant la Grande Chambre, le requérant a perçu du Conseil de l'Europe 1 755,20 EUR au titre de l'assistance judiciaire. Dès lors, la Cour confirme le montant de 8 173,22 EUR fixé par la chambre.

### C. Intérêts moratoires

109. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas lieu de statuer séparément sur le grief tiré de la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention à raison de l'absence d'audition du témoin anonyme ;
3. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes :
    - i. 4 000 EUR (quatre mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
    - ii. 8 173,22 EUR (huit mille cent soixante-treize euros vingt-deux centimes), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens,
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 novembre 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 du juge Jebens.

J.-P.C.  
M.O'B.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE JEBENS

*(Traduction)*

J'ai voté avec mes collègues en faveur du constat d'une violation de l'article 6 § 1 relativement à la condamnation du requérant et je souscris par ailleurs aux motifs de l'arrêt. J'aimerais toutefois clarifier ma position concernant l'application de l'article 6 de la Convention dans les affaires portant sur des procès devant jury en ajoutant les remarques qui suivent.

1. Mon point de départ est que si l'article 6 § 1 consacre le droit à un procès équitable en matière pénale, il ne fournit qu'une assistance limitée pour ce qui est du contenu de la garantie en question. Cela correspond à un choix délibéré des rédacteurs de la Convention, qui ont pris en compte la diversité des systèmes juridiques européens et le fait que le droit à un procès équitable en matière pénale devait pouvoir être assuré dans chacun des systèmes. C'est la raison pour laquelle les Etats contractants se sont vu accorder une marge d'appréciation pour organiser leurs procédures judiciaires, la Cour devant, pour les mêmes motifs, appliquer le principe de subsidiarité à cet égard.

2. Il ressort par ailleurs de sa jurisprudence que lorsqu'elle apprécie l'équité d'un procès devant jury, la Cour vérifie que le fonctionnement du système mis en cause est encadré par certaines garanties procédurales jugées par elle suffisantes pour garantir un procès équitable. Parmi ces garanties figurent, notamment, l'insertion dans l'acte d'accusation et dans les questions posées au jury d'une description précise des faits pertinents et des dispositions juridiques applicables, ces deux éléments étant nécessaires pour clarifier la base légale précise sur laquelle la condamnation de l'accusé est demandée, et la prise en charge par le juge assumant la présidence du rôle crucial de veiller à ce que la procédure se déroule de manière équitable et que des instructions adéquates soient données au jury.

3. La question de savoir si le droit à un procès équitable a été respecté dans une affaire tranchée par un jury doit donc être examinée sur la base des particularités du système en cause, qui se caractérise notamment par le fait que les verdicts ne sont pas motivés. Si la Cour devait exiger la motivation des verdicts rendus par des jurys, non seulement elle se mettrait en contradiction avec sa propre jurisprudence, mais, surtout, elle déstabiliserait le système des procès avec jury et porterait une atteinte illégitime à la prérogative qu'ont les Etats de choisir leur système de justice pénale.

4. A la suite de l'arrêt rendu par la chambre en l'espèce, la Belgique a adopté une loi relative à la réforme de la cour d'assises qui prévoit l'obligation pour cette juridiction, en cas de condamnation de l'accusé, de livrer les

principaux motifs du verdict, la formulation de ces motifs incombant aux membres de la cour et du jury. Un autre exemple des efforts entrepris par les juridictions nationales pour se conformer à l'arrêt de la chambre est le fait qu'en Norvège les cours d'appel ont été invitées par la Cour suprême, dans des cas exceptionnels, à indiquer quels éléments de preuve avaient été jugés déterminants pour la condamnation ou à exposer les motifs de la décision, les explications requises devant être données par les juges, sans la participation des membres du jury. Eu égard au fait que, dans les deux situations qui viennent d'être évoquées, le verdict est adopté par le jury et les juges ne prennent pas part aux délibérations, on peut se demander si les aménagements susdécrits peuvent réellement passer pour refléter l'opinion des jurés et s'ils offrent à l'accusé davantage de clarté qu'un verdict non motivé.

5. Ces pratiques nouvellement établies reflètent l'incertitude et l'absence de prévisibilité que l'arrêt de la chambre rendu en l'espèce a engendrées dans certains Etats quant à la question de savoir s'il faut motiver les verdicts rendus par des jurys et, si oui, de quelle manière. Raison de plus, d'après moi, pour que la Cour ne remette pas en cause le fonctionnement du système des procès devant jury en tant que tel, mais se borne à examiner la question de savoir si des garanties procédurales suffisantes étaient en place dans le cas soumis à son examen.



TAXQUET v. BELGIUM  
*(Application no. 926/05)*

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 16 NOVEMBER 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>**Lack of adequate procedural safeguards to enable accused to understand reasons for lay jury's guilty verdict in the Assize Court****Article 6 § 1**

*Fair trial – Criminal proceedings – Lack of adequate procedural safeguards to enable accused to understand reasons for lay jury's guilty verdict in the Assize Court – Lack of sufficient information in indictment and questions to the jury as to the accused's involvement in alleged offences – No possibility of ordinary appeal against an Assize Court judgment*

\*

\* \*

Between 2003 and 2004 the applicant was tried by the Assize Court, together with seven co-defendants, on charges of murdering an honorary minister (*ministre d'Etat*), and attempting to murder the latter's partner. In order to reach a verdict, the lay jury had to answer thirty-two questions, four of which concerned the applicant. Following the jury's guilty verdict against him, the applicant was sentenced to twenty years' imprisonment. The Court of Cassation dismissed his subsequent appeal on points of law against the Assize Court's judgment.

Before the Court the applicant complained, in particular, that the Assize Court's judgment had not contained reasons.

*Held*

Article 6 § 1: Several Council of Europe member States had a system of trial by jury, in which professional judges were unable to take part in the lay jurors' deliberations on the verdict. This system, guided by the legitimate desire to involve citizens in the administration of justice, particularly in relation to the most serious offences, could not be called into question in this context. The Court had previously held that the absence of a reasoned verdict by a lay jury did not in itself breach Article 6. Nevertheless, for the requirements of a fair trial to be satisfied, sufficient safeguards had to be in place to enable the accused and the public to understand the verdict that was given. Such safeguards could consist, for example, in providing directions or guidance to the jurors on the legal issues at stake or the evidence adduced, putting precise, unequivocal questions to the jury to form a framework for the verdict, or offsetting the fact that no reasons were given for the jury's answers. However, in

---

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

the present case neither the indictment nor the questions to the jury had contained sufficient information as to the applicant's involvement in the offences of which he was accused. The indictment had mentioned each of the offences with which he was charged but had not indicated which items of evidence the prosecution could use against him. The questions put to the jury by the President of the Assize Court had been succinctly worded and identical for all the defendants. Even when viewed in conjunction with the indictment, they had not enabled the applicant to ascertain which items of evidence and factual circumstances had caused the jury to reach a guilty verdict against him. He had been unable to understand, for example, what the jury had perceived to be his precise role in relation to the other defendants, why the offence had been classified as premeditated murder (*assassinat*) rather than murder (*meurtre*), and why the aggravating factor of premeditation had been taken into account in his case as regards the attempted murder of the honorary minister's partner. This shortcoming was all the more problematic because the case was both factually and legally complex and the trial had lasted more than two months, with a large number of people giving evidence. Lastly, the national system made no provision for an ordinary appeal against judgments of the Assize Court. Appeals to the Court of Cassation concerned points of law alone and thus did not provide the accused with adequate clarification of the reasons for the conviction. Accordingly, the applicant had not been afforded sufficient safeguards to enable him to understand why he had been found guilty, and the proceedings had been unfair.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded specified sums to the applicant in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses.

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

*R. v. Belgium*, no. 15957/90, Commission decision of 30 March 1992, Decisions and Reports 72

*Edwards v. the United Kingdom*, 16 December 1992, Series A no. 247B

*Hadjianastassiou v. Greece*, 16 December 1992, Series A no. 252

*Stanford v. the United Kingdom*, 23 February 1994, Series A no. 282A

*Van de Hurk v. the Netherlands*, 19 April 1994, Series A no. 288

*Zarouali v. Belgium*, no. 20664/92, Commission decision of 29 June 1994, Decisions and Reports 78-B

*Ruiz Torija v. Spain*, 9 December 1994, Series A no. 303-A

*Planka v. Austria*, no. 25852/94, Commission decision of 15 May 1996, unreported

*Saric v. Denmark* (dec.), no. 31913/96, 2 February 1999

*K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001VII

*Papon v. France* (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001XII

*N.C. v. Italy* [GC], no. 24952/94, ECHR 2002X

*Suominen v. Finland*, no. 37801/97, 1 July 2003

- Bellerín Lagares v. Spain* (dec.), no. 31548/02, 4 November 2003  
*Goktepe v. Belgium*, no. 50372/99, 2 June 2005  
*Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005X  
*Achour v. France* [GC], no. 67335/01, ECHR 2006IV  
*Boldea v. Romania*, no. 19997/02, 15 February 2007  
*Tatishvili v. Russia*, no. 1509/02, ECHR 2007I  
*Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008



**In the case of Taxquet v. Belgium,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
Christos Rozakis,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Boštjan M. Zupančič,  
Nina Vajić,  
Anatoly Kovler,  
Elisabet Fura,  
Sverre Erik Jebens,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Päivi Hirvelä,  
Luis López Guerra,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Nona Tsotsoria,  
Zdravka Kalaydjieva, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 21 October 2009 and on 26 May and 6 October 2010,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 926/05) against the Kingdom of Belgium lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Belgian national, Mr Richard Taxquet (“the applicant”), on 14 December 2004.

2. The applicant was represented by Mr L. Misson and Mr J. Pierre, lawyers practising in Liège. The Belgian Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr M. Tysebaert, Senior Adviser, Federal Justice Department, and Mr A. Hoefmans.

3. The applicant alleged, in particular, a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention on account of the lack of reasons given in the

Assize Court's judgment in his case and the impossibility of examining an anonymous witness or of having such a witness examined.

4. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court), composed of Ireneu Cabral Barreto, Françoise Tulkens, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó and Işıl Karakaş, judges, and Sally Dollé, Section Registrar. On 13 January 2009 the Chamber delivered a judgment in which it held unanimously that the complaints under Article 6 §§ 1 and 3 (d) were admissible and that there had been a violation of both provisions.

5. On 5 June 2009, following a request by the Government dated 8 April 2009, the panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention.

6. The composition of the Grand Chamber was determined in accordance with the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

7. The applicant and the Government each filed observations. In addition, third-party comments were received from the United Kingdom, Irish and French Governments, who had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 21 October 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr A. Hoefmans,  
Mr K. Lemmens,

*Agent,  
Counsel;*

(b) *for the applicant*

Mr L. Misson,  
Mr J. Pierre,  
Mr R. Taxquet,

*Counsel,  
applicant.*

The Court heard addresses by Mr Misson, Mr Pierre and Mr Lemmens and their replies to questions put by its members.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1957 and lives in Angleur.



10. On 17 October 2003 the applicant appeared before the Liège Assize Court, together with seven co-defendants, on charges of murdering an honorary minister (*ministre d'Etat*), A.C., and attempting to murder the latter's partner, M.-H.J. According to the wording of the indictment, they were charged with the following offences, committed in Liège on 18 July 1991:

“as principals or joint principals,

either through having perpetrated the offences or having directly cooperated in their perpetration,

or through having, by any act whatsoever, lent such assistance to their perpetration that without it the offences could not have been committed,

or through having, by gifts, promises, threats, abuse of authority or power, scheming or contrivance, directly incited another to commit the offences,

or through having, by means of speeches in a public place or assembly, or by means of any written or printed matter, image or emblem displayed, distributed or sold, offered for sale or exhibited in a place where it could be seen by the public, directly incited another to commit the offences,

1. having knowingly and intentionally killed [A.C.], with the additional circumstance that the killing was premeditated, an offence classified by law as premeditated murder [*assassinat*];

2. having attempted, knowingly, intentionally and with premeditation, to kill [M.-H.J.], the intent to commit the offence having been manifested by conduct which objectively constituted the first step towards perpetration of the offence and which was halted or failed to attain the aim pursued only as a result of circumstances outside the control of the perpetrators, an offence classified by law as attempted premeditated murder.”

11. Only one of the co-defendants filed a statement of defence. The applicant alleged that it was impossible for him to do so since he had no knowledge of the evidence against him.

12. The indictment of 12 August 2003 stated, *inter alia*, that in June 1996 a person described by the applicant as an anonymous witness had passed on certain information to the investigators. A record of 3 September 1996 noted the informer's wish to remain anonymous, based on fears for his safety “in view of the importance of his information and the media outcry that has always surrounded the [A.C.] case”. The person was never interviewed by the investigating judge. He had given the investigators information obtained in confidence from a person whose identity he refused to disclose. During the trial in the Assize Court, questions were put to the investigators on the initiative of several of the defendants about the informer's identity. The investigators stated that their informer was not one

of the defendants and had not personally witnessed the alleged offences. According to the information supplied, which was set out in fifteen points, A.C.'s murder had been planned by six people, including the applicant and another leading politician. The passage incriminating the applicant stated:

“V. der B. and Taxquet were said to have been particularly insistent about the urgent need to kill [A.C.] before the '91 holidays as he had promised to make some significant disclosures after the summer break.”

13. On account of the numerous applications made during the trial, the Assize Court delivered thirteen interlocutory judgments:

(i) judgment of 17 October 2003 noting the absence of certain defendants and directing that they were to be tried *in absentia*;

(ii) judgment of 20 October 2003 on an application to have a confrontation between witnesses declared null and void;

(iii) judgment of 27 October 2003 concerning the examination of witnesses without one of the co-defendants being present;

(iv) judgment of 3 November 2003 on the examination of a witness in camera;

(v) judgment of 6 November 2003 setting aside the order for a co-defendant to be tried *in absentia*;

(vi) judgment of 13 November 2003 refusing an application by the prosecution for a hearing to be held in camera;

(vii) judgment of 19 November 2003 on the examination of certain witnesses in camera;

(viii) judgment of 18 December 2003 on an application by a co-defendant for the examination of certain witnesses;

(ix) judgment of 18 December 2003 on the use of recordings of a confrontation between witnesses;

(x) judgment of 18 December 2003 on an application by the civil parties for the examination of witnesses who had failed to appear and the re-examination of other witnesses;

(xi) judgment of 18 December 2003 on an application by a co-defendant for the examination or re-examination of the anonymous witness;

(xii) judgment of 18 December 2003 on the applicant's submissions as to the examination of witnesses who had failed to appear and the re-examination of other witnesses;

(xiii) judgment of 18 December 2003 on an application by the applicant for the examination or re-examination of the anonymous witness.

14. In the last-mentioned judgment, concerning the application for an investigating judge to hear or rehear evidence from the person who had anonymously supplied information noted down by two non-commissioned gendarmerie officers, the Assize Court held:

“This information, obtained anonymously by members of the police force, has no probative value as such. Accordingly, in the present case it simply constituted information capable of giving fresh impetus or a new slant to the investigation and enabling lawful evidence to be gathered independently.

When examined as witnesses at the trial, [the two non-commissioned gendarmerie officers] stated that their informer was not one of the defendants and had not personally witnessed any of the acts he described; he had merely relayed information he claimed to have received in confidence from a person whose identity he refused to disclose.

They also noted that some of the information supplied by their informer, relating in particular to other politicians mentioned in the submissions by counsel for Richard Taxquet ..., could not be corroborated by any evidence, despite their inquiries.

...

In the investigators’ view, the process of drawing up an official record of information given to them by an anonymous informer did not in itself constitute any infringement of the defence rights of the persons named by the informer. That step solely involved the disclosure, with a view to its analysis and verification, of information that might be of interest to the investigation and might assist in clarifying the facts. Viewed in isolation from any objective data that might subsequently confirm it, this information did not constitute evidence of the acts allegedly carried out by the persons whose identity was mentioned by the informer.

...

Lastly ... it is not possible to speak of a re-examination, seeing that it does not appear from the case file or the oral proceedings that [the person described as an anonymous witness] gave evidence under oath to an investigating judge.

With regard to the application for an examination of that person, firstly, the court is unaware of his identity and, secondly, regardless of the considerations referred to by the judicial investigating bodies in that connection, such an examination does not appear useful for establishing the truth and would delay the proceedings needlessly without giving cause to hope for more certain results.”

15. The jury was asked to answer thirty-two questions put to it by the President of the Assize Court. Four of them concerned the applicant and were worded as follows:

**“Question 25 – PRINCIPAL COUNT**

Is the accused Richard Taxquet, who is present in court, guilty,  
as principal or joint principal,

- either through having perpetrated the offence or having directly cooperated in its perpetration,
- or through having, by any act whatsoever, lent such assistance to its perpetration that without it the offence could not have been committed,

- or through having, by gifts, promises, threats, abuse of authority or power, scheming or contrivance, directly incited another to commit the offence,

- or through having, by means of speeches in a public place or assembly, or by means of any written or printed matter, image or emblem displayed, distributed or sold, offered for sale or exhibited in a place where it could be seen by the public, directly incited another to commit the offence,

of having knowingly and intentionally killed [A.C.] in Liège on 18 July 1991?

**Question 26 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE**

Was the intentional homicide referred to in the previous question premeditated?

**Question 27 – PRINCIPAL COUNT**

Is the accused Richard Taxquet, who is present in court, guilty,

as principal or joint principal,

- either through having perpetrated the offence or having directly cooperated in its perpetration,

- or through having, by any act whatsoever, lent such assistance to its perpetration that without it the offence could not have been committed,

- or through having, by gifts, promises, threats, abuse of authority or power, scheming or contrivance, directly incited another to commit the offence,

- or through having, by means of speeches in a public place or assembly, or by means of any written or printed matter, image or emblem displayed, distributed or sold, offered for sale or exhibited in a place where it could be seen by the public, directly incited another to commit the offence,

of having attempted knowingly and intentionally to kill [M.-H.J.] in Liège on 18 July 1991, the intent to commit the offence having been manifested by conduct which objectively constituted the first step towards perpetration of the offence and which was halted or failed to attain the aim pursued only as a result of circumstances outside the control of the perpetrator?

**Question 28 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE**

Was the attempted intentional homicide referred to in the previous question premeditated?"

16. The jury answered "yes" to all four questions.

17. On 7 January 2004 the Assize Court sentenced the applicant to twenty years' imprisonment.

18. The applicant appealed on points of law against his conviction of 7 January 2004 by the Assize Court and all the interlocutory judgments given by that court.

19. In a judgment of 16 June 2004, the Court of Cassation dismissed the appeal. It held, in particular, as follows:

(i) the belated appearance of a co-defendant could not infringe the appellants' defence rights as they had been able to challenge freely both the statements made by that defendant during the preliminary investigation and relayed at the trial by the persons to whom they had been given, and the statements made directly by the defendant before the jury;

(ii) the Assize Court had rightly ordered that two witnesses should be examined in camera, fearing that they might not be able to express themselves freely if the hearing were public, which would hinder the proper administration of justice;

(iii) in refusing, on the ground that such a step might delay the proceedings needlessly, to show the film of the confrontation between some of the defendants and certain Tunisian nationals against whom charges had been brought, the Assize Court had not breached the rights of the defence or the principle that hearings must be conducted orally, since the refusal had been based on the fact that those taking part in the confrontation, having appeared at the trial, had been directly confronted with the defendants;

(iv) in directing that the proceedings should continue on the ground that the examination of certain witnesses who had failed to appear in court (having been properly summoned) was not necessary for establishing the truth, and in holding that a further appearance by certain other witnesses "would be likely to prolong the proceedings needlessly without giving cause to hope for more certain results", the Assize Court had not breached Article 6 of the Convention and the principle that hearings must be conducted orally;

(v) since the presumption of innocence related above all to the attitude of the judges determining a criminal charge, comments by an investigator and reports in the press, even if inaccurate, malevolent or amounting to a criminal offence, could not in themselves cause the trial to breach Article 6 §§ 1 and 2 of the Convention;

(vi) it could not be inferred from the jurors' alleged inexperience, the speed with which they deliberated or the lack of reasons given for their verdict that they were incapable of impartial adjudication in a case that had attracted considerable press coverage;

(vii) the procedure for appointing members of the jury and the fact that they reached their verdict as to guilt without having discussed the issue with the court did not mean that the Assize Court was not an independent and impartial tribunal established by law within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention or that the presumption of the accused's innocence could not be lawfully rebutted in that court;

(viii) neither Article 6 nor Article 13 of the Convention guaranteed the right of appeal;

(ix) neither Article 6 §§ 1 and 3 (b) of the Convention nor Article 14 § 3 (b) of the International Covenant on Civil and Political Rights, nor Article 149 of the Constitution, even when taken in conjunction with the above-mentioned treaty provisions, placed any obligation on a jury to give reasons for its answers;

(x) the ground of appeal relating to Article 6 § 3 (b) of the Convention (inability to confer freely with his lawyer as a result of his detention the day before the start of the trial) was inadmissible as it did not appear from the evidence in the file that the applicant had alleged before the Assize Court that there had been a violation of the right to have adequate facilities for the preparation of his defence;

(xi) Articles 10 and 11 of the Constitution, Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 14 of the Convention did not lay down a requirement for reasons to be given for a verdict as to guilt, or the right of appeal or the right to appear before courts made up solely of professional judges; the discretion of the lay jury, which, moreover, was circumscribed by Articles 351, 352, 364 and 364 *bis* of the Code of Criminal Procedure, did not give rise to an arbitrary difference in treatment for the purposes of Article 14 of the Convention between those being tried by assize courts and those being tried by other criminal courts.

20. As to the ground of appeal contending that the appellants' conviction had been decisively or incidentally based on the statements of an anonymous informer, the Court of Cassation stated:

“In so far as they challenge the observation that the Assize Court was unaware of the identity of the person whose examination was being requested and could therefore not order it, these grounds of appeal, being directed against an *obiter dictum*, are immaterial.

On that account, they are inadmissible.

As to the remaining arguments, the presence in the criminal case file of a record containing information from an unidentified source does not require the trial court, as a condition for the validity or admissibility of the prosecution, to ensure that the informer is identified and examined in accordance with the procedure set forth in Articles 189 *bis* and 315 *bis* of the Code of Criminal Procedure. Those provisions leave it open to the trial court to appoint an investigating judge to that end if such a step appears useful for establishing the truth.

The judgments take the view, on the basis of a factual assessment which this court is not empowered to overrule, that the examination sought would delay the proceedings needlessly without giving cause to hope for more certain results.

The judgments also observe that the information obtained anonymously did not correspond to the evidence obtained lawfully and independently against the defendants.

It does not appear from the Assize Court's reply to the appellants' submissions that the trial court contested their right to rebut the evidence produced at the trial.

On that account, these grounds of appeal cannot be allowed.

As to the remaining argument, Article 6 § 3 (d) of the Convention ... is not breached by the mere fact that the trial court considered it unnecessary or impossible to order the cross-examination of the anonymous informer whose disclosures provided helpful guidance for the investigation.

On that account, these grounds of appeal have no basis in law."

21. In the *Questions à la Une* programme broadcast by Radio-Télévision Belge Francophone (the State broadcaster for the French-speaking part of Belgium) in early 2006, one of the applicant's co-defendants, S.N., stated that he had been the anonymous informer and had acted as a "middleman" on behalf of another co-defendant, D.C., whose accusations he had relayed. During the same programme, the identity of the anonymous witness was confirmed by the Minister of Justice who had been in post at the time of the events. S.N. said that he had received the sum of 3,000,000 Belgian francs (BEF) (74,368.06 euros (EUR)) from the Belgian State as a "middleman's commission". D.C. had allegedly received BEF 5,000,000 (EUR 123,946.76).

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. The institution of the jury and the Assize Court

22. Following the 1789 French Revolution, the jury featured in the 1791 French Constitution and the 1808 Code of Criminal Procedure. At that time, Belgium was part of French territory. When it was separated from France and attached to Holland, the jury was abolished but assize courts continued to exist. When Belgium gained independence, the institution of the jury was enshrined in the Constitution of 7 February 1831, Article 98 of which provided: "The jury shall be constituted for all serious crimes and for political and press offences." The institution was envisaged by the framers of the Constitution as the touchstone of the authenticity of any democratic demand. The jury was seen above all as a political affirmation of the freedom won by the people, the symbol of the people's sovereignty. It was instituted by the decree of 19 July 1831; membership was initially based on function (*jury capacitaire*) and subsequently, from 1869, on property (*jury censitaire*). By virtue of a Law of 21 December 1930, a new reform made the composition of the jury more democratic and representative of all social classes, the result being the twelve-member lay jury that still exists today.

## **B. The Constitution**

23. Article 150 of the Consolidated Constitution of 17 February 1994 provides: “The jury shall be constituted for all serious crimes and for political and press offences, except for press offences motivated by racism or xenophobia” (text as amended on 7 May 1999).

24. Furthermore, Article 149 provides: “All judgments shall contain reasons; they shall be delivered in public.”

## **C. Procedure in the Assize Court**

### *1. Safeguards afforded by the Code of Criminal Procedure (as in force at the material time)*

25. Proceedings in assize courts in Belgium afford a number of safeguards, particularly as regards the defence rights of the accused.

26. Article 241 of the Code of Criminal Procedure (“the CCP”) requires the Principal Public Prosecutor to draw up an indictment indicating the nature of the offence forming the basis of the charge, and any circumstances that may cause the sentence to be increased or reduced. Pursuant to Article 313 of the CCP, the Principal Public Prosecutor must read out the indictment and the defendant or his counsel the statement of defence. Article 337 states that the questions put to the jury must derive from the indictment (which itself must be consistent with the judgment committing the accused for trial – Article 271 of the CCP) and must comply with certain formal requirements; for example, questions that are complex or concern points of law are prohibited.

27. At the close of the oral proceedings, questions are put to the jury in order to establish the factual circumstances of the case and any particular factors likely to lead to the precise determination of whether or not the accused is guilty as charged. The president of the Assize Court is empowered to put questions to the jury on all the circumstances which might have an influence on the facts which served as the basis for the indictment, provided that these circumstances were discussed during the oral proceedings. The principal question concerns the constituent elements of the offence, while there must be a separate question in respect of each count. Separate questions regarding other facts, such as aggravating circumstances or the existence of any justification or mitigating factor, may also be put. The prosecution and the accused can challenge the questions and have the opportunity to ask the president to put one or more additional questions to the jury. In the event of a dispute regarding the questions, the Assize Court must decide by a reasoned judgment.



28. Article 341 provides that, after asking the questions, the president hands them to the jury; at the same time, he hands over the indictment, the reports establishing the offence and the documents in the file other than the written witness statements.

29. In accordance with Article 342, once the questions have been put to and handed to the members of the jury, they retire to deliberate in private. The foreman is either the first member of the jury drawn by lot or is appointed by the jury with his or her consent. Before the deliberations begin, the foreman reads out the following instruction, which is also displayed in large type in the most visible place in the deliberation room:

“The law does not ask jurors to account for how they reached their personal conviction; it does not lay down rules on which they are to place particular reliance as to the completeness and sufficiency of evidence; it requires them to ask themselves questions, in silence and contemplation, and to discern, in the sincerity of their conscience, what impression has been made on their rational faculties by the evidence against the defendant and the submissions of the defence. The law does not tell them: ‘You will hold every fact attested by this number of witnesses to be true’; nor does it tell them: ‘You will not regard as sufficiently established any evidence that does not derive from this report, these exhibits, this number of witnesses or this many clues’; it simply asks them this one question, which encompasses the full scope of their duties: ‘Are you inwardly convinced?’”

30. Article 343 authorises members of the jury to leave the deliberation room only when they have arrived at their verdict.

31. Lastly, Article 352 provides that if the judges are unanimously persuaded that the jurors, while complying with the procedural requirements, have made a substantive error, the court must stay the proceedings and adjourn the case until the following session for consideration by a new jury, which cannot include any of the original members. However, according to information supplied by the Government, this option has been used on only three occasions.

## 2. *Case-law of the Court of Cassation*

32. The Chamber judgment of 13 January 2009 has had repercussions on the case-law of the Belgian courts.

33. In judgment no. 2505 (P.09.0547.F) of 10 June 2009, the Court of Cassation held:

“As to the ground of appeal, raised *proprio motu*, alleging a violation of Article 6 § 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms:

According to a judgment of 13 January 2009 of the European Court of Human Rights in [*Taxquet v. Belgium*, no. 926/05], the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention implies, where the Assize Court is concerned, that the

decision on a criminal charge should highlight the considerations that have persuaded the jury of the accused's guilt or innocence and should indicate the precise reasons why each of the questions has been answered in the affirmative or the negative.

On account of the binding effect of interpretation now attaching to that judgment and the prevalence over domestic law of the international legal rule deriving from a treaty ratified by Belgium, the court is compelled to reject the application of Articles 342 and 348 of the Code of Criminal Procedure in so far as they lay down the rule, now criticised by the European Court, that the jury's verdict does not contain reasons.

It appears from the documents to which the court may have regard, in particular the indictment, that during the preliminary investigation the appellant, who was prosecuted for murder as the principal or joint principal, provided explanations, as to the acts of which he was accused, which were rebutted by a witness whose identity was kept secret under Articles 86 *bis* and 86 *ter* of the Code of Criminal Procedure.

In submissions filed with the Assize Court at the hearing on 18 February 2009 the appellant requested that the verdict contain reasons so that, in the event of his conviction, he could understand the grounds that had persuaded the jury to find him guilty, and so that the Court of Cassation could review the lawfulness of the verdict.

With regard to the charge of murder against the appellant, the jury was asked to answer a principal question about his involvement in committing intentional homicide, an additional question on the statutory defence of provocation and two questions, in the alternative, on the offence provided for in Article 401 of the Criminal Code. The jury answered the first question in the affirmative and the second in the negative, leaving the other questions unanswered.

The judgment appealed against sentenced the appellant to eighteen years' imprisonment for murder, on the basis of the verdict expressed solely by answers in the affirmative or the negative to the questions put in accordance with the law. The judgment states that there is no need to give any further reasons for the finding of guilt, on the ground that the precision of the questions adequately offsets the brevity of the decision.

However, the bare statement that the appellant is guilty of murder and that there are no mitigating factors does not disclose the precise reasons why the charge, which the appellant denied, was found to have been made out, and does not enable this court to review, *inter alia*, whether the conviction was based to a decisive extent on the deposition by an anonymous witness incriminating the accused or was supported by other corroborating evidence in accordance with Article 341, paragraph 3, of the Code of Criminal Procedure.

While conforming to Belgian law, which does not require jurors to account for how they reached their personal conviction, the decision is contrary to Article 6 of the Convention in so far as that provision may be construed as meaning that the right to a fair trial encompasses a statement of reasons for the verdict."

34. Other judgments to similar effect have subsequently been delivered.

### 3. *Legislative reform*

35. In Belgium, even before the Chamber judgment in the *Taxquet* case, a Bill of 25 September 2008 that sought, among other things, to allow the president of the Assize Court to be present during the jury's deliberations in order to assist its members was considered by the Senate. The proposed version of Article 350 of the CCP stated that the Assize Court should give reasons for its decision as to guilt, but was not required to address the parties' submissions.

36. The Assize Court Reform Act of 21 December 2009, which was published in the *Moniteur belge* on 11 January 2010 and came into force on 21 January 2010, has introduced a requirement for the Assize Court to state the main reasons for its verdict. The relevant provisions of the CCP now read as follows:

#### **Article 327**

“Once the questions have been put and handed to the jurors, they shall retire to the deliberation room to deliberate.

The foreman is either the first member of the jury drawn by lot or is appointed by the jury with his or her consent.

Before the deliberations begin, the foreman shall read out the following instruction, which shall also be displayed in large type in the most visible place in the deliberation room: “The law provides that the accused may be convicted only if it is apparent from the evidence admitted that he is guilty beyond reasonable doubt of the offence with which he is charged.”

#### **Article 328**

“The members of the jury may leave the deliberation room only when they have reached their verdict.

No one may enter while they are deliberating, for any reason whatsoever, without the written authority of the president. The president may enter the room only if he is called by the foreman, in particular to answer questions of law, and is accompanied by his fellow judges, the accused and his counsel, the civil party and his counsel, the prosecution and the registrar. A reference to the incident shall be made in the record.

...”

#### **Article 334**

“The court and the members of the jury shall then immediately retire to the deliberation room.

Without having to address all the submissions filed, they shall formulate the principal reasons for their decision.

The decision shall be signed by the president, the foreman of the jury and the registrar.”

#### **D. Provisions of the Criminal Code**

37. The relevant Articles of the Criminal Code provide as follows:

##### **Article 51**

“A criminal attempt is made out where the intent to commit a serious crime [*crime*] or other major offence [*délit*] has been manifested by conduct which objectively constituted the first step towards perpetration of the offence in question and which was halted or failed to attain the aim pursued only as a result of circumstances outside the control of the perpetrator.”

##### **Article 66**

“The following shall be punished as perpetrators of a serious crime or other major offence:

Those who have perpetrated the offence or have directly cooperated in its perpetration;

Those who have, by any act whatsoever, lent such assistance to its perpetration that without it the offence could not have been committed;

Those who have, by gifts, promises, threats, abuse of authority or power, scheming or contrivance, directly incited another to commit the offence;

Those who have, by means of speeches in a public place or assembly, or by means of any written or printed matter, image or emblem displayed, distributed or sold, offered for sale or exhibited in a place where it can be seen by the public, directly incited another to commit the offence, without prejudice to the penalties provided for by the law against those who incite others to commit offences, even where such incitement has no effect.”

##### **Article 67**

“The following shall be punished as accessories to a serious crime or other major offence:

Those who have given instructions for its commission;

Those who have procured weapons, implements or any other means used to commit the offence, knowing that they were intended for that purpose;

Those who have, save in the case provided for in paragraph 3 of Article 66, knowingly aided or abetted the principal or principals in acts preparatory to or facilitating the commission of the offence or in its completion.”

##### **Article 393**

“Homicide committed with intent to kill shall be classified as murder [*meurtre*]. It shall be punishable (by twenty to thirty years’ imprisonment).”

### Article 394

“Murder committed with premeditation shall be classified as premeditated murder [*assassinat*]. It shall be punishable (by life imprisonment).”

### E. Law of 1 April 2007 amending the CCP to allow the reopening of criminal proceedings

38. The Law of 1 April 2007 (which was published in the *Moniteur belge* on 9 May 2007 and came into force on 1 December 2007) entitles convicted persons to seek the reopening of their trial following a finding by the European Court of Human Rights of a violation of the Convention.

39. Article 442 *bis* of the CCP provides:

“If a final judgment of the European Court of Human Rights has found that there has been a breach of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or the Protocols thereto (hereinafter ‘the European Convention’), an application may be made for the reopening – in respect of criminal matters alone – of the proceedings that resulted in the applicant’s conviction in the case before the European Court of Human Rights or in the conviction of another person for the same offence on the basis of the same evidence.”

40. Article 442 *ter* of the CCP provides:

“The following shall be entitled to apply for the reopening of the proceedings:

(1) the convicted person;

(2) if the convicted person has died, has been deprived of legal capacity or has been declared untraceable, the person’s spouse, lawful cohabitee, descendants, brothers and sisters;

(3) the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation, of his own motion or at the instigation of the Minister of Justice.”

41. Article 442 *quinquies* of the CCP provides:

“Where it appears from consideration of the application either that the impugned decision is in breach of the European Convention on the merits or that the violation found is the result of procedural errors or shortcomings of such gravity as to cast serious doubt on the outcome of the proceedings in issue, the Court of Cassation shall order the reopening of the proceedings, provided that the convicted person or the entitled persons under Article 442 *ter*, point (2), continue to suffer very serious adverse consequences which cannot be redressed other than by reopening the trial.”

42. Following the Court’s judgment in *Da Luz Domingues Ferreira v. Belgium* (no. 50049/99, 24 May 2007), the Court of Cassation, in a judgment of 9 April 2008, ordered the reopening of the proceedings and withdrew the judgment it had delivered on 6 January 1999 (*Journal des tribunaux*, 2008, p. 403).

### III. COMPARATIVE LAW

43. It is clear that there are many different models of lay adjudication in the member States of the Council of Europe. There are variations reflecting cultural and historical particularities even among countries that have opted for the “traditional” trial-by-jury model, the defining feature of which is that professional judges are unable to take part in the jurors’ deliberations on the verdict.

44. The member States may be divided into three categories: those without any form of jury trial or any model of lay adjudication in criminal matters; those using a collaborative court model of lay adjudicators sitting and deliberating alongside professional judges in criminal matters; and those which have opted for the “traditional” jury model in criminal matters.

45. Among the models examined, fourteen Council of Europe member States have never had a jury system or any other form of lay adjudication in criminal matters or have abolished it: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Cyprus, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Moldova, the Netherlands, Romania, San Marino and Turkey. In these States criminal courts are composed exclusively of professional judges.

46. The member States with a collaborative system are Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Liechtenstein, Monaco, Montenegro, Norway (in most cases), Poland, Portugal, Serbia, Slovakia, Slovenia, Sweden, “the former Yugoslav Republic of Macedonia” and Ukraine. The collaborative system, which can also be employed alongside the traditional jury model, is characterised by the fact that the professional judges and the jurors collectively determine all questions of law and fact, the issue of guilt and the sentence.

47. The ten Council of Europe member States that have opted for a traditional jury system are Austria, Belgium, Georgia, Ireland, Malta, Norway (only in serious appeal cases), the Russian Federation, Spain, Switzerland (the Canton of Geneva until 1 January 2011), and the United Kingdom (England, Wales, Scotland and Northern Ireland).

48. In its traditional form, trial by jury involves a combination of a number of jurors sitting with one or more professional judges. The number of jurors varies according to the country and the subject matter of the proceedings. The number of professional judges varies from country to country. In Ireland, Malta, Russia, Spain, Switzerland and the United Kingdom the court and jury are presided over by a single judge. In Austria, Belgium and Norway the court consists of three professional judges together with the jury. The professional judges cannot take part in the

jury's deliberations on the question of guilt, which falls within the exclusive competence of the jury.

49. In a number of countries the jurors are presented with a list of specific questions before they retire to deliberate on the facts of the case. Seven States – Austria, Belgium, Ireland, Norway, Russia, Spain and Switzerland – follow this practice.

50. In Ireland, England and Wales, at the conclusion of the evidence, the judge sums up the case to the jurors. He reminds them of the evidence they have heard. In doing so, the judge may give directions about the proper approach to take in respect of certain evidence. He also provides the jurors with information and explanations about the applicable legal rules. In that context, the judge clarifies the elements of the offence and sets out the chain of reasoning that should be followed in order to reach a verdict based on the jury's findings of fact.

51. In Norway the judge directs the jurors on each legal issue raised and explains the rules they should follow when they retire to deliberate on the verdict. At the end of the trial, he also sums up the evidence to the jury or draws its attention to evidence of importance.

52. In Austria the jurors' verdict is reached on the basis of a detailed questionnaire which sets out the main elements of the various charges and contains questions requiring a "yes" or "no" answer.

53. In principle, juries deliberate in private, without the presiding judge(s) being present. Indeed, the secrecy of the jury's deliberations is a firmly established principle in many countries.

54. In Belgium a professional judge may be invited to the deliberation room to provide the jury with clarifications on a specific question, without being able to express a view or to vote on the issue of guilt. In Norway the jury may summon the presiding judge, but if the jury considers that it needs further clarifications as to the questions to be answered, the legal principles applicable or the procedure to be followed, or that the questions should be amended or new questions put, it must return to the courtroom, so that the matter can be raised in the presence of the parties.

55. In the Canton of Geneva the presiding judge attends the jury's deliberations to provide assistance, but cannot give an opinion on the issue of guilt. A registrar is also present to make a record of the decisions taken and the reasons given.

56. The general rule appears to be that reasons are not given for verdicts reached by a traditional jury. This is the case for all the countries concerned, except Spain and Switzerland (Canton of Geneva).

57. In Spain the jury's verdict is made up of five distinct parts. The first lists the facts held to be established, the second lists the facts held to be

not established, the third contains the jury's declaration as to whether the accused is guilty or not guilty, and the fourth provides a succinct statement of reasons for the verdict, indicating the evidence on which it is based and the reasons why particular facts have been held to be established or not. A fifth part contains a record of all the events that took place during the discussions, avoiding any identification that might infringe the secrecy of the deliberations.

58. Until 1991 the authorities of the Canton of Geneva considered that the jury satisfied the requirement of a reasoned decision by answering "yes" or "no" to the precise questions put to it. However, in a decision of 17 December 1991 the Federal Court found such replies to be insufficient and required juries in the canton to give reasons for their verdicts in future. In 1992 Articles 298 and 308 of the Geneva Code of Criminal Procedure were amended to require the jury to state reasons for its choices should it consider that this was necessary for an understanding of its verdict or its decision. Article 327 of the Code of Criminal Procedure requires the jury to state "the reasons for taking into account or disregarding the main items of evidence and the legal reasons for the jury's verdict and the decision by the court and the jury as to the sentence or the imposition of any measure".

59. Within the States that have opted for a traditional jury system, an appeal against the jury's verdict is available in Georgia, Ireland, Malta, Spain, Sweden and the United Kingdom, whereas no appeal is available in Austria, Belgium, Norway, Russia and Switzerland (Canton of Geneva). In Austria, convicted persons may appeal to the Court of Appeal against the sentence only; they may also file a plea of nullity with the Supreme Court.

60. In Belgium, since the events in issue in the present case, the Law of 21 December 2009, which came into force on 21 January 2010 (see paragraph 36 above), has amended the procedure in the Assize Court, notably by requiring it to state the main reasons for the verdict reached by the jury, in order to clarify its meaning.

## THE LAW

### I. SCOPE OF THE CASE BEFORE THE GRAND CHAMBER

61. In his observations before the Grand Chamber, the applicant reiterated all the complaints he had raised in his application to the Court. In its judgment of 13 January 2009, the Chamber declared the complaints concerning the failure to give reasons for the Assize Court's judgment (Article 6 § 1) and to examine the anonymous witness (Article 6 § 3 (d))



admissible and the remaining complaints inadmissible. Accordingly, the Grand Chamber will examine only the complaints declared admissible by the Chamber, as the “case” referred to it is the application as it has been declared admissible by the Chamber (see, among other authorities, *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, §§ 140-41, ECHR 2001-VII).

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

62. The applicant submitted that his right to a fair trial had been infringed in view of the fact that his conviction by the Assize Court had been based on a guilty verdict which did not contain reasons and could not be appealed against to a body with full jurisdiction. He alleged a violation of Article 6 § 1, the relevant part of which provides:

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

### A. The Chamber judgment

63. In its judgment of 13 January 2009 the Chamber held that there had been a violation of the applicant’s right to a fair trial under Article 6 § 1 of the Convention. It found that the questions to the jury had been formulated in such a way that it could not be ascertained why each of them had been answered in the affirmative when the applicant had denied all personal involvement in the alleged offences. The Chamber considered that such laconic answers to vague and general questions could have left the applicant with an impression of arbitrary justice lacking in transparency. Not having been given a summary of the main reasons why the Assize Court was satisfied that he was guilty, he had been unable to understand – and therefore to accept – the court’s decision. The Chamber found that in general, since the jury did not reach its verdict on the basis of the case file but on the evidence it had heard at the trial, it was essential, for the purpose of explaining the verdict, both to the accused and to the public at large, to highlight the considerations that had persuaded the jury of the accused’s guilt or innocence and to indicate the precise reasons why each of the questions had been answered in the affirmative or the negative.

### B. The parties’ submissions

#### 1. *The applicant*

64. The applicant submitted that his conviction had been based on a guilty verdict which had not included any reasons and had not been subject to any form of appeal. As the case had been extremely complex in both

factual and legal terms, it had been difficult for twelve jurors without any appropriate legal qualifications to be able to make a wholly lawful assessment of the merits of the charge against him. The lack of reasoning in the guilty verdict precluded any possibility of an appropriate judicial review of the reasons on which the jury's finding had been based. The mere fact that Article 364 *bis* of the CCP provided that every judgment convicting an accused had to mention the grounds for the determination of the sentence was not sufficient to satisfy the reasoning requirement imposed by Article 6 of the Convention.

65. Referring to *Ruiz Torija v. Spain* (9 December 1994, Series A no. 303-A) and *Papon v. France (no. 2)* ((dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII), the applicant pointed out that an obligation to state reasons was laid down in the Court's case-law, although the Court had qualified it in a number of ways. However, he submitted that his case could not be compared to that of Maurice Papon, in which it had been possible to discern a proper set of reasons from the 768 answers given by the jury. Those answers had provided an indication of why the French Assize Court had found him guilty and sentenced him. In the present case, however, the questions put during the trial had not in any way addressed the substance of the case; there had been very few of them – only four of the thirty-two questions had concerned the applicant – and they had related solely to whether he was guilty of murder or attempted murder and had simply received the answer “yes”, without any further explanation.

66. In the applicant's submission, three arguments based on legal logic militated in favour of requiring assize courts to give reasons for their judgments. The first two were based on Article 6 § 1 of the Convention. Firstly, the case-law acknowledged that reasoned court decisions formed part of the guarantees of a fair trial. It would be illogical for the standard required in this area to be lower for proceedings resulting in the most severe criminal penalties. Secondly, Article 6 § 1 forcefully emphasised the public nature of justice. The third argument was based on Article 6 § 3 (a), which acknowledged that anyone charged with a criminal offence was entitled to be informed in detail of the nature and cause of the accusations against him. The applicant contended that that right should also extend to the cause of his conviction. The problem of miscarriages of justice likewise supported the view that reasons should be given. The fact of requiring a court to state reasons for a decision meant that it had to express a coherent and rational line of reasoning purged of all emotional and subjective considerations. Lastly, the inclusion of reasons made a review by the courts of appeal and cassation possible; such a review would not have the same scope at all where no reasons were given for the decision as to guilt.

## 2. *The Government*

67. The Government noted, firstly, that European legal systems were marked by considerable diversity: some did not have, or no longer had, a system of lay adjudication, while others did, but its operation, in particular the role entrusted to the jury and the way in which it functioned, differed from one State to another. Furthermore, the Court was not a third- or fourth-instance body. Its task was not to decide in the abstract or to standardise the different legal systems, but to ascertain whether the procedures in place satisfied the requirements of Article 6 of the Convention.

68. In Belgium the legitimacy of the assize courts was ensured by the institution of the jury. The jurors represented the people, from whom they came, and thus themselves enjoyed institutional legitimacy. The composition of the jury was the principal safeguard against arbitrary justice.

69. The absence of explicit reasons did not mean that the verdict as to guilt was not reached as the result of a reasoning process, which the persons concerned were capable of following and reconstructing. Furthermore, the Court had never found that the lack of reasons in assize court decisions raised an issue in the abstract under Article 6 of the Convention. Although the Court had held in *Goktepe v. Belgium* (no. 50372/99, 2 June 2005) that it was necessary to put distinct questions in respect of each defendant on the existence of aggravating circumstances, it had not objected to the functioning of the Assize Court or to the absence of reasons in decisions reached by the jury in such courts under Belgian law.

70. The conduct of proceedings in Belgian assize courts ensured that each accused was able to obtain a reasoned judgment on the lawfulness and validity of the evidence and to have a sufficient idea of what evidence had been decisive and, where appropriate, which of the defence's arguments the jury had taken into account in reaching its verdict. In the instant case the questions formulated at the end of the oral proceedings by the President of the Liège Assize Court in relation to the applicant's guilt had been sufficiently precise to serve as an adequate basis for the court's judgment. The constituent elements of the offences and the acts held against the accused had been clearly indicated, as had the aggravating circumstances. The applicant had had access to the indictment and had had the opportunity to attend the lengthy oral proceedings during which the evidence had been discussed. It was therefore futile for him to claim that he was not aware of the grounds for his conviction. The mere fact that the jurors reached the verdict on the basis of their personal conviction did not amount to a violation of the Convention.

### 3. *Third-party interveners*

#### (a) **The United Kingdom Government**

71. The United Kingdom Government submitted that it was clear from the Court's case-law, in particular *Saric v. Denmark* ((dec.), no. 31913/96, 2 February 1999), that trial by jury could not be considered contrary to the Convention. There was no absolute obligation for a court to give reasons for every decision, and the Court's approach was sufficiently flexible to accommodate the particularities of the system of jury trial.

72. While the right of an accused to a fair trial should never be compromised, it could be attained in different ways in the Contracting States' criminal-justice systems. States were to be afforded a margin of appreciation in arranging the judicial procedures through which the right to a fair trial was secured. The questions and answers for the jury fell to be considered not in isolation but in the context of the proceedings as a whole, taking account of the procedural safeguards and the possibilities of appeal.

73. The important question was whether, regard being had to the trial as a whole, the convicted person was aware of the charge against him, the legal ingredients of the offence of which he was accused and the basis for his conviction.

74. The United Kingdom Government submitted that in the British system of jury trial, at the conclusion of the evidence, the judge summed up the case to the jurors. He reminded them of the evidence they had heard. In doing so, he could give directions about the proper approach, or indeed the caution, to adopt in respect of certain evidence. He also provided the jury with information and explanations about the applicable legal rules. On that account, he clarified the constituent elements of the offence and set out the chain of reasoning that should be followed in order to reach a verdict based on the jury's findings of fact. Both prosecution and defence could make submissions on the conclusion which, in their view, the jury should reach.

75. The jury deliberated in private. If it required further explanations or guidance on any particular point, it could submit a note to the judge, setting out any questions it wished to ask him. The judge showed the note to counsel for the prosecution and the defence in the absence of the jury and invited their submissions on a suitable response, after which he was free to decide whether or not the jury should be given the further directions requested in open court.

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

76. In the Irish Government's submission, the system of jury trial in Ireland was the unanimous choice of accused persons and of human-

rights advocates and was viewed as a cornerstone of the country's criminal-law system. There had never been a complaint that the system lacked transparency or impinged on or inhibited the rights of the accused. The system inspired confidence among the Irish people, who were very attached to it for historical and other reasons.

77. The Irish Government observed that in Irish law, the judge's directions to the jury provided the framework for its verdict. The judge directed the jurors on each legal issue raised and explained the rules they should follow when deliberating in order to reach a verdict. At the end of the trial, he also summed up the evidence to the jury or drew its attention to evidence of importance. He advised it as to the requirement for the evidence to provide sufficient proof of the accused's guilt, the circumstantial or direct nature of particular evidence and the scope of the evidence adduced. It was open to counsel for the accused to ask the judge to clarify the directions given to the jury if they were perceived to be inadequate, insufficient or unclear in any way. If the jury required further explanations or guidance on a particular point, it could call on the judge to act as necessary.

78. The Irish Government wondered how a system of trial that had been in operation for centuries and long predated the Convention could now be considered to breach Article 6 § 1. The Chamber judgment had not sufficiently taken into account the assize court procedure as a whole and the safeguards existing in Belgium and other States. The Court should have examined whether any alteration to other procedural rules or rules of evidence could have assisted in understanding the decision. In the *Gregory v. the United Kingdom* judgment (25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997–I) the Court had acknowledged that the secrecy of jury deliberations was a crucial and legitimate feature of English trial law which served to reinforce the jury's role as the ultimate arbiter of fact and to guarantee open and frank deliberations among the jurors on the evidence which they had heard.

79. The Irish Government submitted that the confidentiality of jury deliberations was intertwined with the absence of reasons. To require juries to give reasons for their decisions would alter the nature and the very essence of the system of jury trial as operated in Ireland.

**(c) The French Government**

80. In the French Government's submission, positive law did not require reasons to be given for the decisions of criminal courts that sat with lay juries, nor had it ever done so since the introduction of such courts. The essential peculiarities of assize court procedure lay in three fundamental principles: the oral and uninterrupted nature of proceedings and the rule of personal

conviction. Those characteristics, deriving directly from the participation of citizens in the act of judging, had in French law always militated against giving reasons for judgments delivered by assize courts. The principle that no reasons were to be given was unequivocally set forth in Article 353 of the Code of Criminal Procedure (“the CCP”), where it was linked to that of personal conviction, which was likewise made explicit: the jurors’ decision was not to be dictated by legal standards or rules but by the examination, through their “conscience” and “rational faculties”, of the evidence heard in the adversarial proceedings which they had attended. The French Court of Cassation took the view that the only legally admissible “reasoning” in the judgment of an assize court was constituted by the answers to the questions put to the jury and by the single words “yes” or “no”. There had been proposals to relax the principle of not including reasons, but the French Parliament had never adopted them.

81. Although one or more member States of the Council of Europe had introduced a system of giving reasons for decisions reached by a jury, that argument could not justify a departure from the Court’s case-law and form a basis for finding a violation of the Convention. The extreme diversity among legal systems as to the involvement of lay judges in trying certain criminal offences precluded a general assessment of a question such as the inclusion of reasons in decisions. The mere fact that a reform was adopted in a particular country did not mean that it had unanimous support there. Furthermore, an approach adopted in one system could not necessarily be transposed to another.

82. The French Government further argued that the Court should not extend its powers to harmonising the domestic law of the States Parties; to do so would disrupt legal systems and undermine both the authority of its own judgments and the normal democratic process in the member States. There was a great risk that departures from settled case-law might discredit not only the Court’s judgments but also the very concept of human rights. It was the Court’s task to ensure that developments in domestic legislation were in accordance with the Convention, but only with the utmost caution and a heightened sense of moderation could the Court take the place of the democratic process in altering legal systems that were rooted in individual States’ history and culture, especially after having previously held that those systems complied with the Convention. The departure from precedent by the Second Section of the Court had disrupted the normal functioning of the courts not only in Belgium but also in France. The risk that assize court proceedings that were currently in progress might have to be reopened, with the considerable organisational and, above all, human consequences that would entail, could not be ruled out.

## C. The Court's assessment

### 1. General principles

83. The Court notes that several Council of Europe member States have a lay jury system, guided by the legitimate desire to involve citizens in the administration of justice, particularly in relation to the most serious offences. The jury exists in a variety of forms in different States, reflecting each State's history, tradition and legal culture; variations may concern the number of jurors, the qualifications they require, the way in which they are appointed and whether or not any forms of appeal lie against their decisions (see paragraphs 43-60 above). This is just one example among others of the variety of legal systems existing in Europe, and it is not the Court's task to standardise them. A State's choice of a particular criminal-justice system is in principle outside the scope of the supervision carried out by the Court at European level, provided that the system chosen does not contravene the principles set forth in the Convention (see *Achour v. France* [GC], no. 67335/01, § 51, ECHR 2006-IV). Furthermore, in cases arising from individual petitions the Court's task is not to review the relevant legislation in the abstract. Instead, it must confine itself, as far as possible, to examining the issues raised by the case before it (see, among many other authorities, *N.C. v. Italy* [GC], no. 24952/94, § 56, ECHR 2002-X).

84. Accordingly, the institution of the lay jury cannot be called into question in this context. The Contracting States enjoy considerable freedom in the choice of the means calculated to ensure that their judicial systems are in compliance with the requirements of Article 6. The Court's task is to consider whether the method adopted to that end has led in a given case to results which are compatible with the Convention, while also taking into account the specific circumstances, the nature and the complexity of the case. In short, it must ascertain whether the proceedings as a whole were fair (see *Edwards v. the United Kingdom*, 16 December 1992, § 34, Series A no. 247-B, and *Stanford v. the United Kingdom*, 23 February 1994, § 24, Series A no. 282-A).

85. The Court observes that it has already had occasion to deal with applications concerning procedure in the assize courts. Thus, in *R. v. Belgium* (no. 15957/90, Commission decision of 30 March 1992, Decisions and Reports (DR) 72) the European Commission of Human Rights found that although no reasons had been given for the jury's finding of guilt, the President of the Assize Court had at least put questions to the jury beforehand concerning the facts of the case and the accused had been able to challenge the questions. The Commission considered that those precise

questions, some of which could be put at the request of the prosecution or the defence, formed a framework for the decision in issue and compensated sufficiently for the brevity of the jury's replies. The Commission rejected the application as being manifestly ill-founded. It followed a similar approach in *Zarouali v. Belgium* (no. 20664/92, Commission decision of 29 June 1994, DR 78-B) and *Planka v. Austria* (no. 25852/94, Commission decision of 15 May 1996, unreported).

86. In the *Papon* decision (cited above), the Court observed that the prosecution and the accused had been afforded the opportunity to challenge the questions put and to ask the president to put one or more additional questions to the jury. Noting that the jury had answered the 768 questions put by the President of the Assize Court, it considered that the questions formed a framework on which the decision had been based and that their precision sufficiently offset the fact that no reasons were given for the jury's answers. The Court dismissed as manifestly ill-founded the complaint concerning the lack of reasoning in the Assize Court's judgment.

87. In *Bellerin Lagares v. Spain* ((dec.), no. 31548/02, 4 November 2003), the Court observed that the impugned judgment – to which a record of the jury's deliberations had been attached – contained a list of the facts which the jury had held to be established in finding the applicant guilty, a legal analysis of those facts and, for sentencing purposes, a reference to the circumstances found to have had an influence on the applicant's degree of responsibility in the case at hand. It therefore found that the judgment in question had contained sufficient reasons for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention.

88. In *Goktepe* (cited above, § 28), the Court found a violation of Article 6 on account of the Assize Court's refusal to put distinct questions in respect of each defendant as to the existence of aggravating circumstances, thereby denying the jury the possibility of determining the applicant's individual criminal responsibility. In the Court's view, the fact that a court had not taken into account arguments on a vital issue with such serious consequences had to be considered incompatible with the adversarial principle, which lay at the heart of the notion of a fair trial. That conclusion was particularly compelling in the case at hand because the jurors had not been permitted to give reasons for their verdict (*ibid.*, § 29).

89. In the *Saric* decision (cited above), the Court held that the absence of reasons in a judgment, owing to the fact that the applicant's guilt had been determined by a lay jury, was not in itself contrary to the Convention.

90. It follows from the case-law cited above that the Convention does not require jurors to give reasons for their decision and that Article 6 does not preclude a defendant from being tried by a lay jury even where



reasons are not given for the verdict. Nevertheless, for the requirements of a fair trial to be satisfied, the accused, and indeed the public, must be able to understand the verdict that has been given; this is a vital safeguard against arbitrariness. As the Court has often noted, the rule of law and the avoidance of arbitrary power are principles underlying the Convention (see, among many other authorities, *mutatis mutandis*, *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 116, ECHR 2005-X). In the judicial sphere, those principles serve to foster public confidence in an objective and transparent justice system, one of the foundations of a democratic society (see *Suominen v. Finland*, no. 37801/97, § 37, 1 July 2003, and *Tatishvili v. Russia*, no. 1509/02, § 58, ECHR 2007-I).

91. In proceedings conducted before professional judges, the accused's understanding of his conviction stems primarily from the reasons given in judicial decisions. In such cases, the national courts must indicate with sufficient clarity the grounds on which they base their decisions (see *Hadjianastassiou v. Greece*, no. 12945/87, 16 December 1992, § 33, Series A no. 252). Reasoned decisions also serve the purpose of demonstrating to the parties that they have been heard, thereby contributing to a more willing acceptance of the decision on their part. In addition, they oblige judges to base their reasoning on objective arguments, and also preserve the rights of the defence. However, the extent of the duty to give reasons varies according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case (see *Ruiz Torija*, cited above, § 29). While courts are not obliged to give a detailed answer to every argument raised (see *Van de Hurk v. the Netherlands*, 19 April 1994, § 61, Series A no. 288), it must be clear from the decision that the essential issues of the case have been addressed (see *Boldea v. Romania*, no. 19997/02, § 30, 15 February 2007).

92. In the case of assize courts sitting with a lay jury, any special procedural features must be accommodated, seeing that the jurors are usually not required – or not permitted – to give reasons for their personal convictions (see paragraphs 85-89 above). In these circumstances likewise, Article 6 requires an assessment of whether sufficient safeguards were in place to avoid any risk of arbitrariness and to enable the accused to understand the reasons for his conviction (see paragraph 90 above). Such procedural safeguards may include, for example, directions or guidance provided by the presiding judge to the jurors on the legal issues arising or the evidence adduced (see paragraphs 43 et seq. above), and precise, unequivocal questions put to the jury by the judge, forming a framework on which the verdict is based or sufficiently offsetting the fact that no reasons are given for the jury's answers (see *Papon*, cited above). Lastly, regard must be had to any avenues of appeal open to the accused.

## 2. *Application of the above principles to the present case*

93. In the present case, it should be noted that in his submissions before the Court the applicant complained that no reasons had been given for the guilty verdict in his case and that no appeal lay against the Assize Court's decision. As has been reiterated (see paragraph 89 above), the absence of a reasoned verdict by a lay jury does not in itself constitute a breach of the accused's right to a fair trial. Seeing that compliance with the requirements of a fair trial must be assessed on the basis of the proceedings as a whole and in the specific context of the legal system concerned, the Court's task in reviewing the absence of a reasoned verdict is to determine whether, in the light of all the circumstances of the case, the proceedings afforded sufficient safeguards against arbitrariness and made it possible for the accused to understand why he was found guilty. In doing so, it must bear in mind that it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies (see *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008).

94. In the instant case, the applicant was charged with the murder of an honorary minister and the attempted murder of the latter's partner. However, neither the indictment nor the questions to the jury contained sufficient information as to the applicant's involvement in the commission of the offences of which he was accused.

95. With regard, firstly, to the indictment drawn up by the Principal Public Prosecutor, the CCP provides that it should indicate the nature of the offence forming the basis of the charge and any circumstances that may cause the sentence to be increased or reduced, and that it must be read out at the start of the trial (see paragraph 26 above). Admittedly, the accused may challenge the indictment by filing a statement of defence, but in practice the statement will have only limited effect since it is filed at the start of the proceedings, before the trial itself, which must serve as the basis for the jurors' personal conviction. The value of such a statement for a convicted defendant's understanding of why the jury has reached a guilty verdict is therefore limited. In the instant case an analysis of the indictment of 12 August 2003 shows that it contained a detailed sequence of the police and judicial investigations and the many contradictory statements made by the co-accused. Although it mentioned each of the offences with which the applicant was charged, it did not indicate which items of evidence the prosecution could use against him.

96. Furthermore, in order to be able to reach a verdict, the jury had to answer thirty-two questions put by the President of the Assize Court. The applicant, who was appearing in court with seven co-defendants, was

concerned by only four of the questions, each of which was answered by the jury in the affirmative (see paragraph 15 above). The questions, which were succinctly worded and were identical for all the defendants, did not refer to any precise and specific circumstances that could have enabled the applicant to understand why he was found guilty. In that respect the present case differs from the *Papon* case (cited above), in which the Assize Court referred to the jury's answers to each of the 768 questions put by the court's president and also to the description of the facts held to have been established and the Articles of the Criminal Code which had been applied (see paragraph 86 above).

97. It follows that, even in conjunction with the indictment, the questions put in the present case did not enable the applicant to ascertain which of the items of evidence and factual circumstances discussed at the trial had ultimately caused the jury to answer the four questions concerning him in the affirmative. Thus, the applicant was unable, for example, to make a clear distinction between the co-defendants as to their involvement in the commission of the offence; to ascertain the jury's perception of his precise role in relation to the other defendants; to understand why the offence had been classified as premeditated murder (*assassinat*) rather than murder (*meurtre*); to determine what factors had prompted the jury to conclude that the involvement of two of the co-defendants in the alleged acts had been limited, carrying a lesser sentence; or to discern why the aggravating factor of premeditation had been taken into account in his case as regards the attempted murder of A.C.'s partner. This shortcoming was all the more problematic because the case was both factually and legally complex and the trial lasted more than two months, from 17 October 2003 to 7 January 2004, during which time many witnesses and experts gave evidence.

98. In this connection, it should be emphasised that precise questions to the jury were an indispensable requirement in order for the applicant to understand any guilty verdict reached against him. Furthermore, since the case involved more than one defendant, the questions should have been geared to each individual as far as possible.

99. Lastly, it should be noted that the Belgian system makes no provision for an ordinary appeal against judgments of the Assize Court. An appeal to the Court of Cassation concerns points of law alone and accordingly does not provide the accused with adequate clarification of the reasons for his conviction. As regards Article 352 of the CCP, which provides that if the jurors have made a substantive error, the Assize Court must stay the proceedings and adjourn the case until a later session for consideration by a new jury, that option, as recognised by the Government (see paragraph 31 above), is used only rarely.

100. In conclusion, the applicant was not afforded sufficient safeguards enabling him to understand why he was found guilty. Since the proceedings were not fair, there has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 3 (D) OF THE CONVENTION

101. The applicant complained that he had not been able at any stage of the proceedings to examine the anonymous witness or have him examined. He alleged a violation of Article 6 § 3 (d), which provides:

“3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...”

102. The Court notes that this complaint is closely linked to the facts which led it to find a violation of Article 6 § 1. In the absence of any reasons for the verdict, it is impossible to ascertain whether or not the applicant’s conviction was based on the information supplied by the anonymous witness. In those circumstances, the Court considers that it is not necessary to examine separately the complaint of a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.

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

103. 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**

104. As he had done before the Chamber, the applicant sought an award of 100,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

105. The Government submitted that the sum of EUR 4,000 awarded by the Chamber under that head in its judgment of 13 January 2009 was “perfectly reasonable”.

106. The Grand Chamber, making its assessment on an equitable basis, awards the applicant EUR 4,000 in respect of non-pecuniary damage.

107. The Court further notes that the Law of 1 April 2007 has amended the Code of Criminal Procedure to allow applicants to seek the reopening of their trial where the Court has found a violation in their case (see paragraphs 38 et seq. above and, *mutatis mutandis*, *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV).

### **B. Costs and expenses**

108. With regard to costs and expenses, the Court notes that the Chamber decided to award the applicant EUR 8,173.22, an amount which was not contested by the Government. In respect of the proceedings before the Grand Chamber, the applicant received EUR 1,755.20 in legal aid from the Council of Europe. Accordingly, the Court confirms the amount of EUR 8,173.22 awarded by the Chamber.

### **C. Default interest**

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

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds* that it is not necessary to examine separately the complaint of a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention on account of the failure to examine the anonymous witness;
3. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts:
    - (i) EUR 4,000 (four thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 8,173.22 (eight thousand one hundred and seventy-three euros and twenty-two cents), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 November 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 Judge Jebens is annexed to this judgment.

J.-P.C.  
M.O'B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE JEBENS

I agree that there has been a violation of Article 6 § 1 in respect of the applicant's conviction, and I also agree with the reasoning in the judgment. However, I would like to clarify my own view on the Court's application of Article 6 of the Convention in cases relating to jury trials by adding the following.

1. My point of departure is that, while Article 6 § 1 secures the right to a fair trial in criminal proceedings, it provides limited assistance with regard to the contents of the fair-trial guarantee. This was a deliberate choice by the drafters of the Convention, in acknowledgment of the diversity among European legal systems and the fact that a fair trial in criminal cases can be secured within each system. The Contracting States have therefore been afforded a margin of appreciation in organising their judicial procedures, and the Court must for the same reasons apply the principle of subsidiarity in this respect.

2. It furthermore transpires from the Court's case-law that, when applying the fair-trial test in jury cases, the Court ensures that the operation of the jury system is governed by certain procedural guarantees which it regards as sufficient in order to secure a fair trial. These guarantees include, in particular, the inclusion in the indictment and questions to the jury of an accurate description of the relevant facts and the applicable legal provisions, both of which are necessary in order to clarify the legal basis on which the conviction of the accused is sought, and the assumption of a central role by the presiding judge in ensuring that the trial proceedings are conducted in a fair manner and that proper instructions are given to the jury.

3. The question of whether the right to a fair trial has been attained in a jury case must therefore be addressed on the basis of the peculiarities of that system, notably the fact that jury verdicts are not accompanied by reasons. For the Court to require juries to give reasons for their verdicts would therefore not only contradict its case-law, but would also, more importantly, undermine the very existence of the jury system, and thereby impermissibly trespass on the State's prerogative to choose its criminal-justice system.

4. Following the Chamber's judgment in this case, Belgium passed the Assize Court Reform Act, which requires the Assize Court to state the main reasons for the conviction of the indicted person, the reasons being formulated by the members of the court and the jury. Another example of national courts' attempts to comply with the Chamber judgment is that in Norway the High Courts have been required by the Supreme Court, in exceptional cases, to state which evidence was decisive for the conviction or

to present the reasons for the conviction, these explanations to be given by the judges alone, without the participation of members of the jury. Bearing in mind that in both the above-mentioned situations the verdict is reached by the jury and that the judges have not taken part in the deliberations, it is in my view questionable whether such accommodations can be seen as truly reflecting the opinion of the jurors and providing the accused person with any more clarity than an unreasoned verdict.

5. These newly established practices reflect the uncertainty and lack of foreseeability which the Chamber judgment in the present case has caused in some States as to whether and how to provide reasons for jury verdicts. This is in my view another reason why the Court should not question the operation of the jury system as such, but examine whether sufficient procedural guarantees were in place in the particular case before it.



A, B AND C v. IRELAND  
(*Application no. 25579/05*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 DECEMBER 2010<sup>1</sup>

---

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.



SUMMARY<sup>1</sup>**Restrictions on obtaining an abortion in Ireland****Article 8**

*Private life – Restrictions on obtaining an abortion in Ireland – Interference – Legitimate aim – Protection of morals – Margin of appreciation – Prohibition of abortion in respondent State for health and well-being reasons – Legislation ensuring provision of information and counselling about abortion services available abroad and of appropriate medical care – Abortion on ground of risk to mother’s life – Absence of effective and accessible procedures for determining whether applicant qualified for lawful abortion – Positive obligations – Failure to introduce legislation or regulations to remove legal uncertainty*

\*

\*   \*

Abortion is prohibited under Irish criminal law by sections 58 and 59 of the Offences Against the Person Act 1861. A referendum held in 1983 resulted in the adoption of Article 40.3.3 of the Irish Constitution (the Eighth Amendment) whereby the State acknowledged the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guaranteed to respect the mother in national laws. That provision was interpreted by the Supreme Court in its seminal judgment in *The Attorney General v. X and Others* [1992] 1 IR 1 (“the X case”) as meaning that abortion in Ireland was lawful if there was a real and substantial risk to the life of the mother which could only be avoided by termination of her pregnancy. The Supreme Court stated at the time that it found it regrettable that the legislature had not enacted legislation regulating that constitutionally guaranteed right. A further referendum in 1992 resulted in the Thirteenth and Fourteenth Amendments to the Constitution, which lifted a previously existing ban on travelling abroad for abortion and allowed information about lawfully available abortions abroad to be disseminated in Ireland.

All three applicants were resident in Ireland at the material time, had become pregnant unintentionally and had decided to have an abortion as they considered that their personal circumstances did not permit them to take their pregnancies to term. The first applicant was an unemployed single mother. Her four young children were in foster care and she feared that having another child would jeopardise her chances of regaining custody after sustained efforts on her part to overcome an

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

alcohol-related problem. The second applicant did not wish to become a single parent. Although she had also received medical advice that she was at risk of an ectopic pregnancy, that risk had been discounted before she had the abortion. The third applicant, a cancer patient, was unable to find a doctor willing to advise whether her life would be at risk if she continued to term or how the foetus might have been affected by contraindicated medical tests she had undergone before discovering she was pregnant. As a result of the restrictions in Ireland all three applicants were forced to seek an abortion in a private clinic in England in what they described as an unnecessarily expensive, complicated and traumatic procedure. The first applicant was forced to borrow money from a money lender, while the third applicant, despite being in the early stages of pregnancy, had to wait for eight weeks for a surgical abortion as she could not find a clinic willing to provide a medical abortion (drug-induced miscarriage) to a non-resident because of the need for follow-up. All three applicants experienced complications on their return to Ireland, but were afraid to seek medical advice there because of the restrictions on abortion.

In their applications to the European Court, the first and second applicants complained that they were not entitled to abortion in Ireland as Irish law did not allow abortion for reasons of health and/or well-being, but solely when there was an established risk to the mother's life. The third applicant complained that, although she believed her pregnancy put her life at risk, there was no law or procedure through which she could have established that and so obviate the risk of prosecution if she had an abortion in Ireland.

*Held*

Article 8: While Article 8 could not be interpreted as conferring a right to abortion, the first and second applicants' inability to obtain an abortion in Ireland for reasons of health and/or well-being, and the third applicant's alleged inability to establish her eligibility for a lawful abortion in Ireland, came within the scope of their right to respect for their private lives.

(a) First and second applicants: Having regard to the broad concept of private life within the meaning of Article 8, including the right to personal autonomy and to physical and psychological integrity, the prohibition of the termination, for reasons of health and/or well-being, of the first and second applicants' pregnancies amounted to an interference with their right to respect for their private lives. That interference was in accordance with the law and pursued the legitimate aim of the protection of the profound moral values of a majority of the Irish people as reflected in the 1983 referendum.

In view of the acute sensitivity of the moral and ethical issues raised, a broad margin of appreciation was, in principle, to be accorded to the Irish State in determining whether a fair balance had been struck between the protection accorded under Irish law to the right to life of the unborn and the conflicting rights of the first and

second applicants to respect for their private lives. Although there was a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States towards allowing abortion on broader grounds than those accorded under Irish law, that consensus did not decisively narrow the broad margin of appreciation of the State. Since there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life and since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother were inextricably interconnected, the margin of appreciation accorded to the State as regards how it protected the unborn necessarily translated into a margin of appreciation as to how it balanced the conflicting rights of the mother.

A choice had emerged from the lengthy, complex and sensitive debate in Ireland as regards the content of its abortion laws. While Irish law prohibited abortion in Ireland for health and well-being reasons, it allowed women the option of seeking an abortion abroad. Legislative measures had been adopted to ensure the provision of information and counselling about the options available, including abortion services abroad, and to ensure any necessary medical treatment both before and after an abortion. The importance of the role of doctors in providing information and their obligation to provide all appropriate medical care, notably post abortion, were emphasised in the Crisis Prevention Agency's work and documents and in professional medical guidelines. The first two applicants had not demonstrated that they had lacked relevant information or necessary medical care as regards their abortions.

Accordingly, regard being had to the right to travel abroad for an abortion lawfully, with access to appropriate information and medical care in Ireland, the prohibition in Ireland of abortion for health and well-being reasons, based on the profound moral views of the Irish people, had not exceeded the State's margin of appreciation. The impugned prohibition had thus struck a fair balance between the first and second applicants' right to respect for their private lives and the rights invoked on behalf of the unborn.

Conclusion: no violation in respect of first and second applicants (eleven votes to six).

(b) Third applicant: The third applicant's complaint concerned the respondent State's alleged failure to introduce a procedure by which she could have established whether she was eligible for a lawful abortion in Ireland on the ground of a risk to her life. She had a rare form of cancer and, on discovering she was pregnant, had feared for her life as she believed that her pregnancy increased the risk of her cancer returning and that she would not obtain treatment in Ireland while pregnant. The Court considered that the establishment of any such relevant risk to her life caused by her pregnancy clearly concerned fundamental values and essential aspects of her right to respect for her private life.

There were a number of concerns regarding the effectiveness of the only non-judicial means of determining such a risk – the ordinary medical consultation process – on which the Government had relied. The first of these was that the

ground upon which a woman could seek a lawful abortion in Ireland – a real and substantial risk to life which could only be avoided by a termination of the pregnancy – was expressed in broad terms. No criteria or procedures had been laid down in Irish law governing how that risk was to be measured or determined. Nor was there any framework in place to resolve, in a legally binding way, differences of opinion between a woman and her doctor or between different doctors. Against this background of substantial uncertainty, it was evident that the criminal provisions of the 1861 Act would constitute a significant chilling factor for both women and doctors in the medical consultation process, with women risking conviction and doctors risking both conviction and disciplinary action.

As to the judicial procedures that had been proposed by the Government, a constitutional action to determine the third applicant's eligibility for a lawful abortion in Ireland was not an effective means of protecting her right to respect for her private life. Constitutional courts were not the appropriate forum for the primary determination, which would largely be based on medical evidence, of whether a woman qualified for an abortion and it was inappropriate to require women to take on such complex constitutional proceedings when their underlying constitutional right to an abortion in the case of a qualifying risk to life was not disputable. Nor was it clear how an order requiring doctors to carry out an abortion would be enforced. As to the Government's submission that the third applicant could have made an application under the European Convention on Human Rights Act 2003 for a declaration of incompatibility of the relevant provisions of the 1861 Act and damages, such a declaration placed no legal obligation on the State to amend domestic law and could not form the basis of an obligatory award of monetary compensation.

Consequently, neither the medical consultation nor the litigation options constituted effective and accessible procedures that would allow the third applicant to establish her right to a lawful abortion in Ireland. The uncertainty generated by the lack of legislative implementation of Article 40.3.3 of the Constitution and by the lack of effective and accessible procedures to establish a right to an abortion had resulted in a striking discordance between the theoretical right to a lawful abortion in Ireland and the reality of its practical implementation. No convincing explanation had been forthcoming for the failure to implement Article 40.3.3, despite recognition that further legal clarity was required. In sum, the authorities had failed to comply with their positive obligation to secure to the third applicant effective respect for her private life by reason of the absence of any implementing legislative or regulatory regime providing an accessible and effective procedure by which she could have established whether she qualified for a lawful abortion in Ireland.

Conclusion: violation in respect of the third applicant (eleven votes to six).

Article 41: The Court made an award to the third applicant in respect of non-pecuniary damage.

**Case-law cited by the Court**

- Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24  
*Brüggenmann and Scheuten v. Germany*, no. 6959/75, Commission decision of 19 May 1976, Decisions and Reports 5  
*Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26  
*Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A no. 31  
*Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32  
*Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45  
*Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, Series A no. 61  
*X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, Series A no. 91  
*Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Series A no. 106  
*Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, Series A no. 133  
*Gaskin v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 160  
*Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161  
*B. v. France*, 25 March 1992, Series A no. 232-C  
*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, Series A no. 246-A  
*Whiteside v. the United Kingdom* (dec.), no. 20357/92, 7 March 1994  
*Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, Series A no. 290  
*Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, 19 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I  
*X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, *Reports* 1997-II  
*Botta v. Italy*, 24 February 1998, *Reports* 1998-I  
*McGinley and Egan v. the United Kingdom*, 9 June 1998, *Reports* 1998-III  
*Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, ECHR 1999-II  
*Smith and Grady v. the United Kingdom* (just satisfaction), nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 2000-IX  
*Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I  
*Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*Hobbs v. the United Kingdom* (dec.), no. 63684/00, 18 June 2002  
*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI  
*L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I  
*Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, ECHR 2003-III  
*Sentges v. the Netherlands* (dec.), no. 27677/02, 8 July 2003  
*Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, ECHR 2004-II  
*Vó v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII  
*Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), no. 14462/03, ECHR 2005-I  
*Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X  
*Tysic v. Poland* (dec.), no. 5410/03, 7 February 2006  
*D. v. Ireland* (dec.), no. 26499/02, 27 June 2006

*Tysic v. Poland*, no. 5410/03, ECHR 2007-I

*Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I

*Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, ECHR 2008

*Sejdi and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06,  
ECHR 2009

*Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, ECHR 2010

*S.H. and Others v. Austria*, no. 57813/00, 1 April 2010

*Carabulea v. Romania*, no. 45661/99, 13 July 2010

*McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, 10 September 2010



**In the case of A, B and C v. Ireland,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Giovanni Bonello,

Corneliu Bîrsan,

Elisabet Fura,

Alvina Gyulumyan,

Khanlar Hajiyev,

Egbert Myjer,

Päivi Hirvelä,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou,

Luis López Guerra,

Mihai Poalelungi, *judges*,

Mary Finlay Geoghegan, *ad hoc judge*,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 9 December 2009 and on 13 September 2010,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 25579/05) against Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Irish nationals, Ms A and Ms B, and by a Lithuanian national, Ms C, (“the applicants”), on 15 July 2005. The President of the Chamber acceded to the applicants’ request not to have their names disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicants were represented by Ms J. Kay, a lawyer with the Irish Family Planning Association, a non-governmental organisation based in Dublin. The Irish Government (“the Government”) were represented by their Agents, Ms P. O’Brien and, subsequently, Mr P. White, both of the Department of Foreign Affairs, Dublin.

3. The first two applicants principally complained under Article 8 about, *inter alia*, the prohibition of abortion for health and well-being reasons in Ireland and the third applicant's main complaint concerned the same Article and the alleged failure to implement the constitutional right to an abortion in Ireland in the case of a risk to the life of the woman.

4. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1). On 6 May 2008 a Chamber of that Section, composed of Josep Casadevall, President, Elisabet Fura, Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele and Luis López Guerra, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, communicated the case to the respondent Government.

5. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits. Third-party comments were also received from the Lithuanian Government, who had exercised their right to intervene (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1 (b)). Leave having been accorded by the President of the Section to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2), numerous third-party submissions were also received: joint observations from the European Centre for Law and Justice in association with Kathy Sinnott (Member of the European Parliament), the Family Research Council (Washington D.C.) and the Society for the Protection of Unborn Children (London); observations from the Pro-Life Campaign; joint observations from Doctors for Choice (Ireland) and the British Pregnancy Advisory Service; and joint observations from the Center for Reproductive Rights and the International Reproductive and Sexual Health Law Programme.

6. On 7 July 2009 the Chamber relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72). The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

7. Judge Ann Power, the judge elected in respect of Ireland, withdrew from sitting in the Grand Chamber (Rule 28). The Government appointed Mr Justice Nicolas Kearns and, following his withdrawal due to a judicial appointment in Ireland, Ms Justice Mary Finlay Geoghegan to sit as an *ad hoc* judge (former Article 27 § 2, now Article 26 § 4 of the Convention, and Rule 29 § 1). At the first deliberations, Judge George Nicolaou replaced Judge Peer Lorenzen, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 3).

8. The applicants and the Government each filed a memorial on the admissibility and on the merits with the Grand Chamber. The Lithuanian Government did not make further observations before the Grand Chamber and their, as well as the above-described other third-party submissions to the Chamber, were included in the Grand Chamber's file.

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 9 December 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr P. White,	<i>Agent,</i>
Mr P. Gallagher, Attorney General,	
Mr D. O'Donnell, Senior Counsel,	
Mr B. Murray, Senior Counsel,	<i>Counsel,</i>
Ms C. O'Rourke,	
Ms G. Luddy,	
Ms S. Farrell,	
Ms B. McDonnell,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Ms J. Kay,	
Ms C. Stewart, Senior Counsel,	<i>Counsel.</i>

10. The Court heard addresses by Mr Gallagher S.C. and Mr O'Donnell S.C. for the Government and by Ms Kay and Ms Stewart S.C. for the applicants.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. The applicants reside in Ireland and are women over 18 years of age.

12. The facts, as submitted by the applicants, are summarised immediately below. The Government's position was that these factual submissions were general, unsubstantiated and untested either by a domestic court, or through any other form of interaction with the Irish State, and they made further factual submissions as regards each applicant (summarised at paragraphs 115-18 and 122 below).

#### **A. The first applicant (A)**

13. On 28 February 2005 the first applicant travelled to England for an abortion as she believed that she was not entitled to an abortion in Ireland. She was nine and a half weeks pregnant.

14. She had become pregnant unintentionally, believing her partner to be infertile. At the time she was unmarried, unemployed and living in poverty. She had four young children. The youngest was disabled and all four children were in foster care as a result of problems she had experienced as an alcoholic. She had a history of depression during her first four pregnancies, and was battling depression at the time of her fifth pregnancy. During the year preceding her fifth pregnancy, she had remained sober and had been in constant contact with social workers with a view to regaining custody of her children. She considered that a further child at that moment of her life (with its attendant risk of post-natal depression and to her sobriety) would jeopardise her health and the successful reunification of her family. She decided to travel to England to have an abortion.

15. Delaying the abortion for three weeks, the first applicant borrowed the minimum amount of money for treatment in a private clinic and travel from a money-lender (650 euros (EUR)) at a high interest rate. She felt she had to travel to England alone and in secrecy, without alerting the social workers and without missing a contact visit with her children.

16. She travelled back to Ireland by plane the day after the abortion for her contact visit with her youngest child. While she had initially submitted that she was afraid to seek medical advice on her return to Ireland, she subsequently clarified that on the train returning from Dublin she began to bleed profusely and an ambulance met the train. At a nearby hospital she underwent a dilation and curettage. She claims she experienced pain, nausea and bleeding for weeks thereafter but did not seek further medical advice.

17. Following the introduction of the present application, the first applicant became pregnant again and gave birth to her fifth child. She is struggling with depression and has custody of three of her children whilst two (including the disabled child) remain in care. She maintained that an abortion was the correct decision for her in 2005.

## **B. The second applicant (B)**

18. On 17 January 2005 the second applicant travelled to England for an abortion believing that she was not entitled to an abortion in Ireland. She was seven weeks pregnant.

19. The second applicant became pregnant unintentionally. She had taken the “morning-after pill” and was advised by two different doctors that there was a substantial risk of an ectopic pregnancy (a condition which cannot be diagnosed until six to ten weeks of pregnancy). She was certain of her decision to travel to England for an abortion since she could not care for a child on her own at that time of her life. She waited several weeks until the counselling centre in Dublin opened after Christmas. She had difficulty

meeting the costs of the travel and, not having a credit card, used a friend's credit card to book the flights. She accepted that, by the time she travelled to England, it had been confirmed that the pregnancy was not ectopic.

20. Once in England she did not list anyone as her next of kin or give an Irish address so as to be sure her family would not learn of the abortion. She travelled alone and stayed in London the night before the procedure to avoid missing her appointment as well as the night of the procedure, as she would have arrived back in Dublin too late for public transport and the medication rendered her unfit to drive home from Dublin airport. The clinic advised her to inform Irish doctors that she had had a miscarriage.

21. On her return to Ireland she started passing blood clots and two weeks later, being unsure of the legality of having travelled for an abortion, sought follow-up care in a clinic in Dublin affiliated to the English clinic.

### **C. The third applicant (C)**

22. On 3 March 2005 the third applicant had an abortion in England believing that she could not establish her right to an abortion in Ireland. She was in her first trimester of pregnancy at the time.

23. Prior to that, she had undergone three years of chemotherapy for a rare form of cancer. She had asked her doctor before the treatment about the implications of her illness as regards her desire to have children and was advised that it was not possible to predict the effect of pregnancy on her cancer and that, if she did become pregnant, it would be dangerous for the foetus if she were to have chemotherapy during the first trimester.

24. The cancer went into remission and the applicant unintentionally became pregnant. She was unaware of this fact when she underwent a series of tests for cancer, contraindicated during pregnancy. When she discovered she was pregnant, the applicant consulted her General Practitioner (GP) as well as several medical consultants. She alleged that, as a result of the chilling effect of the Irish legal framework, she received insufficient information as to the impact of the pregnancy on her health and life and of her prior tests for cancer on the foetus.

25. She therefore researched the risks on the Internet. Given the uncertainty about the risks involved, the third applicant travelled to England for an abortion. She maintained that she wanted a medical abortion (drug-induced miscarriage) as her pregnancy was at an early stage but that she could not find a clinic which would provide this treatment as she was a non-resident and because of the need for follow-up. She therefore alleged she had to wait a further eight weeks until a surgical abortion was possible.

26. On returning to Ireland after the abortion, the third applicant suffered complications as a result of an incomplete abortion, including

prolonged bleeding and infection. She alleges that doctors provided inadequate medical care. She consulted her own GP several months after the abortion and her GP made no reference to the fact that she was visibly no longer pregnant.

## II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

### A. Article 40.3.3 of the Irish Constitution

27. The courts are the custodians of the rights set out in the Constitution and their powers are as ample as the defence of the Constitution requires (*The State (Quinn) v. Ryan* [1965] IR 70). In his judgment in *The People v. Shaw* ([1982] IR 1), Mr Justice Kenny observed:

“The obligation to implement [the guarantee of Article 40.3] is imposed not on the Oireachtas [Parliament] only, but on each branch of the State which exercises the powers of legislating, executing and giving judgment on those laws: Article 6. The word ‘laws’ in Article [40.3] is not confined to laws which have been enacted by the Oireachtas, but comprehends the laws made by judges and by ministers of State when they make statutory instruments or regulations.”

#### 1. *The legal position prior to the Eighth Amendment of the Constitution*

28. Prior to the adoption of the Eighth Amendment to the Constitution in 1983, Article 40.3 of the Constitution read as follows:

“1. The State guarantees in its laws to respect and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen.

2. The State shall, in particular, by its laws protect as best it may from unjust attack and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name and property rights of every citizen.”

29. Certain judgments relied upon Article 40.3 and other Articles of the Constitution to recognise the right to life of the unborn and to suggest that the Constitution implicitly prohibited abortion (*McGee v. the Attorney General* [1974] IR 284; *G v. An Bord Uchtála* [1980] IR 32; and *Finn v. the Attorney General* [1983] IR 154).

30. Abortion is also prohibited under the criminal law by section 58 (as amended) of the Offences Against the Person Act 1861 (“the 1861 Act”):

“Every woman, being with child, who, with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, and whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or be not with child, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means

whatsoever with the like intent, shall be guilty of a felony, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude for life ...”

Section 59 of the 1861 Act states as follows:

“Whoever shall unlawfully supply or procure any poison or other noxious thing, or any instrument or thing whatsoever, knowing that the same is intended to be unlawfully used or employed with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or be not with child, shall be guilty of a misdemeanour ...”

31. Section 58 of the Civil Liability Act 1961 (“the 1961 Act”) provides that “the law relating to wrongs shall apply to an unborn child for his protection in like manner as if the child were born, provided the child is subsequently born alive”.

32. Section 10 of the Health (Family Planning) Act 1979 re-affirms the statutory prohibition of abortion and states as follows:

“Nothing in this Act shall be construed as authorising—

- (a) the procuring of abortion,
- (b) the doing of any other thing the doing of which is prohibited by section 58 or 59 of the Offences Against the Person Act, 1861 (which sections prohibit the administering of drugs or the use of any instruments to procure abortion or the supplying of drugs or instruments to procure abortion), or
- (c) the sale, importation into the State, manufacture, advertising or display of abortifacients.”

33. Article 50.1 of the Irish Constitution makes provision for the continuation of laws, such as the 1861 Act, which were in force on the adoption of the Constitution in 1937 as follows:

“Subject to this Constitution and to the extent to which they are not inconsistent therewith, the laws in force in [Ireland] immediately prior to the date of the coming into operation of this Constitution shall continue to be of full force and effect until the same or any of them shall have been repealed or amended by enactment of [Parliament].”

34. The meaning of section 58 of the 1861 Act was considered in England and Wales in *R. v. Bourne* ([1939] 1 KB 687), where the defendant had carried out an abortion on a minor, pregnant as a result of multiple rape. Macnaghten J. accepted that abortion to preserve the life of a pregnant woman was not unlawful and, further, where a doctor was of the opinion that the woman’s physical or mental health would be seriously harmed by continuing with the pregnancy, he could properly be said to be operating for the purpose of preserving the life of the mother. This principle was not, however, applied by the Irish courts. In the case of *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd v. Grogan and Others* ([1989] IR 753), Keane J. maintained that “the preponderance of judicial opinion in this country

would suggest that the *Bourne* approach could not have been adopted ... consistently with the Constitution prior to the Eighth Amendment”.

## 2. *The Eighth Amendment to the Constitution (1983)*

35. In the early 1980s there was some concern about the adequacy of existing provisions concerning abortion and the possibility of abortion being deemed lawful by judicial interpretation. There was some debate as to whether the Supreme Court would follow the course adopted in England and Wales in *Bourne* (cited above) or in the United States of America in *Roe v. Wade* (410 US 113 (1973)).

36. A referendum was held in 1983, resulting in the adoption of a provision which became Article 40.3.3 of the Irish Constitution, the Eighth Amendment (53.67% of the electorate voted with 841,233 votes in favour and 416,136 against). Article 40.3.3 reads as follows:

“The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right ...”

## 3. *The Attorney General v. X and Others [1992] 1 IR 1 (“the X case”)*

### (a) **Prior to the X case**

37. A number of cases then came before the courts concerning the interpretation of the Eighth Amendment and the provision of information on or referral to abortion services available in other countries.

38. In 1986 the Society for the Protection of Unborn Children (SPUC) obtained an injunction restraining two organisations (Open Door Counselling and the Dublin Well Woman Centre) from furnishing women with information which encouraged or facilitated an abortion. The Supreme Court held (see *The Attorney General (SPUC) v. Open Door Counselling Ltd.* [1988] IR 593) that it was unlawful to disseminate information, including contact information, about foreign abortion services, which had the effect of facilitating the commission of an abortion (see also *SPUC (Ireland) v. Grogan and Others*, cited above). These two organisations then complained about restraints on their freedom to impart and receive information and a violation of Article 10 of the Convention was established by this Court (see *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, Series A no. 246-A (“the *Open Door* case”)).



**(b) Judgment of the Supreme Court in the *X* case**

39. The interpretation of the Eighth Amendment was considered in the seminal judgment in the *X* case. *X* was 14 years of age when she became pregnant as a result of rape. Her parents arranged for her to have an abortion in the United Kingdom and asked the Irish police whether it would be possible to have scientific tests carried out on retrieved foetal tissue with a view to determining the identity of the rapist. The Director of Public Prosecutions was consulted who, in turn, informed the Attorney General. On 7 February 1992 an interim injunction was granted *ex parte* on the application of the Attorney General restraining *X* from leaving the jurisdiction or from arranging or carrying out a termination of the pregnancy. *X* and her parents returned from the United Kingdom to contest the injunction.

40. On 26 February 1992, on appeal, a majority (Finlay C.J., McCarthy J., Egan J. and O’Flaherty J., with Hederman J. dissenting) of the Supreme Court discharged the injunction.

41. The Chief Justice noted that no interpretation of the Constitution was intended to be final for all time (citing the domestic case of *McGee*, see paragraph 29 above), which statement was “peculiarly appropriate and illuminating in the interpretation of [the Eighth Amendment] which deals with the intimate human problem of the right of the unborn to life and its relationship to the right of the mother of an unborn child to her life”. He went on:

“36. Such a harmonious interpretation of the Constitution carried out in accordance with concepts of prudence, justice and charity, ... leads me to the conclusion that in vindicating and defending as far as practicable the right of the unborn to life but at the same time giving due regard to the right of the mother to life, the Court must, amongst the matters to be so regarded, concern itself with the position of the mother within a family group, with persons on whom she is dependent, with, in other instances, persons who are dependent upon her and her interaction with other citizens and members of society in the areas in which her activities occur. Having regard to that conclusion, I am satisfied that the test proposed on behalf of the Attorney General that the life of the unborn could only be terminated if it were established that an inevitable or immediate risk to the life of the mother existed, for the avoidance of which a termination of the pregnancy was necessary, insufficiently vindicates the mother’s right to life.

37. I, therefore, conclude that the proper test to be applied is that if it is established as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, which can only be avoided by the termination of her pregnancy, such termination is permissible, having regard to the true interpretation of Article [40.3.3] of the Constitution.”

42. Considering that a suicide risk had to be taken into account in reconciling the right to life of the mother and the unborn, the Chief Justice continued:

“44. I am, therefore, satisfied that on the evidence before the learned trial judge, which was in no way contested, and on the findings which he has made, that the defendants have satisfied the test which I have laid down as being appropriate and have established, as a matter of probability, that there is a real and substantial risk to the life of the mother by self-destruction which can only be avoided by termination of her pregnancy.”

43. Similar judgments on the substantive issue were delivered by three other judges. McCarthy J. noted that “the right of the girl here is a right to a life in being; the right of the unborn is to a life contingent; contingent on survival in the womb until successful delivery”. He went on:

“141. ... In my view, the true construction of the [Eighth] Amendment ... is that, paying due regard to the equal right to life of the mother, when there is a real and substantial risk attached to her survival not merely at the time of application but in contemplation at least throughout the pregnancy, then it may not be practicable to vindicate the right to life of the unborn. It is not a question of a risk of a different order of magnitude; it can never be otherwise than a risk of a different order of magnitude.

142. On the facts of the case, which are not in contest, I am wholly satisfied that a real and substantial risk that the girl might take her own life was established; it follows that she should not be prevented from having a medical termination of pregnancy.”

44. McCarthy J. commented in some detail on the lack of legislation implementing Article 40.3.3. He noted in the above-cited *Grogan* case, that he had already pointed out that no relevant legislation had been enacted since the Eighth Amendment came into force, the direct criminal-law ban on abortion still deriving from the 1861 Act. He also noted that the Chief Justice had pointed out in the above-cited *Open Door* case that it was “unfortunate that the [Parliament] has not enacted any legislation at all in respect of this constitutionally guaranteed right”.

Having noted that Article 40.3.3 envisaged a lawful abortion in the State and thereby qualified section 58 of the 1861 Act (which had made abortion for any purpose unlawful), he continued:

“... I agree with the Chief Justice that the want of legislation pursuant to the amendment does not in any way inhibit the courts from exercising a function to vindicate and defend the right to life of the unborn. I think it reasonable, however, to hold that the People when enacting the Amendment were entitled to believe that legislation would be introduced so as to regulate the manner in which the right to life of the unborn and the right to life of the mother could be reconciled.

147. In the context of the eight years that have passed since the Amendment was adopted and the two years since *Grogan's* case the failure by the legislature to enact the appropriate legislation is no longer just unfortunate; it is inexcusable. What are

pregnant women to do? What are the parents of a pregnant girl under age to do? What are the medical profession to do? They have no guidelines save what may be gleaned from the judgments in this case. What additional considerations are there? Is the victim of rape, statutory or otherwise, or the victim of incest, finding herself pregnant, to be assessed in a manner different from others? The Amendment, born of public disquiet, historically divisive of our people, guaranteeing in its laws to respect and by its laws to defend the right to life of the unborn, remains bare of legislative direction ...

148. ... The State may fulfil its role by providing necessary agencies to help, to counsel, to encourage, to comfort, to plan for the pregnant woman, the pregnant girl or her family. It is not for the courts to programme society; that is partly, at least, the role of the legislature. The courts are not equipped to regulate these procedures.”

#### 4. *The Thirteenth and Fourteenth Amendments (1992)*

45. The judgment of the Supreme Court gave rise to a number of questions. Certain *obiter dicta* of the majority in the Supreme Court implied that the constitutional right to travel could be limited so as to prevent an abortion taking place where there was no threat to the life of the mother.

46. A further referendum, in which three separate proposals were put forward, was held in November 1992. A total of 68.18% of the electorate voted.

47. The first was a proposal to amend the Constitution to provide for lawful abortion where there would otherwise be a real and substantial risk to the mother’s life, except a risk of suicide. Its acceptance would therefore have limited the impact of the *X* case: it was rejected (65.35% to 34.65%).

48. The second proposal was accepted and became the Thirteenth Amendment to the Constitution (added to Article 40.3.3). It was designed to ensure that a woman could not be prevented from leaving the jurisdiction for an abortion abroad and it reads as follows:

“This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another State.”

49. The third proposal was also accepted and became the Fourteenth Amendment (also added to Article 40.3.3). It allows for the provision in Ireland of information on abortion services abroad and provides as follows:

“This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another State.”

#### 5. *The proposed Twenty-fifth Amendment to the Constitution (2002)*

50. Further to certain public reflection processes (see paragraphs 62-76 below), a third referendum on abortion was held in March 2002 to resolve the legal uncertainty that had existed since the *X* case by putting

draft legislation (Protection of Human Life in Pregnancy Act, 2002) to the electorate. The intention was threefold.

51. The referendum was designed to ensure that the draft 2002 Act, once adopted by referendum, could only be changed by another referendum.

52. The proposed 2002 Act defined the crime of abortion (to replace sections 58 and 59 of the 1861 Act and to reduce the maximum penalty). It also removed the threat of suicide as a ground for a lawful abortion and thereby restricted the grounds recognised in the *X* case. The definition of abortion excluded “the carrying out of a medical procedure by a medical practitioner at an approved place in the course of which or as a result of which unborn human life is ended where that procedure is, in the reasonable opinion of the practitioner, necessary to prevent a real and substantial risk of loss of the woman’s life other than by self-destruction”.

53. The proposed 2002 Act also provided safeguards to medical procedures to protect the life of the mother by setting out the conditions which such procedures were to meet in order to be lawful: the procedures had, *inter alia*, to be carried out by a medical practitioner at an approved place; the practitioner had to form a reasonable opinion that the procedure was necessary to save the life of the mother; the practitioner had also to make and sign a written record of the basis for the opinion; and there would be no obligation on anyone to carry out or assist in carrying out a procedure.

54. The referendum resulted in the lowest turnout in all three abortion referenda (42.89% of the electorate) and the proposal was defeated (50.42% against and 49.58% in favour). The Referendum Commission had earlier explained that a negative vote would mean that Article 40.3.3 would remain in place as it was. Any legislation introduced thereafter would have to accord with the present interpretation of the Constitution which would mean a threat of suicide would continue to be a ground for a legal abortion.

#### 6. *Current text of Article 40.3 of the Constitution*

55. Following the above-described amendments, Article 40.3 of the Constitution reads as follows:

“1. The State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen.

2. The State shall, in particular, by its laws protect as best it may from unjust attack and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name, and property rights of every citizen.

3. The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.

This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another State.

This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another State.”

## **B. Information in Ireland as regards abortion services abroad**

### *1. The Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act 1995 (“the 1995 Act”)*

56. The 1995 Act was the legislation envisaged by the Fourteenth Amendment and constituted a response to the above-cited judgment of this Court in the *Open Door* case. That Act defines the conditions under which information relating to abortion services lawfully available in another State might be made available in Ireland.

57. Section 2 defines “Act information” as information that (a) is likely to be required by a woman for the purpose of availing herself of services provided outside the State for the termination of pregnancies; and (b) relates to such services or to persons who provide them.

58. Section 1 confirms that a “person to whom section 5 applies” means a person who engages in, or holds himself, herself or itself out as engaging in, the activity of giving information, advice or counselling to individual members of the public in relation to pregnancy. Section 5 of the Act provides as follows:

“Where a person to whom section 5 applies is requested, by or on behalf of an individual woman who indicates or on whose behalf it is indicated that she is or may be pregnant, to give information, advice or counselling in relation to her particular circumstances having regard to the fact that it is indicated by her or on her behalf that she is or may be pregnant—

(a) it shall not be lawful for the person or the employer or principal of the person to advocate or promote the termination of pregnancy to the woman or to any person on her behalf,

(b) it shall not be lawful for the person or the employer or principal of the person to give Act information to the woman or to any person on her behalf unless—

(i) the information and the method and manner of its publication are in compliance with sub-paragraphs (I) and (II) of section 3(1)(a) and the information is given in a form and manner which do not advocate or promote the termination of pregnancy,

(ii) at the same time, information (other than Act information), counselling and advice are given directly to the woman in relation to all the courses of action that are open to her in relation to her particular circumstances aforesaid, and

(iii) the information, counselling and advice referred to in sub-paragraph (ii) are truthful and objective, fully inform the woman of all the courses of action that are open to her in relation to her particular circumstances aforesaid and do not advocate or promote, and are not accompanied by any advocacy or promotion of, the termination of pregnancy.”

59. Section 8 of the 1995 Act reads as follows:

“(1) It shall not be lawful for a person to whom section 5 applies or the employer or principal of the person to make an appointment or any other arrangement for or on behalf of a woman with a person who provides services outside the State for the termination of pregnancies.

(2) Nothing in subsection (1) shall be construed as prohibiting the giving to a woman by a person to whom section 5 applies ... of any medical, surgical, clinical, social or other like records or notes relating to the woman ...”

*2. Article 26 and the Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995, In Re [1995] IESC 9*

60. Before its enactment, the 1995 Act was referred by the President to the Supreme Court for a review of its constitutionality. The Supreme Court found it to be constitutional so that the 1995 Act thereby became immune from future constitutional challenge (Article 34.3.3 of the Constitution). In so concluding, the Supreme Court examined, *inter alia*, whether the provisions of Articles 5 and 8 were repugnant to the Constitution namely, whether, from an objective point of view, those provisions represented “a fair and reasonable balancing by [Parliament] of the various conflicting rights and was not so contrary to reason and fairness as to constitute an unjust attack on the constitutional rights of the unborn or on the constitutional rights of the mother or any other person or persons”. In this respect, the Supreme Court noted:

“The [1995 Act] merely deals with information relating to services lawfully available outside the State for the termination of pregnancies and the persons who provide such services.

The condition subject to which such information may be provided to a woman who indicates or on whose behalf it is indicated that she is or may be pregnant is that the person giving such information is

(i) not permitted to advocate or promote the termination of pregnancy to the woman or any person on her behalf;

(ii) not permitted to give the information unless it is given in a form and manner which do not advocate or promote the termination of pregnancy

and is only permitted to give information relating to services which are lawfully available in the other State and to persons, who in providing them are acting lawfully in that place if

(a) the information and the method and manner of its publication are in compliance with the law of that place, and

(b) the information is truthful and objective and does not advocate or promote, and is not accompanied by any advocacy or promotion of the termination of pregnancy.

At the same time information, counselling and advice must be given directly to the woman in relation to all the courses of action that are open to her in relation to her particular circumstances and such information, counselling and advice must not advocate or promote and must not be accompanied by any advocacy or promotion of, the termination of pregnancy.

Subject to such restrictions, all information relating to services lawfully available outside the State and the persons who provide them is available to her.”

61. The Supreme Court considered that the submission, namely that a woman’s life and/or health might be placed at serious risk in the event that a doctor was unable to send a letter referring her to another doctor for the purposes of having her pregnancy terminated, was based on a misinterpretation of the provisions of section 8 of the 1995 Act:

“This section prohibits a doctor or any person to whom section 5 of the [1995 Act] relates from making an appointment or any other arrangement for or on behalf of a woman with a person who provides services outside the State for the termination of pregnancies.

It does not preclude him, once such appointment is made, from communicating in the normal way with such other doctor with regard to the condition of his patient provided that such communication does not in any way advocate or promote and is not accompanied by any advocacy of the termination of pregnancy.

While a doctor is precluded by the terms of the [1995 Act] from advocating or promoting the termination of pregnancy, he is not in any way precluded from giving full information to a woman with regard to her state of health, the effect of the pregnancy thereon and the consequences to her health and life if the pregnancy continues and leaving to the mother the decision whether in all the circumstances the pregnancy should be terminated. The doctor is not in any way prohibited from giving to his pregnant patient all the information necessary to enable her to make an informed decision provided that he does not advocate or promote the termination of pregnancy.

In addition, section 8(2) does not prohibit or in any way prevent the giving to a woman of any medical, surgical, clinical, social or other like records relating to her.

...

Having regard to the obligation on [Parliament] to respect, and so far as practicable, to defend and vindicate the right to life of the unborn having regard to the equal right to life of the mother, the prohibition against the advocacy or promotion of the termination of pregnancy and the prohibition against any person to whom section 5 of the Bill applies making an appointment or any other arrangement for and on behalf of a woman with a person who provides services outside the State for the termination of pregnancies does not constitute an unjust attack on the rights of the pregnant woman. These conditions represent a fair and reasonable balancing of the rights involved and consequently sections 5 and 8 of the Bill are not repugnant to the Constitution on these grounds.”

### C. Public Reflection Processes

#### 1. *The Constitution Review Group Report 1996 (“the Review Group Report 1996”)*

62. Established in April 1995, the Review Group’s terms of reference were to review the Constitution and to establish those areas where constitutional change might be necessary with a view to assisting the governmental committees in their constitutional review work.

63. In its 1996 Report, the Review Group considered the substantive law on abortion in Ireland following the *X* case and the rejection of the Twelfth Amendment to be unclear (for example, the definition of the unborn, the scope of the admissibility of the suicidal disposition as a ground for abortion and the absence of any statutory time-limit on lawful abortion following the *X* case criteria). The Review Group considered the option of amending Article 40.3.3 to legalise abortion in constitutionally defined circumstances:

“Although thousands of women go abroad annually for abortions without breach of domestic law, there appears to be strong opposition to any extensive legalisation of abortion in the State. There might be some disposition to concede limited permissibility in extreme cases, such, perhaps, as those of rape, incest or other grave circumstances. On the other hand, particularly difficult problems would be posed for those committed in principle to the preservation of life from its earliest stage.”

64. The Review Group concluded that, while in principle the major issues should ideally be tackled by constitutional amendment, there was no consensus as to what that amendment should be and no certainty of success for any referendum proposal for substantive constitutional change in relation to Article 40.3.3. The Review Group therefore considered that the only practical possibility at that time was the introduction of legislation to regulate the application of Article 40.3.3. Such legislation could, *inter alia*, include definitions (for example of the “unborn”); afford express protection for appropriate medical intervention necessary to protect the life of the mother; require written certification by appropriate medical specialists of



“real and substantial risk to the life of the mother” and impose a time-limit on lawful abortion namely, in circumstances permitted by the *X* case.

2. *The Interdepartmental Working Group Green Paper on Abortion, 1999 (“the Green Paper 1999”)*

65. A cabinet committee was established to supervise the drafting of a Green Paper on abortion and the preparatory work was carried out by an Interdepartmental Working Group of officials. In drawing up the Green Paper, submissions were invited from the public, from professional and voluntary organisations and any other parties who wished to contribute. Over 10,000 such submissions were received, as well as petitions containing 36,500 signatures. The introduction to the Green Paper 1999 noted the following:

“The current situation ... is that, constitutionally, termination of pregnancy is not legal in this country unless it meets the conditions laid down by the Supreme Court in the *X* case; information on abortion services abroad can be provided within the terms of the [1995 Act]; and, in general, women can travel abroad for an abortion.

There are strong bodies of opinion which express dissatisfaction with the current situation, whether in relation to the permissibility of abortion in the State or to the numbers of women travelling abroad for abortion.

Various options have been proposed to resolve what is termed the ‘substantive issue’ of abortion but there is a wide diversity of views on how to proceed. The Taoiseach indicated shortly after the government took office in 1997 that it was intended to issue a Green Paper on the subject. The implications of the *X* case were again brought sharply into focus in November 1997 as a result of the *C* case, and a cabinet committee was established to oversee the drafting of this Green Paper, the preparatory work on which was carried out by an interdepartmental group of officials. [for a description of the *C* case, see paragraphs 95-96 below]

While the issues surrounding abortion are extremely complex, the objective of this Green Paper is to set out the issues, to provide a brief analysis of them and to consider possible options for the resolution of the problem. The Paper does not attempt to address every single issue in relation to abortion, nor to give an exhaustive analysis of each. Every effort has been made to concentrate on the main issues and to discuss them in a clear, concise and objective way.

Submissions were invited from interested members of the public, professional and voluntary organisations and any other parties who wished to contribute ...”

66. Paragraph 1.09 noted that there was no medical evidence to suggest that doctors in Ireland did not treat women with cancer or other illnesses on the grounds that the treatment would damage the unborn.

67. Chapter 7 of the Paper comprised a discussion of seven possible constitutional and legislative solutions:

- an absolute constitutional ban on abortion;
- an amendment of the Constitution so as to restrict the application of the *X* case;
- the retention of the status quo;
- the retention of the constitutional status quo with a legislative restatement of the prohibition of abortion;
- legislation to regulate abortion as defined in the *X* case;
- a reversion to the pre-1983 position; and
- permitting abortion beyond the grounds specified in the *X* case.

68. As to the fifth option (legislation to regulate abortion as defined in the *X* case), the Green Paper 1999 noted as follows:

“7.48 The objective of this approach would be to implement the *X* case decision by means of legislation ... This approach assumes that there would be no change in the existing wording of Article 40.3.3.

7.49 In formulating such legislation a possible approach may be not to restate the prohibition on abortion, which is already contained in section 58 of the Offences Against the Person Act, 1861, but instead to provide that a termination carried out in accordance with the legislation would not be an offence.

7.50 The detail of such legislation would require careful consideration but it could be along the lines of that discussed under the previous option (retention of the constitutional status quo with legislative restatement of the prohibition on abortion).

### **Discussion**

7.51 Since this option does not provide for a regime more liberal than the *X* case formulation, no constitutional amendment would be required. This option would, however, provide for abortion in defined circumstances and as such, would be certain to encounter criticism from those who are opposed to abortion on any grounds and who disagreed with the decision in the *X* case. Central to the criticism would be the inclusion of the threat of suicide as a ground and the difficulties inherent in assessing same.

7.52 The main advantage of this approach is that it would provide a framework within which the need for an abortion could be assessed, rather than resolving the question on a case-by-case basis before the courts, with all the attendant publicity and debate. It would allow pregnant women who establish that there is a real and substantial risk to their life to have an abortion in Ireland rather than travelling out of the jurisdiction and would provide legal protection for medical and other personnel, such as nurses, involved in the procedure to terminate the pregnancy. The current medical ethical guidelines would not be consistent with such legislation.

7.53 It must be pointed out however that the problems of definition in the text of Article 40.3.3 would remain. A decision would be necessary on whether the proposed legislation would provide the definitions necessary to remove the current ambiguity surrounding the text of that Article. There is however a limit to what legislation can

achieve by way of definitions as ultimately the interpretation of Article 40.3.3 is a matter for the Courts.”

69. As to the Seventh option (permitting abortion beyond the grounds specified in the *X* case), the Green Paper 1999 noted as follows:

“7.65 In Chapter 4, other possible grounds for abortion are examined and set where possible in an international context. As indicated earlier, a number of submissions also sought the introduction of abortion on some or all of these grounds. Each of the possible types of provision identified has been considered separately. This does not rule out consideration of a combination of some or all of these options if this approach were to be pursued. Were this to be done, some of the difficulties identified when options are considered separately might not arise.

7.66 In all of the cases discussed in this section, abortion would be permissible only if Article 40.3.3 of the Constitution were amended. Sections 58 and 59 of the Offences Against the Person Act, 1861 may also need to be reviewed and new legislation to regulate any new arrangement would be necessary. The type of legislative model referred to in the discussion on the option of retention of the constitutional status quo with legislative restatement of the prohibition on abortion (see paragraphs 7.42-7.47) might, with appropriate adaptations, serve as a basis for regulation in other circumstances also. Issues such as criteria under which an abortion would be permissible, gestational limits, certification and counselling requirements, and possibly a waiting period after counselling, would be among the matters which legislation might address. The provisions in force in some other countries are also discussed in Chapter 4.

### **Discussion**

#### (a) Risk to physical/mental health of mother

7.67 This option would provide for abortion on grounds of risk to a woman’s physical and/or mental health.

7.68 In 1992 the proposed Twelfth Amendment to the Constitution was the subject of some criticism on the grounds that it specifically excluded risk to health as grounds for termination of a pregnancy. The English *Bourne* case of 1938 involved interpretation of the Offences Against the Person Act, 1861 to permit termination of a pregnancy where a doctor thought that the probable consequence of continuing a pregnancy would be to make the woman a physical or mental wreck.

7.69 As stated earlier, this case has not been specifically followed in any decision of the Irish courts. Article 40.3.3 of the Constitution would rule out an interpretation of the Offences Against the Person Act, 1861 in the manner of the *Bourne* judgement. Therefore any proposal to permit abortion on the grounds of danger to a woman’s health would require amendment of this Article and possibly a review of the sections 58 and 59 of the Offences Against the Person Act, 1861. A legislative framework to regulate the operation of such arrangements would also be required.

7.70 As discussed in Chapter 4, ‘Other Grounds for Abortion, set in an International Context’, the concept of physical health used in other countries for the

purposes of abortion law tends not to be very specific. If it were intended to permit abortion on grounds of risk to a woman's health, but to confine the operation of such a provision to cases where there was a grave risk of serious and permanent damage, it would be necessary to circumscribe the provisions in an appropriate manner. The usual practice in other countries is for the issue to be treated as a medical matter. It could be anticipated that it might be difficult to arrive at provisions which would allow clinical independence and at the same time be guaranteed to operate in a very strict manner so as not to permit abortion other than on a very limited basis."

3. *The Oireachtas Committee on the Constitution Fifth Progress Report 2000 ("the Fifth Progress Report on Abortion 2000")*

70. The Green Paper 1999 was then referred to this Committee. The Committee consulted widely, initially seeking submissions on the options discussed in the Green Paper 1999. Over 100,000 submissions were received from individuals and organisations. Approximately 92% of these communications took the form of signatures to petitions (over 80,000 signatures were contained in one petition alone). The vast majority of communications were in favour of the first option in the Green Paper 1999 (an absolute constitutional ban on abortion).

71. Since very few medical organisations had made submissions during the preparation of the Green Paper 1999, the Committee was concerned to establish authoritatively the current medical practice in Irish hospitals as regards medical intervention during pregnancies. The Committee therefore heard the views and opinions of experts in the fields of obstetrics, gynaecology and psychiatry through public (and recorded) hearings.

72. The Chairman of the Institute of Obstetricians and Gynaecologists, which represents 90-95% of the obstetricians and gynaecologists in Ireland, gave written evidence, *inter alia*:

"In current obstetrical practice rare complications can arise where therapeutic intervention is required at a stage in pregnancy when there will be little or no prospect for the survival of the baby, due to extreme immaturity. In these exceptional situations failure to intervene may result in the death of both the mother and baby. We consider that there is a fundamental difference between abortion carried out with the intention of taking the life of the baby, for example for social reasons, and the unavoidable death of the baby resulting from essential treatment to protect the life of the mother.

We recognise our responsibility to provide aftercare for women who decide to leave the State for a termination of pregnancy. We recommend that full support and follow-up services be made available for all women whose pregnancies have been terminated, whatever the circumstances."

73. In oral evidence, the Chairman also noted the following:

"We have never regarded these interventions as abortion. It would never cross an obstetrician's mind that intervening in a case of pre-eclampsia, cancer of the cervix

or ectopic pregnancy is abortion. They are not abortion as far as the professional is concerned, these are medical treatments that are essential to protect the life of the mother. So when we interfere in the best interests of protecting a mother, and not allowing her to succumb, and we are faced with a foetus that dies, we don't regard that as something that we have, as it were, achieved by an abortion. Abortion in the professional view to my mind is something entirely different. It is actually intervening, usually in a normal pregnancy, to get rid of the pregnancy, to get rid of the foetus. That is what we would consider the direct procurement of an abortion. In other words, it's an unwanted baby and, therefore, you intervene to end its life. That has never been a part of the practice of Irish obstetrics and I hope it never will be.

...

In dealing with complex rare situations, where there is a direct physical threat to the life of the pregnant mother, we will intervene always."

74. In 2000 the Committee issued its Fifth Progress Report on Abortion. The Report explained that this was not a comprehensive analysis of the matters discussed in the Green Paper 1999 but rather a political assessment of questions which arose from it in the context of the submissions received and the hearings conducted.

75. The Committee on the Constitution agreed that a specific agency should be put in place to implement a strategy to reduce the number of crisis pregnancies by the provision of preventative services, to reduce the number of women with crisis pregnancies who opt for abortion by offering services which make other options more attractive and to provide post-abortion services consisting of counselling and medical check-ups. There was agreement on other matters including the need for the government to prepare a public memorandum outlining the State's precise responsibilities under all relevant international and European Union instruments.

76. The Committee agreed that clarity in legal provisions was essential for the guidance of the medical profession so that any legal framework should ensure that doctors could carry out best medical practice to save the life of the mother. However, the Committee found that none of the seven options canvassed in the Green Paper 1999 commanded unanimous support of the Committee. Three approaches commanded substantial but not majority support: the first was to concentrate on the plan to reduce the number of crisis pregnancies and the rate of abortion and to leave the legal position unchanged; the second approach would add legislation which would protect medical intervention to safeguard the life of the mother within the existing constitutional framework; and the third approach was in addition to accommodate such legislation with a Constitutional amendment. The Committee did not therefore reach agreement on a single course of reform action.

## D. Crisis Pregnancy Agency (CPA)

### 1. *The objectives of the CPA*

77. Further to the Fifth Progress Report on Abortion 2000, the CPA was established by the Crisis Pregnancy Agency (Establishment) Order 2001 (S.I. No. 446 of 2001). Section 4 of that Order described the functions of the Agency in its relevant part as follows (prior to its amendment in 2007):

“(i) ... to prepare a strategy to address the issue of crisis pregnancy, this strategy to provide, *inter alia*, for:

(a) a reduction in the number of crisis pregnancies by the provision of education, advice and contraceptive services;

(b) a reduction in the number of women with crisis pregnancies who opt for abortion by offering services and supports which make other options more attractive;

(c) the provision of counselling and medical services after crisis pregnancy.

...”

78. The CPA implemented its first Strategy (2004-06) and is in the process of implementing its second one (2007-11). It achieves its objectives mainly through its communications programme (including media campaigns and resource materials), its research programme (promoting evidence-based practice and policy development) and its funding programme which funds projects ranging from personal development to counselling, parent supports and medical and health services.

79. Further to the Health (Miscellaneous Provisions) Act 2009, the CPA was integrated into the Health Service Executive (HSE) from 1 January 2010. Funding of the crisis pregnancy function was also transferred to the HSE.

### 2. *Primary Care Guidelines for the Prevention and Management of Crisis Pregnancy (“CPA Guidelines”)*

80. The CPA Guidelines, developed in association with the Irish College of General Practitioners, outline the role of GPs in the management of crisis pregnancy. The Guidelines detail the role of GPs in the prevention of crisis pregnancies, in assisting the woman in making decisions about the outcome of her crisis pregnancy (by, *inter alia*, counselling on all options available to her including pregnancy, adoption and abortion) and assisting her in safely carrying out her decision (by, *inter alia*, advising on the importance of follow-up care, including medical care, after any abortion). GPs are advised on the importance of providing sensitive counselling to assist the decision-making process (“to minimise the risk of emotional disturbance, whatever

decision is reached”) and of pre- and post-abortion counselling and medical care. GPs are reminded of their duty of care to the patient, that they should never refuse treatment on the basis of moral disapproval of the patient’s behaviour and that, where they have a conscientious objection to providing care, they should make the names of other GPs available to the patient.

The Guidelines went on to note that, “[i]rrespective of what decision a woman makes in the crisis pregnancy situation, follow-up care will be important. This may include antenatal care, counselling, future contraception or medical care after abortion. The GP’s response to the initial consultation will have a profound influence on her willingness to attend for further care.” If a woman decides to proceed with an abortion, it is the GP’s main concern to ensure that she does so safely, receives proper medical care, and returns for appropriate follow-up. GPs are advised to supplement verbal advice with a written handout.

81. A Patient Information Leaflet is attached to the Guidelines. It informs women that, should they choose an abortion, they should plan to visit their GP at least three weeks after the termination to allow the GP to carry out a full check-up and allow the woman to express any questions or concerns she may have.

3. *“Understanding how sexually active women think about fertility, sex, and motherhood”*, CPA Report No. 6 (2004)

82. The subject of this report was the perceptions of Irish women in the general age range of 20-30 about fertility, sex and motherhood. The Report captured the meanings young women attributed to their fertility and fertility-related decisions in relation to life objectives and women’s changing roles in education, careers, relationships, and motherhood. The report uses data drawn from qualitative interviews (20 individual case studies and 12 focus groups; the total sample was 66 women with an age range of 19-34). The research reflected the views of a diverse group of women by socio-economic status, geographic location, and relationship history. The data demonstrated a need for greater support for young Irish women in the range and variety of their decision-making about fertility, sex and motherhood.

83. The significant findings included the fact that the *X* case and the declining role of the Catholic Church were major events in the lives of young women and shaped their attitudes and experiences. Young women had moved into adulthood more firmly convinced that sexual and reproductive decisions should be part of a person’s private actions, with the freedom to decide as they thought best.

4. *“Irish Contraception and Crisis Pregnancy Study: A Survey of the General Population”, CPA Report No. 7 (2004)*

84. The aim of the study was to establish nationally representative data on current attitudes, knowledge and experience of contraception, crisis pregnancy and related services in Ireland. It carried out a cross-sectional national survey of the young adult population using a telephone interview (in 2003) of 3,000 members of the public to include equal numbers of women and men and people aged 18-45 in order to focus on those for whom contraceptive practices, service perceptions and service usage were considered most relevant. It was also considered that the age profile of the sample meant that the results would be particularly relevant to the contemporary evaluation of services and in planning for the future.

85. Public attitudes to aspects of crisis-pregnancy outcomes were assessed to evaluate the acceptability of alternative outcomes (lone parenting, adoption and abortion). The questions were adapted from a prior survey in 1986 and the replication of these questions in the CPA study provided an opportunity to measure any changes in attitudes to abortion. In the 1986 survey, over 38% of participants indicated that they believed abortion should not be permissible under any circumstances while 58% felt that it should be allowed in certain circumstances and 4% did not express a view.

86. In the CPA study, the question was extended to include the option that a woman “should always have a choice to have an abortion, regardless of the circumstances”: 8% of participants felt that abortion should not be permissible under any circumstances, 39% felt that it should be allowed under certain circumstances, 51% felt that women should always have a choice to have an abortion and 2% were unsure. The Report stated:

“Thus, a notable change in attitudes towards abortion was observed over the seventeen-year period (1986-2003), with a substantially higher proportion of the population supporting a choice of abortion in some or all circumstances in the more recent [CPA] survey ...”

87. Since many participants, who thought that a woman should have a choice in certain circumstances or who did not know, were considered to hold qualified views concerning the acceptability of abortion, those participants were asked whether they agreed or disagreed that a woman should have the choice to have an abortion in specific circumstances (based on the 1986 survey). The Report described the results as follows:

“The level of agreement reported across possible circumstances under which an abortion may be acceptable varied greatly across circumstance. The majority of these participants agreed that a woman should have a choice to have an abortion if the pregnancy seriously endangered her life (96%) or her health (87%). Additionally, most agreed that a woman should have a choice to have an abortion if the pregnancy was



a result of rape (87%) or incest (85%). Less than half (46%) of participants felt that a woman should have a choice if there was evidence that the child would be seriously deformed. Furthermore, the majority of participants disagreed that a woman should have a choice if she was not married (79%) or if the couple cannot afford another child (80%). There were no significant variations in attitude across gender or educational level for any of the statements. There were small but significant age differences across two items. Firstly, younger participants were more likely to favour abortion as a choice for rape victims (92% of 18-25 year olds vs. 87% of 26-35 year olds and 83% of 36-45 year olds ...). The reverse pattern was evident in the case of pregnancy where there is evidence that the baby will be seriously deformed. Here older participants were more likely to favour having the choice to have an abortion (fewer (42%) of 18-25 year olds agreed vs. 49% of 26-35 year olds and 48% of 36-45 year olds ...).”

88. The findings as to the circumstances in which abortion was acceptable were compared with those reported from the 1986 survey. The percentages of those who agreed that abortion was acceptable in various circumstances were reported as a proportion of all those interviewed for the relevant study. This showed that the acceptability of abortion in various circumstances “had increased substantially in the population over time”:

- if the pregnancy seriously endangered the woman’s life (57% agreement in 1986; 90% agreement in 2003);
- if the pregnancy seriously endangered the woman’s health (46% in 1986; 86% in 2003);
- if the pregnancy is the result of rape (51% in 1986; 86% in 2003) or incest (52% in 1986; 86% in 2003); and
- where there is evidence that the child will be deformed (31% in 1986 and 70% in 2003).

### **E. Medical Council Guidelines 2004**

89. The Medical Practitioners Act 1978 gives the Medical Council of Ireland responsibility for providing guidance to the medical profession on all matters relating to ethical conduct and behaviour.

90. Its Guide to Ethical Conduct and Behaviour (6th Edition 2004) provides (paragraph 2.5) that “treatment must never be refused on grounds of moral disapproval of the patient’s behaviour”. The Guide recognises that an abortion may be lawfully carried out in Ireland in accordance with the criteria in the *X* case, and provides as follows:

“The Council recognises that termination of pregnancy can occur where there is real and substantial risk to the life of the mother and subscribes to the view expressed in Part 2 of the written submission of the Institute of Obstetricians and Gynaecologists to the All-Party Oireachtas Committee on the Constitution as contained in its Fifth Progress Report ...”

91. This latter written submission is Appendix C to the Guide and contains three paragraphs. In the first paragraph, the Institute of Obstetricians and Gynaecologists welcomes the Green Paper 1999 and notes that its comments were confined to the medical aspects of the question. The submission continued as cited at paragraph 72 above.

### **F. European Convention on Human Rights Act 2003 (“the 2003 Act”)**

92. The 2003 Act came into force on 31 December 2003. Its long title described it as an Act to enable further effect to be given “subject to the constitution” to certain provisions of the Convention.

93. The relevant parts of section 5 of the 2003 Act reads as follows:

“(1) In any proceedings, the High Court, or the Supreme Court when exercising its appellate jurisdiction, may, having regard to the provisions of section 2, on application to it in that behalf by a party, or of its own motion, and where no other legal remedy is adequate and available, make a declaration (referred to in this Act as ‘a declaration of incompatibility’) that a statutory provision or rule of law is incompatible with the State’s obligations under the Convention provisions.

(2) A declaration of incompatibility—

(a) shall not affect the validity, continuing operation or enforcement of the statutory provision or rule of law in respect of which it is made, and

(b) shall not prevent a party to the proceedings concerned from making submissions or representations in relation to matters to which the declaration relates in any proceedings before the European Court of Human Rights.

(3) The Taoiseach shall cause a copy of any order containing a declaration of incompatibility to be laid before each House of the Oireachtas within the next 21 days on which that House has sat after the making of the order.

(4) Where—

(a) a declaration of incompatibility is made,

(b) a party to the proceedings concerned makes an application in writing to the Attorney General for compensation in respect of an injury or loss or damage suffered by him or her as a result of the incompatibility concerned, and

(c) the Government, in their discretion, consider that it may be appropriate to make an *ex gratia* payment of compensation to that party (‘a payment’),

the Government may request an adviser appointed by them to advise them as to the amount of such compensation (if any) and may, in their discretion, make a payment of the amount aforesaid or of such other amount as they consider appropriate in the circumstances.

(5) In advising the Government on the amount of compensation for the purposes of subsection (4), an adviser shall take appropriate account of the principles and practice applied by the European Court of Human Rights in relation to affording just satisfaction to an injured party under Article 41 of the Convention.”

94. The Supreme Court (*Carmody v. The Minister for Justice Equality and Law Reform Ireland and the Attorney General* [2009] IESC 71) made the following comments on an application for a declaration under section 5 of the 2003 Act:

“As can be seen from the foregoing the nature of the remedy, such as it is, provided by section 5 of the Act of 2003 is both limited and *sui generis*. It does not accord to a plaintiff any direct or enforceable judicial remedy. There are extra-judicial consequences whereby the [Prime Minister] is obliged to lay a copy of the order containing a declaration before each House of the Oireachtas within 21 days. That is the only step which is required to be taken under national law in relation to the provisions concerned. Otherwise it rests with the plaintiff who obtained the declaration to initiate an application for compensation in writing to the Attorney General for any alleged injury or loss or damage suffered by him or her as a result of the incompatibility and then it is a matter for the discretion of the government as to whether or not they should pay any such compensation on an *ex gratia* basis.

...

[T]he Court is satisfied that when a party makes a claim that an Act or any of its provisions is invalid for being repugnant to the Constitution and at the same time makes an application for a declaration of incompatibility of such Act or some of its provisions with the State’s obligations under the Convention, the issue of constitutionality must first be decided.”

## G. Other domestic jurisprudence concerning abortion

1. *A and B v. Eastern Health Board, Judge Mary Fahy and C, and the Attorney General (notice party)*, [1998] 1 IR 464 (“the C case”)

95. This case concerned a 13-year-old girl (“C”) who became pregnant following a rape. The Health Board, which had taken the girl into its care, became aware that she was pregnant and, in accordance with her wishes, obtained a interim care order (under the Child Care Act 1991) from the District Court allowing the Health Board to facilitate a termination of her pregnancy. C’s parents sought to challenge that order by judicial review. On appeal C, her parents and the Health Board were each represented by a Senior and Junior Counsel, and the Attorney General was represented by two Senior and two Junior Counsel.

96. On 28 November 1997 the High Court accepted that, where evidence had been given to the effect that the pregnant young woman

might commit suicide unless allowed to terminate her pregnancy, there was a real and substantial risk to her life and such termination was therefore a permissible medical treatment of her condition where abortion was the only means of avoiding such a risk. An abortion was therefore lawful in Ireland in C's case and the travel issue became unnecessary to resolve. It rejected the appeal on this basis. In rejecting the parents' argument that the District Court was not competent given, *inter alia*, the reconciliation of constitutional rights required, the High Court found:

“Furthermore, I think it highly undesirable for the courts to develop a jurisprudence under which questions of disputed rights to have a termination of pregnancy can only be determined by plenary action in the High Court. The High Court undoubtedly has a function in granting injunctions to prevent unlawful terminations taking place and it may in certain circumstances properly entertain an action brought for declarations and consequential orders if somebody is being physically prevented without just cause from having a termination. But it would be wrong to turn the High Court into some kind of licensing authority for abortions and indeed it was for this reason that I have rejected a suggestion made by counsel for C in this case that I should effectively convert the judicial review proceedings into an independent application invoking the inherent jurisdiction of the High Court and grant leave for such a termination to take place. I took the view that the case should continue in the form of a judicial review and nothing more. The Child Care Act [1991] is a perfectly appropriate umbrella under which these questions can be determined ...”

## 2. *MR v. TR and Others [2006] IEHC 359*

97. The parties disputed the ‘ownership’ of embryos fertilised *in vitro*. The High Court analysed at some length the decision of the Supreme Court in *X* which, it found, equated “unborn” with an embryo which was implanted in the womb or a foetus. The High Court concluded that there was no evidence that it was ever in the mind of the people voting on the Eighth Amendment to the Constitution that “unborn meant anything other than a foetus or child within the womb”. Accordingly, it could not be concluded that embryos outside the womb or *in vitro* fell within the scope of Article 40.3.3. As regards the Medical Council Guidelines 2004, the High Court noted as follows:

“These ethical Guidelines do not have the force of law and offer only such limited protection as derives from the fear on the part of a doctor that he might be found guilty of professional misconduct with all the professional consequences that might follow.”

98. The appeal to the Supreme Court ([2009] IESC 82) was unanimously dismissed, the five judges each finding that frozen embryos did not enjoy the protection of the unborn in Article 40.3.3 of the Constitution. Hardiman

and Fennelly J.J. also expressed concern about the absence of any form of statutory regulation of *in vitro* fertilisation in Ireland.

3. *D (A Minor) v. District Judge Brennan, the Health Services Executive, Ireland and the Attorney General, unreported judgment of the High Court, 9 May 2007*

99. D was a minor in care who had been prevented by the local authority from going abroad for an abortion. Her foetus had been diagnosed with anencephaly, which diagnosis was accepted as being incompatible with life outside the uterus. According to a transcript of its *ex tempore* oral judgment, the High Court clarified that the case was “not about abortion or termination of pregnancy. It is about the right to travel, admittedly for the purposes of a pregnancy termination, but that does not convert it into an abortion case.” Accordingly, the legal circumstances in which a termination of pregnancy was available in Ireland were not in issue, and this “judgment expressly disavows any intention to interfere, whether by enlargement or curtailment, with such circumstances”. The High Court held that the right to travel guaranteed by the Thirteenth Amendment took precedence over the right of the unborn guaranteed by Article 40.3.3. There was no statutory or constitutional impediment preventing D from travelling to the United Kingdom for an abortion.

## H. Relevant European and international material

### 1. *The Maastricht and Lisbon Treaties*

100. Efforts to preserve, *inter alia*, the existing Irish prohibition on abortion gave rise to Protocol No. 17 to the Maastricht Treaty on European Union which was signed in February 1992. It reads as follows:

“Nothing in the Treaty on European Union, or in the treaties establishing the European Communities, or in the Treaties or Acts modifying or supplementing those treaties, shall affect the application in Ireland of Article 40.3.3 of the Constitution of Ireland.”

101. On 12 June 2008 the proposed constitutional amendment for the ratification of the Lisbon Treaty was rejected by referendum. The government commissioned University College Dublin to conduct independent research into the behaviour and attitudes of the electorate and, notably, to analyse why the people voted for, against or abstained in the referendum. The Report (entitled “Attitudes and Behaviour in the Referendum on the Treaty of Lisbon” prepared by professionals with expertise in political science, quantitative research methods, economics and social science data) is dated

March 2009. Fieldwork was completed in July 2008 and the sample size was 2,101. The Executive Summary concluded:

“The defeat by referendum of the proposal to ratify the Treaty of Lisbon ... was the product of a complex combination of factors. These included attitudes to Ireland’s membership of the EU, to Irish-only versus Irish-and-European identity and to neutrality. The defeat was heavily influenced by low levels of knowledge and by specific misperceptions in the areas of abortion, corporate taxation and conscription. Concerns about policy issues (the scope of EU decision-making and a belief in the importance of the country having a permanent commissioner) also contributed significantly and substantially to the treaty’s downfall, as did the perception that the EU means low wage rates. Social class and more specific socio-economic interests also played a role ...”

102. The government sought and obtained a legally binding decision of the heads of State or governments of the 27 member States of the European Union reflecting the Irish people’s concerns that Article 40.3.3 would be unaffected by the Lisbon Treaty (The Presidency Conclusions of the European Council of 11/12 December 2008 and of 18/19 July 2009 (172171/1/08 and 11225/2/08)). The relevant part of the decision, which came into effect on the same date as the Lisbon Treaty, reads as follows:

“Nothing in the Treaty of Lisbon attributing legal status to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or in the provisions of that Treaty and the area of freedom, security and justice, affects in any way the scope and applicability of the protection of the right to life in Article 40.3.1, 40.3.4 and 40.3.3 ... provided by the Constitution of Ireland.”

103. On 2 October 2009 a referendum approved a constitutional amendment allowing for the ratification of the Treaty of Lisbon.

## *2. The International Conference on Population and Development (“the Cairo ICPD 1994”)*

### **(a) The Programme of Action of the Cairo ICPD 1994**

104. At this conference 179 countries adopted a twenty-year Programme of Action which focused on individuals’ needs and rights rather than on achieving demographic targets. The relevant parts of Article 8.25 of the Programme provided as follows:

“... All governments ... are urged to strengthen their commitment to women’s health, to deal with the health impact of unsafe abortion as a major public health concern and to reduce the recourse to abortion through expanded and improved family-planning services. ... Any measures or changes related to abortion within the health system can only be determined at the national or local level according to the national legislative process ...”

**(b) The Fourth World Conference on Women, Beijing 1995**

105. The Platform for Action adopted at this Conference reiterated the above-noted paragraph 8.25 of the Programme of Action of the Cairo ICPD 1994 and the governments resolved to consider reviewing laws containing punitive measures against women who have undergone illegal abortions.

**(c) Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) Recommendation 1903 (2010) entitled “Fifteen years since the International Conference on Population and Development Programme of Action”**

106. PACE noted that some progress has been made since the Cairo ICPD 1994. However, “achievements on education enrolment, gender equity and equality, infant child and maternal mortality and morbidity and the provision of universal access to sexual and reproductive health services, including family planning and safe abortion services, remain mixed”. PACE called on European governments to “review, update and compare Council of Europe member States’ national and international population and sexual and reproductive health and rights policies and strategies”, as well as to review and compare funding to ensure the full implementation of the Programme of Action of the Cairo ICPD 1994 by 2015.

*3. PACE Resolution 1607 (2008) entitled “Access to safe and legal abortion in Europe”*

107. This Resolution was adopted by 102 votes to 69. The 4 Irish representatives to PACE voted against it, 2 of the members urging PACE to apply the Programme of Action of the Cairo ICPD 1994.

108. The Resolution reads in its relevant part as follows.

“2. In most of the Council of Europe member States the law permits abortion in order to save the expectant mother’s life. Abortion is permitted in the majority of European countries for a number of reasons, mainly to preserve the mother’s physical and mental health, but also in cases of rape or incest, of foetal impairment or for economic and social reasons and, in some countries, on request. The Assembly is nonetheless concerned that, in many of these States, numerous conditions are imposed and restrict the effective access to safe, affordable, acceptable and appropriate abortion services. These restrictions have discriminatory effects, since women who are well informed and possess adequate financial means can often obtain legal and safe abortions more easily.

3. The Assembly also notes that, in member States where abortion is permitted for a number of reasons, conditions are not always such as to guarantee women effective access to this right: the lack of local health care facilities, the lack of doctors willing to carry out abortions, the repeated medical consultations required, the time allowed for changing one’s mind and the waiting time for the abortion all have the potential

to make access to safe, affordable, acceptable and appropriate abortion services more difficult, or even impossible in practice.

4. The Assembly takes the view that abortion should not be banned within reasonable gestational limits. A ban on abortions does not result in fewer abortions but mainly leads to clandestine abortions, which are more traumatic and increase maternal mortality and/or lead to abortion ‘tourism’ which is costly, and delays the timing of an abortion and results in social inequities. The lawfulness of abortion does not have an effect on a woman’s need for an abortion, but only on her access to a safe abortion.

5. At the same time, evidence shows that appropriate sexual and reproductive health and rights strategies and policies, including compulsory age-appropriate, gender-sensitive sex and relationships education for young people, result in less recourse to abortion. This type of education should include teaching on self-esteem, healthy relationships, the freedom to delay sexual activity, avoiding peer pressure, contraceptive advice, and considering consequences and responsibilities.

6. The Assembly affirms the right of all human beings, in particular women, to respect for their physical integrity and to freedom to control their own bodies. In this context, the ultimate decision on whether or not to have an abortion should be a matter for the woman concerned, who should have the means of exercising this right in an effective way.

7. The Assembly invites the member States of the Council of Europe to:

7.1. decriminalise abortion within reasonable gestational limits, if they have not already done so;

7.2. guarantee women’s effective exercise of their right of access to a safe and legal abortion;

7.3. allow women freedom of choice and offer the conditions for a free and enlightened choice without specifically promoting abortion;

7.4. lift restrictions which hinder, *de jure* or *de facto*, access to safe abortion, and, in particular, take the necessary steps to create the appropriate conditions for health, medical and psychological care and offer suitable financial cover;

...”

4. *Report of the Commissioner for Human Rights on his visit to Ireland, 26-30 November 2007, adopted on 30 April 2008, CommDH(2008)9*

109. The Commissioner noted that there was still no legislation in place implementing the *X* judgment and, consequently, no legal certainty as to when a doctor might legally perform a life-saving abortion. He opined that, in practice, abortion was largely unavailable in Ireland in almost all circumstances. He noted the *Tysiāc v. Poland* judgment (no. 5410/03, ECHR 2007-I) and urged the Irish authorities to ensure that legislation was enacted to resolve this problem.



5. *Office of the High Commissioner for Human Rights, Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW)*

110. The Report of the CEDAW of July 2005 (A/60/38(SUPP)) recorded Ireland's introduction of its periodic report to the Committee as follows:

"365. Steps had been taken to integrate a gender dimension into the health service and to make it responsive to the particular needs of women. Additional funding had been provided for family planning and pregnancy counselling services. The [CPA] had been set up in 2001. Extensive national dialogue had occurred on the issue of abortion, with five separate referendums held on three separate occasions. The representative noted that the government had no plans to put forward further proposals at the present time."

In the CEDAW's concluding comments, it responded as follows:

"396. While acknowledging positive developments ... the Committee reiterates its concern about the consequences of the very restrictive abortion laws, under which abortion is prohibited except where it is established as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life of the mother that can be averted only by the termination of her pregnancy.

397. The Committee urges the State Party to continue to facilitate a national dialogue on women's right to reproductive health, including on the very restrictive abortion laws ..."

6. *The Human Rights Committee*

111. In the Committee's Concluding Comments on the third periodic Report of Ireland on observance of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights (CCPR/C/IRL/CO/3 dated 30 July 2008), it noted:

"13. The Committee reiterates its concern regarding the highly restrictive circumstances under which women can lawfully have an abortion in the State Party. While noting the establishment of the [CPA], the Committee regrets that the progress in this regard is slow ...

The State Party should bring its abortion laws into line with the Covenant. It should take measures to help women avoid unwanted pregnancies so that they do not have to resort to illegal or unsafe abortions that could put their lives at risk ... or to abortions abroad (Articles 26 and 6)."

7. *Laws on abortion in Contracting States*

112. Abortion is available on request (according to certain criteria including gestational limits) in some 30 Contracting States. An abortion justified on health grounds is available in some 40 Contracting States and justified on well-being grounds in some 35 such States. Three Contracting States prohibit abortion in all circumstances (Andorra, Malta and San

Marino). In recent years, certain States have extended the grounds on which abortion can be obtained (Monaco, Montenegro, Portugal and Spain).

## THE LAW

113. The first two applicants complained under Articles 3, 8, 13 and 14 of the Convention about the prohibition of abortion in Ireland on health and well-being grounds.

The third applicant complained under Articles 2, 3, 8, 13 and 14 of the Convention about the absence of legislative implementation of Article 40.3.3 of the Constitution which she argued meant that she had no appropriate means of establishing her right to a lawful abortion in Ireland on the grounds of a risk to her life.

### I. ADMISSIBILITY

#### **A. The relevant facts and scope of the case**

114. The parties disputed the factual basis of the applications. Having regard to its conclusions in the matter of the applicants' exhaustion of domestic remedies (see paragraph 156 below), the Court has examined immediately below the relevant facts and, consequently, the scope of the case before it.

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

115. The Government considered that the profoundly important issues in this case were based on subjective and general factual assertions which were unproven, disputed and not tested either by review by a domestic tribunal or through any other form of interaction with the State. No documentation was submitted, in contrast to the *Tysic v. Poland* judgment (no. 5410/03, ECHR 2007-I). Many of the alleged perceptions and assumptions (notably as regards information available and medical treatment) were countered by authoritative documents. It was a serious and unsubstantiated allegation to suggest that doctors and social workers would not carry out the duties imposed on them by law.

116. As to the first applicant, the Government did not accept that her health was adversely affected by travelling for an abortion (her alleged side effects were known complications of abortion) or that the stress which she allegedly suffered resulted from the Irish legal regime. If she received inadequate medical treatment on her return, this was due to her reluctance to see a doctor. Her suggestions that a social worker would have denied or

reduced her access to her children and that she did not consult her doctor as he or she might disapprove, were unsubstantiated and, indeed, such alleged acts would have been unlawful.

117. As to the second applicant, the Government maintained that nothing demonstrated that her health and well-being were affected by having to travel for an abortion. Part of the distress she claimed to have suffered stemmed from her family's opinions and, if she were advised by the English clinic to lie to Irish doctors, that clinic misunderstood Irish law. The alleged "chilling effect" of Irish criminal law did not affect her factual situation. If she had had an ectopic pregnancy, she would have been able to seek an abortion as well as the necessary follow-up care in Ireland.

118. As to the third applicant, the Government submitted that the asserted facts (her rare form of cancer) did not allow a determination of whether her pregnancy was life threatening or whether she was unable to obtain relevant advice to that effect. She had not demonstrated that her health and well-being were affected by a delay caused by travelling for a surgical abortion. She herself submitted that she chose an abortion provider who did not offer a medical abortion. It was equally unclear whether she suggested that she was not afforded the proper treatment due to some form of moral disapproval.

119. The applicants considered their factual submissions to be clear. The first two applicants travelled to England for abortions for reasons of health and/or well-being and the third applicant did so because she feared that her pregnancy posed a risk to her life. The third applicant also referred to a fear for the health of the foetus given the prior tests for cancer she had undertaken. They took issue with the Government's description of their seeking abortion for "social reasons", a vague term with no legal or human rights meaning. The Court should take note of the first applicant's concern about her mental health, alcoholism and custody of her children and it was understandable that the first applicant would prefer not to inform her social worker, given the possibility that the latter would disapprove and prejudice her chances of regaining custody of her children. The Court should also take note of the second applicant's concern about her well-being and of the third applicant's concern for her own life and for the health of her foetus. All felt stigmatised as they were going abroad to do something that was a criminal offence in their own country. The constitutional and criminal restrictions added to the difficulties and delays in accessing abortions and all applicants faced significant hardship as a result of having to travel abroad for an abortion.

## 2. *Relevant submissions of the third-party interveners*

120. Joint observations were submitted by Doctors for Choice (an Irish non-governmental organisation of approximately 200 doctors) and by the British Pregnancy Advisory Service (BPAS, a British non-governmental organisation set up following the Abortion Act 1967 to provide non-profit services, to train doctors and to ensure premises for safe abortions).

They made detailed submissions as to the physiological and physical consequences for women of the restrictions on abortion in Ireland. Women had to bear the weight of abortions abroad. They had recourse to less safe abortions, inevitable delays in abortions abroad, *de facto* exclusion from early non-invasive medical abortion, “backstreet” illegal abortions in the country or abortions abroad in unsafe conditions. Continuing pregnancy was riskier than a termination. Studies were not definitive about the negative psychological impact of an abortion, especially measured against the burden of an unwanted pregnancy. Nor was there evidence that abortion affected fertility.

121. The third parties also made the following additional submissions. They suggested that vital post-abortion medical care and counselling in Ireland were randomly available and of poor quality due to a lack of training and the reluctance of women to seek care. Women in Ireland were also being denied other medical care: life-saving treatment was denied to pregnant women, and women with a diagnosis of severe foetal abnormality were denied an abortion and necessary genetic analysis post abortion in Ireland. Concealment of pregnancy and the abandonment of newborns were not unusual in Ireland. The restrictions on abortion also impacted on women’s autonomy and rights; families suffered as a result of the unintended addition and women of already reduced resources found their lives disproportionately disadvantaged by abortion restrictions. Women were entitled to confidentiality with regard to their reproductive choices but feared that admitting an abortion would mean that their privacy would not be respected; this would inevitably be the case in certain circumstances such as those of female immigrants who had to apply for travel documents in order to travel abroad for an abortion. All these restrictions encouraged health professionals to put pressure on women not to have an abortion.

122. The Government disputed these third-party submissions. In particular, they considered unsubstantiated the suggestion that pre- and post-abortion care and counselling in Ireland was “randomly available or of poor quality”. The CPA funded 14 service providers to offer non-judgmental crisis pregnancy and post-abortion counselling free of charge in 27 cities and towns in Ireland; some of the larger cities and towns had more than one

service; the CPA funded 7 service providers to offer free post-termination medical checks, provided by the relevant service in family planning clinics or through a network of GPs in a number of locations around the country; GPs and family planning clinics which did not receive funding from the CPA also provided such services, which were either paid for, or subsidised through, the health service; the CPA had developed information resources on post-abortion care including an information leaflet published in 2006 and widely distributed throughout Ireland and in abortion clinics in the United Kingdom, a new website and a service providing messages to mobile telephones to raise awareness and provide clarity about the availability of free post-abortion medical care as well as counselling. The Irish College of GPs had reported that 95% of doctors provided medical care after abortion.

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

123. The Court would underline at the outset that it is not its role to examine submissions which do not concern the factual matrix of the case before it; rather it must examine the impugned legal position on abortion in Ireland in so far as it directly affected the applicants, in so far as they belonged to a class of persons who risked being directly affected by it or in so far as they were required to either modify their conduct or risk prosecution (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, §§ 33-34, ECHR 2008, and *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 28, ECHR 2009). In this respect, the present case is to be contrasted with the *Open Door* case (*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, Series A no. 246-A) where the interference in question was an injunction against the provision by the applicant non-governmental organisations of, *inter alia*, information to women about abortion services abroad. The Court's response in that case necessarily involved consideration of the general impact on women of the injunction.

124. Turning therefore to the circumstances of the present applicants' cases, the Court notes that, despite arguing that the facts were unsubstantiated and disputed, the Government did not seriously dispute (see the *Open Door* case, § 76, cited above) the core factual submission that the applicants had travelled to England for abortions. Having regard also to the nature of the subject matter as well as the undoubted personal reticence associated with its disclosure in proceedings such as the present, the Court considers it reasonable to accept that each of the applicants travelled to England for an abortion in 2005.

125. As to their reasons for doing so, the Court notes the alleged involvement of a social worker and the fact that the first applicant's children had been in care, facts which were not specifically disputed by the State. It

considers that it can reasonably rely on the related personal circumstances outlined by the applicant (her history of alcoholism, post-natal depression and her difficult family circumstances) as her reasons for seeking an abortion abroad. The second applicant acknowledged that she knew her pregnancy was not ectopic before her abortion and the Court has accepted her core factual submission that she travelled for an abortion as she was not ready to have a child. Equally, it is reasonable to consider that the third applicant previously had cancer, this not being specifically disputed by the Government, and that she travelled abroad for an abortion because of a fear (whether founded or not) that her pregnancy constituted a risk to her life (that her cancer would return because of her pregnancy and that she would not be able to obtain treatment for cancer in Ireland if she was pregnant) and because she would be unable to establish her right to an abortion in Ireland. She also suggested that her foetus might have been harmed by tests undergone for cancer but she did not indicate that she had undertaken the relevant clinical tests or established that this was an overriding reason for obtaining an abortion abroad.

Accordingly, the Court finds that the first applicant travelled for an abortion for reasons of health and well-being, the second applicant for well-being reasons and the third applicant primarily because she feared her pregnancy constituted a risk to her life. While the Government's use of the term "social reasons" is noted, the Court has considered it useful to distinguish between health (physical and mental) and other well-being reasons to describe why the applicants chose to obtain abortions.

126. As to the psychological impact on the applicants of their travelling abroad for an abortion, the Court considers that this is by its nature subjective, personal and not susceptible to clear documentary evidence or objective proof. The Court considers it reasonable to find that each applicant felt the weight of a considerable stigma prior to, during and after their abortions. They travelled abroad to do something which, according to the Government's own submissions, went against the profound moral values of the majority of the Irish people (see also paragraphs 222-27 below) and which was, or (in the case of the third applicant) could have been, a serious criminal offence in their own country punishable by penal servitude for life (see paragraph 30 above). Moreover, obtaining an abortion abroad, rather than in the security of their own country and medical system, undoubtedly constituted a significant source of added anxiety. The Court considers it evident that travelling abroad for an abortion constituted a significant psychological burden on each applicant.

127. As to the physical impact of travelling abroad for an abortion, it is evident that an abortion would have been a physically less arduous process

without the need to travel, notably after the procedure. However, the Court does not find it established that the present applicants lacked access to necessary medical treatment in Ireland before or after their abortions. The Court notes the professional requirements for doctors to provide medical treatment to women post abortion (the CPA Guidelines and Medical Council Guidelines (see paragraphs 80-81 and 89-91 above)). Against this, the first and second applicants accepted that they obtained medical treatment post abortion when required. The third applicant's suggestions as to the inadequacy of medical treatment available to her for a relatively well-known condition (incomplete abortion) are too general and improbable to be considered substantiated.

128. As to the financial burden of travelling abroad for an abortion, it would be reasonable to consider that the costs of doing so constituted a significant financial burden on the first applicant (given her personal and family circumstances as accepted at paragraph 125 above) and constituted a considerable expense for the second and third applicants.

129. As to any delay (and the consequent physical and psychological impact on the applicants), the financial demands on the first applicant must be accepted as having delayed somewhat her abortion. The second applicant herself chose to delay her journey to consult further in Ireland. While the third applicant alleged she had to wait eight weeks for a surgical abortion (in addition to the time taken in making her earlier enquiries about her medical situation), she again remained vague on essential matters notably as to the precise stage of her pregnancy when she obtained her abortion. The Court considers she has neither demonstrated that she was excluded from an early medical abortion nor established a specific period of delay in travelling for an abortion.

130. As to the first and second applicants' submissions that there was a lack of information on the options available to them and that this added to the burden of the impugned restrictions on abortion in Ireland, the Court finds these submissions to be general and unsubstantiated. While Doctors for Choice and BPAS maintained that information services in Ireland were inadequate, the Court has had regard to the developments in Ireland since the above-cited *Open Door* case including: the adoption of the 1995 Act (the breadth of which was explained by the Supreme Court when it reviewed its constitutionality) to ensure a right to provide and receive information about, *inter alia*, abortion services abroad (see paragraphs 56-61 above); the establishment of the CPA in 2001, with the aims outlined in section 4 of the relevant establishing order, its first Strategy (2004-06) and the Government's clarifications as regards care and counselling provided or facilitated by the CPA (see paragraphs 77-79 and 122 above); and the adoption of the CPA

Guidelines and Medical Council Guidelines (see paragraphs 80-81 and 89-91 above). Against this, the first two applicants' core submission was that they understood that their only option for an abortion on health and/or well-being grounds was to travel abroad and, in that respect, neither indicated precisely what information they had sought and been unable to obtain.

The third applicant's submission about a lack of information is different. She complained that she required a regulatory framework by which any risk to her life and her entitlement to a lawful abortion in Ireland could be established, so that any information provided outside such a framework was insufficient. This submission will be examined as relevant on the merits of her complaints.

131. Finally, with regard to the risk of criminal sanctions, the first and second applicants did not submit that they had considered an abortion in Ireland and Irish law clearly allowed them to travel abroad for an abortion (the Thirteenth Amendment to the Constitution and *D (A Minor) v. District Judge Brennan, the Health Services Executive, Ireland and the Attorney General*, unreported judgment of the High Court, 9 May 2007; see paragraphs 48 and 99 above). Apart from the psychological impact of the criminal justice system in Ireland referred to above, the criminal sanctions had no direct relevance to their complaints. The risk of such sanctions will be examined on the merits of the third applicant's complaints in so far as she maintained that those sanctions had a chilling effect on the establishment of her eligibility for a lawful abortion in Ireland.

## **B. Exhaustion of domestic remedies**

### *1. The Government's submissions*

132. The Government made two general observations. They noted the applicants' distinction between the relevant legal provisions, on the one hand, and the State's restrictive interpretation of those provisions, on the other. Since the applicants took issue with the latter, this underlined the need for them to have exhausted domestic remedies. The Government emphasised the consequences for the Convention system of this Court deciding on such vitally important issues when the underlying facts, as well as the application of the relevant domestic laws to each applicant's case, had not been determined by a domestic court.

133. The Government argued that there were effective remedies at the applicants' disposal. Supported by a Senior Counsel's opinion, they relied on the principles outlined in the decision in *D. v. Ireland* ((dec.),



no. 26499/02, 27 June 2006) and, notably, underlined the need to test domestically, in a common-law constitutional system, the meaning and potential of any alleged lack of clarity in domestic law so as to afford the State the opportunity to address breaches domestically. The Constitution provided remedies where there were constitutional rights and the domestic courts would make all rulings required to protect those rights.

134. The main remedies on which the Government relied, supported by the opinion, were a challenge to the constitutionality or compatibility of the 1861 Act or, since the 1995 Act had been found to be constitutional, an action for mandatory relief requiring the provision of information in compliance with that Act.

As to the merits of a constitutional action, they underlined the interpretative potential of Article 40.3.3 of the Constitution as confirmed by the admission of a risk of self-harm itself as a ground for lawful abortion in the *X* case (*The Attorney General v. X and Others* [1992] 1 IR 1) and by two later domestic cases: the *MR v. TR and Others* case (*MR v. TR and Others* [2006] IEHC 359) raised the question of the point at which Article 40.3.3 would apply in the process of fertilisation and conception and demonstrated that it was possible to “raise arguments” in the Irish courts as to the breadth of Article 40.3.3; and in the case of *D (A Minor)*, the High Court noted that the question of the minor’s right to an abortion in Ireland (given her foetus’ diagnosis) gave rise to “very important, very difficult and very significant issues”. This potential was such that it was difficult “to exclude on an *a priori* case basis many arguments in this area, particularly where the facts are compelling” and the domestic courts would be unlikely to interpret Article 40.3.3 with “remorseless logic”. However, the Government confirmed in their observations that on no analysis did Article 40.3.3 permit abortion in Ireland for social reasons.

As to seeking a post-abortion declaration of incompatibility under the 2003 Act and an *ex gratia* payment of damages from the Attorney General, the Government argued that it was incorrect to suggest that the 2003 Act afforded minimal weight to Convention rights. The courts were required to interpret statutes in a Convention-compliant manner and, if that was not possible, to make a declaration of incompatibility (see *Carmody v. The Minister for Justice Equality and Law Reform Ireland and the Attorney General* [2009] IESC 71). While a declaration of incompatibility was not obligatory on the State, it would be formally put to the houses of the Oireachtas (Parliament) and Ireland’s record of solemn compliance with its international obligations entitled it to a presumption that it would comply with those obligations and give effect to declarations of incompatibility.

135. As regards the first applicant specifically, the Government accepted that an abortion in Ireland in the circumstances outlined by her would have contravened domestic law and that “it was hard to see that she had any real prospects of succeeding on the merits of her claim to an entitlement to a termination”. Nevertheless, the domestic courts were deprived of the possibility of fact-finding and of determining the scope and application of the relevant legislative and constitutional provisions. Had the second applicant been diagnosed as suffering from an ectopic pregnancy, she would have been entitled to a therapeutic abortion in Ireland. In so far as the third applicant maintained that she was refused an abortion when her life was at risk, she could have sought mandatory orders from the courts requiring doctors to terminate her pregnancy in accordance with the *X* case criteria. In so far as she suggested that the 1861 Act produced a chilling effect precluding her from a lawful abortion in Ireland, she could have brought proceedings to establish that the Act interfered with her constitutional rights and to have its offending provisions set aside. The suggestion that legislation, and not litigation, was required was inconsistent with the Commission’s position in *Whiteside v. the United Kingdom* ((dec.), no. 20357/92, 7 March 1994).

136. The Government noted that the applicants had submitted no legal opinion or evidence that they had taken legal advice at the relevant time. The Government also responded in some detail to other effectiveness issues relied on by the applicants as regards the constitutional actions, notably the timing, speed, costs and confidentiality of those actions.

## 2. *The applicants’ submissions*

137. The applicants maintained that the State had not demonstrated that an effective domestic remedy was available to any of them and they were not required to initiate ineffective actions simply to clarify facts. They underlined that it was not the law, but the State’s interpretation of the law, which was overly restrictive. In addition, only remedies which could intervene prior to any necessary abortion could be considered effective.

138. Different submissions were made as regards the first and second applicants, on the one hand, and the third applicant, on the other.

139. The first and second applicants submitted that domestic entitlements to abortion remained general (Article 40.3.3 as clarified in the *X* case). While there had been numerous consultations and reports, the law had not changed since 1992 and certainly not towards allowing abortion in Ireland on the grounds of health or well-being. Moreover, even if the domestic courts could find in favour of these applicants, they would be unlikely to order the Government and/or a doctor to facilitate access by these applicants to abortion services in Ireland in a timely manner. Indeed,

it would also be difficult to find a doctor to perform the procedure given the potential stigma and intimidation of a high profile case. This Court's decision in *D. v. Ireland* (cited above) was distinguishable from the present case since the conflicting interests in that case were entirely different from the present cases.

In addition, the 2003 Act did not require a balancing of the rights of the unborn and the mother or of the Convention and Constitutional rights and a constitutional prohibition would always trump Convention rights. A declaration of incompatibility created no legal obligation on the State and a successful applicant could only apply for an *ex gratia* award of damages. There had been only three declarations of incompatibility to date (concerning the Irish Civil Registration Act 2004 and the Housing Act 1966) and these statutes remained in force pending ongoing current appeals.

140. As to the third applicant, there were no procedures at all to be followed by a woman and her advising doctor to determine her eligibility for a life-saving abortion. Accordingly, the lack of such procedures constituted "special circumstances" absolving the third applicant from any obligation to exhaust domestic remedies (see *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, § 201, ECHR 2009). Even if she could have raised different arguments in a constitutional action about a risk to her life, it would have had little chance of success. In any event, legislation was required to clarify constitutional provisions not litigation.

141. The applicants also made detailed submissions on other effectiveness issues as regards the proposed constitutional actions and, notably, as regards the timing, speed, costs and confidentiality of such actions.

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

142. The Court reiterates that under Article 35 § 1 it may only deal with a matter after all domestic remedies have been exhausted. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness. It falls to the respondent State to establish that these conditions are satisfied (see, amongst many other authorities, *McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, § 107, 10 September 2010). The Court also notes the relevant principles set out at paragraphs 83-85 of its decision in the above-cited *D. v. Ireland* case and, notably, the established principle that in a legal system providing constitutional protection for fundamental rights it is incumbent on the aggrieved individual to test the extent of that protection and, in a common-law system, to allow the domestic courts to develop those rights by way of interpretation. In this respect, it is noted that

a declaratory action before the High Court, with a possibility of an appeal to the Supreme Court, constitutes the most appropriate method under Irish law of seeking to assert and vindicate constitutional rights (see *D. v. Ireland*, cited above, § 85).

143. It is noted that the question of the applicants' exhaustion of domestic remedies must be approached by considering the high threshold of protection of the unborn provided under Irish law by Article 40.3.3 as interpreted by the Supreme Court in the *X* case (see the *Open Door* case, cited above, § 59). It is further reiterated that the constitutional obligation that the State defend and vindicate personal rights "by its laws" (Article 40.3.1 of the Constitution) has been interpreted by the courts as imposing an obligation on the Irish courts to defend and vindicate constitutionally protected personal rights.

144. While the Court has noted the applicants' distinction between domestic law on abortion and what they described as the State's interpretation of that law, the meaning of this submission is not entirely clear. The Court has had regard to the relevant Irish abortion laws namely, the constitutional and legislative provisions as interpreted by the Irish courts. It has examined whether the applicants had available to them any effective domestic remedies as regards their complaints about the prohibition in Ireland of abortion on health and well-being grounds (the first two applicants) and as regards a lack of legislative implementation of the right to abortion in Ireland in the case of a risk to the woman's life (the third applicant).

**(a) The first and second applicants**

145. The Court notes that the prohibition of which the first two applicants complained comprised sections 58 and 59 of the 1861 Act (it being an offence to procure or attempt to procure an abortion, to administer an abortion or to assist in an abortion by supplying any noxious thing or instrument, punishable by penal servitude for life) as qualified by Article 40.3.3 of the Constitution as interpreted by the Supreme Court in the *X* case (see also Articles 40.3.1 and 50 of the Constitution).

146. The Court considers that the first remedy proposed by the Government (a constitutional action by these applicants seeking a declaration of unconstitutionality of sections 58 and 59 of the 1861 Act, with mandatory or other ancillary relief) would require demonstrating that those sections, in so far as they prohibit abortion on grounds of the health and well-being of the woman, are inconsistent with the rights of the mother as guaranteed by Article 40.3 of the Constitution.

147. However, the Court does not consider that it has been demonstrated that such an action would have had any prospect of success, going

against, as it would, the history, text and judicial interpretation of Article 40.3.3 of the Constitution. Prior to 1983, the 1861 Act constituted the only law prohibiting abortion in Ireland. Following the development of abortion rights in England through, *inter alia*, judicial interpretation of the same 1861 Act, Article 40.3.3 was adopted by referendum in 1983. By that constitutional provision, the State acknowledged the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guaranteed in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the right to life of the unborn. The Supreme Court then clarified, in the seminal *X* case, that the proper test for a lawful abortion in Ireland was as follows: if it was established as a matter of probability that there was “a real and substantial risk to the life, *as distinct from the health*, of the mother” (emphasis added) which could only be avoided by the termination of the pregnancy, a termination of a pregnancy was permissible in Ireland. The Supreme Court went on to accept that an established threat of suicide constituted a qualifying “real and substantial risk” to the life of the woman. Subsequent amendments to the Constitution did not extend the grounds for a lawful abortion in Ireland. None of the domestic case-law subsequent to the *X* case, opened by the parties to this Court, concerned the right to an abortion in Ireland for reasons of health and well-being nor could they be considered to indicate any potential in this argument: the cases of *C* and of *D* (*A Minor*) concerned a suicide risk and a minor’s right to travel abroad for an abortion, respectively; and the case of *MR v. TR and Others* concerned the question of whether the constitutional notion of “unborn” included an embryo fertilised extra-uterine.

148. In addition, it is evident from the public reflection processes (notably the Review Group Report and the Green Paper 1999) that a termination of pregnancy was not considered legal in Ireland unless it met the conditions laid down in Article 40.3.3 as clarified by the *X* case and that to extend those conditions would require a constitutional amendment. Moreover, the Government acknowledged to the Grand Chamber that on no analysis did Article 40.3.3 permit abortion in Ireland for “social reasons” and that it was difficult to see how the first applicant would have had any real prospects of succeeding in such a constitutional claim. This latter submission would apply equally to the second applicant who obtained an abortion for reasons of well-being. Finally, the Court would agree that the balance of rights at issue in the *D. v. Ireland* case were significantly different from those at issue in the first and second applicants’ cases: in *D. v. Ireland* the Court found that D. could have argued in the domestic courts, with some prospect of success, that the relevant balance of competing interests

was in her favour since one of the twin foetuses she was carrying was already dead and the other had a confirmed fatal abnormality.

149. Accordingly, the Court concludes that it has not been demonstrated that an action by the first and second applicants seeking a declaration of a constitutional entitlement to an abortion in Ireland on health and/or well-being grounds and, consequently, of the unconstitutionality of sections 58 and 59 of the 1961 Act, would have had any prospect of success. It is not therefore an effective remedy available both in theory and in practice which the first and second applicants were required to exhaust (see paragraph 142 above).

150. Moreover, and contrary to the Government's submissions at paragraph 134 above, the Court does not consider that an application under the 2003 Act for a declaration of incompatibility of the relevant provisions of the 1861 Act, and for an associated *ex gratia* award of damages, could be considered an effective remedy which had to be exhausted. The rights guaranteed by the 2003 Act would not prevail over the provisions of the Constitution (see paragraphs 92-94 above). In any event, a declaration of incompatibility would place no legal obligation on the State to amend domestic law and, since it would not be binding on the parties to the relevant proceedings, it could not form the basis of an obligatory award of monetary compensation. In such circumstances, and given the relatively small number of declarations to date (see paragraph 139 above) only one of which has recently become final, a request for such a declaration and for an *ex gratia* award of damages would not have provided an effective remedy to the first and second applicants (see *Hobbs v. the United Kingdom* (dec.), no. 63684/00, 18 June 2002, and *Burden*, cited above, §§ 40-44).

151. Since these applicants' core complaints, on the facts accepted by the Court, did not concern or reveal a lack of information about the abortion options open to them (see paragraph 130 above), it is not necessary to examine whether they had any remedies to exhaust in this regard and, notably, as regards the 1995 Act.

152. For these reasons, the Court considers that it has not been demonstrated that the first and second applicants had an effective domestic remedy available to them as regards their complaint about a lack of abortion in Ireland for reasons of health and/or well-being. The Court is not, therefore, required to address the parties' additional submissions concerning the timing, speed, costs and confidentiality of such domestic proceedings.

153. Moreover, when the proposed remedies have not been demonstrated to be effective, these applicants could not be required, nevertheless, to exhaust them solely with a view to establishing facts relevant to their applications to this Court.

**(b) The third applicant**

154. The third applicant feared her pregnancy constituted a risk to her life and complained under Article 8 about the lack of legislation implementing the constitutional right to an abortion in the case of such a risk. She argued that she therefore had no effective procedure by which to establish her eligibility for a lawful abortion in Ireland and that she should not be required to litigate to do so.

155. In those circumstances, the Court considers that the question of the need for the third applicant to exhaust judicial remedies is inextricably linked, and therefore should be joined, to the merits of her complaint under Article 8 of the Convention (see *Tysic v. Poland* (dec.), no. 5410/03, 7 February 2006).

*4. The Court's conclusion*

156. Accordingly, the Court dismisses the Government's objection on the ground of a failure to exhaust domestic remedies as regards the first and second applicants and joins this objection to the merits of the third applicant's complaint under Article 8 of the Convention.

**C. Article 2 of the Convention**

157. The third applicant complained under Article 2 that abortion was not available in Ireland even in a life-threatening situation because of the failure to implement Article 40.3.3 of the Constitution. The Government argued that no issue arose under Article 2 of the Convention.

158. The Court notes that, just as for the first and second applicants, there was no legal impediment to the third applicant travelling abroad for an abortion (see paragraph 131 above). The third applicant did not refer to any other impediment to her travelling to England for an abortion and none of her submissions about post-abortion complications concerned a risk to her life. In such circumstances, there is no evidence of any relevant risk to the third applicant's life (see *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, and *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 116, *Reports* 1998-VIII). Her complaint that she was required to travel abroad for an abortion given her fear for her life falls to be examined under Article 8 of the Convention.

159. Accordingly, the third applicant's complaint under Article 2 of the Convention must be rejected as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

Since this complaint does not therefore give rise to an "arguable claim" of a breach of the Convention (see *Boyle and Rice v. the United Kingdom*,

27 April 1988, § 52, Series A no. 131), her associated complaint under Article 13 of the Convention must also be rejected as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

#### **D. Article 3 of the Convention**

160. All three applicants complained that the restrictions on abortion in Ireland constituted treatment which breached Article 3 of the Convention.

161. The Government reiterated that relevant medical care and counselling were available to the applicants and, largely because of their failure to exhaust domestic remedies, they had not demonstrated any good reason for not availing themselves of these services. No act of the State prevented consultation and any perceived taboo or stigma causing the applicants' hesitation to consult did not flow from the impugned legal provisions. Even accepting a perceived stigma or taboo, the applicants had not demonstrated "beyond all reasonable doubt" treatment falling within the scope of Article 3 of the Convention.

162. The applicants complained of a violation of the positive and negative obligations in Article 3 of the Convention given the impact on them of the restrictions on abortion and of travelling abroad for an abortion. They maintained that the criminalisation of abortion was discriminatory (crude stereotyping and prejudice against women), caused an affront to women's dignity and stigmatised women, increasing feelings of anxiety. The applicants argued that the two options open to women – overcoming taboos to seek an abortion abroad and aftercare at home or maintaining the pregnancy in their situations – were degrading and a deliberate affront to their dignity. While the stigma and taboo effect of the criminalisation of abortion was denied by the Government, the applicants submitted that there was much evidence confirming this effect on women. Indeed, the applicants contended that the State was under a positive obligation to protect them from such hardship and degrading treatment.

163. The Court considers it evident, for the reasons set out at paragraphs 124-27 above, that travelling abroad for an abortion was both psychologically and physically arduous for each of the applicants. It was also financially burdensome for the first applicant (see paragraph 128 above).

164. However, the Court reiterates its case-law to the effect that 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 (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 162, Series A no. 25, and, more recently, *Lotarev v. Ukraine*, no. 29447/04, § 79, 8 April



2010). In the above-described factual circumstances (see paragraphs 124-29 above) and whether or not such treatment would be entirely attributable to the State, the Court considers that the facts alleged do not disclose a level of severity falling within the scope of Article 3 of the Convention.

165. In such circumstances, the Court rejects the applicants' complaints under Article 3 of the Convention as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

Since this complaint does not therefore give rise to an "arguable claim" of a breach of the Convention (see *Boyle and Rice*, cited above), their associated complaint under Article 13 of the Convention must also be rejected as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

### **E. The Court's conclusion on the admissibility of the applications**

166. Accordingly, no ground having been established for declaring inadmissible the applicants' complaints under Article 8 or the associated complaints under Articles 13 and 14 of the Convention, the Court declares these complaints admissible and the remainder of the application inadmissible.

## **II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION**

167. The first and second applicants complained under Article 8 about the restrictions on lawful abortion in Ireland which meant that they could not obtain an abortion for health and/or well-being reasons in Ireland, and the third applicant complained under the same Article about the absence of any legislative implementation of Article 40.3.3 of the Constitution.

### **A. The observations of the applicants**

168. The applicants maintained that Article 8 clearly applied to their complaints since the relevant restrictions on abortion interfered with the most intimate part of their family and private lives including their physical integrity.

169. They accepted that the restrictions were "in accordance with the law" but again referred to the Government's "interpretation" of the law (see paragraph 137 above).

170. While they accepted that the abortion restrictions pursued the aim of protecting foetal life, they took issue with a number of related matters.

They considered that it had not been shown that the restrictions were effective in achieving that aim; the abortion rate for women in Ireland was similar to the rate in States where abortion was legal since, *inter alia*, Irish women chose to travel abroad for abortions in any event.

Even if they were effective, the applicants questioned how the State could maintain the legitimacy of that aim given the opposite moral viewpoint espoused by human rights bodies worldwide.

The applicants also suggested that the current prohibition on abortion in Ireland (protecting foetal life unless the life of the woman was at risk) no longer reflected the position of the Irish people, arguing that there was evidence of greater support for broader access to legal abortion. Since 1983, each referendum proposed narrower access to abortion, each was rejected and no referendum had been proposed since 1983 to expand access to abortion. Research by the CPA showed that public support for legal access to abortion in Ireland had increased in the past two decades (CPA Report Nos. 6 and 7, see paragraphs 82-88 above) and an opinion poll, conducted for “Safe and Legal (in Ireland) Abortion Rights Campaign” and reported in *The Irish Examiner* on 22 June 2007, found that 51% of respondents did not agree that a woman should have the right to abortion if she considered it “in her best interests”, while 43% agreed with abortion on these grounds. That the Government sought exceptions from the Maastricht and Lisbon Treaties was not relevant. In any event, popular opinion could not be used by a State to justify a failure to protect human rights, the European and international consensus outlined below being far more significant.

171. The applicants also maintained that the means chosen to achieve that aim was disproportionate.

172. While the State was entitled to a margin of appreciation to protect pre-natal life, it was not an absolute one. The Court could not give unqualified deference to the State’s interest in protecting pre-natal life as that would allow a State to employ any means necessary to restrict abortion without any regard to the mother’s life (see the *Open Door* case, cited above, §§ 68-69 and 73). The ruling requested of this Court was not, as the Government suggested, to mandate a particular abortion law for all Contracting States. The proportionality exercise did not preclude variation between States and it did not require a decision on when life began (States, courts, scientists, philosophers and religions had and always would disagree). However, this lack of agreement should not, of itself, deny women their Convention rights so that there was a need to express the minimum requirements to protect a woman’s health and well-being under the Convention. Preserving pre-natal life was an acceptable goal only when the health and well-being of the mother were given proportionate value (see *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 80, ECHR 2004-VIII, and the judgment in *Tysiāc* cited above, § 113).

173. The restrictive nature of the legal regime in Ireland disproportionately harmed women. There was a medical risk due to a late,

and therefore often surgical, abortion and an inevitable reduction in pre- and post-abortion medical support. The financial burden impacted more on poor women and, indirectly, on their families. Women experienced the stigma and psychological burden of doing something abroad which was a serious criminal offence in their own country.

The core Convention values necessitated that the State adopt alternative methods of protecting pre-natal life without criminalising necessary health care. Such methods existed and this was the approach favoured by human rights bodies (the Office of the Commissioner for Human Rights and the CEDAW). Instead of punitive criminal measures, State resources should be directed towards reproductive health and support. The establishment of the CPA was a positive but inadequate development in this direction.

174. Moreover, the extent of the prohibition on abortion in Ireland stood in stark contrast to more flexible regimes for which there was a clear European and international consensus. This Court's case-law had previously found reliance on consensus instructive in considering the scope of Convention rights, including the consensus amongst Contracting States and the provisions in specialised international instruments and evolving norms and principles of international law (see *Opuz*, cited above, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI).

175. The current European consensus was clearly in favour of extending the right to abortion in Ireland and distinguished the earlier Commission case-law on which the Government relied. The applicants relied in this respect on a report of the International Planned Parenthood Federation (*Abortion Legislation in Europe 2009*) and on certain third-party submissions (see paragraphs 206-11 below). While there might be no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see *Vö*, cited above, § 82), there was a clear consensus on the minimum standards for abortion services necessary to preserve a woman's health and well-being.

The PACE Resolution (see paragraphs 107-8 above) was indicative of this. In addition, the laws of the vast majority of the Contracting States also constituted strong evidence: 31 out of 47 States allowed abortion on request during the first trimester, 42 out of 47 States allowed abortion when the woman's health was at risk, and 32 out of 47 States expressly allowed the termination of pregnancy where there was a foetal abnormality. Ireland was in a small minority of 4 States that still enforced highly restrictive criminal abortion laws (with Malta, San Marino and Andorra). The applicants further argued that the recent trend was towards further easing of restrictions on access to abortions including decriminalisation. The international human rights standards consensus also tended towards permitting legal abortion

in order to protect the health and well-being of a woman (the CEDAW and the Human Rights Committee, see paragraphs 110-11 above) and decriminalising abortion. The Cairo ICPD 1994 noted that an unsafe abortion could be a major public health concern.

176. While the above submissions were made by all the applicants, the following were raised specifically by the third applicant.

177. The third applicant impugned the lack of a legal framework through which the relevant risk to her life and her entitlement to an abortion in Ireland could have been established which, she maintained, left her with no choice but to travel to England.

178. She underlined that Article 40.3.3, as interpreted by the *X* case, was a general provision. That provision did not define “unborn” and the *X* case did not define a real and substantial risk to life. A legal distinction, without more, between a woman’s life and her health was also an unworkable distinction in practice. There were no legally binding and/or relevant professional guidelines and none of the professional bodies provided any clear guidance as to the precise steps to be taken or the criteria to be considered. Accordingly, none of her doctors could inform the third applicant of any official procedures to assist her. The doctors, who had treated her for cancer, were unable to offer her basic assistance as to the impact her pregnancy could have on her health. She stated that her own GP failed to advise her about abortion options and did not refer to the fact that she had been pregnant when she visited him several months later. This hesitancy on the part of doctors was explained by the chilling effect of a lack of clear legal procedures combined with the risk of serious criminal and professional sanctions. It was not a problem that could be reduced, as the Government suggested, to the dereliction by doctors of their duties. Accordingly, the normal medical consultation process relied on by the Government to establish an entitlement to a lawful abortion was simply insufficient given the lack of clarity as to what constitutes a “real and substantial risk” to life combined with the chilling effect of severe criminal sanctions for doctors whose assessment could be considered *ex post facto* to fall outside that qualifying risk.

179. The third applicant also noted that domestic courts and many studies in Ireland clearly stated that Article 40.3.3 required implementation through legislation introducing a non-judicial certification procedure to establish a woman’s eligibility for lawful abortion. Contracting States permitting abortion had legal procedures in place which enabled doctors to make the relevant determinations swiftly and confidentially. Ireland did not intend to introduce any such procedures. The Court required this in the *Tysic* judgment (indeed, in Poland there was already some legislative

framework), a judgment noted by the Commissioner for Human Rights during his visit to Ireland in 2007. International bodies had frequently criticised precisely this absence of legislation and the consequent negative impact on women.

### **B. The observations of the Irish Government**

180. The Government argued that the Convention organs had never held that Article 8 was engaged where States failed to provide for certain types of abortion and any conclusion in that direction would raise serious issues for all Contracting States and, particularly for Ireland, where the prohibition was constitutionally enshrined. The Convention (see the *travaux préparatoires*) did not intend to make this Court the arbiter of the substantive law of abortion. The issue attracted strong opinions in Contracting States and was resolved by domestic decision-making often following extensive political debate. The protection accorded under Irish law to the right to life of the unborn was based on profound moral values deeply embedded in the fabric of society in Ireland and the legal position was defined through equally intense debate. The Government accepted that no legislative proposal concerning abortion was currently under discussion in Ireland. The applicants were asking the Court to align varied abortion laws and thereby go against the recognised importance and fundamental role of the democratic process in each State and the acceptance of a diversity of traditions and values in Contracting States (Article 53 of the Convention).

181. Even if Article 8 applied, the impugned restrictions satisfied the requirements of its second paragraph. In particular, Article 40.3.3, as interpreted in the *X* case, was a fundamental law of the State, was clear and foreseeable and pursued the legitimate aims of the protection of morals and the rights and freedoms of others including the protection of pre-natal life.

182. The Government underlined that the State was entitled to adopt the view, endorsed by the people, that the protection of pre-natal life, combined with the prohibition of direct destruction, was a legitimate goal and the Court should not scrutinise or measure the moral validity, legitimacy or success of this aim.

183. In any event, the Government disputed the applicants' suggestion that the current will of the Irish people was not reflected in the restrictions on abortion in Ireland; the opinion of the Irish people had been measured in referenda in 1983, 1992 and 2002. Its public representatives had actively sought, with detailed public reflection processes including extensive consultation, to consider the possible evolution of the laws and the recent public debates as to the possible impact of the Maastricht and Lisbon Treaties had resulted in special Protocols to those Treaties.

The Government also underlined that the impugned restrictions had led to a significant reduction in Irish women travelling to the United Kingdom for an abortion (6,673 women in 2001 travelled and 4,686 women did so in 2007) and to one of the lowest levels of maternal deaths in the European Union. They disputed the assertion of Doctors for Choice and BPAS that the reduction in recent years in Irish women going to the United Kingdom for an abortion was explained by travel to other countries for an abortion. The Government maintained that CPA data from 2006 demonstrated relatively small numbers travelling to the 3 other countries most frequently cited (fewer than 10 women went to Spain and Belgium from 2005-07 but significant numbers were going to the Netherlands namely, 42 in 2005, 461 in 2006 and 445 in 2007). Even taking account of these latter figures, there had been a clear reduction in the number of Irish women travelling abroad for an abortion.

184. Moreover, the impugned restrictions were proportionate.

185. The protection accorded under Irish domestic law to the right to life of the unborn and the restrictions on lawful abortion in Ireland were based on profound moral and ethical values to which the Convention afforded a significant margin of appreciation. A broad margin was specifically accorded to determining what persons were protected by Article 2 of the Convention: the Court had conclusively answered in its judgments in *Vo* (cited above) and in *Evans v. the United Kingdom* ([GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I) that there was no European scientific or legal definition of the beginning of life so that the question of the legal protection of the right to life fell within the States' margin of appreciation. If States could have a different position on this point, they could have a different position as to limits on lawful abortion and the applicants were effectively asking the Court to leave out of the equation this fundamental legal foundation of the domestic position. The Court had not addressed the substantive issue of the regulation of abortion in the *Open Door* case on which the applicants relied.

In so far as the applicants suggested that their situations must outweigh religious notions of morality, it was not clear whether the will of the Irish people was necessarily predicated on a particular religious view and, in any event, it was inappropriate to draw distinctions depending on whether a society's choices were based on religious or secular notions of morality.

186. As to the role of any consensus, the Government noted that it was not only the State's concern to protect pre-natal life that must be factored into the balance but also the legitimate choice made, in the absence of any European consensus on when life begins, that the unborn was deserving of protection. The Government did not accept the contention that there was a European and/or international consensus in favour of greater access to

abortion, including for social reasons. While in some countries access to abortion was indeed broader, the conditions of access varied greatly; the consensus upon which the applicants relied was irrelevant since it was based on legislation and not on the decisions of any constitutional court on the provisions of a constitution or the Convention; the applicants' reliance on random material, observations and recommendations was selective and futile; there was no discernible argument that the legislation in some or even most Contracting States was at some tipping point to be enforced on the remaining States.

187. Indeed, even if there was such a consensus, determining the scope of fundamental rights based on such a consensus was fraught with difficulty. The rights guaranteed by the Convention were not dependent upon the assessment of the popular will at any given time and, indeed, sometimes rights might have to be protected against the popular will. There were serious objections to attempting to deduce from the current position in Contracting States the existence of a controversial Convention right which was not included in the Convention in the first place. Emphasising the principle of subsidiarity and the respective roles of the State and the Court in such a particular context, the Government further maintained that the international consensus, if at all relevant, in fact pointed the other way, namely, towards supporting a State's autonomy in determining its own abortion laws rather than leaving this to a supranational law-making body (the Cairo ICPD 1994, the Fourth World Conference on Women in Beijing in 1995 and PACE Recommendation 1903 (2010) as well as the Protocols to the Maastricht and Lisbon Treaties). PACE Resolution 1607 (2008), relied on by the applicants, demonstrated the divergence of views in Contracting States as it was a resolution and not a recommendation and it was adopted by a split vote, the Irish members of PACE voting against.

188. The ethical and moral issues to which abortion gave rise were to be distinguished from the scientific issues central to the *Christine Goodwin* judgment (cited above). The violation of Article 8 in that case was based on a continuing international trend in favour of the legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals, even in the absence of European consensus, and on the fact that no concrete or substantial hardship or detriment to the public would be likely to flow from a change in the status of transsexuals. A finding that a failure to provide abortion for social reasons breached Article 8 would bring a significant detriment to the Irish public which had sought to protect pre-natal life.

189. As regards the third applicant specifically, the Government made the following submissions.

In the first place, they maintained in response to a question from the Court, that the procedure for obtaining a lawful abortion in Ireland was clear. The decision was made, like any other major medical matter, by a patient in consultation with her doctor. On the rare occasion on which there was a possibility of a risk to the life of a woman, there was “a very clear and bright-line rule provided by Irish law which is neither difficult to understand nor to apply because it is the same law that has been applied under section 58 of the 1861 Act, under Article 40.3.3 of the Irish Constitution and under the legislative provisions of every country which permits a pregnancy to be terminated on that ground”. As to the precise procedures to be followed by a pregnant woman and her doctor where an issue arose as to such a possible risk, it was the responsibility of the doctor and a termination could occur when the risk was real and substantial. If the patient did not agree with that advice, she was free to seek another medical opinion and, in the last resort, she could make an emergency application to the High Court (as outlined above). The grounds for lawful abortion in Ireland were well known and applied. Referring to the Medical Council Guidelines, the CPA Guidelines and the evidence of practitioners to the Committee on the Constitution, the Government considered it clear that, while there were issues regarding the characterisation of medical treatment essential to protect the life of the mother, medical intervention occurred when a mother’s life was threatened, the refusal of treatment on the ground of moral disapproval was prohibited and a patient was entitled to a second opinion. While the Irish Institute of Obstetricians and Gynaecologists had no published guidelines concerning a pregnant woman presenting with life-threatening conditions, that Institute would be in agreement with the Guidelines of the United Kingdom Royal College of Obstetricians and Gynaecologists concerning the management of ectopic pregnancies and it was probable that Irish gynaecologists would “by and large” follow the latter Guidelines with or without minor amendments or additions. This clear process of how a decision to terminate a pregnancy was taken in Ireland by the patient in consultation with the doctor was regularly followed in the case of ectopic pregnancies.

In response to a further question from the Court as to how many lawful abortions were carried out annually in Ireland, the Government referred to a database of the Economic and Social Research Institute on discharges and deaths from all public acute hospitals. The Department of Health and Children had analysed that database based on the conditions that might require termination of pregnancy referred to in the Fifth Progress Report on Abortion 2000. The results presented by the Government concerned ectopic pregnancies only.



Secondly, the Government did not accept the conclusions drawn by the third applicant from the comment of McCarthy J. in the *X* case (see paragraph 44 above) combined with the above-cited judgment in *Tysic*. McCarthy J. did not assert that legislation was required to operate Article 40.3.3 but rather that the courts had a duty to interpret and to apply Article 40.3.3.

Thirdly, since this Court in the *Open Door* case (cited above) found that Article 40.3.3 was sufficiently clear and precise to be considered to be prescribed by law, it could not now find that it was not sufficiently clear and precise as regards the authorisation of an abortion which was the very focus of that constitutional provision.

Fourthly, the Government distinguished the *Tysic* judgment. There was an undercurrent in that case that doctors were not operating procedures and this simply could not be sustained in the present case. In addition, there was a stark contrast between the wealth of medical evidence before the Court in the *Tysic* judgment (notably, as regards the risk the pregnancy constituted for her health) and the case of the third applicant who presented no evidence of the life-threatening nature of her condition. Moreover, the Government disputed whether the situation of patients and doctors would be improved by a certification process which applied in Poland. Furthermore, while in the above-cited *Tysic* judgment the Court found that a State must not structure its legal framework so as to limit real possibilities of obtaining a lawful abortion and should include the possibility of having a woman's views considered pre-partum, the third applicant had not demonstrated that she had considered legal action. Finally, the Government did not accept that the alleged chilling effect of the criminal sanctions in Irish law militated against obtaining an abortion in Ireland. There had been no criminal prosecution of a doctor in living memory; in the *C* case the High Court referred to doctors' support of *C* and to the fact that doctors would carry out the duties imposed on them by law. To suggest otherwise was serious and unsubstantiated.

190. Finally, the Government considered that the striking polarity of the third parties' submissions demonstrated the diversity of opinions and approaches on the subject of abortion throughout the Contracting States.

191. The Government concluded that, in the circumstances, there was no basis for the applicants' claim that Article 40.3.3 was disproportionate. It would be inappropriate for this Court to attempt to balance the competing interests where striking that balance domestically has been a long, complex and delicate process, to which a broad margin of appreciation applied and in respect of which there was plainly no consensus in member States of the Council of Europe.

### **C. The observations of the intervening Government to the Chamber**

192. Since the third applicant is Lithuanian, that Government submitted observations to the Chamber (summarised below), although they did not make written or oral submissions to the Grand Chamber.

193. The Lithuanian Government reviewed the jurisprudence of the Convention organs: concerning the applicability of Article 2 to the foetus; concerning the compatibility of restrictions on abortion with Article 8 and concerning the compatibility of restrictions on receiving and imparting information on abortion with Article 10. They pointed out that the Convention institutions had not, until the present case, had the opportunity to develop certain general Convention principles on the minimum degree of protection to which a woman seeking an abortion would be entitled, having regard to the right to protection of a foetus. They maintained that such clarification by this Court would be of great importance to all Contracting States.

194. Since the early Commission case-law, the situation had evolved considerably and they referred, in particular to PACE Resolution 1607, which responded to a perceived need to lay down standards in Europe as regards the rights of women seeking abortion. The Explanatory Memorandum to that Resolution noted that an abortion on request was available, at least in theory, in all Council of Europe member States apart from Andorra, Ireland, Malta, Monaco and Poland and noted other commonalities and differences in the abortion issue in those States. They considered the situation in Council of Europe member States to be diverse and that this sensitive question was still the subject of many debates in those States, often exposing conflicting moral positions. It was still not possible to find a uniform European conception of morals.

195. Accordingly, the Lithuanian Government considered that it would be of great importance for this Court to provide guidance on the question of the minimum degree of protection to which a woman requesting an abortion was to be accorded vis-à-vis her unborn child.

### **D. The observations of the third parties**

- 1. Joint Observations of the European Centre for Law and Justice in association with Kathy Sinnott (Member of the European Parliament), of The Family Research Council, Washington D.C., and of the Society for the Protection of Unborn Children, London*

196. These third parties described themselves as persons and bodies dedicated to the defence of the sanctity of human life.

197. As regards Article 2 of the Convention, Ireland had a sovereign right to determine when life began and the appropriate protections based on the paramount right to life, which right outweighed other rights. Ireland's abortion regime was based on full and equal rights to life of the mother and of the unborn. It was against the paramount right to life of the unborn that the lesser rights to privacy and bodily integrity of the mother had to be measured. The primacy of the right to life came from the fact that the basic building block of the State was the individual, and personal rights existed only because a human being existed from the moment of conception. This primacy was recognised by many international instruments. The principle of respect for national sovereignty formed the very basis of the Convention rights because those rights stemmed from treaty obligations. Recognising a right to abortion would create a new Convention right to which Ireland had never acceded. Ireland's position deserved special deference because of its longevity and consistency despite numerous domestic challenges, and given its inscription in the Constitution which had been ratified by the overwhelming majority of the Irish people. The Irish government have always taken the firm position that their participation in the European political union would not impact on Article 40.3.3 of the Constitution.

198. The Convention organs recognised that Article 2 gave States the option of protecting the unborn (see *H. v. Norway* (dec.), no. 17004/90, 19 May 1992). The above-cited judgment in *Vo* confirmed that the unborn belonged to the human race and that the highest deference had to be shown to States in determining the extent of that protection which amounted, indeed, to a higher measure of protection, inclusive of life, envisaged by Article 53 of the Convention. Since abortion in Ireland was lawful in the event of a risk to life, it met any positive obligations under Article 2 of the Convention. Neither was there any negative aspect involved in Article 2 requiring States to deny life to the unborn in order to protect the woman's life. Interpreting Article 2 in that manner would be tantamount to limiting the right to life by prohibiting States from recognising that right in the unborn and, indeed, creating a right to kill: the scope of Article 2 did not reach that far (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 39, ECHR 2002-III).

199. Just as Article 2 did not provide a right to abortion, Ireland's restrictions on abortion could not be said to unduly interfere with the Article 8 rights of women. A woman's right to privacy and bodily integrity in the context of pregnancy was not absolute, nor was pregnancy a purely private matter as it was to be analysed against the rights of the unborn and the State's right to choose when life began. In any event, the impugned restrictions were "prescribed by law". They were precise in their formulation,

clearly defined in the case-law (see the *X* case cited above), codified by the Medical Council Guidelines and uniform in their application. In this latter respect, it was legitimate to rely on clinical judgments. The restrictions were also “proportionate” given the paramount right to life of the unborn. Deference to the fact that Ireland was inclusive in recognising the right to life of the mother and the unborn outweighed any alleged conflict with the interests of the woman to health, privacy and bodily integrity. In fact, the restrictions also protected women: they avoided the selection of female children for abortion; Ireland’s maternal mortality rate was the lowest in Europe; and abortion had negative effects on women’s health, lives (the rate of death after abortion being higher than after childbirth) and on future pregnancies. The right to life of the unborn took precedence over any financial concerns of the mother.

200. The fact that Irish women could travel abroad for an abortion did not defeat the legitimacy of Ireland’s abortion laws; that exception was imposed by the right to travel under European Union law and could not be used to justify an even wider exception to the restrictions.

201. There was no universal consensus towards recognising a right to abortion in international law. On the contrary, certain international instruments and sixty-eight countries prohibited abortion entirely or allowed it to save the mother’s life only.

## 2. *Observations of the Pro-Life Campaign (PLC)*

202. The PLC described itself as an Irish non-governmental organisation which promoted pro-life education and defended human life from conception.

203. The PLC pointed out that the protection of the life of the unborn was fundamental to the constitutional scheme of fundamental rights. That tradition of human rights protection via constitutional jurisprudence was a long, proud and praiseworthy one which had given Ireland an exemplary record before this Court as compared to other Contracting States.

204. The constitutional protection of the unborn was only capable of being curtailed in the limited circumstances outlined in the *X* case, in which circumstances abortion would be lawful in Ireland. Information on services abroad was available (the 1995 Act) and, in general, no one’s travel was restricted. The Medical Council Guidelines made it clear that doctors should not refuse to treat any patient on the ground of moral disapproval.

205. The Irish courts had due regard to any decision or judgment of the Court but, despite the incorporation of the Convention into Irish law by the 2003 Act, the Constitution remained the paramount source of law in Ireland so that Convention arguments could not be used to overthrow laws

that were otherwise constitutional. The Contracting States had a margin of appreciation in relation to the implementation of the Convention since the national authorities were, in principle, better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Any examination of the extent to which the Convention complemented, supplemented or deepened existing rights, should be addressed in the domestic courts prior to its submission to this Court.

*3. Joint observations of Doctors for Choice (Ireland) and BPAS*

206. As well as the submissions outlined at paragraphs 120-21 above, these third parties submitted figures as to the annual rates of abortion by Irish women in England and Wales published by the United Kingdom Department of Health (from the CPA Report No. 19) as follows: 1975 (1,573); 1980 (3,320); 1985 (3,888); 1990 (4,064); 1995 (4,532); 2000 (6,391); 2001 (6,673); 2002 (6,522); 2003 (6,320); 2004 (6,217); 2005 (5,585); 2006 (5,042); and 2007 (4,686). However, they explained that Irish women give addresses in the United Kingdom to maintain confidentiality and/or to obtain British health cover. They argued that the reduction in the numbers of Irish women obtaining abortions in England and Wales in recent years could be explained by the availability of other more accessible options (abortions in other Eurozone countries or greater use of abortion medication, “the abortion pill”). They also suggested that Irish women were statistically more likely to consult later for an abortion abroad and that there was no evidence that banning abortion in a country actually reduced the rate of abortion when other means were available.

207. Irish medical professionals were in an unclear position and unable to provide adequate medical services. Doctors advising a patient on the subject faced criminal charges, on the one hand, and an absence of clear legal, ethical or medical guidelines, on the other. The Medical Council Guidelines were of no assistance. These third parties had never heard of any case in which life-saving abortions had been performed in Ireland. Irish doctors did not receive any training on abortion techniques and were not therefore equipped to carry out an abortion or to provide adequate post-abortion care.

*4. Joint Observations of the Centre for Reproductive Rights and the International Reproductive and Sexual Health Law Programme*

208. These third parties mainly argued that international human rights laws and comparative standards should inform the Court’s consideration and that the impugned Irish restrictions on abortion were inconsistent with such laws and standards for two reasons.

209. In the first place, they maintained that denying a lawful abortion to protect a woman's physical and mental health was inconsistent with international law and comparative standards. As to that international law, the United Nations human rights monitoring organs (*inter alia*, the Human Rights Committee and the CEDAW) interpreted the human rights to life, health and non-discrimination, as well as the right to freedom from cruel, inhuman and degrading treatment or punishment, as requiring States to lawfully permit abortion where necessary to protect a woman's health. These bodies had consistently advised States to amend national abortion laws which prohibited abortion without exception or permitted abortion only where necessary to protect the woman's life. Laws permitted abortion to protect the health of the mother in all but 4 of the 47 Contracting States and 40 out of 47 allowed abortion for broader socio-economic reasons or on request within certain gestational limits. Constitutional courts in Europe, relying on women's rights to physical and mental health and personal autonomy, reflected these health-based exceptions to abortion restrictions.

Neither international law nor comparative standards supported a distinction between the right to life and health in abortion regulation. It was a basic principle of international human rights law that no formal hierarchy could be drawn between life and health as interests equally deserving of State protection, so that a law which permitted abortion to protect life but not health would not be acceptable. International human rights law also reflected an understanding in an abortion context that the protection of life was practically indistinguishable from the protection of health. A comparative review revealed that all Contracting States which permitted abortion to preserve life also admitted abortion to protect health – all except Ireland. This recognised that distinctions between life and health protection could not be meaningfully drawn in a clinical context.

210. Secondly, they submitted that international law and comparative standards recognised that the State should seek to protect pre-natal interests through proportionate means that give due consideration to the rights of pregnant women so that restrictive criminal-abortion laws and harsh penalties were excessively burdensome on women and abortion providers. United Nations human rights monitoring bodies consistently called on States to amend and/or repeal legislation criminalising abortion to ensure access to lawful abortion. Criminal laws were considered not to restrict access to abortion but rather access to *safe* abortion. Certain of those United Nations human rights monitoring bodies considered criminal restrictions on abortion discriminatory. While most Contracting States controlled abortion via criminal law, the majority did not have criminal punishment for women, the penalties were moderate and they permitted lawful abortion in

a broad set of circumstances. Ireland's criminal law was the harshest criminal penalty in abortion regulations across Europe. Equally, international and comparative standards supported the adoption by States of less restrictive measures that protected the State's interest in pre-natal life and guaranteed women's rights. International standards supported pre-natal life by ensuring safe pregnancies, welfare provisions and supporting family planning. Most Council of Europe member States had procedural frameworks regulating access to abortion which balanced the State interest in protecting pre-natal life with a mother's rights.

211. In conclusion, the degree of conformity of the above-described international laws and comparative standards was such that it did not admit a margin of appreciation being accorded to Ireland in this matter.

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

#### *1. Whether Article 8 applied to the applicants' complaints*

212. The Court notes that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, *inter alia*, the right to personal autonomy and personal development (see *Pretty*, cited above, § 61). It concerns subjects such as gender identification, sexual orientation and sexual life (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45, and *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, 19 February 1997, § 36, *Reports* 1997-I), a person's physical and psychological integrity (see the judgment in *Tysiāc*, cited above, § 107) as well as decisions both to have and not to have a child or to become genetic parents (see *Evans*, cited above, § 71).

213. The Court has also previously found, citing with approval the case-law of the former Commission, that legislation regulating the interruption of pregnancy touches upon the sphere of the private life of the woman, the Court emphasising that Article 8 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination pertain uniquely to the woman's private life as, whenever a woman is pregnant, her private life becomes closely connected with the developing foetus. The woman's right to respect for her private life must be weighed against other competing rights and freedoms invoked including those of the unborn child (see the judgment in *Tysiāc*, cited above, § 106, and *Vo*, cited above, §§ 76, 80 and 82).

214. While Article 8 cannot, accordingly, be interpreted as conferring a right to abortion, the Court finds that the prohibition in Ireland of abortion where sought for reasons of health and/or well-being about which the first and second applicants complained, and the third applicant's

alleged inability to establish her eligibility for a lawful abortion in Ireland, come within the scope of their right to respect for their private lives and accordingly Article 8. The difference in the substantive complaints of the first and second applicants, on the one hand, and that of the third applicant on the other, requires separate determination of the question whether there has been a breach of Article 8 of the Convention.

215. In these circumstances it is not necessary also to examine whether Article 8 applied as regards its family life component.

## 2. *The first and second applicants*

### (a) **Positive or negative obligations under Article 8 of the Convention?**

216. While there are positive obligations inherent in effective respect for private life (see paragraphs 244-46 below), the Court considers it appropriate to analyse the first and second applicants' complaints as concerning negative obligations, their core argument being that the prohibition in Ireland of abortion where sought for health and/or well-being reasons disproportionately restricted their right to respect for their private lives. The Court has previously noted, citing with approval the case-law of the former Commission in *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (no. 6959/75, Commission decision of 19 May 1976, Decisions and Reports 5, p. 103), that not every regulation of the termination of pregnancy constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother (see also *Vö*, cited above, § 76). Nevertheless, having regard to the broad concept of private life within the meaning of Article 8, including the right to personal autonomy and to physical and psychological integrity (see paragraphs 212-14 above), the Court finds that the prohibition of the termination of the first and second applicants' pregnancies sought for reasons of health and/or well-being amounted to an interference with their right to respect for their private lives. The essential question which must be determined is whether the prohibition is an unjustified interference with their rights under Article 8 of the Convention.

217. As noted at paragraph 145 above, the impugned interference stemmed from sections 58 and 59 of the 1861 Act, as qualified by Article 40.3.3 of the Constitution as interpreted by the Supreme Court in the *X* case.

218. To determine whether this interference entailed a violation of Article 8, the Court must examine whether or not it was justified under the second paragraph of that Article namely, whether the interference was "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society" for one of the "legitimate aims" specified in Article 8 of the Convention.



**(b) Was the interference “in accordance with the law”?**

219. The applicants accepted that the restriction was in accordance with the law and the Government stated that the Court had found Article 40.3.3 to be “prescribed by law” in the above-cited *Open Door* case.

220. The Court notes that an impugned interference must have some basis in domestic law, which law must be adequately accessible and be formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct, he or she being able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see for example, *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, §§ 86-88, Series A no. 61).

221. The Court considers that the domestic legal provisions constituting the interference were clearly accessible. Having regard to paragraphs 147-49 above, the Court also considers that it was clearly foreseeable that the first and second applicants were not entitled to an abortion in Ireland for health and/or well-being reasons.

**(c) Did the interference pursue a legitimate aim?**

222. The Court points out that, in the above-cited *Open Door* case, it found that the protection afforded under Irish law to the right to life of the unborn was based on profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the Irish people against abortion during the 1983 referendum. The impugned restriction in that case was found to pursue the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect. This was confirmed by the Court’s finding in the above-cited *Vö* case that it was neither desirable nor possible to answer the question of whether the unborn was a person for the purposes of Article 2 of the Convention, so that it would be equally legitimate for a State to choose to consider the unborn to be such a person and to aim to protect that life.

223. However, the first and second applicants maintained that the will of the Irish people had changed since the 1983 referendum so that the legitimate aim accepted by the Court in its judgment in the *Open Door* case (cited above) was no longer a valid one. The Court notes that it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals including on the question of when life begins. By reason of their “direct and continuous contact with the vital forces of their countries”, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the “exact content of the requirements of morals” in their country, as well as on the

necessity of a restriction intended to meet them (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 48, Series A no. 24; *Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, § 35, Series A no. 133; the *Open Door* case, cited above, § 68; and *Vo*, cited above, § 82).

224. The constitutional framework for the interference, Article 40.3.3, was adopted in a referendum by a substantial majority in 1983. It is true that, since then, the population of Ireland has not been requested to vote in a referendum proposing any broader abortion rights in Ireland. In fact, in 1992 and 2002 the Irish people refused in referenda to restrict the existing grounds for lawful abortion in Ireland, on the one hand, and accorded in those referenda the right to travel abroad for an abortion and to have information about that option, on the other (see paragraphs 45-54 above).

225. However, the Court notes the public reflection processes prior to the adoption of the Review Group Report, the Green Paper and the Fifth Progress Report on Abortion 2000 (see paragraphs 62-76 above). These processes, which involved significant consultation and considered numerous constitutional and/or legislative options, reflected profoundly differing opinions and demonstrated the sensitivity and complexity of the question of extending the grounds for lawful abortion in Ireland. The rejection by a further referendum of the Lisbon Treaty in 2008 is also important in this context. While it could not be said that this rejection was entirely due to concerns about maintaining Irish abortion laws, the Report commissioned by the Government found that the rejection was “heavily influenced by low levels of knowledge and specific misperceptions” as to the impact of the Treaty on Irish abortion laws. As with the Maastricht Treaty in 1992, a special Protocol to the Lisbon Treaty was granted confirming that nothing in the Treaty would affect, *inter alia*, the constitutional protection of the right to life of the unborn and a further referendum in 2009 allowed the ratification of the Lisbon Treaty (see paragraphs 100-03).

226. In light of the above, the Court does not consider that the limited opinion polls on which the first and second applicants relied (see paragraphs 82-88 and 170 above) are sufficiently indicative of a change in the views of the Irish people concerning the grounds for lawful abortion in Ireland, as to displace the State’s opinion to the Court on the exact content of the requirements of morals in Ireland (see *Handyside* and further references cited at paragraph 223 above). Accordingly, the Court finds that the impugned restrictions in the present case, albeit different from those at issue in the *Open Door* case, were based on profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the Irish people against abortion during the 1983 referendum and which have not been demonstrated to have changed significantly since then.

227. The Court concludes that the impugned restriction therefore pursued the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect.

228. The Court does not therefore consider it necessary to determine whether these are moral views stemming from religious or other beliefs or whether the term “others” in Article 8 § 2 extends to the unborn (see the *Open Door* case, cited above, § 63, and *Vo*, cited above, § 85). The first and second applicants’ submissions to the effect that the abortion restrictions in pursuance of that aim are ineffective and their reliance on the moral viewpoint of international bodies fall to be examined below under the necessity of the interference (see the *Open Door* case, cited above, § 76).

**(d) Was the interference “necessary in a democratic society”?**

229. In this respect, the Court must examine whether there existed a pressing social need for the measure in question and, in particular, whether the interference was proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests in respect of which the State enjoys a margin of appreciation (see the *Open Door* case, cited above, § 70; *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003-III; and *Evans*, cited above, § 75).

230. Accordingly, and as underlined at paragraph 213 above, in the present cases the Court must examine whether the prohibition of abortion in Ireland for health and/or well-being reasons struck a fair balance between, on the one hand, the first and second applicants’ right to respect for their private lives under Article 8 and, on the other, profound moral values of the Irish people as to the nature of life and consequently as to the need to protect the life of the unborn.

231. The Court considers that the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the State is crucial to its conclusion as to whether the impugned prohibition struck that fair balance. The Government maintained that, in the context of abortion laws, the State’s margin was significant and unaffected by any European or international consensus. The first and second applicants argued that, while a margin was to be accorded, the right to life of the unborn could not be accorded primacy to the exclusion of the proportionate protection of the rights of women and, further, that it was crucial to take account of the consensus outside of Ireland towards broader access to abortion.

232. The Court points out that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when determining any case under Article 8 of the Convention. Where a particularly important facet of an individual’s

existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see *Evans*, cited above, § 77). Where, however, 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, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see *Evans*, cited above, § 77; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 44, *Reports 1997-II*; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; and *Christine Goodwin*, cited above, § 85). As noted above, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the “exact content of the requirements of morals” in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them (see *Handyside* and the other references cited at paragraph 223 above).

233. There can be no doubt as to the acute sensitivity of the moral and ethical issues raised by the question of abortion or as to the importance of the public interest at stake. A broad margin of appreciation is, therefore, in principle to be accorded to the Irish State in determining the question whether a fair balance was struck between the protection of that public interest, notably the protection accorded under Irish law to the right to life of the unborn, and the conflicting rights of the first and second applicants to respect for their private lives under Article 8 of the Convention.

234. However, the question remains whether this wide margin of appreciation is narrowed by the existence of a relevant consensus.

The existence of a consensus has long played a role in the development and evolution of Convention protections beginning with *Tyrer v. the United Kingdom* (25 April 1978, § 31, Series A no. 26), the Convention being considered a “living instrument” to be interpreted in the light of present-day conditions. Consensus has therefore been invoked to justify a dynamic interpretation of the Convention (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31; *Dudgeon*, cited above, § 60; *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 102, Series A no. 161; *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, § 50, ECHR 2003-I; and *Christine Goodwin*, cited above, § 85).

235. In the present case, and contrary to the Government’s submission, the Court considers that there is indeed a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion on broader grounds than accorded under Irish law. In particular, the Court notes that the first and second applicants could have obtained an abortion on request (according to certain criteria including gestational limits) in some 30 such States. The first applicant could have obtained an abortion justified on health and well-being grounds in approximately

40 Contracting States and the second applicant could have obtained an abortion justified on well-being grounds in some 35 Contracting States. Only 3 States have more restrictive access to abortion services than Ireland namely, a prohibition on abortion regardless of the risk to the woman's life. Certain States have in recent years extended the grounds on which abortion can be obtained (see paragraph 112 above). Ireland is the only State which allows abortion solely where there is a risk to the life (including self-destruction) of the expectant mother. Given this consensus amongst a substantial majority of the Contracting States, it is not necessary to look further to international trends and views which the first two applicants and certain of the third parties argued also leaned in favour of broader access to abortion.

236. However, the Court does not consider that this consensus decisively narrows the broad margin of appreciation of the State.

237. Of central importance is the finding in the above-cited *Vo* case that the question of when the right to life begins came within the States' margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected (see the review of the Convention case-law at paragraphs 75-80 in the above-cited *Vo* judgment), the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother. It follows that, even if it appears from the national laws referred to that most Contracting Parties may in their legislation have resolved those conflicting rights and interests in favour of greater legal access to abortion, this consensus cannot be a decisive factor in the Court's examination of whether the impugned prohibition on abortion in Ireland for health and well-being reasons struck a fair balance between the conflicting rights and interests, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention (see *Tyrer*, § 31, and *Vo*, § 82, both cited above).

238. It is indeed the case that this margin of appreciation is not unlimited. The prohibition impugned by the first and second applicants must be compatible with a State's Convention obligations and, given the Court's responsibility under Article 19 of the Convention, the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved (see the *Open Door* case, cited above, § 68). A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified

deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother's right to respect for her private life is of a lesser stature. Nor is the regulation of abortion rights solely a matter for the Contracting States, as the Government maintained relying on certain international declarations (see paragraph 187 above). However, and as explained above, the Court must decide on the compatibility with Article 8 of the Convention of the Irish State's prohibition of abortion on health and well-being grounds on the basis of the above-described fair balance test to which a broad margin of appreciation is applicable.

239. From the lengthy, complex and sensitive debate in Ireland (summarised at paragraphs 28-76 above) as regards the content of its abortion laws, a choice has emerged. Irish law prohibits abortion in Ireland for health and well-being reasons but allows women, in the first and second applicants' position who wish to have an abortion for those reasons (see paragraphs 123-30 above), the option of lawfully travelling to another State to do so.

On the one hand, the Thirteenth and Fourteenth Amendments to the Constitution removed any legal impediment to adult women travelling abroad for an abortion and to obtaining information in Ireland in that respect. Legislative measures were then adopted to ensure the provision of information and counselling about, *inter alia*, the options available including abortion services abroad, and to ensure any necessary medical treatment before, and more particularly after, an abortion. The importance of the role of doctors in providing information on all options available, including abortion abroad, and their obligation to provide all appropriate medical care, notably post abortion, is emphasised in CPA work and documents and in professional medical guidelines (see, generally, paragraph 130 above). The Court has found that the first two applicants did not demonstrate that they lacked relevant information or necessary medical care as regards their abortions (see paragraphs 127 and 130 above).

On the other hand, it is true that the process of travelling abroad for an abortion was psychologically and physically arduous for the first and second applicants, additionally so for the first applicant given her impoverished circumstances (see paragraph 163 above). While this may not have amounted to treatment falling within the scope of Article 3 of the Convention (see paragraph 164 above), the Court does not underestimate the serious impact of the impugned restriction on the first and second applicants. It may even be the case, as the first two applicants argued, that the impugned prohibition on abortion is to a large extent ineffective in protecting the unborn in the sense that a substantial number of women take the option open to them in law of travelling abroad for an abortion not available in Ireland. It is not

possible to be more conclusive, given the disputed nature of the relevant statistics provided to the Court (see paragraphs 170, 183 and 206 above).

240. It is with this choice that the first and second applicants take issue. However, it is equally to this choice that the broad margin of appreciation centrally applies. The Court would distinguish the prohibition on the provision of information about abortion services abroad at issue in the above-cited *Open Door* case and the finding in that case that the prohibition on information was ineffective to protect the right to life because women travelled abroad anyway (§ 76 of that judgment). There is, in the Court's view, a clear distinction to be drawn between that prohibition and the more fundamental choice at issue in the present case as to the permitted grounds for lawful abortion in Ireland to which the above-described margin of appreciation is accorded.

241. Accordingly, having regard to the right to travel abroad lawfully for an abortion with access to appropriate information and medical care in Ireland, the Court does not consider that the prohibition in Ireland of abortion for health and well-being reasons, based as it is on the profound moral views of the Irish people as to the nature of life (see paragraphs 222-27 above) and as to the consequent protection to be accorded to the right to life of the unborn, exceeds the margin of appreciation accorded in that respect to the Irish State. In such circumstances, the Court finds that the impugned prohibition in Ireland struck a fair balance between the right of the first and second applicants to respect for their private lives and the rights invoked on behalf of the unborn.

**(e) The Court's conclusion as regards the first and second applicants**

242. It concludes that there has been no violation of Article 8 of the Convention as regards the first and second applicants.

*3. The third applicant*

243. The third applicant's complaint concerns the failure by the Irish State to implement Article 40.3.3 of the Constitution by legislation and, notably, to introduce a procedure by which she could have established whether she qualified for a lawful abortion in Ireland on the ground of the risk to her life of her pregnancy.

**(a) Does her complaint fall to be examined under the positive or negative obligations of Article 8 of the Convention?**

244. While the essential object of Article 8 is, as noted above, to protect individuals against arbitrary interference by public authorities, it may also impose on a State certain positive obligations to ensure effective respect for

the rights protected by Article 8 (see, among other authorities, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91).

245. The Court has previously found States to be under a positive obligation to secure to its citizens their right to effective respect for their physical and psychological integrity (see *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, §§ 74-83, ECHR 2004-II; *Sentges v. the Netherlands* (dec.), no. 27677/02, 8 July 2003; *Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), no. 14462/03, ECHR 2005-I; *Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002; and *Odièvre*, cited above, § 42). In addition, these obligations may involve the adoption of measures, including the provision of an effective and accessible means of protecting the right to respect for private life (see *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 33, Series A no. 32; *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 101, Reports 1998-III; and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 162, ECHR 2005-X) including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights and the implementation, where appropriate, of specific measures in an abortion context (see the judgment in *Tysiāc*, cited above, § 110).

246. Accordingly, the Court considers that the third applicant's complaint falls to be analysed under the positive aspect of Article 8. In particular, the question to be determined by the Court is whether there is a positive obligation on the State to provide an effective and accessible procedure allowing the third applicant to establish her entitlement to a lawful abortion in Ireland thereby affording due respect to her interests safeguarded by Article 8 of the Convention.

**(b) General principles applicable to assessing a State's positive obligations**

247. The principles applicable to assessing a State's positive and negative obligations under the Convention are similar. Regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, the aims in the second paragraph of Article 8 being of a certain relevance (see *Gaskin v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 42, Series A no. 160, and *Roche*, cited above, § 157).

248. The notion of "respect" is not clear cut especially as far as positive obligations are concerned. Having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the requirements of this notion will vary considerably from case to case (see *Christine Goodwin*, cited above, § 72).

Nonetheless, certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States. Some



factors concern the applicant: the importance of the interest at stake and whether “fundamental values” or “essential aspects” of private life are in issue (see *X and Y v. the Netherlands* and *Gaskin*, both cited above); and the impact on an applicant of a discordance between the social reality and the law, the coherence of the administrative and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (see *B. v. France*, 25 March 1992, § 63, Series A no. 232-C, and *Christine Goodwin*, cited above, §§ 77-78). Some factors concern the position of the State: whether the alleged obligation is narrow and defined or broad and indeterminate (see *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, *Reports* 1998-I); and the extent of any burden the obligation would impose on the State (see *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, §§ 43-44, Series A no. 106, and *Christine Goodwin*, cited above, §§ 86-88).

249. As in the negative obligation context, the State enjoys a certain margin of appreciation (see, among other authorities, *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 49, Series A no. 290). While a broad margin of appreciation is accorded to the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State (see paragraphs 231-38 above), once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be “shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention” (see *S.H. and Others v. Austria*, no. 57813/00, § 74, 1 April 2010).

**(c) Application of the general principles to the third applicant’s case**

250. The third applicant had a rare form of cancer. When she discovered she was pregnant she feared for her life as she believed that her pregnancy increased the risk of her cancer returning and that she would not obtain treatment for that cancer in Ireland while pregnant (see paragraph 125 above). The Court considers that the establishment of any such relevant risk to her life caused by her pregnancy clearly concerned fundamental values and essential aspects of her right to respect for her private life (see *X and Y v. the Netherlands*, cited above, § 27). Contrary to the Government’s submissions, it is not necessary for the applicant to further substantiate the alleged medical risk, her complaint concerning as it did the absence of any effective domestic procedure for establishing that risk.

251. The Government maintained that effective and accessible procedures existed whereby a woman could establish her entitlement to a lawful abortion in Ireland.

252. In the first place, the Court has examined the only non-judicial means on which the Government relied namely, the ordinary medical consultation process between a woman and her doctor.

253. However, the Court has a number of concerns as to the effectiveness of this consultation procedure as a means of establishing the third applicant's eligibility for a lawful abortion in Ireland.

It is first noted that the ground upon which a woman can seek a lawful abortion in Ireland is expressed in broad terms: Article 40.3.3, as interpreted by the Supreme Court in the *X* case, provides that an abortion is available in Ireland if it is established as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, including a risk of self-harm, which can only be avoided by a termination of the pregnancy (see the *X* case, cited at paragraphs 39-44 above). While a constitutional provision of this scope is not unusual, no criteria or procedures have been subsequently laid down in Irish law, whether in legislation, case-law or otherwise, by which that risk is to be measured or determined, leading to uncertainty as to its precise application. Indeed, while this constitutional provision (as interpreted by the Supreme Court in the *X* case) qualified sections 58 and 59 of the earlier 1861 Act (see paragraph 145 above), those sections have never been amended so that, on their face, they remain in force with their absolute prohibition on abortion and the associated serious criminal offences, thereby contributing to the lack of certainty for a woman seeking a lawful abortion in Ireland.

Moreover, whether or not the broad right to a lawful abortion in Ireland for which Article 40.3.3 provides could be clarified by Irish professional medical guidelines as suggested by the Government (see also the High Court judgment in *MR v. TR and Others* at paragraph 97 above), the guidelines do not in any event provide any relevant precision as to the criteria by which a doctor is to assess that risk. The Court cannot accept the Government's argument that the oral submissions to the Committee on the Constitution, and still less obstetric guidelines on ectopic pregnancies from another State, could constitute relevant clarification of Irish law. In any event, the three conditions noted in those oral submissions as accepted conditions requiring medical intervention to save a woman's life (pre-eclampsia, cancer of the cervix and ectopic pregnancies) were not pertinent to the third applicant's case.

Furthermore, there is no framework whereby any difference of opinion between the woman and her doctor or between different doctors consulted, or whereby an understandable hesitancy on the part of a woman or doctor, could be examined and resolved through a decision which would establish

as a matter of law whether a particular case presented a qualifying risk to a woman's life such that a lawful abortion might be performed.

254. Against this background of substantial uncertainty, the Court considers it evident that the criminal provisions of the 1861 Act would constitute a significant chilling factor for both women and doctors in the medical consultation process, regardless of whether or not prosecutions have in fact been pursued under that Act. Both the third applicant and any doctor ran a risk of a serious criminal conviction and imprisonment in the event that a decision taken in medical consultation, that the woman was entitled to an abortion in Ireland given the risk to her life, was later found not to accord with Article 40.3.3 of the Constitution. Doctors also risked professional disciplinary proceedings and serious sanctions. The Government have not indicated whether disciplinary action has ever been taken against a doctor in this regard. The Review Group Report 1996, the Green Paper 1999 and the Fifth Progress Report on Abortion 2000 each expressed concerns about the lack of legal protection for medical personnel. As to the Government's reliance on *A and B v. Eastern Health Board, Judge Mary Faby and C, and the Attorney General (notice party)*, [1998] 1 IR 464 ("the *C* case"), doctors consulted by women such as the third applicant were not in the same legal situation as those in the *C* case who were providing opinions as regards a rape victim who was a suicide risk, a situation falling clearly within the ambit of the *X* case.

255. Accordingly, and referring also to McCarthy J.'s judgment in the *X* case (see paragraph 44 above), the Court does not consider that the normal process of medical consultation could be considered an effective means of determining whether an abortion may be lawfully performed in Ireland on the ground of a risk to life.

256. Secondly, the Government argued that her interests would be protected by the availability of judicial proceedings, submitting also that the third applicant had failed to exhaust domestic remedies, an argument which was joined to the merits of the present complaint (see paragraph 155 above). They maintained that she could have initiated a constitutional action to determine her eligibility for a lawful abortion in Ireland, in which action she could have obtained mandatory orders requiring doctors to terminate her pregnancy. In so far as she argued that the 1861 Act deterred doctors, she could also have established in such an action whether the 1861 Act interfered with her constitutional right in which case she could have obtained an order setting aside the offending provisions of the 1861 Act.

257. However, the Court does not consider that this action would be an effective means of protecting the third applicant's right to respect for her private life for the following reasons.

258. The Court does not consider that the constitutional courts are the appropriate forum for the primary determination as to whether a woman qualifies for an abortion which is lawfully available in a State. In particular, this process would amount to requiring the constitutional courts to set down on a case-by-case basis the legal criteria by which the relevant risk to a woman's life would be measured and, further, to resolve through evidence, largely of a medical nature, whether a woman had established that qualifying risk. However, the constitutional courts themselves have underlined that this should not be their role. Contrary to the Government's submission, McCarthy J. in the *X* case clearly referred to prior judicial expressions of regret that Article 40.3.3 had not been implemented by legislation and went on to state that, while the want of that legislation would not inhibit the courts from exercising their functions, it was reasonable to find that, when enacting that Amendment, the people were entitled to believe that legislation would be introduced so as to regulate the manner in which the right to life of the unborn and the right to life of the mother could be reconciled. In the view of McCarthy J., the failure to legislate was no longer just unfortunate, but it was "inexcusable" (see paragraph 44 above). The High Court in the *C* case (see paragraphs 95-96 above) referred to the same issue more succinctly, finding that it would be wrong to turn the High Court into a "licensing authority" for abortions.

259. In addition, it would be equally inappropriate to require women to take on such complex constitutional proceedings when their underlying constitutional right to an abortion in the case of a qualifying risk to life was not disputable (the Green Paper 1999, see paragraph 68 above). The *D. v. Ireland* decision, cited above, is distinguishable for the reasons set out at paragraph 148 above and, notably, because D.'s constitutional right to an abortion in Ireland in the case of a fatal foetal abnormality was an open question.

260. Furthermore, it is not clear how the courts would enforce a mandatory order requiring doctors to carry out an abortion. The Government's statistical material provided in response to the Court's question (see paragraph 189 above) concerned public acute hospitals and ectopic pregnancies only and thereby revealed a lack of knowledge on the part of the State as to, *inter alia*, who carries out lawful abortions in Ireland and where. It is also not clear on what basis a declaration of unconstitutionality of the provisions of the 1861 Act could have been made since those provisions have already been qualified by Article 40.3.3 and since the third applicant did not seek a right to abortion extending beyond the parameters of that Article.

261. Thirdly, the Court's findings as regards the 2003 Act outlined at paragraph 150 above are equally applicable to the third applicant. In addition, since her complaint does not concern a lack of information but rather the lack of a decision-making process, it is not necessary to examine whether she had any remedy to exhaust in this regard, in particular, in respect of the 1995 Act.

262. The above-noted factors distinguish the *Whiteside* decision on which the Government relied to suggest that the positive obligation could be fulfilled by litigation as opposed to legislation.

263. Consequently, the Court considers that neither the medical consultation nor litigation options relied on by the Government constituted effective and accessible procedures which allowed the third applicant to establish her right to a lawful abortion in Ireland. The Court is not, therefore, required to address the parties' additional submissions concerning the timing, speed, costs and confidentiality of such domestic proceedings.

264. The Court considers that the uncertainty generated by the lack of legislative implementation of Article 40.3.3, and more particularly by the lack of effective and accessible procedures to establish a right to an abortion under that provision, has resulted in a striking discordance between the theoretical right to a lawful abortion in Ireland on the ground of a relevant risk to a woman's life and the reality of its practical implementation (see *Christine Goodwin*, §§ 77-78, and *S. H. and Others*, § 74, both cited above. See also the Commissioner for Human Rights, paragraph 109 above).

265. Moreover, the Government have not explained the failure to implement Article 40.3.3 and no convincing explanations can be discerned from the reports following the recent public reflection processes. The Review Group Report 1996 found the substantive law on abortion in Ireland to be unclear and recommended the adoption of legislation regulating the application of Article 40.3.3, by including a certification process by medical specialists and a time-limit for any certified termination in the case of an abortion considered lawful under Article 40.3.3. In discussing the option of such implementing legislation, the Green Paper 1999 noted that this would have several advantages: it would provide a "framework within which the need for an abortion could be assessed, rather than resolving the question on a case-by-case basis before the courts, with all the attendant publicity and debate"; it would allow "pregnant women who establish that there is a real and substantial risk to their life to have an abortion in Ireland rather than travelling out of the jurisdiction"; and it would provide legal protection for medical and other personnel involved in a procedure to terminate the pregnancy in Ireland. The political assessment of that Paper by the Committee on the Constitution led to the Fifth Progress Report which

found that clarity in legal provisions was essential for the guidance of the medical profession so that any legal framework should ensure that doctors could carry out best medical practice in saving the life of the mother.

Despite therefore the recognition by those bodies that further legal clarity was required as regards lawful abortions in Ireland, no agreement was reached on any reform proposals, no legislation and/or constitutional referenda were proposed and the Government confirmed to the Court that no legislative reform was envisaged.

266. As to the burden which implementation of Article 40.3.3 would impose on the State, the Court accepts that this would be a sensitive and complex task. However, while it is not for this Court to indicate the most appropriate means for the State to comply with its positive obligations (see *Marckx*, § 58; *Airey*, § 26; and *B. v. France*, § 63, all cited above), the Court notes that legislation in many Contracting States has specified the conditions governing access to a lawful abortion and put in place various implementing procedural and institutional procedures (see the judgment in *Tysiác*, cited above, § 123). Equally, implementation could not be considered to involve significant detriment to the Irish public since it would amount to rendering effective a right already accorded, after referendum, by Article 40.3.3 of the Constitution.

**(d) The Court's conclusion as regards the third applicant**

267. In such circumstances, the Court rejects the Government's argument that the third applicant failed to exhaust domestic remedies. It also concludes that the authorities failed to comply with their positive obligation to secure to the third applicant effective respect for her private life by reason of the absence of any implementing legislative or regulatory regime providing an accessible and effective procedure by which the third applicant could have established whether she qualified for a lawful abortion in Ireland in accordance with Article 40.3.3 of the Constitution.

268. Accordingly, the Court finds that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

**III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION  
TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8**

269. The applicants also complained that the above-described restrictions and limitations on lawful abortion in Ireland were discriminatory and in breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in that they placed an excessive burden on them as women and, in particular, on the first applicant as an impoverished woman. The Government argued

that there was no basis for considering that the impugned legal framework discriminated against women on grounds of sex. Even if it did constitute a difference of treatment on that ground, it was justifiable and proportionate for the reasons referred to under Article 8 of the Convention. That the first applicant would have been adversely affected by virtue of her financial status was insufficient to ground a complaint under Article 14 of the Convention.

270. Having regard to the parties' submissions under Article 8 and to the reasons for its conclusions thereunder, the Court does not consider it necessary to examine the applicants' complaints separately under Article 14 of the Convention (see the *Open Door* case, § 83, and the judgment in *Tysiác*, § 144, both cited above).

#### IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLES 8 AND 14

271. The applicants also complained under Article 13 of the Convention, arguing that they had no effective domestic remedy as regards their complaints under Articles 8 and 14. The Government maintained that they had effective remedies available to them.

272. The Court notes that Article 13 applies where an individual has an "arguable claim" that he or she has been the victim of a violation of a Convention right (see *Boyle and Rice*, cited above) and that complaints declared admissible, in the present case Articles 8 and 14, are considered "arguable".

273. The first and second applicants challenged the restrictions on abortion in Ireland, contained in the relevant provisions of the 1861 Act as qualified by Article 40.3.3. However, the Court observes that Article 13 does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's primary legislation, let alone provisions of its Constitution, to be challenged before a national authority on grounds that it is contrary to the Convention (see *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 85, Series A no. 98, and *A. v. the United Kingdom*, no. 35373/97, § 112, ECHR 2002-X).

274. The third applicant's fundamental concern was the lack of implementation of Article 40.3.3 of the Constitution and therefore the lack of accessible and effective procedures in Ireland to allow her to establish her eligibility for a lawful abortion in Ireland. Having regard to the overlap of this complaint and matters examined and found to violate Article 8 of the Convention, the Court finds that no separate issue arises under Article 13 of the Convention as regards the third applicant (see the judgment in *Tysiác*, cited above, § 135).

## V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

### 275. 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

276. The third applicant claimed pecuniary damage as regards the costs of her abortion in England in the sum of euros 1,500 euros (EUR), as she would not be eligible for reimbursement from the Irish State. She also claimed EUR 40,000 in non-pecuniary damage as regards the threat to her life, health and well-being and for the stigma, humiliation, harm and distress caused to her, which is continuing.

277. The Court has found that the failure by the State to implement Article 40.3.3 constituted a failure to respect the third applicant’s right to respect for her private life in violation of Article 8 of the Convention.

However, the Court does not consider that there is an established causal link between the violation found and the third applicant’s claim for pecuniary and non-pecuniary damage regarding her travel for an abortion to England. While it may be that the third applicant preferred the certainty of abortion services abroad to the uncertainty of a theoretical right to abortion in Ireland (see paragraph 125 above), the Court cannot speculate on whether she would have qualified or not for an abortion in Ireland had she had access to the relevant regulatory procedures. It notes, in particular, the lack of any medical documentation submitted to the Court as regards her condition or its consequences, a point emphasised by the Government. Nor is it possible to speculate as to what the third applicant would have done had she not so qualified. It notes in this respect her submissions, albeit not developed, as to her concern about the impact on the foetus of prior tests for cancer undertaken by her (see *Tysiāc v. Poland*, no. 5410/03, § 151, ECHR 2007-I).

278. Consequently, the Court rejects the third applicant’s claim for just satisfaction in so far as it is linked to her travelling abroad for an abortion.

279. However, the Court considers it evident that the lack of an effective procedure, which meant that she could not effectively determine her right to a lawful abortion in Ireland, caused considerable anxiety and suffering to the applicant, confronted as she was with a fear that her life was threatened by her pregnancy and an uncertain legal position, set against the highly sensitive backdrop of the abortion issue in Ireland. The Court considers



that the damage suffered by the third applicant could not be satisfied by a mere finding of a violation of the Convention. Having regard to the circumstances of the case seen as a whole and deciding on an equitable basis, the Court awards the third applicant EUR 15,000 in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable.

### **B. Costs and expenses**

280. A global figure of EUR 50,000 was claimed as regards the costs and expenses of representation of all three applicants.

281. The Court reiterates that only legal costs and expenses found to have been actually and necessarily incurred and which are reasonable as to quantum are recoverable under Article 41 of the Convention (see, among other authorities, *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 79, ECHR 1999-II, and *Smith and Grady v. the United Kingdom* (just satisfaction), nos. 33985/96 and 33986/96, § 28, ECHR 2000-IX). In accordance with Rule 60 § 2 of the Rules of Court, itemised particulars of all claims must be submitted, failing which the Court may reject the claim in whole or in part (see *Carabulea v. Romania*, no. 45661/99, § 179, 13 July 2010).

282. The Court notes that the fees are claimed in a global sum for all three applicants. In addition, no breakdown of the costs referable to each applicant or of the tasks carried out for each was submitted and no bills or vouchers were provided to support the amount claimed.

283. In such circumstances, the Court dismisses the applicants' claim under this head (see, for example, *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, § 82, ECHR 2010).

### **C. Default interest**

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

## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's objection as to a failure to exhaust domestic remedies as regards the first and second applicants and joins this objection to the merits of the third applicant's complaint under Article 8 of the Convention;
2. *Declares* unanimously the applicants' complaints concerning abortion laws in Ireland under Articles 8, 13 and 14 admissible;
3. *Declares* by a majority the remainder of the application inadmissible;

4. *Holds* by eleven votes to six that there has been no violation of Article 8 of the Convention, or of Article 13 taken in conjunction with Article 8, as regards the first and second applicants;
5. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention, and that no separate issue arises under Article 13 taken in conjunction with Article 8, as regards the third applicant;
6. *Holds* unanimously that no separate issue arises under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 as regards all applicants;
7. *Holds* unanimously
  - (a) that the respondent State is to pay the third applicant, within three months, EUR 15,000 (fifteen thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable;
  - (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;
8. *Dismisses* unanimously the remainder of the claims for just satisfaction. Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 December 2010.

Johan Callewaert  
Registrar

Jean-Paul Costa  
President

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

- (a) concurring opinion of Judge López Guerra, joined by Judge Casadevall.
- (b) concurring opinion of Judge Finlay Geoghegan;
- (c) joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelungi.

J.-P.C.  
J.C.

CONCURRING OPINION OF JUDGE LÓPEZ GUERRA,  
JOINED BY JUDGE CASADEVALL

1. I agree with the conclusions of the Grand Chamber with respect to the violation of Article 8 of the Convention in the case of the third applicant, and the non-violation of that Article in the case of the first and second applicants. However, I must express my concern with regard to the reasoning applied in these last two cases. I believe it omits an aspect of these cases that is highly relevant for the future application and interpretation of Article 8 of the Convention in relation to abortion issues.

2. I certainly agree that the States enjoy a margin of appreciation under Article 8 of the Convention in dealing with abortion cases, in which a fair balance must be struck between the health and well-being of the woman seeking an abortion and other interests and principles to be defended by the State authorities. In that regard, the present judgment underscores the fact that Irish law has chosen to prohibit abortion in Ireland based on the woman's health and well-being, while allowing women wishing to have an abortion for those reasons the option of lawfully travelling to another State to do so.

3. However, while States enjoy a margin of appreciation in this regard, this does not confer on them absolute discretion or freedom of action, as the Court has reiterated on many occasions. As the judgment affirms (see paragraph 232), where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted. As I see it, this consideration must be applied to the circumstances of each case in which a woman wishing to have an abortion for reasons of health or well-being is prohibited from doing so. While bearing in mind the State's margin of appreciation, the degree of intensity and gravity of the present dangers to the woman's health or well-being must be taken into account case by case, in order to appraise whether the prohibition falls within that margin of appreciation.

4. The failure to make this appraisal is the aspect of the judgment's reasoning that concerns me. The judgment analyses *in abstracto* the regulations present in Irish law and how they seek to achieve a balance between opposing interests. In general terms, the judgment affirms that "the Court does not consider that the prohibition in Ireland of abortion for health and well-being reasons ... exceeds the margin of appreciation accorded in that respect to the Irish State" (see paragraph 241). But the issue raised by the applicants, which this Court should address, refers to specific violations of their rights and not to the general compatibility of

Irish law on abortion matters with Article 8 of the Convention. Moreover, as a basis for its conclusions the judgment does not make reference to the degree of gravity of the real or perceived dangers to the applicants' health or well-being in their individual cases, and in their particular and specific circumstances.

5. I think this degree of gravity should have been considered a crucial point in deciding the case. Given the circumstances of the first and second applicants, and the alleged dangers derived from the prohibition on their having an abortion in Ireland, in my view these cases do fall within the Irish State's margin of appreciation, and I therefore agree with the Grand Chamber's conclusion. But (and this is the point that is not adequately addressed in the present judgment) this conclusion should be understood as referring exclusively to the applicants and deriving from their particular circumstances. Therefore, it cannot be excluded that in other cases, in which there are grave dangers to the health or the well-being of the woman wishing to have an abortion, the State's prohibition of abortion could be considered disproportionate and beyond its margin of appreciation. In such cases, this would result in a violation of Article 8 of the Convention, since the latter protects the right to personal autonomy as well as to physical and psychological integrity.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE FINLAY GEOGHEGAN

1. I agree with all the decisions in the judgment of the Court and with most of the reasoning leading to those decisions. However, I consider it necessary to address the issue of the relevance of the identified consensus to the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the Irish State in determining whether a fair balance was struck between the competing interests in question in the claims of the first and second applicants for a violation of Article 8 by reason of the prohibition of abortion in Ireland where sought for health and/or well-being reasons.

2. As it appears from paragraph 230 of the judgment, the margin of appreciation occurs in the context of the Court examining “whether the prohibition of abortion in Ireland for health and/or well-being reasons struck a fair balance between, on the one hand, the first and second applicants’ right to respect for their private lives under Article 8 and, on the other, profound moral values of the Irish people as to the nature of life and consequently as to the need to protect the life of the unborn”.

3. I agree for the reasons set out in paragraphs 231-33 that a “broad margin of appreciation is ... in principle to be accorded to the Irish State in determining the question whether a fair balance was struck between the protection of that public interest, notably the protection accorded under Irish law to the right to life of the unborn, and the conflicting rights of the first and second applicants to respect for their private lives under Article 8 of the Convention”.

4. I also agree, as stated in paragraph 234, that the next question is whether this wide margin of appreciation is narrowed by the existence of a relevant consensus. However, whilst the Court identifies a consensus, it does not appear to me that it considers, as ought to be done, whether such a consensus is relevant to the margin of appreciation at issue.

5. The consensus identified at paragraph 235 is “a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion on broader grounds than accorded under Irish law. ... [T]he first and second applicants could have obtained an abortion on request (according to certain criteria including gestational limits) in some 30 such States. The first applicant could have obtained an abortion justified on health and well-being grounds in approximately 40 Contracting States and the second applicant could have obtained an abortion justified on well-being grounds in some 35 Contracting States.”

6. The facts set out in paragraph 235 derive from the legislation in force relating to abortion in the Contracting States. The facts available to the Court only relate to the legislation in force. The Court had no facts before it relating to the existence or otherwise of a legal protection for or right to life of the unborn or any identified public interest arising out of profound moral values in relation to the right to life of the unborn in any of the majority of Contracting States. Further, and importantly, there were no facts before the Court which, in my view, permit it to deduce that the abortion legislation in force in the majority of Contracting States demonstrates either a balance struck in those Contracting States between relevant competing interests, or the existence of a consensus amongst those Contracting States on a question analogous to that in respect of which the margin of appreciation under consideration relates, that is, the fair balance to be struck between the protection accorded under Irish law to the right to life of the unborn, and the conflicting rights of the first and second applicants to respect for their private lives protected by Article 8 of the Convention.

7. The Court refers to the role long played by consensus in its judgments. The case-law indicates that it has been used in different contexts and for different purposes. As stated, these include interpretation of the Convention as a living instrument in the light of present-day conditions (see *Tyrer v. the United Kingdom*, 25th April 1978, § 31, Series A no. 26; *Marckx v. Belgium*, 13th June 1979, § 41, Series A no. 31; *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22nd October, 1981, § 60, Series A no. 45; and *Soering v. the United Kingdom*, 7th July 1989, § 102, Series A no. 161). However, this is not a case of the use of consensus for interpretation of the Convention. The Court has interpreted Article 8 as not conferring a right to abortion without resort to consensus (see paragraph 214 of the judgment).

8. The Court has also previously, in its judgments, used consensus or a lack thereof to assist in determining the breadth of the margin of appreciation to be accorded to States when striking a balance between competing interests or whether a particular decision comes within the State's margin of appreciation (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; and *Vo v. France* [GC], no. 53924/00 § 82, ECHR 2004-VIII). Where consensus is used for this purpose it appears from those decisions (and is implicit in paragraph 232 of the Court's judgment herein) that, for the consensus to be relevant, it must be a consensus on the question in respect of which the margin of appreciation is accorded to the State. On the present facts, such question is the balance to be struck between the rights of the first and second applicants to respect for their private lives, pursuant to Article 8, and the legitimate aim of the protection of the public interest variously

expressed as the protection accorded under Irish law to the right to life of the unborn and profound moral values of the Irish people as to the nature of life, and consequently as to the need to protect the life of the unborn. Abstracting the question from Ireland and the applicants, the consensus to be relevant should be a consensus on the balance to be struck between the potentially competing interests of the rights of women to respect for their private lives under Article 8 and a legitimate aim of a recognised public interest in protecting a right to life of the unborn.

9. I do not consider that the abortion legislation in force may be considered as demonstrating the striking by a Contracting State of a particular balance between such interests. Legislation may be passed for multiple reasons. The Court had no facts in relation to the existence or otherwise of a public interest in the protection or recognition of a right to life of the unborn in the majority Contracting States which permit abortion on broader grounds than in Ireland. Unless there exists in each Contracting State an analogous public interest in the protection of the right to life of the unborn to that in Ireland, it is difficult to understand how the Contracting States could be engaged in striking an analogous balance to that required to be struck by the Irish State. The consensus to be relevant must be on the striking of the balance which in turn, on the facts of these cases, depends on the existence in each Contracting State of a public interest in the protection of the right to life of the unborn. No such public interests were identified.

10. Accordingly, it appears to me that it follows from the existing case-law of the Court (and using consensus in the sense used therein) that the consensus identified in the judgment amongst a majority of Contracting States on abortion legislation is not a relevant consensus with the potentiality to narrow the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the Irish State in striking a balance between the competing interests. If however, contrary to the views expressed, the consensus is relevant, then I agree with the subsequent reasoning and conclusion of the Court that it does not narrow the broad margin of appreciation to be accorded to the Irish State.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF  
JUDGES ROZAKIS, TULKENS, FURA, HIRVELÄ,  
MALINVERNI AND POALELUNGI

1. While we agree with most of the majority's findings as to the admissibility and merits of this case, we are regretfully unable to follow them in their conclusion that there has been no violation of Article 8 of the Convention with regard to the first and second applicants (A and B). We more particularly disagree with the majority's reasoning when applying the proportionality test (see paragraphs 229 et seq.), which leads to the conclusion that there has been no violation with regard to these two applicants.

2. Let us make clear from the outset that the Court was not called upon in this case to answer the difficult question of "when life begins". This was not the issue before the Court, and undoubtedly the Court is not well equipped to deal effectively with it. The issue before the Court was whether, regardless of when life begins – before birth or not – the right to life of the foetus can be balanced against the right to life of the mother, or her right to personal autonomy and development, and possibly found to weigh less than the latter rights or interests. And the answer seems to be clear: there is an undeniably strong consensus among European States – and we will come back to this below – to the effect that, regardless of the answer to be given to the scientific, religious or philosophical question of the beginning of life, the right to life of the mother, and, in most countries' legislation, her well-being and health, are considered more valuable than the right to life of the foetus.

This seems to us a reasonable stance for European legislation and practice to take, given that the values protected – the rights of the foetus and the rights of a living person – are, by their nature, unequal: on the one hand there are the rights of a person already participating, in an active manner, in social interaction, and on the other hand there are the rights of a foetus within the mother's body, whose life has not been definitively determined as long as the process leading to the birth is not yet complete, and whose participation in social interaction has not even started. In Convention terms, it can also be argued that the rights enshrined in that text are mainly designed to protect individuals against State acts or omissions while the former participate actively in the normal everyday life of a democratic society.

Consequently, we believe that the majority erred when it inappropriately conflated in paragraph 237 of the judgment the question of the beginning of life (and as a consequence the right to life), and the States' margin of



appreciation in this regard, with the margin of appreciation that States have in weighing the right to life of the foetus against the right to life of the mother or her right to health and well-being.

3. When we come to the proportionality test which the Court should properly apply in the circumstances of the case, there are two elements which should be taken into consideration and which weigh heavily in determining whether the interference with the private lives of the two applicants was justified: the first is the existence of a European consensus in favour of allowing abortion; the second is the sanctions provided for by Irish law in cases of abortions performed for health or well-being reasons in breach of the prohibition on abortion in the territory of Ireland.

4. It emerges clearly from the material in our possession that there exists a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion “on broader grounds than accorded under Irish law” (see paragraph 235 of the judgment). As the Court conceded, “the first and second applicants could have obtained an abortion on request (according to certain criteria including gestational limits) in some 30 such States. The first applicant could have obtained an abortion justified on health and well-being grounds in approximately 40 Contracting States and the second applicant could have obtained an abortion justified on well-being grounds in some 35 Contracting States. Only 3 States have more restrictive access to abortion services than in Ireland namely, a prohibition on abortion regardless of the risk to the woman’s life.” (Ibid.)

5. According to the Convention case-law, in situations where the Court finds that a consensus exists among European States on a matter touching upon a human right, it usually concludes that that consensus decisively narrows the margin of appreciation which might otherwise exist if no such consensus were demonstrated. This approach is commensurate with the “harmonising” role of the Convention’s case-law. Indeed, one of the paramount functions of the case-law is to gradually create a harmonious application of human rights protection, cutting across the national boundaries of the Contracting States and allowing the individuals within their jurisdiction to enjoy, without discrimination, equal protection regardless of their place of residence. The harmonising role, however, has limits. One of them is the following: in situations where it is clear that on a certain aspect of human rights protection, European States differ considerably in the way that they protect (or do not protect) individuals against conduct by the State, and the alleged violation of the Convention concerns a relative right which can be balanced – in accordance with the Convention – against other rights or interests also worthy of protection in a democratic society, the Court may consider that States, owing to

the absence of a European consensus, have a (not unlimited) margin of appreciation to themselves balance the rights and interests at stake. Hence, in those circumstances the Court refrains from playing its harmonising role, preferring not to become the first European body to “legislate” on a matter still undecided at European level.

6. Yet in the case before us a European consensus (and, indeed, a strong one) exists. We believe that this will be one of the rare times in the Court’s case-law that Strasbourg considers that such consensus does not narrow the broad margin of appreciation of the State concerned; the argument used is that the fact that the applicants had the right “to travel abroad lawfully for an abortion with access to appropriate information and medical care in Ireland” suffices to justify the prohibition of abortion in the country for health and well-being reasons, “based as it is on the profound moral views of the Irish people as to the nature of life” (see paragraph 241 *in limine*).

7. We strongly disagree with this finding. Quite apart from the fact, as we have emphasised above, that such an approach shifts the focus of this case away from the core issue, which is the balancing of the right to life of the foetus against the right to health and well-being of the mother, and not the question of when life begins or the margin of appreciation afforded to States on the latter issue, the majority bases its reasoning on two disputable premises: first, that the fact that Irish law allows abortion for those who can travel abroad suffices to satisfy the requirements of the Convention concerning applicants’ right to respect for their private lives; and, second, that the fact that the Irish people have profound moral views as to the nature of life impacts on the European consensus and overrides it, allowing the State to enjoy a wide margin of appreciation.

8. On the first premise, the Court’s argument seems to be circular. The applicants’ complaints concern their inability to have an abortion in their country of residence and they consider, rightly, that travelling abroad to have an abortion is a process which is not only financially costly but also entails a number of practical difficulties well illustrated in their observations. Hence, the position taken by the Court on the matter does not truly address the real issue of unjustified interference in the applicants’ private lives as a result of the prohibition of abortion in Ireland.

9. As to the second premise, it is the first time that the Court has disregarded the existence of a European consensus on the basis of “profound moral views”. Even assuming that these profound moral views are still well embedded in the conscience of the majority of Irish people, to consider that this can override the European consensus, which tends in a completely different direction, is a real and dangerous new departure in the Court’s case-law. A case-law which to date has not distinguished between moral

and other beliefs when determining the margin of appreciation which can be afforded to States in situations where a European consensus is at hand.

10. Finally, a word on the sanctions which can be imposed for abortions performed in Ireland in situations going beyond the permissible limits laid down by Irish (case-)law. Although the applicants were not themselves subjected to the severe sanctions provided for by Irish law – since they went abroad to have an abortion – the fact remains that the severity of the (rather archaic) law is striking; this might also be seen as an element to be taken into account when applying the proportionality test in this case.

11. From the foregoing analysis it is clear that in the circumstances of the case there has been a violation of Article 8 with regard to the first two applicants.



A, B ET C c. IRLANDE  
(*Requête n° 25579/05*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 DÉCEMBRE 2010<sup>1</sup>

---

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du dessaisissement d'une chambre en application de l'article 30 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Restrictions à l'avortement en Irlande****Article 8**

*Vie privée – Restrictions à l'avortement en Irlande – Ingérence – But légitime – Protection de la morale – Marge d'appréciation – Interdiction de l'avortement dans l'Etat défendeur pour motifs de santé et de bien-être – Législation assurant la diffusion d'informations et de conseils concernant les services d'avortement disponibles à l'étranger et le suivi médical nécessaire – Avortement à raison du risque pour la vie de la mère – Absence de procédures effectives et accessibles pour déterminer si la requérante remplissait les conditions pour avorter légalement – Obligations positives – Défaut d'introduction d'une législation ou une réglementation permettant de lever toute incertitude juridique*

\*

\* \*

En droit irlandais, l'avortement est pénalement réprimé par les articles 58 et 59 de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes. Par ailleurs, un référendum tenu en 1983 aboutit à l'introduction de l'article 40.3.3 de la Constitution (le huitième amendement), en vertu duquel l'Etat irlandais reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, garantit le respect de ce droit dans les lois nationales. Cette disposition fut interprétée par la Cour suprême dans son arrêt de principe rendu en 1992 en l'affaire *X (The Attorney General v. X and Others, Irish Reports 1992, vol. 1, p. 1)* comme signifiant que l'avortement était légal en Irlande s'il existait un risque réel et sérieux pour la vie de la mère qui ne pouvait être évité que par une interruption de grossesse. La Cour suprême déclara à l'époque trouver inexcusable que le Parlement n'ait adopté aucune législation en vue de régir ce droit garanti par la Constitution. En 1992, un autre référendum aboutit à l'adoption des treizième et quatorzième amendements à la Constitution, qui levèrent l'interdiction de se rendre dans d'autres pays pour y avorter et autorisèrent la diffusion en Irlande d'informations sur les possibilités d'avorter légalement à l'étranger.

Les trois requérantes résidaient en Irlande à l'époque des faits; toutes trois se retrouvèrent accidentellement enceintes et décidèrent de subir un avortement, estimant que leur situation personnelle ne leur permettait pas de mener leur grossesse à terme. La première requérante, mère célibataire sans emploi, avait quatre jeunes

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

enfants qui avaient tous été placés et craignait que le fait d'avoir un autre enfant ne compromît ses chances de recouvrer la garde de ses enfants et ses efforts soutenus pour surmonter son alcoolisme. La deuxième requérante n'était pas disposée à élever un enfant seule. Les médecins lui avaient dit au départ qu'il s'agissait peut-être d'une grossesse extra-utérine mais ce diagnostic avait été écarté avant qu'elle ne subît l'avortement. La troisième requérante, atteinte d'un cancer, soutient n'avoir pu obtenir un avis médical sur le point de savoir si mener sa grossesse à terme pouvait mettre sa vie en danger ou dans quelle mesure son foetus pouvait avoir été affecté par les examens médicaux contre-indiqués en cas de grossesse qu'elle avait subis avant de se rendre compte qu'elle était enceinte. En raison des restrictions en vigueur en Irlande, les trois requérantes furent contraintes de se faire avorter dans une clinique privée en Angleterre, et de subir un processus qu'elles décrivent comme revêtant un caractère inutilement coûteux, compliqué et traumatisant. La première requérante dut emprunter de l'argent à un usurier, et la troisième requérante, qui en était pourtant au début de sa grossesse, soutient avoir été obligée d'attendre huit semaines avant de subir un avortement chirurgical car elle n'aurait pas réussi à trouver une clinique acceptant de faire bénéficier une non-résidente d'un avortement médical (fausse couche induite par des médicaments) en raison de la nécessité d'un suivi. Les trois requérantes déclarent avoir vécu des complications à leur retour en Irlande mais avoir eu peur de rechercher un avis médical en raison des restrictions à l'avortement.

Dans leurs requêtes à la Cour, les première et deuxième requérantes se plaignaient de ne pas avoir pu avorter légalement en Irlande, le droit irlandais interdisant l'avortement pour motifs de santé et/ou de bien-être sauf en cas de risque avéré pour la vie de la future mère. La troisième requérante disait avoir cru que sa grossesse mettait sa vie en péril et n'avoir disposé d'aucune législation ou procédure qui lui aurait permis d'établir ce danger, donc de parer à tout risque de poursuites en cas d'avortement en Irlande.

Article 8: si l'article 8 ne saurait s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement, l'interdiction faite aux première et deuxième requérantes d'avorter pour motifs de santé et/ou de bien-être, et l'impossibilité pour la troisième requérante de faire établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande sont des questions qui relèvent du droit des intéressées au respect de leur vie privée.

a) Quant aux première et deuxième requérantes: Eu égard à la notion large de «vie privée» au sens de l'article 8, qui englobe notamment le droit à l'autonomie personnelle et le droit à l'intégrité physique et morale, l'impossibilité pour les première et deuxième requérantes de bénéficier d'une interruption de grossesse pour des motifs de santé et/ou de bien-être s'analyse en une ingérence dans le droit des intéressées au respect de leur vie privée. L'ingérence était prévue par la loi et poursuivait le but légitime de la protection des valeurs morales profondes partagées



par une majorité d'Irlandais, telles qu'elles se sont traduites lors du référendum de 1983.

Eu égard à l'extrême sensibilité des questions morales et éthiques en jeu, il y a lieu d'accorder en principe à l'Etat irlandais une ample marge d'appréciation pour déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre, d'une part, la protection en vertu du droit irlandais de la vie de l'enfant à naître, et, d'autre part, le droit concurrent des deux premières requérantes au respect de leur vie privée. Bien qu'on observe dans une majorité substantielle des Etats membres du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais, le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'Etat. Etant donné qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, et les droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère étant inextricablement liés, dès lors qu'on accorde aux Etats une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il faut nécessairement leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte.

Le long, complexe et épineux débat mené en Irlande sur la teneur du droit national relatif à l'avortement a fait apparaître un choix : le droit irlandais interdit que soient pratiqués en Irlande des avortements motivés par des considérations de santé ou de bien-être, mais il autorise les femmes qui souhaitent avorter pour ce type de motifs à se rendre à l'étranger à cet effet. Des mesures législatives ont été adoptées pour assurer la diffusion d'informations et de conseils concernant les options offertes – dont les services d'avortement disponibles à l'étranger – et le suivi médical nécessaire avant et après une interruption de grossesse. L'importance du rôle des médecins dans la fourniture d'informations et leur obligation de dispenser tous les soins médicaux nécessaires, notamment après une interruption de grossesse, sont rappelées dans les travaux et les documents de l'Agence pour les femmes enceintes en difficulté ainsi que dans les directives professionnelles à l'usage des médecins. Les deux premières requérantes n'ont pas démontré avoir manqué des informations ou des soins médicaux nécessaires en rapport avec l'interruption de leurs grossesses.

En conséquence, considérant que les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, l'Etat irlandais, en interdisant l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être sur son territoire sur la base des valeurs morales profondes du peuple irlandais, n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il jouit en la matière. Aussi l'interdiction litigieuse a-t-elle ménagé un juste équilibre entre le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître.

*Conclusion*: non-violation dans le chef des première et deuxième requérantes (onze voix contre six).

b) Quant à la troisième requérante: La troisième requérante faisait grief à l'Etat irlandais de ne pas avoir introduit de procédure qui lui aurait permis d'établir si elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande à raison du risque pour sa vie que présentait sa grossesse. Elle était atteinte d'une forme rare de cancer, et la découverte de sa grossesse lui fit craindre pour sa vie, car elle pensait que son état augmentait le risque d'une récurrence et qu'elle ne pourrait pas bénéficier en Irlande d'un traitement pour son cancer si elle était enceinte. Aux yeux de la Cour, la possibilité pour l'intéressée d'établir que sa grossesse lui faisait courir un risque vital touchait manifestement à des valeurs fondamentales et à des aspects essentiels de son droit au respect de sa vie privée.

L'effectivité de la seule voie non juridictionnelle invoquée par le Gouvernement qui aurait pu permettre d'établir un tel risque, à savoir le processus ordinaire de consultation médicale entre une femme et son médecin, pose un certain nombre de problèmes. Premièrement, le seul motif pour lequel une femme peut avorter sans enfreindre la loi en Irlande – un risque réel et sérieux pour la vie de la mère qui ne peut être évité que par l'interruption de la grossesse – est libellé en des termes généraux. Le droit irlandais n'a jamais défini de critères ou procédures qui auraient permis de mesurer ou d'établir ce risque. En outre, il n'existe aucun cadre qui permettrait d'examiner les divergences d'opinion entre une femme et son médecin ou entre les différents médecins consultés et d'imposer une solution à cet égard. Dans ce contexte de forte incertitude, la Cour juge évident que les dispositions pénales de la loi de 1861 constituent lors du processus de consultation médicale un fort élément dissuasif tant pour les femmes que pour les médecins, les premières risquant d'être condamnées au pénal et les seconds encourant une condamnation pénale et une sanction disciplinaire.

Quant aux procédures judiciaires invoquées par le Gouvernement, une action constitutionnelle pour faire établir si la troisième requérante avait ou non le droit d'avorter en Irlande n'aurait pas constitué pour celle-ci un moyen effectif de protéger son droit au respect de sa vie privée. Les juridictions constitutionnelles ne fournissent pas le meilleur cadre pour déterminer si une femme remplit les conditions, preuves – surtout médicales – à l'appui, pour avorter légalement dans un Etat, et on ne saurait raisonnablement exiger d'une femme qu'elle engage une procédure constitutionnelle aussi compliquée alors qu'elle peut faire valoir au regard de la Constitution un droit incontestable à subir un avortement en cas de risque avéré pour sa vie. Par ailleurs, on voit mal comment les tribunaux s'y prendraient pour faire exécuter une ordonnance enjoignant à un médecin d'interrompre une grossesse. Quant à la possibilité, suggérée par le Gouvernement, de présenter en vertu de la loi de 2003 sur la Convention européenne des droits de l'homme une demande de déclaration d'incompatibilité de la loi de 1861 et une demande de dommages-intérêts, pareille déclaration n'imposerait à l'Etat aucune obligation juridique de modifier le droit interne et ne conditionnerait pas automatiquement une réparation pécuniaire.

En conséquence, ni le processus de consultation médicale ni les recours judiciaires invoqués par le Gouvernement ne constituaient des procédures effectives et accessibles propres à permettre à la troisième requérante de faire établir l'existence, dans son cas, d'un droit à avorter en Irlande. L'incertitude engendrée par le défaut de mise en œuvre législative de l'article 40.3.3, et plus particulièrement par l'absence de procédures effectives et accessibles qui eussent permis à la troisième requérante de faire établir l'existence, dans son cas, d'un droit à un avortement au titre de cette disposition, a donné lieu en l'espèce à une discordance flagrante entre le droit théorique reconnu aux femmes d'avorter en Irlande en cas de risque avéré pour leur vie et la réalité de la mise en œuvre concrète de ce droit. Aucune explication convaincante n'a été donnée pour justifier l'absence de mise en œuvre de l'article 40.3.3, alors même que la nécessité de clarifier le droit à cet égard est reconnue. En somme, faute d'avoir adopté des dispositions législatives ou réglementaires instituant une procédure accessible et effective au travers de laquelle la troisième requérante aurait pu faire établir si elle pouvait ou non avorter en Irlande, les autorités ont méconnu leur obligation positive d'assurer à l'intéressée un respect effectif de sa vie privée.

*Conclusion*: violation dans le chef de la troisième requérante (onze voix contre six). Article 41 : la Cour octroie une indemnité à la troisième requérante au titre du préjudice moral.

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

- Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24  
*Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, décision de la Commission du 19 mai 1976, Décisions et rapports 5  
*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26  
*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31  
*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32  
*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45  
*Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, série A n° 61  
*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A n° 106  
*Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, série A n° 133  
*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 160  
*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161  
*B. c. France*, 25 mars 1992, série A n° 232-C  
*Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, série A n° 246-A  
*Whiteside c. Royaume-Uni*, n° 20357/92, décision de la Commission du 7 mars 1994  
*Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290  
*Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I  
*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II  
*Botta c. Italie*, 24 février 1998, *Recueil* 1998-I

*McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III  
*Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II  
*Smith et Grady c. Royaume-Uni* (satisfaction équitable), n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 2000-IX  
*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I  
*Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI  
*L. et V. c. Autriche*, n°s 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I  
*Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III  
*Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, CEDH 2004-II  
*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII  
*Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I  
*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X  
*Tysiāc c. Pologne*, n° 5410/03, CEDH 2007-I  
*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I  
*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008  
*Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n°s 27996/06 et 34836/06, CEDH 2009  
*Cudak c. Lituanie* [GC], n° 15869/02, CEDH 2010  
*S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00, 1<sup>er</sup> avril 2010  
*Carabulea c. Roumanie*, n° 45661/99, 13 juillet 2010  
*McFarlane c. Irlande* [GC], n° 31333/06, 10 septembre 2010

**En l'affaire A, B et C c. Irlande,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Christos Rozakis,  
Nicolas Bratza,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Giovanni Bonello,  
Corneliu Bîrsan,  
Elisabet Fura,  
Alvina Gyulumyan,  
Khanlar Hajiyev,  
Egbert Myjer,  
Päivi Hirvelä,  
Giorgio Malinverni,  
George Nicolaou,  
Luis López Guerra,  
Mihai Poalelungi, *juges*,  
Mary Finlay Geoghegan, *juge ad hoc*,

et de Johan Callewaert, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 9 décembre 2009 et le 13 septembre 2010,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25579/05) dirigée contre l'Irlande et dont deux ressortissantes de cet Etat, M<sup>mes</sup> A et B, ainsi qu'une ressortissante lituanienne, M<sup>me</sup> C (« les requérantes »), ont saisi la Cour le 15 juillet 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la chambre a accédé à la demande de non-divulgaration de leur identité formulée par les requérantes (article 47 § 3 du règlement de la Cour).

2. Les requérantes ont été représentées par M<sup>e</sup> J. Kay, avocate du Planning familial irlandais, organisation non gouvernementale sise à Dublin. Le gouvernement irlandais (« le Gouvernement ») a été représenté successivement par deux agents, M<sup>me</sup> P. O'Brien et M. P. White, tous deux du ministère des Affaires étrangères à Dublin.

3. Les deux premières requérantes se plaignaient pour l'essentiel, sous l'angle de l'article 8, de l'interdiction en Irlande de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être ; invoquant le même article, la troisième requérante dénonçait l'absence de mise en œuvre législative du droit constitutionnel à l'avortement en cas de risque pour la vie de la mère.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 6 mai 2008, elle a été communiquée au gouvernement défendeur par une chambre de ladite section composée de Josep Casadevall, président, Elisabet Fura, Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele et Luis López Guerra, juges, ainsi que de Santiago Quesada, greffier de section.

5. Tant les requérantes que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond de l'affaire. Des observations ont également été reçues du gouvernement lituanien, qui avait exercé son droit d'intervenir (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 b) du règlement). De nombreuses observations ont été reçues de tiers intervenants que le président de section avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement) : le Centre européen pour la justice et les droits de l'homme, Kathy Sinnott (membre du Parlement européen), le Centre de recherches en matière familiale (Washington D.C.) et l'Association pour la protection des enfants à naître (Londres) ont envoyé des observations communes ; le mouvement Pro-Life Campaign a fait parvenir ses propres observations ; l'association Doctors for Choice (Irlande) et le Service britannique de conseils en matière de grossesse ont envoyé des observations communes, tout comme le Centre pour les droits reproductifs et le Programme international sur les droits en matière de santé génésique et sexuelle.

6. Le 7 juillet 2009, la chambre s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties, consultées à cet effet, ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement). La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

7. A la suite du départ d'Ann Power, juge élue au titre de l'Irlande (article 28 du règlement), le Gouvernement a désigné d'abord le juge Nicolas Kearns puis, après le départ de celui-ci en raison de sa nomination à des fonctions judiciaires en Irlande, la juge Mary Finlay Geoghegan pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (ancien article 27 § 2 et article 26 § 4 actuel de la Convention et article 29 § 1 du règlement). Lors des premières délibérations, George Nicolaou a remplacé Peer Lorenzen, empêché (article 24 § 3 du règlement).

8. Les requérantes et le Gouvernement ont présenté un mémoire sur la recevabilité et le fond de l'affaire à la Grande Chambre. Le gouvernement lituanien n'a pas présenté d'observations à la Grande Chambre. Les observations qu'il avait déposées devant la chambre, de même que celles des autres tiers intervenants susmentionnés, ont été versées au dossier de la Grande Chambre.

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 9 décembre 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. P. White, *agent*,  
P. Gallagher, *Attorney General*,

D. O'Donnel, *Senior Counsel*,

B. Murray, *Senior Counsel*, *conseils*,

M<sup>mes</sup> C. O'Rourke,

G. Luddy,

S. Farrell,

B. McDonnell, *conseillers*;

– *pour les requérantes*

M<sup>mes</sup> J. Kay,

C. Stewart, *Senior Counsel* *conseils*.

10. La Cour a entendu en leurs déclarations M. Gallagher et M. O'Donnell pour le Gouvernement et M<sup>me</sup> Kay et M<sup>me</sup> Stewart pour les requérantes.

## EN FAIT

11. Les requérantes, qui sont des femmes âgées de plus de dix-huit ans, résident toutes trois en Irlande.

12. Les faits, tels qu'exposés par elles, sont résumés ci-dessous. Le Gouvernement indique que les versions des faits livrées par les intéressées sont générales et non étayées, et que leur exactitude n'a jamais pu être vérifiée par une juridiction nationale ni dans le cadre d'un quelconque autre processus auquel l'Etat irlandais aurait été associé. Il présente donc des observations factuelles pour chacune des requérantes (résumées aux paragraphes 115 à 118 et 122 ci-dessous).

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

### A. La première requérante (A)

13. Le 28 février 2005, la première requérante, qui pensait ne pas remplir les conditions pour avorter légalement en Irlande, se rendit en Angleterre en vue d'y faire interrompre sa grossesse. Elle était enceinte de neuf semaines et demie.

14. Elle était tombée enceinte par accident, persuadée que son partenaire était stérile. A cette époque, elle n'était pas mariée, n'avait pas d'emploi et se trouvait dans le dénuement. Elle avait quatre jeunes enfants. Le plus jeune était handicapé et tous avaient été placés, en raison des problèmes d'alcoolisme de leur mère. La requérante avait été dépressive pendant ses quatre premières grossesses et luttait de nouveau contre la dépression alors qu'elle était enceinte pour la cinquième fois. Pendant l'année qui avait précédé sa cinquième grossesse, elle était demeurée sobre et avait été en relation constante avec des travailleurs sociaux afin de récupérer la garde de ses enfants. Elle estima qu'avoir un autre enfant à cette période de sa vie (avec le risque de retomber dans la dépression postnatale et l'alcoolisme) compromettrait sa santé et ses efforts pour réunifier sa famille. Elle décida donc de subir un avortement en Angleterre.

15. Retardant l'avortement de trois semaines, la première requérante emprunta auprès d'un prêteur, à un fort taux d'intérêt, la somme d'argent minimum (650 euros (EUR)) nécessaire pour financer le voyage et le traitement dans une clinique privée. Elle estima qu'elle devait se rendre en Angleterre seule et en secret, sans prévenir les travailleurs sociaux et en veillant à ne manquer aucune rencontre avec ses enfants.

16. Elle revint en Irlande en avion le lendemain de l'avortement pour ne pas manquer la visite à son plus jeune enfant. Alors qu'elle avait indiqué au départ avoir eu peur de consulter un médecin à son retour en Irlande, elle précisa ultérieurement qu'elle s'était mise à saigner fortement dans le train qu'elle avait pris à Dublin et qu'une ambulance était venue l'y chercher. Elle aurait ensuite subi une dilatation et un curetage dans un hôpital voisin. Elle aurait eu des douleurs, des nausées et des saignements pendant plusieurs semaines par la suite, mais elle ne serait pas retournée voir un médecin.

17. Après l'introduction de la présente requête, la première requérante se retrouva de nouveau enceinte et donna naissance à son cinquième enfant. Elle lutte actuellement contre la dépression, a obtenu la garde de trois de ses enfants, les deux autres (dont l'enfant handicapé) étant toujours placés. Elle continue de soutenir que l'avortement représentait pour elle le bon choix en 2005.



### **B. La deuxième requérante (B)**

18. Le 17 janvier 2005, la deuxième requérante, qui pensait ne pas remplir les conditions pour subir un avortement en Irlande, se rendit en Angleterre pour y faire interrompre sa grossesse. Elle était enceinte de sept semaines.

19. Tombée enceinte par accident, elle avait pris la « pilule du lendemain ». Deux médecins différents lui indiquèrent qu'elle courait un risque important de grossesse extra-utérine (un état qui ne peut être diagnostiqué avant six à dix semaines de grossesse). Dans l'impossibilité de s'occuper seule d'un enfant à cette époque de sa vie, elle était sûre de sa décision de se rendre en Angleterre pour y avorter. Elle attendit plusieurs semaines l'ouverture du centre d'information à Dublin après Noël. Elle eut du mal à trouver l'argent pour financer son voyage et, ne possédant pas de carte de crédit, utilisa celle d'une amie pour réserver son vol. Elle admet que, lorsqu'elle se rendit en Angleterre, il lui avait déjà été confirmé que sa grossesse n'était pas extra-utérine.

20. Une fois en Angleterre, elle ne donna ni le nom d'un proche ni une adresse en Irlande afin d'être sûre que sa famille ne saurait rien de l'avortement. Elle voyagea seule et dormit à Londres la nuit précédant l'intervention pour ne pas manquer son rendez-vous. Elle resta également à Londres la nuit suivante au motif qu'elle serait arrivée trop tard à Dublin pour prendre les transports en commun et que les médicaments qu'elle avait pris l'empêchaient de faire le trajet de l'aéroport de Dublin à son domicile en voiture. On lui conseilla à la clinique de dire aux médecins irlandais qu'elle avait fait une fausse couche.

21. A son retour en Irlande, la requérante souffrit de saignements intermittents; deux semaines plus tard, n'étant pas certaine du caractère légal de son séjour à l'étranger aux fins d'y subir un avortement, elle choisit de se faire suivre dans une clinique de Dublin affiliée à la clinique anglaise.

### **C. La troisième requérante (C)**

22. Le 3 mars 2005, la troisième requérante, estimant qu'elle ne parviendrait pas à établir qu'elle avait le droit d'avorter en Irlande, subit à son tour un avortement en Angleterre. Elle se trouvait alors dans le premier trimestre de sa grossesse.

23. Auparavant, elle avait subi un traitement de chimiothérapie pendant trois ans pour soigner une forme rare de cancer. Avant de commencer le traitement, elle avait demandé à son médecin quelles étaient les implications de sa maladie par rapport à son désir d'avoir un enfant; il lui avait répondu qu'il n'était pas possible de prévoir les effets d'une grossesse sur le cancer et

que, si elle tombait enceinte, la chimiothérapie présenterait un danger pour le fœtus pendant les trois premiers mois de la grossesse.

24. La troisième requérante bénéficia d'une rémission et se retrouva accidentellement enceinte. Elle n'en savait rien lorsqu'elle passa une série d'examen relatifs à son cancer qui étaient contre-indiqués en cas de grossesse. Lorsqu'elle se rendit compte qu'elle était enceinte, elle consulta son généraliste ainsi que plusieurs spécialistes. Elle affirme qu'à cause de l'effet dissuasif du cadre législatif irlandais, elle obtint en réponse des informations insuffisantes quant à l'impact que sa grossesse pourrait avoir sur sa santé et sur sa vie et quant aux conséquences que les examens qu'elle avait subis pourraient avoir pour le fœtus.

25. Aussi, la requérante se livra à des recherches sur internet en vue d'évaluer les risques qu'elle encourait. Vu ses incertitudes à cet égard, elle se rendit en Angleterre pour y subir un avortement. Elle explique que dès lors qu'elle était encore à un stade précoce de sa grossesse elle souhaitait bénéficier d'un avortement médicamenteux (provocation d'une fausse couche par prise de médicaments) mais que, en raison du fait qu'elle ne résidait pas en Angleterre et qu'elle devait être suivie, elle ne réussit pas à trouver une clinique disposée à lui fournir ce traitement. Elle aurait ainsi dû attendre la huitième semaine de grossesse pour pouvoir subir un avortement chirurgical.

26. A son retour en Irlande après l'intervention, elle souffrit de complications liées à un avortement incomplet, notamment des saignements prolongés et une infection. Elle soutient que les médecins lui dispensèrent des soins médicaux insuffisants. Plusieurs mois après l'avortement, elle consulta son généraliste, qui ne fit aucune allusion au fait qu'elle n'était visiblement plus enceinte.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. L'article 40.3.3 de la Constitution irlandaise

27. Les cours et tribunaux, en leur qualité de gardiens des droits fondamentaux énoncés dans la Constitution, jouissent de pouvoirs aussi étendus que l'exige la défense de celle-ci (*The State (Quinn) v. Ryan, Irish Reports 1965*, p. 70). En statuant sur l'affaire *The People v. Shaw (Irish Reports 1982*, p. 1), le juge Kenny a déclaré :

« L'obligation de mettre en œuvre [la garantie prévue à l'article 40.3] pèse non sur le seul *Oireachtas* [Parlement], mais sur chaque branche de l'Etat qui exerce les pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire : à preuve l'article 6. Le mot « lois », à l'article [40.3], englobe, en sus des lois votées par l'*Oireachtas*, les décisions de justice et les actes administratifs et réglementaires émanant des ministres. »

1. *La situation juridique avant le huitième amendement à la Constitution*

28. Avant l'adoption en 1983 du huitième amendement à la Constitution, l'article 40.3 de la Constitution se lisait ainsi :

« 1. L'Etat s'engage à respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à défendre et soutenir par ses lois les droits individuels du citoyen.

2. En particulier, par ses lois il protégera de son mieux contre les attaques injustes la vie, la personne, l'honneur et les droits de propriété de tout citoyen et, en cas d'injustice, il les défendra. »

29. Certaines décisions judiciaires se sont fondées sur cette disposition et sur d'autres articles de la Constitution pour reconnaître le droit à la vie de l'enfant à naître et pour affirmer que la Constitution interdit implicitement l'avortement (*McGee v. the Attorney General, Irish Reports* 1974, p. 284, *G. v. An Bord Uchtdála, Irish Reports* 1980, p. 32, et *Finn v. the Attorney General, Irish Reports* 1983, p. 154).

30. L'avortement est également interdit en droit pénal par l'article 58 modifié de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes (*Offences against the Person Act 1861* – « la loi de 1861 »), aux termes duquel

« [t]oute femme enceinte qui, afin de se provoquer une fausse couche, s'administre illicitement un poison ou une autre substance nocive, ou utilise illicitement un instrument ou tout autre moyen dans cette même intention, et quiconque, de manière illicite et afin de provoquer la fausse couche d'une femme, enceinte ou non, lui administre ou l'amène à prendre un poison ou une autre substance nocive, ou utilise illicitement un instrument ou tout autre moyen dans cette même intention, se rendent coupables d'un crime et, en cas de verdict de culpabilité, sont passibles de l'emprisonnement à perpétuité. »

L'article 59 de la loi de 1861 est ainsi libellé :

« Quiconque fournit ou procure illicitement un poison, une autre substance nocive, un instrument ou tout autre moyen, en les sachant destinés à servir illicitement à provoquer la fausse couche d'une femme, enceinte ou non, se rend coupable d'un délit (...) »

31. L'article 58 de la loi de 1961 sur la responsabilité civile (*Civil Liability Act 1961* – « la loi de 1961 ») précise que « le droit de la responsabilité civile vaut pour un enfant à naître, aux fins de sa protection, au même titre que s'il était né, à condition qu'il soit né vivant par la suite ».

32. L'article 10 de la loi de 1979 sur la santé et le contrôle des naissances (*Health (Family Planning) Act 1979*) réaffirme l'interdiction légale de l'avortement, dans les termes suivants :

« Aucune clause de la présente loi ne peut passer pour autoriser

a) les manœuvres abortives,

b) l'accomplissement de tout autre acte prohibé par les articles 58 et 59 de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes (articles interdisant l'administration de drogues ou l'emploi d'instruments destinés à des manœuvres abortives), ou

c) la vente, l'importation dans l'Etat, la fabrication, la publicité ou l'étalage de produits abortifs.»

33. L'article 50 § 1 de la Constitution irlandaise prévoit la continuité des lois qui, telle celle de 1861, étaient en vigueur au moment de l'adoption de la Constitution en 1937 :

«Les lois en vigueur [en Irlande] dans la période immédiatement antérieure à la date de prise d'effet de la présente Constitution, sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions de celle-ci, continuent de déployer tous leurs effets tant qu'elles ne sont pas abrogées ou modifiées par [le Parlement].»

34. La portée de l'article 58 de la loi de 1861 a été examinée en Angleterre et au pays de Galles dans l'affaire *R. v. Bourne* (*King's Bench* 1939, vol. 1, p. 687), dans laquelle le défendeur avait interrompu la grossesse d'une jeune fille de quatorze ans qui s'était retrouvée enceinte à la suite d'un viol collectif. Le juge Macnaghten admit qu'un avortement pratiqué en vue de préserver la vie d'une femme enceinte n'était pas illégal; il estima en outre que si un médecin était d'avis que la poursuite de la grossesse nuirait gravement à la santé physique et mentale de la femme concernée, on pouvait considérer à juste titre qu'il agissait dans le but de préserver la vie de la mère. Ce principe ne fut cependant pas suivi par les juridictions irlandaises. Dans l'affaire *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd v. Grogan and Others* (*Irish Reports* 1989, p. 753), le juge Keane soutint que «l'opinion judiciaire qui prédomine dans ce pays est que l'approche adoptée dans l'affaire *Bourne* n'aurait pas pu être suivie (...) en conformité avec la Constitution avant l'adoption du huitième amendement».

## 2. Le huitième amendement à la Constitution (1983)

35. Au début des années 1980, des craintes furent exprimées quant au caractère adéquat des dispositions existantes concernant l'avortement et à la possibilité d'une légalisation de l'avortement par le biais d'une interprétation juridictionnelle. Il y eut débat sur la question de savoir si la Cour suprême allait suivre l'orientation imprimée en Angleterre et au pays de Galles par l'affaire *Bourne* (précitée) ou aux Etats-Unis par l'affaire *Roe c. Wade* (Cour suprême (1973) 410 US, p. 113).

36. En 1983, un référendum fut organisé qui mobilisa 53,67 % des électeurs. 841 233 des participants ayant voté pour la proposition et 416 136 contre, il aboutit à l'adoption d'une disposition (le huitième amendement) qui devint l'article 40.3.3 de la Constitution irlandaise, ainsi libellé :

«L'Etat reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engage à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le protéger et à le défendre par ses lois.»

3. *L'affaire The Attorney General v. X and Others («l'affaire X»)* (*Irish Reports 1992, vol. 1, p. 1*)

**a) La jurisprudence antérieure à l'affaire X**

37. Les tribunaux furent alors saisis de plusieurs affaires concernant l'interprétation du huitième amendement et la diffusion d'informations concernant les services d'avortement existant dans d'autres pays ou la possibilité d'adresser les femmes à ces services.

38. En 1986, l'Association pour la protection des enfants à naître (*Society for the Protection of Unborn Children* – «la SPUC») obtint une injonction interdisant à deux organisations (*Open Door Counselling* et *Dublin Well Woman Centre*) de communiquer aux femmes des informations de nature à encourager ou faciliter un avortement. La Cour suprême (*The Attorney General (SPUC) v. Open Door Counselling, Irish Reports 1988, p. 593*) estima qu'il était illégal de diffuser des informations relatives à des services d'avortement étrangers – y compris les coordonnées de ceux-ci – ayant pour effet de faciliter un avortement (voir également l'affaire *SPUC (Ireland) v. Grogan and Others*, précitée). Les deux organisations mises en cause contestèrent devant la Cour les restrictions apportées à leur droit de communiquer et de recevoir des informations. La Cour parvint à un constat de violation de l'article 10 (*Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, série A n° 246-A, ci-dessous «l'affaire *Open Door*»).

**b) L'arrêt de la Cour suprême en l'affaire X**

39. L'interprétation à donner au huitième amendement fut examinée dans le cadre de la fameuse affaire X. X était une jeune fille qui s'était retrouvée enceinte à la suite d'un viol alors qu'elle avait quatorze ans. Ses parents prirent des dispositions pour qu'elle avorte au Royaume-Uni et demandèrent à la police irlandaise s'il serait possible de pratiquer sur le tissu foetal récupéré des examens scientifiques en vue de déterminer l'identité du violeur. Consulté, le *Director of Public Prosecutions* transmit l'information à l'*Attorney General*. Le 7 février 1992, à la demande de celui-ci, une injonction provisoire fut émise qui interdisait à X de quitter le territoire ou de subir une interruption de grossesse ou de prendre des dispositions à cet effet. X et ses parents revinrent du Royaume-Uni pour contester l'injonction.

40. Le 26 février 1992, en appel, la Cour suprême décida à la majorité (composée du *Chief Justice* Finlay et des juges McCarthy, Egan et O'Flaherty,

le juge Hederman ayant exprimé une opinion dissidente) d'annuler l'injonction.

41. Se référant à l'affaire *McGee* précitée (paragraphe 29 ci-dessus), le *Chief Justice* indiqua qu'aucune interprétation de la Constitution n'était irrévocable, ce qu'il était selon lui «singulièrement opportun et utile de rappeler dans le contexte de l'interprétation du [huitième amendement], qui touch[ait] au problème intime du droit à la vie de l'enfant à naître et à la relation de ce droit avec le droit à la vie de la mère». Il poursuivit ainsi :

«36. Une interprétation cohérente de la Constitution, à la lumière des notions de prudence, de justice et de charité, (...) m'amène à conclure que, pour faire respecter et défendre autant que faire se peut le droit à la vie de l'enfant à naître tout en prenant dûment en compte le droit à la vie de la mère, la Cour doit notamment s'intéresser à la situation de la mère au sein de sa famille, aux personnes dont elle dépend ou qui dépendent d'elle et à ses rapports avec d'autres citoyens et membres de la société dans le cadre de ses activités. Eu égard à cette conclusion, j'estime que le critère proposé au nom de l'*Attorney General*, selon lequel il pourrait être mis fin à la vie du fœtus uniquement dans le cas où l'existence d'un risque inévitable ou immédiat pour la vie de la mère serait établi dont la prévention nécessiterait d'interrompre la grossesse, ne permet pas d'assurer suffisamment le respect du droit à la vie de la mère.

37. J'en conclus donc que la démarche à suivre est la suivante : s'il est établi selon le critère de probabilité qu'il existe un risque réel et sérieux pour la vie, et pas uniquement pour la santé, de la mère qui ne peut être évité que par l'interruption de la grossesse, pareille intervention est autorisée, eu égard à l'interprétation qu'il convient de donner à l'article [40.3.3] de la Constitution.»

42. Estimant que le risque de suicide devait être pris en compte dans l'exercice de conciliation du droit à la vie de la mère avec celui de l'enfant à naître, le *Chief Justice* déclara ensuite :

«44. Eu égard aux éléments de preuve administrés devant l'éminent juge de première instance, qui n'ont absolument pas été contestés, et aux conclusions auxquelles celui-ci est parvenu, j'estime donc que les défendeurs ont satisfait à la condition que j'ai jugé devoir être appliquée et qu'ils ont établi, selon le critère de probabilité, qu'il existe un risque réel et sérieux que la mère n'attente à sa propre vie qui ne peut être évité que par l'interruption de la grossesse.»

43. Trois autres juges se prononcèrent de manière similaire sur le fond. Le juge McCarthy releva que «le droit de la jeune fille concernée [était] un droit à une vie existante, alors que celui de l'enfant à naître [était] un droit à une vie contingente, tributaire de la survie dans l'utérus de la mère jusqu'à la délivrance». Il déclara ensuite :

141. «(...) A mon sens, il convient d'interpréter [le huitième] amendement (...) dans le sens que, compte dûment tenu du droit égal à la vie de la mère, il se peut qu'il soit impossible de faire respecter le droit à la vie de l'enfant à naître lorsqu'il existe un risque

réel et sérieux pour la survie de la mère, pas seulement au moment de l'examen de cette question, mais pendant toute la grossesse. La question n'est pas de savoir si c'est un risque d'un ordre ou d'une magnitude différents : c'est forcément un risque d'un ordre ou d'une magnitude différents.

142. Eu égard aux faits de l'espèce, qui ne sont pas contestés, je suis tout à fait convaincu que l'existence d'un risque réel et sérieux que cette jeune fille n'attende à ses jours a été établie; dès lors, il convient de ne pas s'opposer à ce qu'elle bénéficie d'une interruption médicale de grossesse.»

44. Le juge McCarthy s'étendit quelque peu sur l'absence de textes d'application de l'article 40.3.3. Il rappela que dans l'affaire *Grogan* précitée il avait déjà souligné qu'aucune législation pertinente n'avait été adoptée depuis l'entrée en vigueur du huitième amendement, l'avortement étant toujours pénalement interdit en vertu des dispositions de la loi de 1861. Il rappela également que dans l'affaire *Open Door* le *Chief Justice* avait souligné qu'il était « dommage que l'*Oireachtas* n'[eût] pas adopté le moindre texte relativement à ce droit garanti par la Constitution ».

Après avoir remarqué que l'article 40.3.3 prévoyait une possibilité légale d'avorter en Irlande et remettait donc en cause l'article 58 de la loi de 1861 (qui déclarait l'avortement illégal, quel qu'en soit le but), il poursuivit ainsi :

« (...) Comme le *Chief Justice*, je pense que le vide législatif concernant cet amendement n'empêche en rien les tribunaux d'exercer leur fonction de protecteurs et de gardiens du droit à la vie de l'enfant à naître. J'estime cependant raisonnable de considérer que le peuple, en adoptant cet amendement, était en droit de penser qu'une législation serait introduite pour régler la façon de concilier le droit à la vie de l'enfant à naître et celui de la mère.

147. Eu égard au fait que huit ans se sont écoulés depuis l'adoption de l'amendement et deux ans depuis l'affaire *Grogan*, la non-adoption par le législateur d'une législation appropriée n'est plus seulement malheureuse; elle est inexcusable. Que sont censées faire les femmes enceintes ? Que sont censés faire les parents d'une mineure enceinte ? Ils ne disposent d'aucune ligne directrice, hormis les enseignements que l'on peut tirer des décisions dans la présente affaire. Quelles autres considérations y a-t-il ? La situation des victimes d'un viol (relevant ou non d'une présomption légale) ou d'inceste qui se retrouvent enceintes doit-elle s'apprécier de la même manière que d'autres situations ? L'amendement, né de l'inquiétude populaire et facteur historique de discordance au sein de notre peuple, qui garantit le respect dans ses lois et la défense par ses lois du droit à la vie de l'enfant à naître, n'a donné lieu à aucune orientation législative. (...)

148. (...) L'Etat peut jouer son rôle en prévoyant les organes nécessaires pour offrir assistance, conseils, encouragements, réconfort et un cadre organisationnel à la femme ou à la jeune fille enceintes, ou à leurs familles. Il n'appartient pas aux tribunaux de conditionner la société. C'est, en partie du moins, le rôle du législateur. Les tribunaux ne sont pas qualifiés pour encadrer ces procédures.»

#### 4. *Les treizième et quatorzième amendements (1992)*

45. L'arrêt de la Cour suprême souleva plusieurs questions. Certains *obiter dicta* formulés par les juges majoritaires semblaient impliquer que le droit constitutionnel de se rendre à l'étranger pourrait être restreint de manière à empêcher l'avortement si la vie de la mère n'était pas menacée.

46. Un nouveau référendum, dans le cadre duquel trois propositions étaient soumises, fut organisé en novembre 1992. 68,18 % des électeurs y participèrent.

47. La première proposition consistait à amender la Constitution de manière qu'elle ménage une possibilité d'avorter légalement dans les cas où il y aurait autrement un risque réel et sérieux pour la vie de la mère, à l'exclusion du risque de suicide. En cas d'approbation, cette solution aurait donc limité l'impact de l'affaire *X*; elle fut rejetée par 65,35 % des voix contre 34,65 %.

48. La deuxième proposition fut acceptée et devint le treizième amendement à la Constitution (dont le texte fut ajouté à l'article 40.3.3). La nouvelle disposition a pour but d'empêcher que l'on interdise à une femme de quitter le pays pour aller avorter à l'étranger et se lit ainsi :

« Le présent alinéa ne peut limiter la liberté de se rendre dans un Etat étranger. »

49. La troisième proposition fut elle aussi acceptée et devint le quatorzième amendement (dont le texte fut également ajouté à l'article 40.3.3). Il autorise la diffusion en Irlande d'informations sur les services d'avortement à l'étranger et est ainsi libellé :

« Le présent alinéa ne peut limiter la liberté d'obtenir ou de transmettre, sur le territoire irlandais, sous réserve des conditions prévues par la loi, des informations relatives à des services légalement disponibles dans un autre Etat. »

#### 5. *Le projet de vingt-cinquième amendement à la Constitution (2002)*

50. Sous l'impulsion de certains processus de réflexion publics (paragraphes 62 à 76 ci-dessous), un troisième référendum sur l'avortement fut organisé en mars 2002, dans le but de dissiper l'incertitude juridique qui existait depuis l'affaire *X* et de proposer aux électeurs un projet de loi (projet de loi de 2002 sur la protection de la vie humaine au cours de la grossesse – *Protection of Human Life in Pregnancy Act 2002*). L'intention était triple.

51. Il fallait garantir que la future loi, une fois adoptée par référendum, ne puisse être modifiée que dans le cadre d'un nouveau référendum.

52. Le projet de loi définissait le crime d'avortement (abrogeant du même coup les articles 58 et 59 de la loi de 1861 et réduisant la sanction maximale). Il excluait également les menaces de suicide des motifs légaux d'avortement



et restreignait donc les motifs qui avaient été admis dans l'affaire X. La définition de l'avortement excluait de cette notion « l'accomplissement d'un acte médical par un médecin dans un établissement autorisé, au cours ou à l'issue duquel il est mis un terme à la vie d'un enfant à naître, lorsque le médecin a des motifs raisonnables de considérer que cet acte est nécessaire pour prévenir un risque réel et sérieux, autre que le risque de suicide, menaçant la vie de la femme enceinte ».

53. Le projet de loi de 2002 entourait également les interventions médicales de garanties destinées à protéger la vie de la mère, en précisant les conditions de légalité de ces interventions : elles devaient être effectuées par un médecin dans un établissement agréé ; le médecin devait raisonnablement estimer que l'intervention était nécessaire pour sauver la vie de la mère ; il devait établir et signer un document écrit justifiant son avis ; et nul ne pouvait être contraint de procéder ou d'assister à une telle intervention.

54. Des trois référendums sur l'avortement c'est celui de mars 2002 qui mobilisa le moins les électeurs (42,89 % de participants). Il aboutit au rejet de la proposition (par 50,42 % des voix contre 49,58 %). La Commission référendaire avait expliqué avant le scrutin qu'un vote négatif aboutirait au maintien tel quel de l'article 40.3.3 et que toute législation ultérieure devrait se concilier avec l'interprétation qui était alors donnée de la Constitution, ce qui signifiait en d'autres termes qu'une menace de suicide continuerait à constituer un motif d'avortement légal.

#### *6. Le libellé actuel de l'article 40.3 de la Constitution*

55. Depuis les modifications décrites ci-dessus, l'article 40.3 de la Constitution se lit ainsi :

« 1. L'Etat s'engage à respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à défendre et soutenir par ses lois les droits individuels du citoyen.

2. En particulier, par ses lois il protégera de son mieux contre les attaques injustes la vie, la personne, l'honneur et les droits de propriété de tout citoyen et, en cas d'injustice, il les défendra.

3. L'Etat reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engage à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le protéger et à le défendre par ses lois.

Le présent alinéa ne peut limiter la liberté de se rendre dans un Etat étranger.

Le présent alinéa ne peut limiter la liberté d'obtenir ou de transmettre, sur le territoire irlandais, des informations relatives à des services légalement disponibles dans un autre Etat, sous réserve des conditions prévues par la loi. »

## **B. Les informations disponibles en Irlande sur les services d'avortement offerts à l'étranger**

1. *La loi de 1995 portant réglementation des informations relatives aux services d'interruption de grossesse situés hors de l'Etat (The Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act 1995 – « la loi de 1995 »)*

56. Adoptée à la suite du quatorzième amendement, la loi de 1995 constituait une réponse à l'arrêt qui avait été rendu par la Cour en l'affaire *Open Door* précitée. Elle définit les conditions dans lesquelles les informations relatives aux services d'avortement légalement offerts à l'étranger peuvent être diffusées en Irlande.

57. L'article 2 définit les « informations relevant de la loi » comme des informations qui a) sont susceptibles d'être demandées par les femmes ayant l'intention de recourir aux services d'interruption de grossesse offerts en dehors de l'Etat, et b) sont relatives à de tels services ou aux personnes qui les fournissent.

58. L'article 1 confirme que la « personne visée par l'article 5 » désigne toute personne qui a ou semble avoir pour activité de donner des informations, avis ou conseils au grand public sur tout sujet concernant la grossesse. L'article 5 de la loi se lit ainsi :

« Lorsqu'une personne visée par l'article 5 se voit adresser, par une femme ou au nom d'une femme qui indique ou au nom de laquelle il est indiqué qu'elle est ou peut être enceinte, une demande d'informations, d'avis ou de conseils relativement à sa situation particulière eu égard au fait qu'il est indiqué, par elle-même ou en son nom, qu'elle est ou peut être enceinte –

a) il est interdit à cette personne, ou à son employeur ou supérieur, de préconiser ou promouvoir l'interruption de grossesse devant la femme concernée ou toute personne la représentant ;

b) il est interdit à cette personne, ou à son employeur ou supérieur, de donner des informations relevant de la présente loi à la femme concernée ou à toute personne la représentant, sauf

i) si les informations, de même que le mode et les modalités de leur diffusion, sont conformes aux alinéas I et II de l'article 3 1) a) et si les informations sont données sous une forme et d'une manière qui n'implique aucune préconisation ou promotion de l'interruption de grossesse ;

ii) si dans le même temps des renseignements (autres que les informations relevant de la présente loi), conseils et avis sont donnés directement à la femme concernée relativement à toutes les voies qui s'offrent à elle, en fonction de sa situation particulière au sens ci-dessus, et

iii) si les renseignements, conseils et avis visés à l'alinéa ii) ci-dessus sont fiables et objectifs, s'ils informent pleinement la femme concernée de toutes les voies qui s'offrent à elles relativement à sa situation particulière, s'ils n'impliquent aucune préconisation ou promotion de l'interruption de grossesse, et s'ils ne s'accompagnent d'aucun élément à cet effet.»

59. L'article 8 de la loi de 1995 est ainsi libellé :

« 1) Il est interdit à toute personne visée par l'article 5, ou à son employeur ou supérieur, de prendre au nom d'une femme un rendez-vous ou d'autres dispositions avec une personne qui offre des services d'interruption de grossesse situés hors de l'Etat ;

2) Le paragraphe 1 ne peut être interprété comme interdisant à une personne visée par l'article 5 (...) de donner à une femme des documents ou notes à caractère médical, chirurgical, social ou autre la concernant qui se trouveraient en sa possession (...).»

*2. L'article 26 et le projet de loi de 1995 portant réglementation des informations relatives aux services d'interruption de grossesse situés hors de l'Etat (The Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995) – In Re IESC 1995, p. 9)*

60. Avant sa promulgation, la loi de 1995 fut renvoyée par le président à la Cour suprême pour examen de sa constitutionnalité. La Cour suprême la jugea conforme à la Constitution, ce qui excluait toute contestation ultérieure de sa constitutionnalité devant les tribunaux (article 34.3.3 de la Constitution). Pour parvenir à sa conclusion, la Cour suprême examina notamment si les dispositions des articles 5 et 8 étaient ou non compatibles avec la Constitution, c'est-à-dire si, d'un point de vue objectif, ces dispositions « attestaient d'une mise en balance équitable et raisonnable par [le Parlement] des divers droits en présence » et si elles pouvaient passer pour ne pas être « contraires à la raison et à l'équité au point de porter une atteinte injuste aux droits constitutionnels de l'enfant à naître, de la mère ou de toute autre personne ». A cet égard, la Cour suprême s'exprima comme suit :

« La [loi de 1995] traite uniquement des informations relatives aux services d'interruption de grossesse offerts légalement hors de l'Etat et aux personnes qui fournissent ces services.

Pareilles informations peuvent être communiquées à une femme qui indique ou au nom de laquelle il est indiqué qu'elle est ou peut être enceinte, sous réserve des conditions suivantes :

i. la personne qui fournit les informations n'est pas autorisée à préconiser ou promouvoir l'interruption de grossesse devant la femme concernée ou la personne la représentant ;

ii. la personne qui fournit les informations n'est autorisée à les donner que sous une forme qui n'implique aucune préconisation ou promotion de l'interruption de grossesse

et elle n'est autorisée à donner des informations relatives aux services qui sont offerts légalement dans l'État étranger et aux personnes qui y fournissent ces services en toute légalité qu'aux conditions suivantes :

a) les informations, de même que le mode et les modalités de leur diffusion, doivent être conformes à la loi de cet État, et

b) les informations doivent être exactes et objectives, n'impliquer aucune préconisation ou promotion de l'interruption de grossesse, et ne s'accompagner d'aucun élément à cet effet.

En même temps, des renseignements, conseils et avis doivent être donnés directement à la femme concernée sur toutes les voies qui s'offrent à elle relativement à sa situation particulière; ils ne doivent ni préconiser ni promouvoir l'interruption de grossesse, ni s'accompagner d'aucun élément à cet effet.

Sous réserve de ces restrictions, la femme concernée a accès à l'ensemble des informations relatives aux services offerts légalement à l'étranger et aux personnes qui fournissent ces services.»

61. La Cour suprême estima par ailleurs que l'allégation selon laquelle la vie et/ou la santé d'une femme pourraient être sérieusement menacées en cas d'impossibilité pour un médecin de rédiger une lettre l'adressant à un de ses confrères en vue d'une interruption de grossesse se fondait sur une interprétation erronée de l'article 8 de la loi de 1995 :

«Cet article interdit à un médecin ou à toute personne visée par l'article 5 de [la loi de 1995] de prendre un rendez-vous ou d'autres dispositions pour ou au nom d'une femme avec une personne qui offre des services d'interruption de grossesse situés hors de l'État.

Cela n'empêche pas le médecin, une fois qu'un tel rendez-vous est pris, de communiquer normalement avec son confrère sur l'état de sa patiente, sous réserve que ces échanges n'impliquent aucune préconisation ou promotion de l'interruption de grossesse et qu'ils ne s'accompagnent d'aucun élément à cet effet.

Si les dispositions de [la loi de 1995] empêchent un médecin de préconiser ou promouvoir l'interruption de grossesse, elles ne l'empêchent en aucune manière de donner à une patiente des informations exhaustives concernant son état de santé, les effets de la grossesse sur cet état de santé, et les conséquences de la poursuite de la grossesse pour sa santé et sa vie, tout en laissant à la mère le soin de décider si, au vu des circonstances, la grossesse doit être interrompue. Rien n'interdit à un médecin de donner à une patiente enceinte toutes les informations nécessaires pour lui permettre de prendre une décision éclairée, sous réserve qu'il s'abstienne de préconiser ou promouvoir l'interruption de grossesse.

De plus, l'article 8 § 2 n'interdit ni n'empêche en aucune manière de remettre à une femme tout document de nature médicale, chirurgicale, clinique, sociale ou autre qui la concerne.

(...)

Eu égard à l'obligation [pour le Parlement] de respecter et, dans la mesure du possible, de défendre et de faire respecter le droit à la vie de l'enfant à naître en tenant compte du droit égal de la mère à la vie, l'interdiction de préconiser ou de promouvoir l'interruption de grossesse et l'interdiction faite à toute personne visée par l'article 5 de prendre au nom d'une femme un rendez-vous ou d'autres dispositions avec une personne qui fournit des services d'interruption de grossesse à l'étranger ne portent pas injustement atteinte aux droits de la femme enceinte. Ces conditions représentent une mise en balance équitable et raisonnable des droits en présence; dès lors, les articles 5 et 8 du projet de loi ne sont pas contraires à la Constitution.»

### C. Les processus de réflexion publics

#### 1. *Le rapport remis en 1996 par le groupe d'études sur la Constitution (« le rapport du groupe d'études de 1996 »)*

62. Etabli en avril 1995 aux fins d'assister les commissions gouvernementales dans leurs travaux de vérification de la constitutionnalité des projets de textes, ce groupe avait pour mandat de passer la Constitution en revue et de déterminer les domaines dans lesquels des modifications constitutionnelles pourraient s'avérer nécessaires.

63. Il remit en 1996 un rapport dans lequel il indiquait que le droit positif sur l'avortement applicable en Irlande après l'affaire *X* et le rejet du douzième amendement manquait de clarté (à titre d'exemples, il citait la définition de l'enfant à naître, la question de savoir dans quelle mesure les tendances suicidaires pouvaient être considérées comme un motif d'avortement et l'absence de tout délai légal pour les interruptions de grossesse autorisées selon les critères dégagés dans l'affaire *X*). Le rapport envisageait la possibilité de modifier l'article 40.3.3, de manière à légaliser l'avortement dans des circonstances constitutionnellement définies :

« Bien que des milliers de femmes se rendent chaque année à l'étranger pour y avorter sans pour cela violer le droit national, il semble que l'idée d'une légalisation étendue de l'avortement sur le territoire irlandais se heurte à une forte opposition. S'il se dessine peut-être une tendance à admettre dans certaines limites une attitude plus permissive dans des cas extrêmes, tels que le viol, l'inceste ou d'autres circonstances graves, un assouplissement généralisé des conditions de légalité de l'avortement soulèverait des problèmes particulièrement difficiles pour ceux qui défendent par principe la préservation de la vie dès son stade le plus précoce. »

64. Le groupe d'études concluait que si dans l'idéal les questions majeures de ce débat devaient en principe être traitées par la voie de

l'amendement constitutionnel, il n'existait aucun consensus sur le contenu d'un tel amendement et aucune certitude de succès pour une proposition de référendum en vue d'une modification substantielle de l'article 40.3.3 de la Constitution. Le groupe estimait ainsi que la seule possibilité pratique à l'époque était l'introduction d'une législation destinée à régir l'application de l'article 40.3.3. Pareille législation permettrait notamment de définir certaines notions (par exemple celle d'«enfant à naître»), de protéger expressément les interventions médicales nécessaires pour préserver la vie des mères, d'exiger l'attestation sous forme écrite par un médecin spécialiste de l'existence d'un «risque réel et sérieux pour la vie de la mère» et d'enfermer dans des délais précis la possibilité d'avorter légalement, notamment dans les circonstances autorisées par l'affaire X.

*2. Le livre vert déposé en 1999 par le groupe de travail interministériel sur l'avortement (le «livre vert de 1999»)*

65. Une commission ministérielle fut établie pour superviser l'élaboration d'un livre vert sur l'avortement, et les travaux préparatoires furent menés par un groupe de travail interministériel composé de fonctionnaires. Avant de rédiger son document, le groupe invita les particuliers, les organisations professionnelles, les associations de bénévoles et toutes autres parties intéressées à lui communiquer leurs observations. Il recueillit plus de 10 000 contributions, ainsi que des pétitions regroupant 36 500 signatures. L'introduction du livre vert de 1999 comporte le passage suivant :

«A l'heure actuelle (...), d'un point de vue constitutionnel, l'interruption de grossesse n'est pas autorisée dans ce pays, sauf si elle satisfait aux conditions exposées par la Cour suprême dans l'affaire X; des informations sur les services d'avortement à l'étranger peuvent être fournies dans les limites prévues par [la loi de 1995]; et, de manière générale, les femmes peuvent se rendre à l'étranger pour y avorter.

De puissants courants d'opinion expriment du mécontentement face à la situation actuelle, tant en ce qui concerne les possibilités d'avorter au sein de l'Etat que pour ce qui est du nombre de femmes qui se rendent à l'étranger en vue d'avorter.

Diverses options ont été envisagées pour répondre à ce qu'on appelle la «question de fond» de l'avortement mais les opinions divergent beaucoup quant au point de savoir comment procéder. Le *Taoiseach* [Premier ministre] indiqua peu après la prise de fonctions de son gouvernement en 1997 que ce sujet ferait l'objet d'un livre vert. Les implications de l'affaire X furent de nouveau mises en lumière en novembre 1997 à l'occasion de l'affaire C, et une commission ministérielle fut établie afin de superviser l'élaboration du livre vert, dont les travaux préparatoires furent menés par un groupe interministériel composé de fonctionnaires. [voir les paragraphes 95-96 ci-dessous pour une description de l'affaire C]

Les questions liées à l'avortement sont extrêmement complexes. L'objectif du présent document est de les identifier, d'en fournir une brève analyse et d'envisager toutes les options possibles pour les résoudre. Le livre vert ne cherche pas à aborder l'ensemble des questions relatives à l'avortement, ni à donner une analyse exhaustive de chacune d'entre elles. Ses auteurs se sont efforcés de se concentrer sur les questions essentielles et de les présenter de manière claire, concise et objective.

Les particuliers intéressés, les organisations professionnelles, les associations de bénévoles et toutes autres parties souhaitant contribuer au débat ont été invités à communiquer leurs observations (...)»

66. Il était relevé au paragraphe 1.09 que rien sur le plan médical ne permettait de dire que les médecins en Irlande refusaient de traiter les femmes enceintes atteintes de cancer ou d'autres pathologies au motif que le traitement serait nuisible pour l'enfant à naître.

67. Le chapitre 7 du document contenait des développements sur sept solutions constitutionnelles et législatives possibles :

- une interdiction constitutionnelle absolue de l'avortement ;
- un amendement à la Constitution destiné à restreindre l'application de l'affaire *X* ;
- le maintien de la situation existante ;
- le maintien d'un *statu quo* constitutionnel, avec une réaffirmation de l'interdiction de l'avortement dans une nouvelle loi ;
- l'adoption d'une législation régissant l'avortement selon les principes dégagés dans l'affaire *X* ;
- un retour à la situation d'avant 1983 ; et
- une autorisation de l'avortement pour des motifs allant au-delà de ceux précisés dans l'affaire *X*.

68. Quant à la cinquième option (l'adoption d'une législation régissant l'avortement selon les principes dégagés dans l'affaire *X*), le livre vert de 1999 relevait que :

« 7.48 Cette approche consisterait à donner effet à la décision rendue dans l'affaire *X* par le biais d'une législation (...) Elle part du principe qu'on ne toucherait pas au libellé actuel de l'article 40.3.3.

7.49 Quant à l'élaboration d'une telle législation, une possibilité consisterait à ne pas réaffirmer l'interdiction de l'avortement, qui est déjà consacrée par l'article 58 de [la loi de 1861], mais à énoncer plutôt qu'une interruption de grossesse effectuée en conformité avec la loi ne serait pas constitutive d'une infraction.

7.50 Les détails d'une telle législation appelleraient un examen attentif mais l'on pourrait adopter l'approche suivie pour l'option précédente (maintien d'un *statu quo* constitutionnel, avec réaffirmation de l'interdiction de l'avortement dans une nouvelle loi).

### Discussion

7.51 Etant donné qu'elle ne prévoit pas un système plus libéral que celui découlant de l'affaire *X*, cette option ne nécessiterait pas une modification de la Constitution. Dès lors toutefois qu'elle permettrait l'avortement dans des circonstances bien définies, elle susciterait certainement des critiques de la part de ceux qui s'opposent à l'avortement dans tous les cas et sont en désaccord avec la décision dans l'affaire *X*. Les critiques seraient particulièrement dirigées contre l'inclusion de la menace de suicide dans les motifs d'avortement et les difficultés d'appréciation à cet égard.

7.52 Cette approche aurait pour principal avantage de fournir un cadre permettant d'apprécier la nécessité d'un avortement, alors qu'aujourd'hui la question doit être résolue au cas par cas devant les tribunaux, avec toute la publicité et les débats que cela implique. Elle permettrait aux femmes enceintes qui établiraient l'existence d'un risque réel et sérieux pour leur vie d'avorter en Irlande plutôt que de devoir se rendre à l'étranger dans ce but, et elle fournirait une protection juridique aux médecins et autres personnes (par exemple les infirmières) impliqués dans l'interruption de grossesse. Les lignes directrices actuelles en matière d'éthique médicale ne seraient pas compatibles avec une telle législation.

7.53 Il faut cependant souligner que les problèmes de définition dans le texte de l'article 40.3.3 persisteraient. Il y aurait lieu de décider si la législation envisagée devrait fournir les définitions indispensables pour en finir avec l'ambiguïté qui entoure actuellement le libellé de cet article. Toutefois, il y a des limites à ce que la loi peut faire au travers de définitions, car c'est en définitive aux tribunaux qu'il revient d'interpréter l'article 40.3.3.»

69. Quant à la septième option (l'autorisation de l'avortement pour d'autres motifs que ceux précisés dans l'affaire *X*), le livre vert de 1999 exposait les considérations suivantes :

«7.65 Dans le chapitre 4, d'autres motifs possibles d'avortement sont examinés et, si possible, situés dans un contexte international. Comme cela a été indiqué ci-dessus, la légalisation de l'avortement pour l'un ou l'autre, ou l'ensemble, de ces motifs est aussi demandée dans un certain nombre de commentaires. Chacun des types de dispositions possibles ayant été identifiés a fait l'objet d'un examen séparé, ce qui n'exclut pas d'étudier la possibilité de combiner certaines ou l'ensemble de ces options dans le cas où cette approche serait retenue. Certains des problèmes identifiés dans le cadre des options examinées séparément pourraient alors ne pas se poser.

7.66 Pour tous les cas évoqués dans la présente section, l'avortement ne pourrait être autorisé que si l'article 40.3.3 de la Constitution était amendé. Il serait peut-être aussi nécessaire de réviser les articles 58 et 59 de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes et de définir au travers de nouvelles dispositions législatives les modalités du nouveau régime. Le type de modèle législatif évoqué dans la discussion de l'option « maintien d'un statu quo constitutionnel avec réaffirmation de l'interdiction de l'avortement dans une nouvelle loi » (paragraphe 7.42-7.47) pourrait, avec les adaptations nécessaires, servir de base pour régler également d'autres situations. Parmi les points qui pourraient être traités par une loi figurent les critères selon



lesquels un avortement serait autorisé, les délais maximums, les exigences d'attestation et d'entretien et peut-être l'institution d'un délai d'attente après l'entretien. Les dispositions en vigueur dans certains autres pays font également l'objet d'une discussion au chapitre 4.

### Discussion

a) Risque pour la santé physique/mentale de la mère

7.67 Selon cette option, l'avortement serait autorisé en raison d'un risque pour la santé physique et/ou mentale de la femme concernée.

7.68 En 1992, le projet de deuxième amendement à la Constitution a fait l'objet de critiques parce qu'il excluait spécifiquement des motifs d'interruption de grossesse le risque pour la santé de la femme enceinte. L'affaire anglaise *Bourne* de 1938 avait donné lieu à une interprétation de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes qui autorisait l'interruption de grossesse lorsqu'un médecin estimait que la poursuite de la grossesse aurait probablement pour conséquence de détruire une femme physiquement ou moralement.

7.69 Comme il a été indiqué ci-dessus, cette affaire n'a jamais été suivie par les juridictions irlandaises. L'article 40.3.3 de la Constitution excluait une interprétation de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes analogue à celle adoptée dans l'affaire *Bourne*. Dès lors, toute proposition d'autoriser l'avortement à raison d'un risque pour la santé de la femme enceinte appellerait un amendement de cet article, voire un réexamen des articles 58 et 59 de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes. La mise en œuvre de ces modifications nécessiterait en outre l'adoption d'un cadre législatif.

7.70 Comme il a été indiqué au chapitre 4 sur les « autres motifs d'avortement, situés dans un contexte international », la notion de santé physique utilisée dans d'autres pays aux fins du droit sur l'avortement tend à ne pas être très précise. Si on voulait autoriser l'avortement à raison d'un risque pour la santé de la femme enceinte tout en limitant cette possibilité à des affaires impliquant un risque grave de dommage sérieux et permanent, il serait nécessaire de circonscrire les dispositions de manière adéquate. La pratique ordinaire dans d'autres pays consiste à traiter le sujet comme une question médicale. On peut s'attendre à ce qu'il soit difficile de trouver des dispositions aptes à ménager l'indépendance des médecins tout en assurant une mise en œuvre stricte du régime, propre à garantir que l'avortement ne soit autorisé que dans des cas très limités. »

3. *Le cinquième rapport d'étape, remis en 2000, de la commission constitutionnelle de l'Oireachtas (« le cinquième rapport d'étape de 2000 sur l'avortement »)*

70. Le livre vert fut ensuite transmis pour examen à la commission constitutionnelle, qui se livra à une large consultation, sollicitant au départ des points de vue sur les options analysées dans le livre vert de 1999. Elle reçut plus de 100 000 contributions de particuliers et d'organisations, dont

92 % sous la forme de signatures de pétitions (une pétition recueillit à elle seule 80 000 signatures). L'immense majorité des contributions étaient en faveur de la première option exposée dans le livre vert de 1999 (l'interdiction constitutionnelle absolue de l'avortement).

71. Etant donné que très peu d'organisations médicales avaient présenté des observations durant le processus d'élaboration du livre vert de 1999, la commission estima nécessaire d'obtenir des informations des personnes œuvrant sur le terrain pour établir quelle était la pratique médicale alors en cours dans les hôpitaux irlandais en matière d'intervention médicale durant les grossesses. Elle recueillit ainsi au cours d'audiences publiques (et enregistrées) les points de vue et avis de spécialistes en obstétrique, en gynécologie et en psychiatrie.

72. Le président de l'Institut des obstétriciens et gynécologues, qui représente entre 90 et 95 % des membres de ces professions en Irlande, présenta des observations écrites, formulant notamment les considérations suivantes :

« Dans la pratique obstétrique actuelle, des complications rares peuvent survenir lorsqu'une intervention thérapeutique est requise à un stade de la grossesse où le bébé a peu ou pas de chances de survie du fait de sa grande prématurité. Dans ces situations exceptionnelles, la non-intervention peut entraîner la mort de la mère et du bébé. Nous estimons qu'il existe une différence fondamentale entre un avortement pratiqué avec l'intention de mettre fin à la vie du bébé, par exemple pour des raisons sociales, et la mort inévitable du bébé découlant d'un traitement indispensable à la protection de la vie de la mère.

Nous reconnaissons être tenus de fournir un suivi post-avortement aux femmes qui décident de se rendre à l'étranger en vue d'interrompre leur grossesse. Nous recommandons que des services de soutien et de suivi complets soient mis à la disposition de toutes les femmes dont la grossesse a été interrompue, quelles que soient les circonstances de cette interruption. »

73. Dans sa déposition orale, le président ajouta :

« Nous n'avons jamais considéré ces interventions comme des avortements. L'idée que des interventions dans des cas de pré-éclampsie, de cancer du col de l'utérus ou de grossesse extra-utérine équivalent à des avortements ne traverserait jamais l'esprit d'un obstétricien. Pour le professionnel, il ne s'agit pas d'avortements, mais de traitements médicaux qui sont essentiels pour protéger la vie de la mère. Ainsi, lorsque nous intervenons dans l'intérêt de la mère, dans le but d'empêcher son décès, et que nous sommes confrontés à la mort du fœtus, nous ne considérons pas que nous en sommes arrivés là en procédant à un avortement. L'avortement au sens que lui donnent les professionnels est à mon avis quelque chose de complètement différent. En réalité, il s'agit d'une intervention pratiquée, d'ordinaire au cours d'une grossesse normale, pour se débarrasser de la grossesse, pour se débarrasser du fœtus. Pour nous, c'est cela,

pratiquer directement un avortement. En d'autres termes, il s'agit de mettre fin à la vie d'un bébé non désiré. Cela n'a jamais fait partie de la pratique de l'obstétrique en Irlande, et j'espère que ce ne sera jamais le cas.

(...)

Face à des situations rares et complexes, où il existe une menace physique pour la vie de la femme enceinte, nous intervenons toujours.»

74. En 2000, la commission constitutionnelle publia son cinquième rapport d'étape sur l'avortement. Elle y expliquait qu'il ne s'agissait pas d'une étude exhaustive des questions débattues dans le livre vert de 1999 mais plutôt d'une analyse politique de certaines questions que ce projet avait soulevées et que les contributions reçues et les auditions menées avaient permis d'identifier.

75. La commission concluait qu'il fallait instaurer un organisme spécifique pour mettre en œuvre une stratégie consistant à réduire le nombre de grossesses non désirées en fournissant des services de prévention, à réduire le nombre de femmes confrontées à une grossesse non désirée qui choisissent l'avortement en fournissant des services aptes à rendre les autres options plus attrayantes, et à offrir des services post-avortement, à savoir un suivi et des conseils médicaux. La commission indiquait qu'un consensus s'était également dégagé en son sein sur d'autres questions, notamment celle de la nécessité pour le gouvernement d'élaborer un rapport public décrivant les responsabilités précises découlant pour l'Etat de tous les instruments internationaux et communautaires pertinents.

76. La commission ajoutait que la clarté dans les dispositions juridiques était essentielle pour donner des indications aux professionnels de la médecine; en d'autres termes, le cadre juridique retenu, quel qu'il fût, devait permettre aux médecins d'avoir recours aux meilleures pratiques médicales pour sauver la vie de la mère. Elle précisait toutefois qu'aucune des sept options exposées dans le livre vert de 1999 n'emportait une adhésion unanime de sa part. Trois approches recueillaient un soutien important mais pas majoritaire de ses membres: la première consistait à se concentrer sur les mesures visant à réduire le nombre de grossesses non désirées et le taux d'avortement, sans toucher au cadre juridique; la seconde consistait à introduire, dans le cadre des dispositions constitutionnelles existantes, une législation protectrice des interventions médicales en vue de sauver la vie des mères; et la troisième consistait à introduire pareille législation en l'assortissant d'un amendement constitutionnel. La commission expliquait que ses membres n'étaient parvenus à se mettre d'accord sur aucune des modalités de réforme envisagées.

## D. L'Agence pour les femmes enceintes en difficulté (*Crisis Pregnancy Agency* – « la CPA »)

### 1. Les objectifs de la CPA

77. Le cinquième rapport d'étape sur l'avortement, remis en 2000, déboucha sur l'adoption en 2001 d'une ordonnance portant création de l'Agence pour les femmes enceintes en difficulté (*Crisis Pregnancy Agency (Establishment) Order 2001* – S.I. n° 446 de 2001). L'article 4 de cette ordonnance (avant sa modification en 2007) décrivait comme suit les fonctions de l'Agence :

«i) (...) élaborer une stratégie pour répondre au problème des grossesses non désirées, en vue notamment :

a) de réduire le nombre de grossesses non désirées par le biais de services d'éducation, de conseils et de contraception ;

b) de réduire, par la fourniture de services et d'un soutien de nature à rendre les autres options plus attrayantes, le nombre de femmes confrontées à une grossesse non désirée qui choisissent l'avortement ;

c) d'offrir des services de conseils et de suivi à la fin de la grossesse non désirée (...)»

78. La CPA mit en œuvre sa première stratégie de 2004 à 2006 ; depuis 2007 elle mène la seconde, programmée pour durer jusqu'en 2011. Elle remplit ses objectifs principalement par le biais de son programme de communication (qui comprend notamment des campagnes médiatiques et de la documentation), de son programme de recherches (qui favorise les pratiques fondées sur des données probantes et l'élaboration de politiques) et de son programme de financement, qui consiste à subventionner des projets comprenant des actions de développement personnel, des services de conseils, des actions de soutien parental et des services médicaux et de santé.

79. A la suite de la loi de 2009 portant diverses dispositions en matière de santé (*Health (Miscellaneous Provisions) Act 2009*), la CPA a été intégrée, le 1<sup>er</sup> janvier 2010, dans le Bureau exécutif du service de santé (*Health Service Executive* – « le HSE »). Le financement des fonctions concernant les grossesses non désirées a été confié au HSE.

### 2. Les lignes directrices en matière de soins fondamentaux pour la prévention et la gestion des grossesses non désirées (*Primary Care Guidelines for the Prevention and Management of Crisis Pregnancies* – « les lignes directrices de la CPA »)

80. Les lignes directrices de la CPA, élaborées en collaboration avec l'Ordre irlandais des médecins généralistes, soulignent le rôle des médecins généralistes dans la gestion des grossesses non désirées. Les lignes directrices

précisent le rôle des généralistes dans la prévention de telles grossesses : ils doivent aider les femmes concernées à prendre des décisions quant à l'issue de leur grossesse (en les conseillant sur toutes les options qui s'ouvrent à elles, y compris les possibilités de faire adopter l'enfant ou d'avorter) et à mettre en œuvre leurs décisions en toute sécurité (notamment en leur donnant des informations sur l'importance du suivi, en particulier des soins médicaux, après un avortement). Les lignes directrices soulignent l'importance pour les généralistes de faire preuve de doigté lorsqu'ils donnent des conseils pour aider au processus décisionnel (« en vue de réduire au minimum le risque de perturbation émotionnelle, quelle que soit la décision prise »), et de dispenser des conseils et des soins médicaux avant et après l'avortement. Elles rappellent que les généralistes ont une obligation de soins vis-à-vis de leurs patientes et qu'il leur est interdit de refuser un traitement à une patiente parce qu'ils désapprouvent moralement son comportement, et que, s'ils font jouer l'objection de conscience pour refuser de prodiguer des soins, ils doivent fournir à la patiente les noms d'autres généralistes pouvant être consultés par elle.

Les lignes directrices précisent par ailleurs que « quelle que soit la décision d'une femme aux prises avec une grossesse non désirée, le suivi est important. Cela peut comprendre les soins prénataux, l'assistance psychologique, la contraception future ou les soins médicaux post-avortement. La réaction du médecin généraliste à la première consultation aura une influence profonde sur la volonté de la femme de se soumettre ensuite à un suivi médical ». Si une femme décide d'avorter, le principal souci d'un généraliste doit être de s'assurer qu'elle le fait en toute sécurité, qu'elle bénéficie de soins médicaux appropriés et qu'elle revient ensuite pour un suivi adapté. Il est conseillé aux médecins de compléter par des documents écrits les avis qu'ils donnent verbalement.

81. Une brochure d'information à destination des patientes est jointe aux lignes directrices. Elle informe les femmes que, si elles choisissent d'avorter, elles devraient prévoir d'aller consulter leur médecin traitant au moins trois semaines après l'intervention afin de permettre à celui-ci de procéder à un examen complet et de répondre, le cas échéant, à des questions ou préoccupations.

3. *« Comprendre la perception qu'ont les femmes sexuellement actives de la fertilité, de la sexualité et de la maternité » – rapport n° 6 de la CPA (2004)*

82. Ce rapport avait trait à la perception par les femmes irlandaises âgées de vingt à trente ans des questions touchant la fertilité, la sexualité et la maternité. Il analysait le sens que les jeunes femmes attachaient à leurs

décisions concernant leur fertilité et ses aspects connexes par rapport à leurs objectifs de vie et à l'évolution du rôle des femmes relativement aux études, aux questions de carrière professionnelle, aux relations personnelles et à la maternité. Il se fondait sur des données tirées d'entretiens qualitatifs (20 études de cas individuels et 12 groupes de discussion – *focus groups*); l'échantillon se composait au total de 66 femmes de dix-neuf à trente-quatre ans). L'étude exposait les points de vue d'un groupe de femmes très hétérogène quant à la situation socioéconomique, à l'origine géographique et aux antécédents relationnels. Les données démontraient la nécessité d'apporter un soutien accru aux jeunes femmes irlandaises relativement aux diverses décisions qu'elles devaient prendre en matière de fertilité, de sexualité et de maternité.

83. L'une des conclusions de l'étude était que l'affaire *X* et le déclin du rôle de l'Eglise catholique représentaient des éléments majeurs dans la vie des jeunes femmes, qui conditionnaient leurs attitudes et expériences. Un autre enseignement était que les jeunes femmes qui parvenaient à l'âge adulte étaient plus fermement convaincues que leurs aînées que les décisions en matière de procréation et de sexualité relevaient de la vie privée et que chaque personne devait être libre de prendre les décisions lui paraissant les plus appropriées.

4. *« Etude irlandaise sur la contraception et les grossesses non désirées : analyse de la population globale – rapport n° 7 de la CPA (2004) »*

84. L'étude avait pour but d'établir des données représentatives au niveau national sur les attitudes, connaissances et expériences actuelles quant à la contraception, aux grossesses non désirées et aux services correspondants en Irlande. Elle comprenait une analyse nationale intersectorielle de la population des jeunes adultes fondée sur des entretiens téléphoniques menés (en 2003) auprès de 3 000 personnes, l'échantillon incluant un nombre égal de femmes et d'hommes âgés de dix-huit à quarante-cinq ans, catégorie pour laquelle les pratiques contraceptives, la perception des services disponibles et l'utilisation de ces services étaient considérées comme les plus pertinentes. Les responsables de l'étude avaient également choisi la tranche d'âge de l'échantillon de manière à permettre une évaluation véritablement en prise avec la réalité contemporaine des services concernés et la programmation de leur évolution future.

85. Les attitudes du grand public par rapport aux différentes issues possibles d'une grossesse non désirée (famille monoparentale, adoption, avortement) étaient analysées en vue d'une évaluation du degré d'acceptabilité de chacune de ces solutions. Les questions avaient été adaptées à partir d'une étude conduite en 1986, et la reprise de ces questions dans l'étude de la CPA

permettait de mesurer les changements d'attitude vis-à-vis de l'avortement. Dans l'étude de 1986, plus de 38 % des participants avaient indiqué penser que l'avortement devrait être interdit en toutes circonstances ; 58 % avaient estimé qu'il devrait être autorisé dans certaines circonstances, et 4 % n'avaient pas exprimé d'opinion sur la question.

86. Dans l'étude de la CPA, le libellé du questionnaire fut modifié de manière à inclure aussi une option aux termes de laquelle une femme « devait toujours avoir le choix de se faire avorter, quelles que fussent les circonstances ». 8 % des participants à l'étude estimèrent que l'avortement devait être interdit en toutes circonstances, 39 % qu'il devrait être autorisé dans certaines circonstances, 51 % qu'une femme devrait toujours avoir le choix de se faire avorter, et 2 % se déclarèrent sans opinion quant à cette question. Le rapport l'affirme :

« Ainsi, on observe un changement notable dans les attitudes sur la période de dix-sept ans considérée (de 1986 à 2003), une part beaucoup plus importante de la population déclarant soutenir la possibilité de choisir l'avortement dans certaines ou en toutes circonstances dans l'étude la plus récente [celle de la CPA] (...) ».

87. Puisque de nombreux participants – ceux ayant déclaré estimer qu'une femme devait avoir le choix dans certaines circonstances ou ne pas avoir d'opinion à ce sujet – avaient été jugés défendre un point de vue nuancé concernant l'acceptabilité de l'avortement, on leur avait demandé de préciser s'ils étaient d'accord ou non avec l'idée qu'une femme devait avoir la possibilité de choisir de se faire avorter dans une série de circonstances bien définies (celles énumérées dans l'étude de 1986). Le rapport décrivait les résultats comme suit :

« Le degré d'acceptation exprimé quant aux circonstances dans lesquelles l'avortement pourrait être autorisé varie beaucoup d'une circonstance à l'autre. La majorité des participants admettent qu'une femme devrait avoir le choix de se faire avorter dans les cas où la grossesse représente un risque grave pour sa vie (96 %) ou sa santé (87 %). En outre, la plupart estiment qu'une femme devrait avoir ce choix dans les cas où la grossesse résulte d'un viol (87 %) ou d'un inceste (85 %). Moins de la moitié des participants (46 %) pensent qu'une femme devrait pouvoir se faire avorter dans les cas où il est avéré que l'enfant présentera une grave malformation. En outre, la majorité des participants estiment qu'une femme ne devrait pas avoir le choix d'avorter à raison du fait qu'elle n'est pas mariée (79 %) ou que le couple ne peut se permettre d'avoir un autre enfant (80 %). Pour aucune des propositions on n'observe de variations importantes dans les pourcentages en fonction du sexe ou du niveau d'études des participants. Pour deux d'entre elles, on observe des différences, faibles mais significatives, selon l'âge. Premièrement, les plus jeunes tendent à être plus favorables à la possibilité d'avorter pour les victimes de viol (92 % des 18-25 ans contre 87 % des 26-35 ans et 83 % des 36-45 ans) (...). On observe le schéma inverse dans le cas où il est avéré que l'enfant présentera une grave malformation. Dans ce cas, les participants appartenant aux tranches d'âge plus élevées se déclarent plus favorables à

la possibilité pour la mère de choisir l'avortement (49 % des 26-35 ans et 48 % des 36-45 ans contre 42 % seulement des 18-25 ans) (...)

88. Les conclusions relatives aux circonstances dans lesquelles l'avortement pourrait être accepté étaient comparées à celles de l'étude de 1986. Pour chacune des deux études, le pourcentage des personnes estimant que l'avortement était acceptable dans certaines circonstances était rapporté à l'ensemble des personnes interrogées. La comparaison montrait que le degré d'acceptabilité de l'avortement dans diverses situations avait « fortement augmenté parmi la population au fil du temps » :

- cas où la grossesse représentait un risque grave pour la vie de la femme (57 % en 1986 ; 90 % en 2003) ;
- cas où la grossesse représentait un risque grave pour la santé de la femme (46 % en 1986 ; 86 % en 2003) ;
- cas où la grossesse résultait d'un viol (51 % en 1986 ; 86 % en 2003) ou d'un inceste (52 % en 1986 ; 86 % en 2003) ; et
- cas où il était avéré que l'enfant présenterait une grave malformation (31 % en 1986 ; 70 % en 2003).

#### **E. Les lignes directrices émises par l'Ordre des médecins (2004)**

89. La loi de 1978 relative aux médecins (*Medical Practitioners Act 1978*) attribue à l'Ordre irlandais des médecins la responsabilité de donner à ceux-ci de grandes orientations sur toute question en rapport avec l'éthique comportementale.

90. Son « Guide de l'éthique comportementale » (2004, 6<sup>e</sup> édition) prévoit en son paragraphe 2.5 qu'un médecin ne doit « jamais refuser un traitement parce qu'il désapprouve moralement le comportement du patient ». Il est admis dans ce document qu'un avortement peut être légalement pratiqué en Irlande dans le respect des critères dégagés dans l'affaire X :

« L'Ordre reconnaît qu'une grossesse peut être interrompue lorsqu'il existe un risque réel et sérieux pour la vie de la mère, et souscrit au point de vue exprimé dans la 2<sup>e</sup> partie de la contribution écrite de l'Institut des obstétriciens et des gynécologues à la commission constitutionnelle de l'*Oireachtas*, tel qu'il a été reproduit dans le 5<sup>e</sup> rapport d'étape de celle-ci. »

91. La contribution écrite de l'Institut des obstétriciens et des gynécologues constitue l'annexe C du guide et est constituée de trois paragraphes. Dans le premier, l'Institut se félicite de l'élaboration du livre vert de 1999 et précise que ses commentaires se limiteront aux aspects médicaux de la question. Quant aux deux autres paragraphes, ils sont reproduits au paragraphe 72 ci-dessus.



**F. La loi de 2003 sur la Convention européenne des droits de l'homme (*European Convention on Human Rights Act 2003* – « la loi de 2003 »)**

92. Cette loi est entrée en vigueur le 31 décembre 2003. Il ressort de son intitulé complet qu'il s'agit d'une loi qui visait à donner pleinement effet à certaines dispositions de la Convention, « sous réserve de la Constitution ».

93. L'article 5 de la loi de 2003, en ses passages pertinents, se lit ainsi :

« 1) Dans toute procédure, la *High Court*, ou la Cour suprême dans le cadre de ses compétences d'appel, peut, eu égard aux dispositions de l'article 2, à la demande d'une des parties ou d'office, et lorsque aucune autre voie de droit n'est adaptée ou disponible, faire une déclaration (ci-après « déclaration d'incompatibilité ») selon laquelle une disposition législative ou règle de droit est incompatible avec les obligations incombant à l'État en vertu des dispositions de la Convention.

2) Une déclaration d'incompatibilité

a) ne peut avoir aucune incidence négative sur la validité, les effets ou la mise en œuvre de la disposition législative ou la règle de droit qu'elle concerne, et

b) n'interdit pas à une partie à la procédure concernée de présenter des observations ou explications quant aux questions soulevées par la déclaration dans le cadre d'une procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme.

3) Le *Taoiseach* veille à ce qu'une copie de toute ordonnance renfermant une déclaration d'incompatibilité soit produite devant les deux chambres de l'*Oireachtas* dans un délai de 21 jours de session à compter de l'émission de l'ordonnance.

4) Dans les cas où

a) une déclaration d'incompatibilité est émise,

b) une partie à la procédure concernée adresse par écrit à l'*Attorney General* une demande d'indemnisation pour un préjudice, une perte ou un dommage subis par elle du fait de l'incompatibilité en question, et

c) le gouvernement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, considère qu'il convient de verser à titre gracieux une indemnité à cette partie,

le gouvernement peut demander à un conseiller désigné par lui de lui faire une recommandation quant au montant à accorder (le cas échéant) à titre d'indemnisation et, à sa discrétion, procéder au versement du montant qui lui a été recommandé ou de tout autre montant qu'il estime approprié dans les circonstances.

5) Pour recommander au gouvernement un montant à accorder à titre d'indemnisation aux fins de l'article 4, le conseiller tiendra dûment compte des principes et de la pratique suivis par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'octroi d'une satisfaction équitable à une partie lésée en vertu de l'article 41 de la Convention. »

94. Dans l'affaire *Carmody v. The Minister for Justice Equality and Law Reform Ireland and the Attorney General* (IESC 2009, p. 71), la Cour

suprême formula les observations suivantes sur une demande de déclaration présentée en vertu de l'article 5 de la loi de 2003 :

« Il ressort de ce qui précède que le recours prévu par l'article 5 de la loi de 2003 revêt un caractère à la fois limité et *sui generis*. Il n'ouvre à un demandeur aucune voie juridictionnelle directe ou exécutoire. Il entraîne des conséquences extrajudiciaires, le [Premier ministre] étant tenu de produire une copie de toute ordonnance renfermant une déclaration d'incompatibilité devant les deux chambres de l'*Oireachtas* dans un délai de 21 jours. C'est la seule démarche dont le droit national exige l'accomplissement quant aux dispositions en question. Sinon, il revient au demandeur qui a obtenu la déclaration de présenter par écrit à l'*Attorney General* une demande d'indemnisation pour un préjudice, une perte ou un dommage subis par lui du fait de l'incompatibilité en question, puis le gouvernement décide de manière discrétionnaire s'il convient ou non de verser une telle indemnité à titre gracieux.

(...)

[L]a Cour estime que lorsqu'une partie allègue qu'une loi ou certaines de ses dispositions doivent être invalidées au motif qu'elles sont contraires à la Constitution et qu'elle présente en même temps une demande de déclaration d'incompatibilité de cette loi ou de certaines de ses dispositions avec les obligations incombant à l'Etat en vertu de la Convention, la question de constitutionnalité doit être tranchée d'abord. »

## G. Les autres décisions nationales sur la question de l'avortement

### 1. *L'affaire A et B v. Eastern Health Board, Judge Mary Faby and C, and the Attorney General (partie associée à la procédure) (Irish Reports 1998, vol. 1, p. 464, ci-après « l'affaire C »)*

95. Cette affaire concernait une jeune fille (C) qui s'était retrouvée enceinte à la suite d'un viol alors qu'elle avait treize ans. Conformément au souhait de l'adolescente, l'Office sanitaire, qui l'avait prise en charge et s'était rendu compte qu'elle était enceinte, obtint d'un tribunal de district (au titre de la loi de 1991 sur la protection de l'enfance – *Child Care Act 1991*) une ordonnance l'autorisant à prendre des dispositions pour faire avorter la jeune fille. Les parents de C tentèrent de contester cette ordonnance par le biais d'une demande de contrôle juridictionnel. Durant la procédure d'appel, C, ses parents et l'Office sanitaire furent chacun représentés par un *Senior Counsel* et un *Junior Counsel*, l'*Attorney General* étant pour sa part représenté par deux *Senior Counsel* et deux *Junior Counsel*.

96. Le 28 novembre 1997, la *High Court*, au vu d'éléments donnant à penser que la jeune fille enceinte pourrait mettre fin à ses jours si on ne lui permettait pas d'avorter, admit qu'il existait un risque réel et sérieux pour la vie de l'intéressée et que l'interruption de grossesse constituait donc un traitement médical autorisé puisque c'était le seul moyen d'éviter pareil

risque. Elle estima donc qu'un avortement en Irlande était légal dans le cas de C et qu'il n'y avait pas lieu de trancher la question concernant le séjour à l'étranger. Elle rejeta l'appel sur cette base, refusant d'accueillir le moyen des parents de C suivant lequel, eu égard, notamment, à la conciliation à trouver entre différents droits constitutionnels, le tribunal de district était incompétent pour connaître de la cause. Le juge formula les considérations suivantes :

« En outre, je pense qu'il n'est pas du tout souhaitable que les tribunaux développent une jurisprudence en vertu de laquelle les litiges concernant la question de la réunion ou non des conditions autorisant une interruption de grossesse ne pourraient être tranchées que par une décision plénière de la *High Court*. Celle-ci a indubitablement pour fonction d'émettre des injonctions en vue d'empêcher que des interruptions de grossesse illégales ne soient pratiquées et, dans certaines circonstances, lorsqu'une personne se voit interdire physiquement, sans bonnes raisons, d'avoir recours à un avortement, elle peut accueillir une demande de déclaration ou d'injonction. Mais on aurait tort de vouloir faire de la *High Court* une sorte d'instance d'autorisation de l'avortement, et en réalité c'est pour cette raison que j'ai rejeté la proposition de l'avocat de C en l'espèce selon laquelle j'aurais dû en fait transformer la procédure de contrôle juridictionnel en une demande distincte invoquant la compétence inhérente de la *High Court* et donner l'autorisation de pratiquer l'interruption de grossesse. J'ai jugé que l'affaire pouvait se poursuivre sous la forme d'une procédure de contrôle juridictionnel et rien d'autre. La loi de 1991 sur la protection de l'enfance fournit un cadre parfaitement adapté pour décider de ces questions. »

## 2. *L'affaire MR v. TR and Others (IEHC 2006, p. 359)*

97. Dans cette affaire, les parties se disputaient la « propriété » d'embryons fécondés *in vitro*. La *High Court* analysa en détail la décision de la Cour suprême en l'affaire *X* et conclut qu'il en résultait que par « enfant à naître » (*unborn*) il y avait lieu d'entendre un embryon implanté dans l'utérus ou un fœtus. Elle estima que rien n'indiquait que les personnes ayant voté en faveur du huitième amendement à la Constitution eussent considéré que l'expression « enfant à naître » pût désigner « autre chose qu'un fœtus ou un enfant se trouvant dans le ventre de sa mère ». Elle jugea en conséquence que les embryons *in vitro* ou non implantés *in utero* ne pouvaient passer pour relever de l'article 40.3.3. Quant aux lignes directrices de l'Ordre des médecins de 2004, la *High Court* observa :

« Ces lignes directrices en matière d'éthique médicale n'ont pas force de loi, et elles n'offrent qu'une protection limitée, uniquement conçue pour répondre aux craintes des médecins d'être reconnus coupables de faute professionnelle, avec toutes les conséquences professionnelles que cela implique. »

98. Le recours présenté à la Cour suprême (IESC 2009, p. 82) fut rejeté à l'unanimité, les cinq juges concluant tous que des embryons congelés ne

pouvaient jouir de la protection offerte à l'enfant à naître par l'article 40.3.3. Les juges Hardiman et Fennelly se déclarèrent par ailleurs préoccupés par l'absence de toute législation relative à la fécondation *in vitro* en Irlande.

3. *L'affaire D (A Minor) v. District Judge Brennan, the Health Services Executive, Ireland and the Attorney General (High Court, 9 mai 2007, non publiée)*

99. D était une mineure qui avait été confiée aux soins de l'assistance publique et à qui l'autorité locale avait interdit de se rendre à l'étranger pour se faire avorter. On avait diagnostiqué chez le fœtus une anencéphalie, et il avait été admis que celui-ci était en conséquence non viable. Selon une transcription du prononcé oral immédiat de son arrêt, la *High Court* s'exprima comme suit : « L'affaire ne porte pas sur l'avortement ou sur l'interruption de grossesse. Il s'agit du droit de se rendre à l'étranger, certes en vue de mettre fin à une grossesse, mais cela n'en fait pas une affaire d'avortement. » La *High Court* conclut que les circonstances juridiques dans lesquelles une interruption de grossesse était autorisée en Irlande n'étaient pas en cause. Elle précisa clairement qu'il ne fallait voir dans son arrêt aucune intention de modifier ces circonstances, ni dans le sens d'une extension ni dans celui d'une limitation. La *High Court* considéra que le droit de se rendre à l'étranger consacré par le treizième amendement à la Constitution prévalait sur le droit de l'enfant à naître garanti par l'article 40.3.3. Elle conclut que rien dans la Constitution ou la législation n'interdisait à D de se rendre au Royaume-Uni pour y avorter.

## H. Éléments de droit européen et international

### 1. *Les Traités de Maastricht et de Lisbonne*

100. Les efforts visant à préserver, notamment, l'interdiction de l'avortement prévalant en Irlande débouchèrent sur le protocole 17 au Traité de Maastricht sur l'Union européenne, dont le passage pertinent se lit ainsi :

« Aucune disposition du traité sur l'Union européenne, des traités instituant les Communautés européennes ni des traités et actes modifiant ou complétant lesdits traités n'affecte l'application en Irlande de l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande. »

101. Le 12 juin 2008, le projet d'amendement constitutionnel permettant la ratification du Traité de Lisbonne fut rejeté par référendum. Le gouvernement chargea l'université de Dublin de mener une étude indépendante sur les comportements et attitudes de l'électorat et, notamment, sur les raisons pour lesquelles les électeurs avaient voté dans un sens ou dans l'autre ou s'étaient abstenus lors de ce référendum. Une étude de terrain

fut conduite en juillet 2008 sur un échantillon de 2 101 personnes. Elle aboutit à la publication en mars 2009 d'un rapport (intitulé « Attitudes et comportements lors du référendum concernant le Traité de Lisbonne ») élaboré par des spécialistes en matière de sciences politiques, de méthodes de recherches quantitatives, d'économie et de données socio-scientifiques. Le résumé du rapport comportait le passage suivant :

« Le rejet par référendum de la proposition de ratifier le Traité de Lisbonne (...) résulte d'une combinaison complexe de facteurs, parmi lesquels on peut citer les attitudes face à l'appartenance de l'Irlande à l'Union européenne, aux questions d'identité (totalement irlandaise ou irlando-européenne) ou à l'idée de neutralité. L'ignorance et une mauvaise compréhension de certaines questions touchant à l'avortement, la fiscalité des entreprises et la conscription ont lourdement pesé sur le résultat. Des préoccupations tenant à des questions politiques (le champ des décisions pouvant être prises au niveau de l'Union et l'importance pour le pays d'avoir un commissaire permanent) ont également contribué de manière importante et substantielle à ce rejet, tout comme l'idée que l'Union européenne implique un bas niveau de salaires. Des intérêts catégoriels et certains intérêts socioéconomiques ont également joué un rôle (...) »

102. Le gouvernement irlandais demanda et obtint une décision ayant force contraignante des chefs d'Etat ou de gouvernement des 27 pays membres de l'Union européenne selon laquelle, eu égard aux préoccupations exprimées par le peuple irlandais, le Traité de Lisbonne n'aurait pas d'effet sur l'article 40.3.3 de la Constitution (voir les conclusions de la présidence du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008 et de celui des 18 et 19 juin 2009 (172171/1/08 et 11225/2/08)). Le passage pertinent de la décision, qui a pris effet à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, se lit ainsi :

« Aucune des dispositions du Traité de Lisbonne attribuant un statut juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice n'affecte de quelque manière que ce soit la portée et l'applicabilité de la protection du droit à la vie prévue à l'article 40.3.1, 40.3.2 et 40.3.3 (...) de la Constitution de l'Irlande. »

103. Le 2 octobre 2009, un amendement constitutionnel permettant la ratification du Traité de Lisbonne fut approuvé par référendum.

2. *La Conférence internationale sur la population et le développement (« la CIPD du Caire », 1994)*

a) **Le Programme d'action de la CIPD du Caire (1994)**

104. Lors de cette conférence, 179 pays adoptèrent un programme d'action plus centré sur les besoins et droits individuels que sur l'atteinte

d'objectifs démographiques. Les parties pertinentes de l'article 8.25 de ce programme se lisent ainsi :

« (...) Tous les gouvernements (...) sont vivement invités à renforcer leur engagement en faveur de la santé de la femme, à traiter les conséquences des avortements pratiqués dans de mauvaises conditions de sécurité en tant que problème majeur de santé publique et à réduire le recours à l'avortement en étendant et en améliorant les services de planification familiale. (...) Toute mesure ou toute modification relatives à l'avortement dans le cadre du système de santé ne peuvent être arrêtées qu'à l'échelon national ou local conformément aux procédures législatives nationales. (...) »

**b) La quatrième Conférence mondiale sur les femmes (Pékin, 1995)**

105. Le programme d'action adopté à l'issue de cette conférence renvoyait au paragraphe 8.25 du programme d'action de la CIPD tenue au Caire en 1994 et contenait un engagement des gouvernements à envisager la révision des lois qui prévoyaient des mesures punitives contre les femmes ayant avorté illégalement.

**c) La Recommandation 1903 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), intitulée « Quinze ans après le Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement »**

106. L'APCE nota que, si des progrès avaient été réalisés depuis la CIPD tenue au Caire en 1994, « les résultats rest[ai]ent toutefois mitigés pour ce qui concerne la fréquentation scolaire, l'équité et l'égalité entre les sexes, la mortalité et la morbidité infantiles, enfantines et maternelles et l'accès universel aux services de santé sexuelle et reproductive, y compris la planification familiale et les services d'avortement en sécurité ». L'APCE invita instamment les Etats membres du Conseil de l'Europe à « examiner, mettre à jour et comparer les politiques et stratégies nationales et internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe relatives à la population, à la santé et aux droits sexuels et reproductifs », ainsi qu'à examiner et comparer le financement pour assurer la mise en œuvre intégrale du Programme de la CIPD d'ici à 2015.

*3. La Résolution 1607 (2008) de l'APCE intitulée « Accès à un avortement sans risque et légal en Europe »*

107. Cette résolution fut adoptée par 102 voix contre 69. Les quatre représentants irlandais à l'APCE votèrent contre, et deux parlementaires invitèrent instamment l'APCE à appliquer le programme d'action de la CIPD tenue au Caire en 1994.

108. Les passages pertinents de la résolution sont ainsi libellés :

«2. Dans la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe, la loi autorise l'avortement pour sauver la vie de la mère enceinte. Dans la majorité des pays d'Europe, l'avortement est autorisé pour des raisons diverses, notamment la préservation de la santé physique et mentale de la mère, mais aussi dans les situations de viol ou d'inceste, en cas d'anomalie fœtale ou pour des motifs économiques et sociaux, et, dans certains pays, sur simple demande. L'Assemblée est néanmoins préoccupée par le fait que, dans beaucoup de ces pays, de nombreuses conditions sont imposées et restreignent l'accès effectif à des services d'avortement sans risque, abordables, acceptables et adaptés. Ces restrictions produisent des effets discriminatoires, puisque les femmes qui sont bien informées et qui ont les moyens financiers appropriés peuvent souvent avoir plus facilement recours à l'avortement légal et sans risque.

3. L'Assemblée note également que, dans les Etats membres où l'avortement est autorisé pour diverses raisons, les conditions garantissant aux femmes l'accès effectif à ce droit ne sont pas toujours réunies: le manque de structures de soins de proximité, le manque de médecins qui acceptent de pratiquer l'avortement, les consultations médicales obligatoires répétées, les délais de réflexion et les délais d'attente pour obtenir un avortement sont autant d'obstacles qui peuvent rendre l'accès à des services d'avortement sans risque, abordables, acceptables et adaptés plus difficile, voire impossible dans les faits.

4. L'Assemblée considère que l'avortement ne doit pas être interdit dans les délais de gestation raisonnables. Interdire l'avortement n'aboutit pas à réduire le nombre d'avortements: cela mène surtout à des avortements clandestins, plus traumatisants, et contribue à l'augmentation de la mortalité maternelle et/ou au développement du «tourisme de l'avortement», qui est coûteux, reporte le moment de l'avortement et engendre des inégalités sociales. La légalité de l'avortement n'a pas d'effet sur le besoin de la femme de recourir à l'avortement, mais seulement sur l'accès pour celle-ci à un avortement sans risque.

5. Dans le même temps, tout prouve que des politiques et des stratégies appropriées concernant les droits et la santé en matière de sexualité et de procréation, y compris une éducation sexuelle et relationnelle obligatoire pour les jeunes, adaptée à leur âge et à leur sexe, auraient pour conséquence un moindre recours à l'avortement. Cette éducation devrait inclure l'estime de soi, la pratique de relations saines, la liberté de différer l'activité sexuelle, la résistance à la pression des camarades, des conseils sur la contraception et la prise en compte des conséquences et des responsabilités.

6. L'Assemblée affirme le droit de tout être humain, en particulier des femmes, au respect de son intégrité physique et à la libre disposition de son corps. Dans ce contexte, le choix ultime d'avoir recours ou non à un avortement devrait revenir à la femme, qui devrait disposer des moyens d'exercer ce droit de manière effective.

7. L'Assemblée invite les Etats membres du Conseil de l'Europe:

7.1. à dépenaliser l'avortement dans les délais de gestation raisonnables si ce n'est déjà fait;

7.2. à garantir l'exercice effectif du droit des femmes à l'accès à un avortement sans risque et légal;

7.3. à respecter la liberté du choix de la femme et à offrir les conditions d'un choix libre et éclairé, sans promouvoir particulièrement l'avortement;

7.4. à lever les restrictions qui entravent, en fait ou en droit, l'accès à un avortement sans risque, et notamment à prendre les mesures nécessaires pour créer les conditions sanitaires, médicales et psychologiques appropriées, et pour assurer une prise en charge financière adéquate; (...)

4. *Le rapport du Commissaire aux droits de l'homme relatif à sa visite en Irlande (26-30 novembre 2007), adopté le 30 avril 2008 (CommDH(2008)9)*

109. Le Commissaire constata qu'il n'y avait toujours pas de législation mettant en œuvre les principes de l'arrêt rendu en l'affaire *X* et, par conséquent, aucune sécurité juridique quant aux cas où un médecin pouvait sans se mettre hors la loi pratiquer un avortement en vue de préserver la vie de la mère. Le Commissaire exprima l'avis que, dans la pratique, il n'existait quasiment pas de possibilités d'avortement en Irlande. Rappelant l'affaire *Tysiác c. Pologne* (n° 5410/03, CEDH 2007-I), il invita instamment les autorités irlandaises et le législateur à faire en sorte qu'une législation soit adoptée pour résoudre ce problème.

5. *Le Comité pour l'élimination de la discrimination envers les femmes («le CEDAW»), du Bureau du Haut Commissaire aux droits de l'homme*

110. Le rapport du CEDAW de juillet 2005 (A/60/38(SUPP)) reproduisait en ces termes l'introduction du rapport périodique de l'Irlande au Comité :

«365. Des mesures avaient été prises en vue d'intégrer une démarche soucieuse de l'égalité des sexes aux services de santé et de les adapter aux besoins propres aux femmes. Des fonds supplémentaires avaient été affectés aux services de planification familiale et de conseils aux femmes enceintes. [La CPA] avait été créée en 2001. La question de l'avortement avait fait l'objet de vastes concertations à l'échelon national et cinq référendums avaient été organisés dans le cadre de trois consultations distinctes. Le représentant de l'Irlande a signalé que le Gouvernement ne prévoyait pas pour l'heure de présenter d'autres propositions.»

Dans ses conclusions, le CEDAW formula les observations suivantes :

«396. Tout en observant l'existence de faits encourageants (...), le Comité se déclare à nouveau préoccupé par les conséquences des lois très restrictives sur l'avortement, qui interdisent celui-ci sauf lorsqu'il est établi qu'une grossesse fait courir un risque réel et important à la vie de la mère et qu'on ne peut éliminer ce risque qu'en mettant fin à la grossesse.



397. Le Comité demande instamment à l'Etat partie de continuer à faciliter l'établissement d'un dialogue national sur les droits des femmes en matière de procréation, notamment sur les lois très restrictives concernant l'avortement. (...)»

#### 6. *Le Comité des droits de l'homme*

111. Dans ses conclusions sur le troisième rapport périodique de l'Irlande sur l'observation du Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques (CCPR/C/IRL/CO/3, en date du 30 juillet 2008), le Comité déclara :

«13. Le Comité exprime de nouveau sa préoccupation en ce qui concerne les conditions extrêmement restrictives dans lesquelles une femme peut obtenir légalement une interruption volontaire de grossesse dans l'Etat partie. Il prend note de la mise en place de [la CPA] mais regrette que les progrès dans ce domaine soient lents (...)

L'Etat partie devrait rendre sa législation relative à l'avortement conforme au Pacte. Il devrait prendre des mesures pour aider les femmes à éviter une grossesse non désirée de sorte qu'elles n'aient pas à recourir à un avortement illégal ou dans des conditions peu sûres qui peuvent mettre leur vie en danger (...) ou à aller avorter à l'étranger (articles 26 et 6).»

#### 7. *Les lois sur l'avortement dans les Etats contractants*

112. L'avortement à la demande est accessible (moyennant le respect de certains critères, notamment un délai maximum à compter du début de la grossesse) dans une trentaine de pays membres. Il est possible d'avorter pour motifs de santé dans une quarantaine de pays et pour motifs de bien-être dans quelque trente-cinq pays. Trois Etats contractants (Andorre, Malte et Saint-Marin) interdisent l'avortement en toutes circonstances. Certains Etats (Monaco, le Monténégro, le Portugal et l'Espagne) ont élargi ces dernières années les cas dans lesquels un avortement peut être obtenu.

## EN DROIT

113. Les deux premières requérantes dénoncent sous l'angle des articles 3, 8, 13 et 14 de la Convention l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande.

Invoquant les articles 2, 3, 8, 13 et 14 de la Convention, la troisième requérante se plaint de ce qu'aucune loi n'ait été adoptée pour mettre en œuvre l'article 40.3.3 de la Constitution, ce qui l'a privée selon elle de tout moyen effectif d'établir un quelconque droit, dans son cas, de subir en Irlande un avortement motivé par un risque pour sa vie.

## I. RECEVABILITÉ

### A. Faits pertinents et objet du litige

114. Il y a désaccord entre les parties quant à la base factuelle des requêtes. Eu égard à ses conclusions concernant l'épuisement par les requérantes des voies de recours internes (paragraphe 156 ci-dessous), la Cour déterminera immédiatement ci-après les faits pertinents et, par là même, l'objet du litige dont elle est saisie.

#### 1. *Observations des parties*

115. Le Gouvernement estime que les questions extrêmement importantes soulevées par la présente affaire se fondent sur des assertions factuelles générales et subjectives, qui ne sont pas étayées, qui prêtent à controverse et dont l'exactitude n'a jamais pu être vérifiée par une juridiction nationale ou dans le cadre d'un quelconque autre processus auquel l'Etat irlandais aurait été associé. Il fait valoir que, contrairement à la requérante dans l'affaire *Tysiqc c. Pologne* (n° 5410/03, CEDH 2007-I), les requérantes en l'espèce n'ont soumis aucun document. Beaucoup de leurs impressions et suppositions (notamment en ce qui concerne les informations disponibles et les soins médicaux) seraient contredites par des documents incontestables. Dire que les médecins et les travailleurs sociaux manquent à leurs obligations légales constituerait une allégation grave et injustifiée.

116. En ce qui concerne la première requérante, le Gouvernement considère que le fait qu'elle ait dû se rendre à l'étranger pour y avorter ne peut avoir eu les incidences négatives sur sa santé dont elle se plaint (les effets secondaires décrits par elle seraient des complications bien connues de l'avortement) et que le stress qu'elle dit avoir subi ne peut être imputé au système juridique irlandais. Il estime que, si la requérante n'a pas été soignée de manière adéquate à son retour, cela est dû à ses hésitations à voir un généraliste. Il juge par ailleurs purement gratuite la thèse de l'intéressée selon laquelle un travailleur social aurait interdit ou restreint ses visites à ses enfants et celle selon laquelle elle ne serait pas allée voir son médecin de peur d'être confrontée à la réprobation de celui-ci; il ajoute que pareilles réactions auraient au demeurant été illégales.

117. Concernant la deuxième requérante, le Gouvernement soutient que rien ne démontre que sa santé et son bien-être aient été affectés par le fait qu'elle a dû se rendre à l'étranger pour y avorter. Une partie de l'angoisse qu'elle dit avoir ressentie serait due aux opinions de sa famille; par ailleurs, les personnes qui lui auraient conseillé lors de son séjour à la clinique anglaise de mentir aux médecins irlandais auraient eu une mauvaise connaissance du

droit irlandais. Quant à l'« effet dissuasif » supposé du droit pénal irlandais, il n'aurait eu aucun impact sur la situation factuelle de la deuxième requérante puisque, en cas de grossesse extra-utérine, celle-ci aurait pu demander à se faire avorter et à bénéficier du suivi requis en Irlande.

118. Pour ce qui est de la troisième requérante, le Gouvernement soutient que les circonstances qu'elle expose (le fait d'être atteinte d'une forme rare de cancer) ne permettent pas d'établir si la grossesse représentait un risque pour sa vie ou si elle s'est trouvée dans l'incapacité d'obtenir des conseils pertinents à cet égard. L'intéressée n'aurait pas démontré que les délais occasionnés par son voyage à l'étranger en vue d'y subir un avortement chirurgical aient eu un impact négatif sur sa santé et son bien-être: elle reconnaîtrait elle-même avoir choisi un établissement qui n'offrait pas la possibilité de subir un avortement médicamenteux. Il serait par ailleurs difficile de déterminer si l'intéressée allègue ou non avoir été privée de soins adéquats en raison d'une forme quelconque de désapprobation morale.

119. Les requérantes estiment pour leur part que leurs observations factuelles sont claires. Les deux premières se seraient rendues en Angleterre en vue d'y subir un avortement pour des raisons de santé et/ou de bien-être, et la troisième aurait effectué le voyage par peur que sa grossesse ne mette sa vie en danger et que les examens nécessités par son cancer ne nuisent à la santé de son fœtus. Les requérantes contestent les termes employés par le Gouvernement, qui décrirait leur décision d'avorter comme étant motivée par des « raisons sociales », expression qui serait vague et dénuée de signification sur le plan juridique ou au regard des droits de l'homme. Elles estiment que la Cour devrait prendre acte des préoccupations de la première requérante concernant sa santé mentale, ses tendances à l'alcoolisme et la garde de ses enfants; il serait compréhensible que l'intéressée ait préféré ne pas informer le travailleur social qui la suivait au motif que celui-ci risquait de la désapprouver et de compromettre ses chances de récupérer la garde de ses enfants. Selon les intéressées, la Cour devrait aussi prendre en considération les raisons de bien-être de la deuxième requérante et les préoccupations de la troisième requérante concernant sa propre vie et la santé de son fœtus. Toutes trois se seraient senties stigmatisées à l'idée de devoir se rendre à l'étranger pour commettre un acte considéré comme une infraction grave dans leur pays. Les restrictions constitutionnelles et pénales auraient aggravé les difficultés et les retards avec lesquels elles auraient finalement obtenu un avortement, et le fait de devoir se rendre à l'étranger pour y avorter aurait constitué pour elles une épreuve pénible.

## 2. *Observations pertinentes des tierces parties*

120. Des observations communes ont été présentées par l'association Doctors for Choice (organisation non gouvernementale irlandaise regroupant quelque 200 médecins) et par le Service britannique de conseils en matière de grossesse (*British Pregnancy Advisory Service* – le BPAS, organisation non gouvernementale britannique créée après l'entrée en vigueur de la loi de 1967 sur l'avortement (*Abortion Act 1967*) en vue d'offrir des services à but non lucratif, de former des médecins et de mettre à disposition des locaux où des avortements pourraient être pratiqués en toute sécurité).

Les observations en question contiennent des développements détaillés concernant les conséquences psychologiques et physiques négatives que les restrictions à l'avortement emporteraient pour les femmes. Celles-ci seraient seules à supporter le poids que représente un avortement à l'étranger. Les conséquences en seraient des avortements moins sécurisés, les inévitables retards occasionnés par la nécessité de se rendre à l'étranger, l'exclusion *de facto* des avortements médicamenteux à un stade précoce de la grossesse – qui ne nécessitent pas d'intervention –, des avortements clandestins et illégaux en Irlande ou des avortements à l'étranger pratiqués dans de mauvaises conditions. Cependant, poursuivre la grossesse serait plus risqué que de l'interrompre. Aucune étude n'aurait abouti à des résultats probants quant à l'impact psychologique négatif de l'avortement, spécialement rapporté au fardeau que représente une grossesse non désirée. Rien ne prouverait par ailleurs que l'avortement nuise à la fertilité.

121. Les tierces parties ont également soumis à la Cour les observations complémentaires suivantes. Les services vitaux de soins et de conseils post-avortement seraient disponibles de manière erratique en Irlande et ils seraient de piètre qualité en raison d'un manque de formation et des hésitations qu'auraient les femmes à recourir à ces services à un stade précoce. D'autres soins médicaux seraient également refusés aux femmes en Irlande : des femmes enceintes se verraient dénier les traitements nécessaires pour sauver leur vie, et des femmes portant des fœtus atteints de graves malformations ne pourraient pas bénéficier en Irlande d'un avortement et de l'analyse génétique requise après l'intervention. La dissimulation de grossesses et l'abandon de nouveau-nés ne seraient pas rares dans le pays. Les restrictions à l'avortement auraient également un impact sur l'autonomie et les droits des femmes : les familles pâtiraient du poids des bouches supplémentaires à nourrir ; les restrictions à l'avortement auraient un impact négatif disproportionné sur les femmes ayant des ressources déjà réduites. Les femmes bénéficieraient d'un droit à la confidentialité quant à leurs choix en matière de procréation, mais elles craindraient que reconnaître

avoir subi un avortement n'entraîne une atteinte à leur vie privée ; tel serait inévitablement le cas dans certaines circonstances, par exemple pour les femmes immigrées, obligées de demander des documents de voyage pour se rendre à l'étranger en vue d'avorter. Enfin, confortés par l'ensemble de ces restrictions, les professionnels de la santé feraient pression sur les femmes pour qu'elles n'avortent pas.

122. Le Gouvernement conteste ces observations. En particulier, il estime infondée l'affirmation selon laquelle les soins post-avortement en Irlande sont « disponibles de manière erratique ou de piètre qualité ». Il affirme que la CPA subventionne quatorze prestataires de services qui prodiguent dans vingt-sept villes ou municipalités en Irlande des conseils, gratuitement et en s'abstenant de tout jugement moral, aux femmes confrontées à une grossesse non désirée ou ayant subi un avortement. Dans certaines grandes villes, on trouverait plusieurs établissements de ce type. De plus, la CPA subventionnerait sept prestataires offrant un suivi post-avortement gratuit par le biais des centres de planning familial ou d'un réseau de médecins généralistes présents en différents endroits du pays. Des médecins généralistes ou des centres de planning familial non subventionnés par la CPA fourniraient également ces services, qui seraient alors pris en charge ou remboursés par le service de santé. De plus, la CPA aurait mis en place des ressources en matière d'informations sur les soins post-avortement : elle aurait notamment publié en 2006 une brochure d'informations qui aurait été largement diffusée partout en Irlande et dans les cliniques d'avortement au Royaume-Uni, et elle aurait instauré un nouveau site internet et un service gratuit de SMS pour informer le public et lui donner des précisions sur l'existence de services gratuits de soins et de conseils médicaux post-avortement. D'après l'Ordre irlandais des médecins généralistes, 95 % des généralistes irlandais dispenseraient des soins médicaux post-avortement.

### 3. *Appréciation de la Cour*

123. La Cour tient à souligner d'emblée qu'elle n'a point pour tâche de se prononcer sur des allégations étrangères aux faits à l'origine de l'affaire dont elle est saisie : en l'espèce, il s'agit pour elle d'examiner le régime juridique de l'avortement en Irlande pour autant que les requérantes en ont subi directement les effets, qu'elles faisaient partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets des règles en cause ou qu'elles ont dû adapter leur comportement sous peine de poursuites (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, §§ 33-34, CEDH 2008, et *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n°s 27996/06 et 34836/06, § 28, CEDH 2009). A cet égard, l'espèce est à distinguer de l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, série A n° 246-A,

dans laquelle l'ingérence en question avait pris la forme d'une injonction interdisant aux organisations non gouvernementales requérantes de fournir aux femmes, notamment, des informations sur les services d'avortement offerts à l'étranger, de sorte que l'intervention de la Cour dans cette affaire impliquait forcément un examen de l'impact de l'injonction sur les femmes en général.

124. En l'espèce, la Cour relève que, tout en soutenant que les faits ne sont pas étayés et qu'ils prêtent à controverse, le Gouvernement ne conteste pas vraiment (*Open Door*, précitée, § 76) l'allégation factuelle centrale selon laquelle les requérantes sont allées se faire avorter en Angleterre. Eu égard par ailleurs à la nature de cette démarche ainsi qu'aux réticences que les personnes concernées ont forcément à la rendre publique dans le cadre d'une procédure telle que celle-ci, la Cour juge raisonnable d'admettre que les trois requérantes se sont rendues en Angleterre en 2005 pour y subir un avortement.

125. Quant aux raisons qui les ont incitées à effectuer cette démarche, la Cour prend note du rôle attribué à un travailleur social et du placement antérieur des enfants de la première requérante, éléments qui n'ont pas été véritablement remis en cause par le Gouvernement. Elle estime pouvoir raisonnablement considérer que les circonstances personnelles connexes dont la première requérante fait état (ses antécédents d'alcoolisme et de dépression postnatale ainsi que son contexte familial difficile) sont les raisons qui l'ont amenée à se faire avorter à l'étranger. La deuxième requérante reconnaît qu'elle savait avant son avortement que sa grossesse n'était pas extra-utérine, et la Cour accepte son allégation factuelle principale selon laquelle elle a subi un avortement à l'étranger parce qu'elle n'était pas prête à avoir un enfant. De même, la Cour juge raisonnable d'admettre que la troisième requérante avait eu précédemment un cancer, ce que le Gouvernement ne conteste pas spécifiquement, et qu'elle s'est rendue à l'étranger pour y avorter parce qu'elle craignait (à tort ou à raison) que sa grossesse ne mît sa vie en danger (c'est-à-dire qu'elle provoquât une récurrence de son cancer et l'empêchât de bénéficier d'un traitement adéquat en Irlande) et qu'il lui fût impossible d'établir un droit, dans son cas, à avorter en Irlande. L'intéressée aurait également craint que son fœtus pût subir des dommages du fait des examens qu'elle-même avait subis pour le cancer mais elle n'indique pas avoir passé les examens cliniques pertinents et elle n'a pas établi que cela ait joué un rôle prépondérant dans sa décision de se rendre à l'étranger pour y subir un avortement.

Dès lors, la Cour estime que les requérantes sont allées se faire avorter à l'étranger pour les motifs suivants: la première requérante pour des raisons de santé et de bien-être, la deuxième requérante pour des raisons de

bien-être, et la troisième requérante essentiellement parce qu'elle craignait que sa grossesse ne mît sa vie en danger. Tout en prenant note de ce que le Gouvernement parle de « raisons sociales », la Cour juge utile d'établir une distinction entre les raisons de santé (physique ou mentale) et les autres raisons de bien-être pour décrire pourquoi les requérantes ont choisi la voie de l'avortement.

126. Quant à l'impact psychologique sur les requérantes de la démarche consistant à aller avorter à l'étranger, la Cour estime qu'il s'agit là d'un élément par nature subjectif, personnel et impossible à étayer par des preuves documentaires ou objectives claires. Elle juge raisonnable de considérer que chacune des requérantes a ressenti le poids d'une stigmatisation avant, pendant et après son avortement : les intéressées se sont rendues à l'étranger en vue d'accomplir un acte qui, de l'aveu même du Gouvernement, va à l'encontre des valeurs morales profondes de la majorité du peuple irlandais (voir également les paragraphes 222-227 ci-dessous) et qui constituait ou – dans le cas de la troisième requérante – aurait pu constituer dans leur propre pays une infraction grave, passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité (paragraphe 30 ci-dessus). En outre, pour chacune d'entre elles, le fait de subir un avortement à l'étranger et non dans le cadre sécurisant de son pays et de son système médical a sans aucun doute généré un supplément d'angoisse. Aux yeux de la Cour, il est évident que le fait de se rendre à l'étranger afin d'y subir un avortement a représenté une charge psychologique importante pour les trois requérantes.

127. Concernant l'impact physique de cette démarche, il va de soi qu'un avortement aurait été moins pénible sans la nécessité de se déplacer, notamment après l'opération. En revanche, la Cour estime qu'il n'est pas établi qu'il fût impossible aux requérantes de se procurer en Irlande les soins médicaux requis avant ou après leur avortement. Elle prend acte des obligations professionnelles auxquelles les médecins sont tenus en matière de dispensation de soins médicaux aux femmes après un avortement (voir les lignes directrices de la CPA et celles de l'Ordre des médecins, paragraphes 80-81 et 89-91 ci-dessus). Au demeurant, les première et deuxième requérantes ont admis avoir bénéficié à leur demande de soins post-avortement. Quant aux allégations de la troisième requérante selon lesquelles elle n'a pu obtenir des soins médicaux adéquats pour traiter un état relativement bien connu (un avortement incomplet), elles sont trop générales et ne sauraient être considérées comme étayées.

128. Pour ce qui est de l'aspect financier des avortements subis à l'étranger par les requérantes en l'espèce, la Cour juge raisonnable de considérer que les frais exposés par celles-ci ont représenté une charge importante pour la première d'entre elles (eu égard à sa situation personnelle et familiale telle

qu'admise au paragraphe 125 ci-dessus), et une dépense considérable pour les deuxième et troisième requérantes.

129. Concernant les retards allégués (et leurs conséquences physiques et psychologiques sur les requérantes), il convient d'admettre que les contraintes financières auxquelles la première requérante a dû faire face ont quelque peu retardé son avortement. La deuxième requérante a elle-même choisi de différer son voyage pour obtenir d'autres avis en Irlande. La troisième requérante soutient avoir dû attendre huit semaines avant de pouvoir subir un avortement chirurgical (délai venu s'ajouter au temps passé par elle à s'informer sur son état de santé) mais reste vague sur des questions essentielles, notamment quant au stade précis de sa grossesse auquel elle se trouvait lorsqu'elle a avorté. Partant, la Cour estime que l'intéressée n'a pas démontré avoir été confrontée à l'impossibilité de bénéficier d'un avortement médicamenteux à un stade précoce de la grossesse ou à la nécessité de différer jusqu'à un point déterminé son déplacement en vue de se faire avorter.

130. Quant aux allégations des première et deuxième requérantes selon lesquelles elles ont manqué d'informations sur les options dont elles disposaient, ce qui aurait aggravé le poids des restrictions litigieuses à l'avortement en Irlande, la Cour les juge générales et non étayées. Si l'association *Doctors for Choice* et le BPAS soutiennent que les services d'information en Irlande sont insuffisants, la Cour prend acte des développements enregistrés en Irlande depuis l'affaire *Open Door* précitée, notamment avec l'adoption de la loi de 1995 (dont la portée a été explicitée par la Cour suprême lors de son examen de la constitutionnalité de cette loi), qui consacrait le droit de diffuser et de recevoir des informations, entre autres, sur les services d'avortement à l'étranger (paragraphe 56-61 ci-dessus), l'instauration en 2001 de la CPA, avec les objectifs fixés à celle-ci par l'article 4 de l'instrument l'instituant, la mise en place de sa première stratégie (2004-2006) et les précisions données par le Gouvernement quant aux soins et aux conseils qu'elle dispense ou aide à dispenser (paragraphe 77-79 et 122 ci-dessus), ainsi que l'adoption des lignes directrices de la CPA et de l'Ordre des médecins (paragraphe 80-81 et 89-91 ci-dessus). A cet égard, la Cour observe que les deux premières requérantes allèguent à titre principal avoir pensé que la seule voie qui leur permit d'avorter pour des raisons de santé et/ou de bien-être consistait à se rendre à l'étranger; or, ni l'une ni l'autre n'ont indiqué précisément quelles informations sur la question elles auraient recherché sans pouvoir les obtenir.

Le grief de la troisième requérante tiré d'un défaut allégué d'informations se présente différemment. Aux dires de l'intéressée, il lui fallait un cadre réglementaire qui lui aurait permis d'établir l'existence d'un risque pour sa



vie et de faire valoir qu'en vertu du droit en vigueur elle pouvait prétendre à un avortement en Irlande; dès lors, toute information donnée en dehors d'un tel cadre aurait été insuffisante. Cette allégation sera traitée dans le cadre de l'examen au fond des griefs de l'intéressée.

131. Enfin, concernant le risque de sanctions pénales, les première et deuxième requérantes ne prétendent pas avoir envisagé d'avorter en Irlande, et le droit irlandais (le treizième amendement à la Constitution et l'affaire *D (A Minor) v. District Judge Brennan, the Health Services Executive, Ireland and the Attorney General, High Court*, 9 mai 2007, non publiée, paragraphes 48 et 99 ci-dessus) les autorisait clairement à se rendre à l'étranger pour y subir un avortement: en dehors de l'impact psychologique, évoqué ci-dessus, du régime pénal en Irlande, les sanctions pénales ne sont pas directement pertinentes pour l'examen de leurs griefs. La Cour analysera le risque lié à pareilles sanctions dans le cadre de son examen au fond des griefs de la troisième requérante, dans la mesure où celle-ci allègue que ces sanctions ont eu un effet dissuasif lorsqu'il s'est agi d'établir si elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande.

## **B. Sur l'épuisement des voies de recours internes**

### *1. Observations du Gouvernement*

132. Le Gouvernement formule deux observations générales. Les requérantes établiraient une distinction entre les dispositions juridiques pertinentes, d'une part, et l'interprétation restrictive qu'en ferait l'Etat, d'autre part. Pour le Gouvernement, le fait que les intéressées contestent cette interprétation montre bien qu'elles auraient dû épuiser les voies de recours internes à cet égard. Le Gouvernement souligne les conséquences qu'aurait pour le système de la Convention une décision de la Cour sur des questions aussi cruciales alors que les juridictions internes n'ont pas examiné les faits sous-jacents et qu'elles ne se sont pas prononcées sur la manière dont les dispositions pertinentes du droit interne doivent être appliquées au cas de chacune des requérantes.

133. Le Gouvernement soutient que les requérantes disposaient de recours effectifs. Avis d'un *Senior Counsel* à l'appui, il renvoie aux principes exposés dans l'affaire *D. c. Irlande* ((déc.), n° 26499/02, 27 juin 2006) et souligne notamment qu'il est nécessaire, dans un système constitutionnel de *common law*, de donner aux instances nationales l'occasion d'examiner la portée et les conséquences potentielles de tout manque de clarté allégué des dispositions du droit national, de manière à permettre à l'Etat de redresser les lacunes au niveau interne. La Constitution prévoirait des recours

permettant d'assurer le respect des droits qu'elle consacre, et les juridictions nationales prendraient toutes les décisions requises pour protéger ces droits.

134. Se fondant sur ledit avis, le Gouvernement soutient que deux voies principales de recours s'offraient aux requérantes : d'une part, l'engagement d'une action en contestation de la constitutionnalité ou de la compatibilité de la loi de 1861 et, d'autre part, la loi de 1995 ayant été jugée conforme à la Constitution, l'introduction d'une demande d'injonction de fourniture d'informations conformément à cette loi.

Quant au mérite d'une action constitutionnelle, le Gouvernement souligne le potentiel d'interprétation de l'article 40.3.3 de la Constitution, dont il voit une confirmation dans la reconnaissance, dans l'affaire *X (The Attorney General v. X and Others, Irish Reports 1992, vol. 1, p. 1)* et deux autres affaires internes ultérieures (*MR v. TR and Others, IEHC 2006, p. 359, et D (A Minor)*, précitée), du fait que le risque de se faire du tort à soi-même constitue en droit un motif apte à justifier un avortement. L'affaire *MR v. TR and Others*, qui soulevait la question de savoir dans quelle mesure l'article 40.3.3 s'appliquait aux processus de fécondation et de procréation, aurait démontré la possibilité de « faire valoir des arguments » devant les tribunaux irlandais relativement à la portée de l'article 40.3.3. Dans l'affaire *D (A Minor)*, la *High Court* aurait indiqué que la question du droit pour la mineure concernée de se faire avorter en Irlande (eu égard au diagnostic établi pour le fœtus) soulevait des « questions très importantes, très délicates et très lourdes de conséquences ». Ainsi, le potentiel d'interprétation de la disposition en cause serait tel qu'il y aurait eu en la matière « de nombreux arguments ne pouvant être exclus *a priori*, particulièrement en présence de faits impérieux », et il serait improbable que les juridictions nationales interprètent l'article 40.3.3 avec une « logique aveugle ». Cela étant, le Gouvernement a indiqué dans ses observations qu'il n'était pas possible d'interpréter l'article 40.3.3 comme autorisant l'avortement en Irlande pour des raisons sociales.

Quant à la possibilité que les requérantes auraient eue après leur avortement de demander une déclaration d'incompatibilité en vertu de la loi de 2003 et, en s'adressant à l'*Attorney General*, le versement à titre gracieux de dommages-intérêts, le Gouvernement estime que l'on ne peut pas dire que la loi de 2003 accorde très peu de poids à des droits reconnus par la Convention. Il affirme que les juridictions nationales sont tenues d'interpréter les lois dans le respect de la Convention et, si cela n'est pas possible, de formuler une déclaration d'incompatibilité (*Carmody v. The Minister for Justice Equality and Law Reform Ireland and the Attorney General, IESC 2009, p. 71*). Il fait valoir que dans les cas où une déclaration d'incompatibilité serait formulée, nonobstant son caractère non obligatoire

pour l'Etat elle serait formellement présentée aux chambres de l'*Oireachtas* (le Parlement irlandais), et considère que son attitude de respect pointilleux de ses engagements internationaux donne à l'Irlande le droit de bénéficier de la présomption qu'elle honorera ses obligations et donnera effet aux déclarations d'incompatibilité.

135. En ce qui concerne plus particulièrement la première requérante, le Gouvernement admet qu'un avortement en Irlande dans la situation exposée par elle aurait été contraire au droit national et qu'il est « difficile de soutenir que sa prétention à une interruption de grossesse aurait eu une chance réelle d'être accueillie sur le fond ». Il n'en demeure pas moins, selon lui, que les juridictions internes n'ont pas eu la possibilité d'établir les faits et d'examiner la portée des dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes ni la manière dont il convenait de les appliquer. Pour ce qui est de la deuxième requérante, le Gouvernement estime que si une grossesse extra-utérine avait été diagnostiquée chez elle, elle aurait eu droit à un avortement thérapeutique en Irlande. Quant à la troisième requérante, dans la mesure où elle allègue qu'on lui a interdit d'avorter alors que sa vie était en danger, elle aurait pu demander aux tribunaux de rendre une ordonnance enjoignant au corps médical de mettre fin à sa grossesse, conformément aux critères dégagés dans l'affaire *X*. Le Gouvernement soutient que, pour autant que l'intéressée plaide que la loi de 1861, par l'effet dissuasif qu'elle produirait, l'a empêchée de revendiquer le droit d'avorter en Irlande, elle aurait pu engager une procédure pour faire établir que cette loi entravait ses droits constitutionnels et en faire annuler les dispositions litigieuses. Quant à l'argument selon lequel le problème devait être résolu par la voie législative, et non par la voie judiciaire, il ne serait pas cohérent avec le point de vue exprimé par la Commission dans l'affaire *Whiteside c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 20357/92, 7 mars 1994).

136. Le Gouvernement relève que les requérantes n'ont présenté aucun avis juridique ou élément de preuve attestant qu'elles auraient cherché à s'informer sur les possibilités juridiques qui s'ouvraient à elles à l'époque des faits. Ses observations comportent en outre des développements détaillés sur d'autres questions, évoquées par les requérantes, touchant à l'effectivité des actions constitutionnelles en question, notamment les délais, la célérité, le coût et la confidentialité de ces procédures.

## 2. Observations des requérantes

137. Les requérantes soutiennent que l'Etat n'a pas démontré qu'un recours interne effectif fût accessible à l'une quelconque d'entre elles. Elles estiment qu'elles n'avaient pas à engager des actions dénuées d'effectivité simplement pour clarifier les faits. Ce ne serait pas l'ensemble des

dispositions applicables mais l'interprétation faite de celles-ci par l'Etat qui serait trop restrictive. De plus, seuls les recours pouvant être exercés avant un avortement nécessaire pourraient passer pour effectifs.

138. Les observations des première et deuxième requérantes diffèrent de celles présentées par la troisième requérante.

139. Les première et deuxième requérantes se plaignent que la définition par le droit interne (article 40.3.3 de la Constitution, tel qu'interprété dans l'affaire *X*) des cas dans lesquels une femme peut avorter demeure générale. D'après elles, malgré de nombreuses études et consultations, le droit n'a pas fondamentalement changé depuis 1992, et certainement pas dans le sens d'une autorisation de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande. En outre, les intéressées allèguent que, quand bien même les juridictions nationales auraient statué en leur faveur, elles n'auraient probablement pas enjoint au Gouvernement et/ou à un médecin de les aider à accéder en temps utile à des services d'avortement en Irlande. Elles ajoutent qu'il aurait de toute façon été difficile de trouver un médecin disposé à intervenir, eu égard au caractère intimidant de la possibilité d'une stigmatisation qu'emporterait une affaire risquant d'être médiatisée. Elles considèrent en outre que la décision rendue par la Cour dans l'affaire *D c. Irlande* (précitée) ne peut leur être opposée, les intérêts défendus par elles en l'espèce différant totalement de ceux qui étaient en jeu dans l'affaire *D*.

Par ailleurs, les requérantes soutiennent que la loi de 2003 ne requiert pas de procéder à la mise en balance des intérêts de l'enfant à naître et de ceux de la mère, ou des droits reconnus par la Convention et de ceux consacrés par la Constitution, de sorte qu'une interdiction constitutionnelle prendrait toujours le pas sur les droits conventionnels. Elles font valoir en outre qu'une déclaration d'incompatibilité ne crée aucune obligation juridique pour l'Etat, et qu'une personne dont la demande a été accueillie peut uniquement solliciter le versement à titre gracieux de dommages-intérêts. Elles rappellent qu'à ce jour trois déclarations d'incompatibilité seulement ont été rendues (concernant la loi de 2004 sur l'enregistrement auprès de l'état civil irlandais – *Irish Civil Registration Act 2004* – et la loi de 1966 sur le logement – *Housing Act 1966*), et que les lois en question demeurent en vigueur tant que les recours actuellement pendants n'ont pas été tranchés.

140. La troisième requérante déplore quant à elle qu'il n'existe pas de procédures permettant à une femme enceinte et à son médecin de déterminer si l'intéressée remplit les conditions pour subir un avortement destiné à lui sauver la vie. Elle y voit des «circonstances spéciales» de nature à faire considérer qu'elle n'avait pas à épuiser les voies de recours internes (*Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, § 201, CEDH 2009). Elle admet que dans le cadre d'une action constitutionnelle elle aurait pu soulever divers moyens relatifs

à l'existence d'un risque pour sa vie, mais considère que pareils moyens n'auraient eu que peu de chances d'être accueillis. Elle ajoute que c'est par la voie législative, et non par la voie judiciaire, qu'il convient de clarifier les dispositions constitutionnelles.

141. Les requérantes présentent également des observations détaillées sur d'autres questions concernant l'effectivité des actions constitutionnelles en cause, notamment les délais, la célérité, le coût et la confidentialité de ces procédures.

### 3. *Appréciation de la Cour*

142. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Celles-ci doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues ; il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (voir, parmi beaucoup d'autres, *McFarlane c. Irlande* [GC], n° 31333/06, § 107, 10 septembre 2010). La Cour réitère en outre les principes exposés aux paragraphes 83-85 de la décision rendue par elle en l'affaire *D c. Irlande* précitée et notamment celui voulant que, dans un ordre juridique où les droits fondamentaux sont protégés par la Constitution, il incombe à l'individu lésé d'éprouver l'ampleur de cette protection, l'intéressé devant, dans un système de *common law*, donner la possibilité aux juridictions nationales de faire évoluer ces droits par la voie de l'interprétation. A cet égard, il convient de rappeler que dans le cadre du droit irlandais une action déclaratoire devant la *High Court*, avec possibilité de recours devant la Cour suprême, constitue la voie la plus appropriée pour chercher à établir et faire valoir des droits constitutionnels (*D c. Irlande*, précitée, § 85).

143. La Cour rappelle également qu'il faut aborder la question de l'épuisement des voies de recours internes en l'espèce à la lumière du haut degré de protection dont l'enfant à naître jouit en droit irlandais en vertu de l'article 40.3.3 de la Constitution tel qu'interprété par la Cour suprême dans l'affaire *X (Open Door)*, précitée, § 59). Elle rappelle de plus que l'obligation constitutionnelle de l'Etat de défendre et soutenir « par ses lois » les droits individuels (article 40 § 1 de la Constitution) a été interprétée par les tribunaux irlandais comme leur imposant une obligation de défendre et soutenir les droits individuels protégés par la Constitution.

144. Tout en prenant acte de la distinction établie par les requérantes entre les dispositions du droit interne concernant l'avortement et ce qu'elles présentent comme l'interprétation qu'en fait l'Etat irlandais, la Cour n'aperçoit pas clairement la portée de cet argument. A partir du

droit irlandais pertinent en matière d'avortement, à savoir les dispositions constitutionnelles et législatives telles qu'interprétées par les juridictions irlandaises, elle se propose d'examiner si les requérantes disposaient de recours internes effectifs pour faire valoir leurs griefs relatifs, pour les deux premières requérantes, à l'interdiction en Irlande de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être et, pour la troisième requérante, à l'absence de mise en œuvre par une loi du droit d'avorter en Irlande en cas de risque pour la vie de la femme.

**a) Les première et deuxième requérantes**

145. La Cour relève que l'interdiction dont se plaignent les deux premières requérantes découle des articles 58 et 59 de la loi de 1861 (qui érigent en une infraction passible de l'emprisonnement à perpétuité le fait de provoquer ou tenter de provoquer un avortement, d'administrer des produits abortifs ou de fournir des substances nocives ou des instruments destinés à des manœuvres abortives), lus conjointement avec l'article 40.3.3 de la Constitution tel qu'interprété par la Cour suprême dans l'affaire *X* (voir également les articles 40.3.3 et 50 de la Constitution).

146. La Cour estime que le premier recours évoqué par le Gouvernement, à savoir l'introduction par les deux premières requérantes d'une action en déclaration d'incompatibilité des articles 58 et 59 de la loi de 1861 (assortie, le cas échéant, d'une demande d'injonction ou de dommages-intérêts), aurait nécessité d'établir que ces articles, dans la mesure où ils interdisaient l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être, étaient incompatibles avec les droits garantis à la femme enceinte par l'article 40.3 de la Constitution.

147. Or, pour la Cour, il n'a pas été démontré que pareille action, qui serait allée à l'encontre de l'historique, du libellé et de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 40.3.3 de la Constitution, aurait eu la moindre chance d'aboutir. Avant 1983, la loi de 1861, qui interdisait l'avortement en Irlande, constituait la seule source de droit applicable en la matière. A la suite de l'évolution du droit à l'avortement en Angleterre, par le biais notamment de l'interprétation faite de cette loi par les juridictions anglaises, l'article 40.3.3 fut adopté par référendum en 1983. Par cette disposition constitutionnelle, l'Etat reconnaissait le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engageait à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le protéger et à le défendre par ses lois. La Cour suprême précisa alors, dans l'arrêt de principe *X*, que le critère à appliquer pour déterminer si une femme pouvait avorter en toute légalité en Irlande était le suivant: s'il était établi selon le critère de probabilité qu'il existait « un risque réel et sérieux pour la vie, *et pas uniquement pour la santé*, de la mère » (italique ajouté) qui ne pouvait

être évité que par l'interruption de la grossesse, pareille intervention était autorisée en Irlande. La Cour suprême admit ensuite qu'un risque établi de suicide constituait un « risque réel et sérieux » pour la vie de la femme enceinte. Aucun des amendements ultérieurs à la Constitution n'alla dans le sens d'un élargissement des motifs d'avortement légalement reconnus en Irlande. Aucune des décisions internes postérieures à l'affaire *X* qui ont été évoquées par les parties devant la Cour ne concernait la revendication d'un droit à obtenir un avortement pour des motifs de santé ou de bien-être en Irlande, ni ne saurait passer pour indiquer que la revendication de pareil droit dans une affaire ultérieure n'aurait pas forcément été vouée à l'échec : les affaires *C* et *D* (*A Minor*) précitées avaient respectivement pour objet une menace de suicide et le droit pour une mineure d'aller avorter à l'étranger, et l'affaire *MR v. TR and Others* précitée portait sur la question de savoir si la notion constitutionnelle d'« enfant à naître » s'étendait à un embryon fécondé en dehors de l'utérus.

148. De plus, il ressort à l'évidence des processus de réflexion publics (et en particulier du rapport du groupe d'études de 1996 et du livre vert de 1999) qu'une interruption de grossesse n'est pas considérée comme légale en Irlande si elle ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 40.3.3 de la Constitution, tel qu'interprété dans l'affaire *X*, et que l'élargissement de ces conditions exigerait d'amender la Constitution. En outre, le Gouvernement a reconnu devant la Grande Chambre qu'on ne saurait analyser l'article 40.3.3 comme autorisant l'avortement en Irlande pour des « raisons sociales », et qu'il était difficile de soutenir que la première requérante aurait eu des chances réelles d'aboutir si elle avait plaidé en ce sens devant les juridictions internes. Cette observation vaut également pour la deuxième requérante, qui a avorté pour des raisons de bien-être. Enfin, la Cour peut admettre que du point de vue de la mise en balance des intérêts en jeu, l'affaire *D c. Irlande* se présentait de manière notablement différente des affaires des deux premières requérantes en l'espèce. Dans l'affaire *D c. Irlande*, en effet, la Cour avait conclu que M<sup>me</sup> D aurait pu faire valoir avec quelque chance de succès devant les juridictions internes que la balance penchait de son côté, étant donné que l'un des fœtus jumeaux qu'elle portait était déjà mort et que le second présentait une malformation létale avérée.

149. Aussi la Cour conclut-elle qu'il n'a pas été démontré que l'introduction par les première et deuxième requérantes d'une action tendant à l'obtention d'une déclaration attestant l'existence d'un droit constitutionnel à obtenir un avortement pour motifs de santé et/ou de bien-être en Irlande et, en conséquence, l'inconstitutionnalité des articles 58 et 59 de la loi de 1961 aurait eu la moindre chance de succès. Partant, elle estime qu'il ne s'agit pas d'un recours effectif existant en théorie et

en pratique que les première et deuxième requérantes auraient été tenues d'épuiser (paragraphe 142 ci-dessus).

150. La Cour juge par ailleurs que, contrairement à ce que soutient le Gouvernement au paragraphe 134 ci-dessus, la présentation au titre de la loi de 2003 d'une demande tendant à l'obtention d'une déclaration d'incompatibilité des dispositions pertinentes de la loi de 1861, avec possibilité, en cas de succès, de percevoir des dommages-intérêts à titre gracieux, ne peut être considérée comme un recours effectif à exercer aux fins de la condition de l'épuisement des voies de recours internes. Les droits garantis par la loi de 2003 ne prévaudraient pas sur les dispositions de la Constitution (paragraphe 92-94 ci-dessus). Quoi qu'il en soit, une déclaration d'incompatibilité n'imposerait à l'Etat aucune obligation juridique de modifier le droit interne, et elle ne conditionnerait pas automatiquement une réparation pécuniaire puisqu'elle ne lierait pas les parties à la procédure en question. Dans ces conditions, et vu le nombre relativement faible de déclarations prononcées jusqu'ici (paragraphe 139 ci-dessus), dont une seule est récemment devenue définitive, une demande visant à l'obtention d'une telle déclaration et le versement de dommages-intérêts à titre gracieux n'aurait pas constitué un recours effectif pour les première et deuxième requérantes (*Hobbs c. Royaume-Uni* (déc.), n° 63684/00, 18 juin 2002, et *Burden*, précité, §§ 40-44).

151. Etant donné que, sur la base des faits admis par la Cour, les griefs principaux des deux requérantes ne concernent ni ne révèlent un manque d'informations sur les choix qui s'offraient à elles en matière d'avortement, la Cour juge inutile d'examiner si elles disposaient de recours à épuiser à cet égard, notamment quant à la loi de 1995.

152. Pour les raisons qui précèdent, la Cour estime qu'il n'a pas été démontré que les première et deuxième requérantes eussent à leur disposition un recours effectif qui leur eût permis de faire valoir leur grief tiré de l'interdiction de l'avortement pour des motifs de santé et/ou de bien-être en Irlande. Aussi la Cour n'a-t-elle pas à examiner les arguments des requérantes relatifs aux délais, à la célérité, au coût et à la confidentialité des recours internes évoqués par le Gouvernement.

153. En outre, étant donné que l'effectivité de ces recours n'a pas été démontrée, on ne pouvait exiger des requérantes qu'elles les exercent aux fins uniquement de l'établissement des faits pertinents pour leurs requêtes à la Cour.

#### **b) La troisième requérante**

154. La troisième requérante craignait que sa grossesse ne constituât un risque pour sa vie. Invoquant l'article 8, elle se plaint qu'aucun texte



n'ait été édicté en Irlande pour mettre en œuvre le droit constitutionnel à un avortement en présence de pareil risque. Elle soutient n'avoir disposé en conséquence d'aucune procédure effective qui lui aurait permis d'établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter en toute légalité en Irlande et considère que de toute manière elle ne devrait pas être obligée d'agir en justice à cet effet.

155. Dans ces conditions, la Cour estime que la question de savoir si la troisième requérante devait ou non épuiser les recours judiciaires est inextricablement liée au fond de son grief tiré de l'article 8 de la Convention et doit donc y être jointe (*Tysiác c. Pologne* (déc.), n° 5410/03, 7 février 2006).

#### 4. Conclusion de la Cour

156. Dès lors, la Cour rejette l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement dans le cas des première et deuxième requérantes, et joint cette exception au fond du grief présenté sous l'angle de l'article 8 de la Convention dans le cas de la troisième requérante.

### C. Sur l'article 2 de la Convention

157. La troisième requérante se plaint sous l'angle de l'article 2 de l'impossibilité d'accéder à l'avortement en Irlande même en cas de risque pour la vie de la femme enceinte, aucun texte d'application de l'article 40.3.3 de la Constitution n'ayant été adopté. Pour le Gouvernement, aucune question ne se pose sous l'angle de l'article 2 de la Convention.

158. La Cour note que la troisième requérante, comme les deux premières, n'a rencontré aucune barrière juridique pour aller avorter à l'étranger (paragraphe 131 ci-dessus). L'intéressée n'a fait état d'aucun autre obstacle qui aurait pu l'empêcher de se rendre en Angleterre pour y subir un avortement, et nulle part dans ses observations relatives aux complications post-avortement qu'elle dit avoir subies elle n'évoque l'existence d'un risque pour sa vie. Aussi la Cour estime-t-elle que rien ne prouve que la vie de la troisième requérante ait été menacée (*L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, et *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 116, *Recueil* 1998-VIII). Quant au grief tiré de l'obligation dans laquelle l'intéressée se serait trouvée d'aller avorter à l'étranger alors même qu'elle craignait pour sa vie, il relève d'un examen sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

159. Dès lors, le grief de la troisième requérante tiré de l'article 2 de la Convention doit être rejeté pour défaut manifeste de fondement, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Ladite doléance ne pouvant s'analyser en un grief « défendable » de violation de la Convention (*Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1988, § 52, série A n° 131), le grief connexe tiré de l'article 13 de la Convention doit lui aussi être rejeté pour défaut manifeste de fondement, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

#### **D. Sur l'article 3 de la Convention**

160. Les trois requérantes voient dans les restrictions à l'avortement en Irlande un traitement contraire à l'article 3 de la Convention.

161. Le Gouvernement réaffirme que des soins et conseils médicaux adéquats étaient accessibles aux intéressées; invoquant principalement le non-épuisement des voies de recours internes il considère qu'elles n'ont pas valablement justifié leur non-recours à ces services. Aucun acte de l'Etat n'aurait empêché les intéressées d'obtenir un avis médical, et l'impression de tabou ou de stigmatisation qui expliquerait leur hésitation à consulter un médecin ne découlerait pas des dispositions juridiques litigieuses. Même à admettre la réalité de ce ressenti, les requérantes n'auraient pas démontré « au-delà de tout doute raisonnable » avoir subi un traitement tombant sous l'empire de l'article 3 de la Convention.

162. Se plaignant d'avoir subi des conséquences négatives des restrictions à l'avortement et d'avoir dû aller avorter à l'étranger, les requérantes allèguent un manquement aux obligations positives et négatives découlant de l'article 3 de la Convention. Elles soutiennent que la pénalisation de l'avortement est discriminatoire (en ce qu'elle véhiculerait des stéréotypes et préjugés simplistes à l'égard des femmes), qu'elle entraîne une atteinte à la dignité des femmes et qu'elle les désigne à la vindicte publique, tout en exacerbant leurs sentiments d'angoisse. Les deux options ouvertes aux femmes – surmonter les tabous pour aller avorter à l'étranger et recevoir des soins post-avortement en Irlande ou poursuivre la grossesse malgré leur situation – revêtiraient un caractère dégradant et constitueraient un affront délibéré à leur dignité. De nombreux éléments confirmeraient l'effet de discrédit et de tabou, contesté par le Gouvernement, que subiraient les femmes du fait de la pénalisation de l'avortement. Pour les requérantes, il est clair que l'Etat avait l'obligation positive de les protéger d'une telle épreuve et d'un tel traitement.

163. La Cour juge évident, pour les raisons exposées aux paragraphes 124-127 ci-dessus, que le fait d'aller avorter à l'étranger a représenté une épreuve tant physique que psychologique pour chacune des requérantes. La démarche a par ailleurs fait supporter à la première requérante une charge financière importante (paragraphe 128 ci-dessus).

164. La Cour rappelle toutefois sa jurisprudence selon laquelle pour tomber sous le coup de l'article 3 un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 162, série A n° 25, et, plus récemment, *Lotarev c. Ukraine*, n° 29447/04, § 79, 8 avril 2010). Eu égard aux circonstances factuelles décrites ci-dessus (paragraphe 124-127), et indépendamment de la question de savoir si le traitement dénoncé peut ou non être imputé à l'Etat, la Cour estime que les faits allégués ne révèlent pas un seuil de gravité suffisant pour que l'article 3 de la Convention puisse être jugé applicable en l'espèce.

165. En conséquence, la Cour rejette pour défaut manifeste de fondement, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention, les griefs des requérantes tirés de l'article 3 de la Convention.

Lesdites doléances ne pouvant s'analyser en des griefs « défendables » de violation de la Convention (*Boyle et Rice*, précité), le grief connexe tiré de l'article 13 de la Convention doit lui aussi être rejeté pour défaut manifeste de fondement, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

### **E. Conclusion de la Cour sur la recevabilité des requêtes**

166. Dès lors qu'aucun motif d'irrecevabilité n'a été établi relativement aux griefs des requérantes fondés sur l'article 8 ou à ceux, connexes, fondés sur les articles 13 et 14 de la Convention, la Cour déclare ces griefs recevables et la requête irrecevable pour le surplus.

## **II. SUR LA VIOLATION ALLEGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION**

167. Les première et deuxième requérantes dénoncent sous l'angle de l'article 8 les restrictions à l'avortement en Irlande, qui les auraient empêchées d'avorter dans ce pays pour motifs de santé et/ou de bien-être ; la troisième requérante se plaint au regard du même article de ce que le législateur irlandais n'ait adopté aucun texte pour mettre en œuvre l'article 40.3.3 de la Constitution.

### **A. Observations des requérantes**

168. Pour les requérantes, il est clair que les restrictions litigieuses à l'avortement ont porté atteinte à la part la plus intime de leur vie privée et

familiale, y compris à leur intégrité physique, et que l'article 8 trouve dès lors à s'appliquer à leurs griefs.

169. Tout en reconnaissant que ces restrictions étaient « prévues par la loi », elles mettent de nouveau en cause l'« interprétation » qu'en fait le Gouvernement (paragraphe 137 ci-dessus).

170. Elles admettent que les restrictions à l'avortement visent à protéger la vie du fœtus, mais elles formulent des critiques relativement à une série de questions connexes.

Selon elles, il n'a pas été démontré que les restrictions en vigueur permettent effectivement d'atteindre ce but. En fait, le taux d'avortement en Irlande serait similaire à celui des pays où l'avortement est légal, les femmes irlandaises choisissant de toute façon d'aller avorter à l'étranger.

Les requérantes estiment que, même à reconnaître une certaine efficacité aux restrictions en cause, l'Etat ne peut plus guère prétendre qu'elles poursuivent un but légitime, compte tenu du point de vue moral opposé défendu par les organes de protection des droits de l'homme dans le monde entier.

Les requérantes allèguent également que l'interdiction actuelle de l'avortement en Irlande (qui vise à protéger la vie du fœtus lorsqu'il n'y a pas de risque pour la vie de la femme enceinte) ne correspond plus au point de vue du peuple irlandais, dont certains éléments indiqueraient qu'il est en faveur d'un accès plus large à l'avortement légal. Elles font valoir que tous les référendums depuis 1983 ont proposé de restreindre l'accès à l'avortement et que tous ont été rejetés; aucun référendum depuis 1983 n'aurait proposé d'élargir les motifs légaux d'avortement. Les recherches menées par la CPA montreraient un renforcement dans les deux dernières décennies du soutien de l'opinion publique irlandaise à un accès légal à l'avortement (voir les rapports n<sup>os</sup> 6 et 7 de la CPA, paragraphes 82-88 ci-dessus); de plus, il ressortirait d'un sondage commandé lors de la « campagne pour le droit d'avorter en toute légalité et en toute sécurité (en Irlande) » et paru dans le *Irish Examiner* du 22 juin 2007 que, si 51 % des personnes interrogées considéraient que la femme ne devait pas être autorisée à avorter si elle estimait que cela était « dans son intérêt », 43 % acceptaient un avortement pour ce motif. Quant au fait que le Gouvernement ait jugé bon de formuler des réserves aux Traités de Maastricht et de Lisbonne, il serait dénué de pertinence. Quoi qu'il en soit, un gouvernement ne saurait invoquer l'opinion publique dans son pays pour justifier un manquement à la protection des droits de l'homme, les consensus sur les plans européen et international étant à cet égard beaucoup plus pertinents.

171. Les requérantes estiment par ailleurs disproportionnés les moyens choisis pour atteindre le but visé.

172. A leur sens, l'Etat dispose effectivement d'une marge d'appréciation pour protéger la vie prénatale, mais elle n'est pas absolue. La Cour ne saurait accorder un respect absolu à l'intérêt du Gouvernement à protéger la vie du fœtus, car cela permettrait à l'Etat d'employer tous les moyens nécessaires pour restreindre l'avortement, sans aucune considération pour la vie de la mère (*Open Door*, précité, §§ 68-69 et 73). Contrairement à ce qu'avance le Gouvernement, la Cour ne serait pas appelée à imposer l'application d'un droit de l'avortement particulier dans l'ensemble des Etats contractants: l'exigence de proportionnalité n'empêcherait pas l'existence de variations entre les Etats et n'imposerait pas de décider à quel moment la vie commence (point sur lequel Etats, tribunaux, scientifiques, philosophes et religions seraient et continueraient toujours d'être en désaccord). Cependant, pareille absence d'uniformité ne pourrait en soi suffire à dénier aux femmes les droits que leur garantit la Convention; il serait donc nécessaire de préciser les normes minimales de protection à accorder à la santé et au bien-être des femmes. La préservation de la vie prénatale ne constituerait un but acceptable que pour autant que l'on donne à la santé et au bien-être de la mère une valeur y étant proportionnée (*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 80, CEDH 2004-VIII, et *Tysiqc*, précité, § 113).

173. Le caractère restrictif du système juridique en Irlande causerait un tort disproportionné aux femmes. Les avortements tardifs – et donc souvent chirurgicaux – et la limitation inévitable des soins avant et après l'intervention emporteraient des risques médicaux. La charge financière aurait un impact particulièrement fort sur les femmes démunies et, indirectement, sur leurs familles. Les femmes subiraient une stigmatisation et le poids psychologique de l'accomplissement à l'étranger d'un acte constitutif d'une infraction grave dans leur pays.

Les valeurs essentielles de la Convention commanderaient à l'Etat d'adopter d'autres méthodes permettant de protéger la vie prénatale, sans ériger en infraction les soins de santé nécessaires. Pareilles méthodes existeraient, et ce serait l'approche préconisée par les organisations œuvrant dans le domaine des droits fondamentaux (notamment le Bureau du Commissaire aux droits de l'homme et le CEDAW). Au lieu d'être allouées à des mesures pénales répressives, les ressources de l'Etat devraient être consacrées directement à des actions en matière de santé génésique et de soutien; l'instauration de la CPA aurait à cet égard constitué une évolution positive mais insuffisante.

174. Les requérantes ajoutent que l'étendue de l'interdiction de l'avortement en Irlande contraste fortement avec les régimes plus souples, en

faveur desquels il y a selon elles un consensus clair aux niveaux européen et international. Or la Cour aurait précédemment jugé utile, pour déterminer la portée des droits garantis par la Convention, de prendre en compte le consensus pouvant, sur tel ou tel sujet, exister entre les Etats contractants ou transparaître des dispositions pertinentes des instruments internationaux spécialisés et de l'évolution des normes et des principes du droit international (*Opuz*, précité, §§ 164 et 184, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 85, CEDH 2002-VI).

175. Il existerait à l'heure actuelle un consensus européen qui plaiderait pleinement en faveur d'une extension du droit à l'avortement en Irlande et s'écarterait de la jurisprudence de l'ancienne Commission sur laquelle se fonde le Gouvernement. Les requérantes renvoient à cet égard à un rapport de la Fédération internationale pour la planification familiale (« Législation sur l'avortement en Europe », 2009) et aux observations de certaines tierces parties (paragraphes 206-211 ci-dessous). Elles soutiennent que, si la définition scientifique et juridique du commencement de la vie prête à controverse (*Vô*, précité, § 82), il existe un consensus clair sur les normes minimales en matière de services d'avortement nécessaires à la protection de la santé et du bien-être des femmes.

Ce consensus transparaîtrait de la résolution de l'APCE (paragraphes 107-108 ci-dessus), mais aussi des lois d'une grande majorité d'Etats membres : 31 Etats sur 47 autoriseraient l'avortement à la demande de la mère durant le premier trimestre ; 42 Etats sur 47 autoriseraient l'avortement en cas de risque pour la santé de la mère ; et 32 Etats sur 47 autoriseraient expressément l'interruption de grossesse en cas de malformation du fœtus. L'Irlande ferait partie d'une petite minorité de quatre Etats (les autres étant Malte, Saint-Marin et Andorre) qui appliqueraient toujours une législation pénale extrêmement restrictive concernant l'avortement. Les requérantes soutiennent que la période récente est marquée par une tendance en faveur d'un assouplissement des restrictions à l'accès à l'avortement, y compris au travers d'une dépénalisation. Selon elles, le consensus se dégageant des normes internationales en matière de droits de l'homme tend aussi vers une légalisation des avortements visant à protéger la santé et le bien-être de la femme (voir, notamment, les observations du CEDAW et du Comité des droits de l'homme, paragraphes 110-111 ci-dessus) et vers la dépénalisation de l'avortement. Il aurait été relevé lors de la CIPD du Caire en 1994 que les avortements dans de mauvaises conditions peuvent constituer un problème majeur de santé publique.

176. Les observations ci-dessus ont été formulées au nom des trois requérantes. Celles qui suivent concernent spécifiquement le cas de la troisième requérante.

177. Celle-ci tire grief de l'absence d'un cadre législatif qui aurait pu lui permettre d'établir que sa grossesse lui faisait courir un risque pour sa vie et qu'elle avait droit à avorter en Irlande; elle soutient n'avoir eu en conséquence d'autre choix que de se rendre en Angleterre.

178. Elle souligne le caractère général de l'article 40.3.3 tel qu'interprété dans l'affaire *X*. Cette disposition ne définirait pas la notion d'« enfant à naître » (*unborn*), et les juges n'auraient pas précisé dans l'arrêt *X* ce qu'il y avait lieu d'entendre par risque réel et sérieux pour la vie de la mère. Non encadrée, une distinction juridique entre la vie et la santé d'une femme serait impossible à mettre en œuvre. Il n'existerait pas de directives professionnelles juridiquement contraignantes et/ou pertinentes, et aucun des organismes professionnels concernés ne donnerait d'instructions claires quant aux démarches concrètes à entreprendre ou aux critères à prendre en compte. La troisième requérante allègue qu'en conséquence aucun de ses médecins n'a pu lui donner d'informations sur des procédures officielles qui auraient pu l'aider. Elle soutient que les médecins qui ont traité son cancer ont été incapables de lui offrir l'assistance la plus élémentaire quant à l'impact que sa grossesse pourrait avoir sur son état de santé. De plus, son propre médecin traitant ne l'aurait pas conseillée sur les options qui s'offraient à elle en matière d'avortement, et il n'aurait fait aucune allusion à sa grossesse lorsqu'elle était revenue le voir quelques mois après l'avortement. La requérante explique les réticences du corps médical par la combinaison de l'effet dissuasif qu'emporterait l'absence de procédures formelles claires et du risque de subir de lourdes sanctions pénales et disciplinaires que redouteraient les intéressés. Elle estime que, contrairement à ce qu'avance le Gouvernement, le problème ne peut se réduire à un non-respect par les médecins de leurs obligations. En conséquence, le processus normal de consultation invoqué par le Gouvernement serait tout simplement insuffisant pour établir un droit à un avortement légal, eu égard à l'incertitude qui entourerait la notion de « risque réel et sérieux » pour la vie de la femme concernée et à l'effet dissuasif que produirait sur les médecins la perspective de subir *a posteriori* des sanctions pénales sévères pour avoir mal apprécié le risque.

179. La troisième requérante soutient également que les juridictions irlandaises et de nombreuses études menées en Irlande ont clairement indiqué que l'article 40.3.3 avait besoin d'être mis en œuvre par une législation prévoyant la possibilité pour les femmes désireuses d'avorter d'établir par une voie non contentieuse qu'elles remplissent les conditions légales pour ce faire. Elle ajoute que les Etats contractants autorisant l'avortement ont mis en place des procédures juridiques qui permettent aux médecins de prendre

les décisions qui s'imposent de manière rapide et confidentielle. L'Irlande, quant à elle, n'aurait pas l'intention de mettre en place de telles procédures. Or la Cour aurait exigé la prise d'une telle mesure dans l'arrêt *Tysiac* précité (en réalité, il existait déjà un cadre législatif en Pologne), arrêt qui aurait été évoqué par le Commissaire aux droits de l'homme pendant sa visite en Irlande en 2007. Les organes internationaux auraient précisément critiqué à de fréquentes reprises cette absence de législation et les conséquences en découlant pour les femmes.

## **B. Les observations du gouvernement irlandais**

180. Le Gouvernement soutient que les organes de la Convention n'ont jamais dit que l'article 8 entre en jeu dès lors que les Etats n'offrent pas certains types d'avortement; pour lui, toute conclusion allant dans ce sens poserait de graves problèmes à tous les Etats contractants, et particulièrement à l'Irlande, où l'interdiction de l'avortement est inscrite dans la Constitution. Selon le Gouvernement, rien dans la Convention (ou ses travaux préparatoires) ne permet de donner à la Cour une fonction d'arbitrage relativement au droit matériel de l'avortement. Cette question susciterait des prises de position tranchées au sein des Etats contractants et se réglerait suivant le processus décisionnel propre à chaque pays, souvent à l'issue d'un débat politique de grande ampleur. La protection accordée à l'enfant à naître par le droit irlandais s'appuierait sur un socle de valeurs morales profondes, dont les racines plongeraient dans les bases mêmes de la société irlandaise, et la situation juridique résulterait de débats également passionnés. Le Gouvernement reconnaît qu'aucun projet de loi concernant l'avortement n'est actuellement débattu en Irlande. Il reproche aux requérantes d'inviter la Cour à harmoniser des dispositions juridiques diversifiées sur l'avortement, et de remettre ainsi en question l'importance avérée et le rôle fondamental du processus démocratique dans chaque pays et l'acceptation d'une diversité de traditions et de valeurs au sein des Etats contractants (article 53 de la Convention).

181. A supposer que l'article 8 trouve à s'appliquer, le Gouvernement estime que les restrictions litigieuses répondent aux exigences du second paragraphe de cette disposition. En particulier, l'article 40.3.3, tel qu'interprété dans l'affaire *X*, serait une disposition juridique fondamentale édictée par l'Etat, elle serait claire et prévisible et elle poursuivrait les buts légitimes que constituerait la protection de la morale et des droits et libertés d'autrui, notamment la protection de la vie prénatale.



182. Le Gouvernement considère que l'Etat est en droit d'adopter le point de vue, partagé par son peuple, selon lequel la protection de la vie prénatale, avec l'interdiction de détruire celle-ci, constitue un but légitime dont la Cour ne devrait pas examiner ou juger la justesse morale, la légitimité ou la réussite.

183. En tout état de cause, le Gouvernement conteste l'affirmation des requérantes selon laquelle les restrictions à l'avortement qui prévalent en Irlande ne correspondent pas à la volonté actuelle du peuple irlandais. Il observe que l'opinion du peuple irlandais a été mesurée par référendum en 1983, 1992 et 2002. Ses représentants, au travers de processus de réflexion publics approfondis et d'une large consultation, auraient activement cherché à anticiper l'évolution possible du cadre juridique, et le récent débat public sur les conséquences éventuelles des Traités de Maastricht et de Lisbonne aurait abouti à l'adoption de protocoles spéciaux à ces traités.

En outre, les restrictions litigieuses auraient entraîné une réduction notable du nombre de femmes irlandaises se rendant au Royaume-Uni pour y avorter (6 673 femmes auraient effectué un tel voyage en 2001 contre 4 686 en 2007), et le taux de mortalité maternelle de l'Irlande serait désormais le plus bas des pays de l'Union européenne. Quant à l'affirmation de l'association Doctors for Choice et du BPAS selon laquelle la baisse récente du nombre de femmes irlandaises allant avorter au Royaume-Uni est due au fait que ces femmes se rendent dans d'autres pays, elle serait fautive. Il ressortirait en effet des données recueillies en 2006 par la CPA qu'un nombre relativement faible de femmes irlandaises se rendent dans les trois autres pays les plus fréquemment cités : entre 2005 et 2007, moins de dix femmes par an se seraient rendues en Espagne ou en Belgique, même si un nombre appréciable de femmes auraient fait le voyage aux Pays-Bas (42 en 2005, 461 en 2006 et 445 en 2007). Le Gouvernement estime toutefois que, même si l'on tient compte de ces derniers chiffres, le nombre de femmes irlandaises allant avorter à l'étranger est clairement en baisse.

184. Par ailleurs, il considère que les restrictions litigieuses n'ont rien de disproportionné.

185. Il ajoute que la protection accordée par le droit irlandais au droit à la vie de l'enfant à naître et les restrictions à l'avortement en Irlande se fondent sur des valeurs éthiques et morales profondes pour la sauvegarde desquelles les Etats bénéficient d'une marge d'appréciation importante au regard de la Convention. Cette marge d'appréciation vaudrait en particulier pour la détermination des personnes relevant de la protection de l'article 2 de la Convention. La Cour aurait expressément conclu dans les affaires *Vo*, précitée, et *Evans c. Royaume-Uni* ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I) qu'il

n'existe pas de définition scientifique ou juridique du commencement de la vie, de sorte que la protection juridique du droit à la vie relèverait de la marge d'appréciation accordée aux Etats. Les positions des Etats pourraient diverger sur ce point, comme elles pourraient aussi diverger sur les limites légales à fixer à l'avortement ; or les requérantes demanderaient en réalité à la Cour d'exclure de l'équation cet élément juridique fondamental à la base de la position nationale. Dans l'affaire *Open Door* invoquée par les requérantes, la Cour n'aurait du reste pas abordé la question substantielle du régime juridique de l'avortement.

Pour autant que les requérantes suggèrent que leur situation doit prévaloir sur la notion religieuse de moralité, le Gouvernement estime que l'on ne peut déterminer avec certitude si la volonté de la population irlandaise procède réellement d'une croyance religieuse particulière. Quoi qu'il en soit, il est d'après lui inopportun d'établir des distinctions entre différents choix de société selon l'inspiration religieuse ou laïque des notions morales fondant ces choix.

186. Quant au rôle d'un éventuel consensus, le Gouvernement relève que l'exercice de mise en balance doit intégrer non seulement le souci de l'Etat de protéger la vie prénatale, mais également le choix légitime, opéré en l'absence de tout consensus européen sur le moment où la vie commence, de considérer que l'enfant à naître mérite d'être protégé. Le Gouvernement s'élève contre l'affirmation qu'il existe un consensus au niveau européen et/ou international en faveur de la facilitation de l'accès à l'avortement, y compris pour des raisons sociales : les conditions d'accès à l'avortement seraient certes plus larges dans certains Etats, mais elles varieraient grandement d'un pays à l'autre ; fondé sur les textes normatifs et non sur des décisions de juridictions constitutionnelles relatives à des dispositions inscrites dans des constitutions ou dans la Convention, le consensus invoqué par les requérantes serait dénué de pertinence ; les requérantes s'appuieraient de manière sélective et inopérante sur des données, observations et recommandations aléatoires ; rien ne permettrait de croire que la législation prévalant dans certains, ou même dans la plupart, des Etats contractants serait en passe d'être adoptée aussi dans les autres.

187. En réalité, à supposer que pareil consensus existe, l'idée même de chercher à déterminer la portée de droits fondamentaux fondés sur le consensus soulèverait de nombreuses difficultés. Selon le Gouvernement, les droits garantis ne sauraient dépendre de l'appréciation de la volonté populaire à un moment donné, et ils devraient même quelquefois en être protégés. Toute tentative visant à établir à partir de la situation actuelle au sein des Etats contractants l'existence au regard de la Convention d'un droit controversé non inclus dans celle-ci au départ donnerait prise à de sérieuses

objections. Rappelant le principe de subsidiarité et les rôles respectifs de l'Etat et de la Cour dans un contexte aussi particulier, le Gouvernement soutient que le consensus au niveau international, si tant est qu'il faille en tenir compte, tend en réalité vers la direction opposée, c'est-à-dire vers l'idée qu'il convient de laisser à l'Etat son autonomie pour définir ses propres lois en matière d'avortement plutôt que de confier cette tâche à un organe juridictionnel supranational (voir la CIPD tenue au Caire en 1994, la quatrième Conférence mondiale sur les femmes organisée à Pékin en 1995 et la Recommandation 1903 (2010) de l'APCE, ainsi que les protocoles aux Traités de Maastricht et de Lisbonne). La Résolution 607 (2008) de l'APCE invoquée par les requérantes témoignerait de la divergence de vues parmi les Etats contractants : le Gouvernement en veut pour preuve que c'est une résolution, et non une recommandation, adoptée à l'issue d'un vote partagé et sans les voix des parlementaires irlandais.

188. Selon le Gouvernement, les questions éthiques et morales soulevées par l'avortement sont à distinguer des questions scientifiques qui auraient été au cœur de l'affaire *Christine Goodwin* (précitée). Le constat de violation de l'article 8 dans cette affaire aurait été fondé d'une part sur une tendance constante au niveau international en faveur d'une reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés, même en l'absence de consensus sur le plan européen, et d'autre part sur l'idée qu'une modification de la condition des transsexuels ne risquait pas d'entraîner de difficultés concrètes ou notables pour les citoyens britanniques ou une atteinte à l'intérêt général. Conclure en l'espèce que le refus d'autoriser l'avortement pour des raisons sociales emporte violation de l'article 8 entraînerait un préjudice important pour les citoyens irlandais ayant manifesté le souci de protéger l'enfant à naître.

189. Concernant spécifiquement la troisième requérante, le Gouvernement formule les observations suivantes.

Premièrement, en réponse à une question de la Cour, il persiste à dire que la procédure à suivre pour un avortement légal en Irlande est claire. Comme n'importe quelle autre question médicale importante, la décision serait prise par la patiente en concertation avec son médecin. Pour les rares cas où la vie de la femme enceinte serait menacée, le droit irlandais fournirait « une ligne de conduite d'une clarté limpide, qui ne présente[rait] aucune difficulté de compréhension ou d'application, car [ce serait] la même règle qui [serait] appliquée dans le cadre de l'article 58 de la loi de 1861, de l'article 40.3.3 de la Constitution irlandaise et des dispositions législatives de tout pays autorisant une interruption de grossesse pour ce motif ». Quant aux procédures précises devant être suivies par une femme enceinte

et son médecin dans les cas laissant entrevoir la possibilité d'un tel risque, le Gouvernement explique que l'appréciation relève de la responsabilité du médecin, et que la grossesse peut être interrompue en cas de risque réel et sérieux pour la vie de la mère. En cas de désaccord avec l'avis du praticien, la patiente serait libre de rechercher un autre avis médical et, en dernier ressort, elle pourrait introduire une procédure d'urgence devant la *High Court* (voir ci-dessus). Les motifs légaux d'avortement en Irlande seraient bien connus et appliqués. Renvoyant aux lignes directrices de l'Ordre irlandais des médecins, à celles de la CPA et aux témoignages de médecins devant la commission constitutionnelle, le Gouvernement, tout en admettant l'existence de difficultés quant à la détermination de ce qui peut passer pour constituer un traitement médical essentiel à la protection de la vie de la mère, estime qu'il est clair qu'une intervention médicale a lieu dès lors que la vie de la mère est menacée, que le refus de traitement pour des motifs de réprobation morale est prohibé et qu'une patiente a le droit d'accéder à un deuxième avis. L'Institut des obstétriciens et gynécologues irlandais n'aurait certes pas publié de lignes directrices concernant le traitement des femmes enceintes dont la vie est en danger, mais il serait d'accord avec les directives édictées par l'Ordre royal des obstétriciens et gynécologues britanniques concernant la gestion des grossesses extra-utérines, et il serait probable que les gynécologues irlandais suivent «dans l'ensemble» ces directives, en y apportant éventuellement des modifications ou ajouts mineurs. Ce processus bien établi relativement à la manière dont, en Irlande, toute patiente concernée, en concertation avec son médecin, prend la décision d'interrompre sa grossesse, serait régulièrement suivi en cas de grossesses extra-utérines.

En réponse à une autre question de la Cour sur le nombre d'avortements légaux pratiqués tous les ans en Irlande, le Gouvernement renvoie à une base de données de l'Institut de recherches socioéconomiques portant sur les sorties et les décès enregistrés dans tous les services d'urgence des hôpitaux publics au niveau national. Il explique que le ministère de la Santé et de l'Enfance a analysé les données de cette base en se fondant sur les pathologies pouvant requérir une interruption de grossesse énumérées dans le cinquième rapport d'étape sur l'avortement de 2000. Les résultats présentés par le Gouvernement portent uniquement sur les grossesses extra-utérines.

Deuxièmement, le Gouvernement récuse les conclusions tirées par la troisième requérante de la combinaison des observations du juge McCarthy dans l'affaire *X* (paragraphe 44 ci-dessus) et de l'arrêt *Tysiác* (précité). Le juge McCarthy n'aurait pas dit que l'article 40.3.3 avait besoin d'une loi

pour pouvoir être mis en œuvre; il aurait déclaré que les tribunaux avaient l'obligation d'interpréter et d'appliquer cette disposition.

Troisièmement, la Cour aurait estimé dans l'affaire *Open Door* que l'article 40.3.3 était suffisamment clair et précis pour que la restriction litigieuse pût être considérée comme prévue par la loi, et elle pourrait donc difficilement conclure à présent que ledit article n'est pas suffisamment clair et précis quant à l'autorisation de l'avortement, alors qu'il s'agit de l'objet même de cette disposition constitutionnelle.

Quatrièmement, le Gouvernement établit une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Tysiqc*, expliquant qu'il ressort du contexte de celle-ci que les médecins polonais n'appliquaient pas les procédures, ce qui ne pourrait être soutenu en l'espèce. Il y aurait de plus un fort contraste entre l'abondance des données médicales soumises à la Cour dans l'affaire *Tysiqc* (notamment quant au risque posé par la grossesse pour la santé de l'intéressée) et la non-production par la troisième requérante en l'espèce du moindre élément démontrant que son état emportait un risque pour sa vie. En outre, le Gouvernement conteste l'idée que la situation des patientes et des médecins serait améliorée par une procédure d'attestation telle que celle qui a cours en Pologne. Il ajoute que dans l'affaire *Tysiqc* la Cour a conclu qu'un Etat ne devait pas concevoir son cadre légal d'une manière limitant dans la réalité la possibilité de bénéficier d'un avortement légal et qu'il devait garantir à la femme enceinte la possibilité de voir son avis pris en compte; or la troisième requérante n'aurait pas démontré avoir envisagé une quelconque démarche juridique. Enfin, le Gouvernement conteste l'affirmation selon laquelle l'effet dissuasif allégué des sanctions pénales prévues par le droit irlandais ferait obstacle à l'obtention d'un avortement en Irlande: de mémoire d'homme, jamais aucun médecin n'aurait fait l'objet de poursuites pénales et, dans l'affaire *C*, la *High Court* aurait évoqué le soutien des médecins à *C* et souligné que le corps médical assumait pleinement les obligations lui incombant en vertu de la loi; dès lors, toute allégation contraire serait grave et infondée.

190. Enfin, le Gouvernement souligne ce qu'il estime être une polarité frappante des observations des tierces parties, reflet selon lui de la diversité des opinions et approches quant à la question de l'avortement au sein des Etats contractants.

191. Le Gouvernement conclut que, dans les circonstances, l'argument des requérantes tenant au caractère disproportionné que revêtirait l'article 40.3.3 est dénué de tout fondement. Il estime que la Cour devrait s'abstenir de procéder à une mise en balance des intérêts en présence, l'équilibre ménagé au niveau national étant le résultat d'un processus long, complexe et délicat, en rapport avec lequel il y aurait lieu de reconnaître à l'Etat

une ample marge d'appréciation, la matière ne faisant à l'évidence l'objet d'aucun consensus parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe.

### **C. Les observations présentées à la chambre par le gouvernement lituanien**

192. La troisième requérante étant de nationalité lituanienne, le gouvernement lituanien avait soumis des observations (résumées ci-dessous) à la chambre; il n'a en revanche pas présenté d'observations, ni orales ni écrites, à la Grande Chambre.

193. Dans ses observations à la chambre, il passait en revue la jurisprudence des organes de la Convention concernant l'applicabilité de l'article 2 au fœtus, la compatibilité avec l'article 8 de restrictions à l'avortement et la conformité à l'article 10 de restrictions à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations sur l'avortement. Il soulignait que les organes de la Convention n'avaient jamais eu l'occasion, avant les présentes affaires, de préciser comment certains principes généraux consacrés par la Convention devaient s'appliquer concernant la question du degré minimum de protection à accorder à une femme souhaitant interrompre sa grossesse, eu égard au droit du fœtus à être protégé. Selon lui, pareille clarification par la Cour revêtirait une grande importance pour tous les Etats contractants.

194. Le gouvernement lituanien expliquait que la situation avait considérablement évolué depuis les premières décisions de la Commission. Il se référait en particulier à la Résolution 1607 de l'APCE, adoptée pour répondre au besoin perçu de définir en Europe des normes relativement aux droits des femmes souhaitant interrompre leur grossesse. Il indiquait que le rapport explicatif annexé à cette résolution énonçait qu'un avortement à la demande était, du moins en théorie, possible dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, sauf en Andorre, en Irlande, à Malte, à Monaco et en Pologne, et relevait des points communs et des différences quant à la question de l'avortement dans ces Etats. Il ajoutait que la situation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe lui paraissait très diverse, que la question était sensible, qu'elle faisait toujours l'objet de nombreux débats dans ces Etats et qu'elle mettait souvent au jour des positions morales antagonistes. D'après lui, il demeurerait impossible de dégager une conception uniforme de la morale au niveau européen.

195. En conséquence, le gouvernement lituanien concluait qu'il était de la plus haute importance que la Cour s'exprime sur la question du niveau minimum de protection auquel la femme désireuse d'avorter peut prétendre face à son enfant à naître.

## D. Les observations des tierces parties

1. *Les observations communes du Centre européen pour le droit et la justice, de Kathy Sinnott (députée européenne), du Centre de recherches en matière familiale (Washington D.C.) et de l'Association pour la protection des enfants à naître (Londres)*

196. Ces tierces parties se décrivent comme des personnes et organismes qui se consacrent à la défense du caractère sacré de la vie humaine.

197. Elles estiment qu'au regard de l'article 2 de la Convention l'Irlande a le droit souverain de déterminer à quel moment la vie commence et quelles sont les garanties qu'il convient de mettre en place pour protéger le droit à la vie, supérieur à tous les autres droits. A la base du régime de l'avortement en Irlande se trouveraient les notions de plénitude et d'égalité des droits à la vie de la mère et de l'enfant à naître. Ce serait par rapport au droit suprême à la vie de l'enfant à naître qu'il faudrait mesurer les droits moindres de la mère à la vie privée et à l'intégrité physique. La primauté du droit à la vie tiendrait au fait que l'individu est à la base de l'Etat, et les droits personnels n'existeraient qu'en raison du fait qu'un être humain existe depuis la conception. Cette primauté serait reconnue par de nombreux instruments internationaux. Le principe du respect de la souveraineté des Etats serait à la base même des droits garantis par la Convention, puisque ceux-ci découleraient des obligations d'un traité. Reconnaître un droit à l'avortement reviendrait à créer dans le champ de la Convention un droit jamais accepté par l'Irlande. La position irlandaise mériterait un respect tout particulier, eu égard à sa longévité et à sa constance malgré de nombreuses oppositions au niveau interne, et compte tenu de son inscription dans la Constitution, qui aurait été ratifiée par l'écrasante majorité du peuple irlandais. Le gouvernement irlandais se serait toujours fermement engagé à ce que sa participation à l'union politique européenne n'ait pas de conséquence sur l'article 40.3.3 de la Constitution.

198. Les organes de la Convention auraient admis que l'article 2 laisse aux Etats le choix de protéger l'enfant à naître (*H. c. Norvège* (déc.), n° 17004/90, 19 mai 1992). L'arrêt *Vo* précité aurait confirmé que l'enfant à naître appartenait à la race humaine et qu'il convenait de laisser aux Etats la plus grande marge d'appréciation pour déterminer l'étendue de sa protection. Le droit irlandais applicable en la matière aurait simplement mis en place un degré supérieur de protection, y compris de la vie, possibilité prévue à l'article 53 de la Convention. L'avortement étant légal en Irlande en cas de risque pour la vie de la femme enceinte, on ne pourrait rien reprocher au gouvernement irlandais du point de vue de ses obligations positives au regard

de l'article 2 de la Convention. De même, l'article 2 ne comporterait aucun aspect négatif exigeant de l'Etat qu'il sacrifie la vie de l'enfant à naître pour protéger la vie de la femme. Interpréter l'article 2 de la sorte équivaudrait à limiter le droit à la vie en interdisant aux Etats de reconnaître ce droit à l'enfant à naître, et donc à créer un droit de tuer. La portée de l'article 2 ne pourrait être étendue jusque-là (*Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, CEDH 2002-III).

199. De même que l'article 2 ne consacrerait pas un droit à l'avortement, les restrictions à l'avortement décidées par l'Etat irlandais ne pourraient passer pour porter indûment atteinte aux droits découlant pour les femmes de l'article 8. Le droit des femmes à la vie privée et à l'intégrité physique dans le domaine de la grossesse ne serait pas absolu, et la grossesse ne serait pas une question purement privée: il conviendrait de l'analyser à la lumière des droits de l'enfant à naître et du droit pour l'Etat de choisir le moment où la vie commence. En tout état de cause, les restrictions litigieuses seraient « prévues par la loi ». Elles seraient précises dans leur formulation, clairement définies dans la jurisprudence (notamment dans l'affaire *X*), codifiées dans les lignes directrices émises par l'Ordre des médecins et uniformes dans leur application. A cet égard, il serait légitime de s'en remettre au jugement des médecins. Les restrictions seraient également « proportionnées », eu égard au droit suprême à la vie de l'enfant à naître. En protégeant tout autant le droit à la vie de la mère que celui du fœtus, l'Irlande aurait adopté une position équilibrée, dont la reconnaissance ferait passer au second plan tout conflit allégué avec le droit de la femme concernée à la santé, à la vie privée et à l'intégrité physique. En fait, les restrictions protégeraient aussi les femmes: la sélection des fœtus de sexe féminin pour l'avortement serait évitée, le taux de mortalité maternelle en Irlande serait le plus bas d'Europe, et l'avortement aurait des effets négatifs sur la santé des femmes, sur leur vie (le taux de mortalité après avortement étant plus élevé que le taux de mortalité après accouchement) et sur les grossesses futures. Le droit à la vie de l'enfant à naître primerait toute préoccupation financière de la mère.

200. La possibilité pour les femmes irlandaises d'aller avorter à l'étranger n'entamerait en rien la légitimité des lois irlandaises sur l'avortement: cette exception aurait été imposée en vertu de la liberté de circulation consacrée par le droit communautaire et elle ne pourrait être prétexte à justifier une exception encore plus large aux restrictions.

201. Il n'existerait pas de consensus universel tendant à la reconnaissance d'un droit à l'avortement dans le droit international. Au contraire, certains instruments internationaux et soixante-huit pays prohiberaient totalement l'avortement ou ne l'autoriseraient que dans les cas où il s'agit de sauver la vie de la mère.



## 2. *Les observations de Pro-Life Campaign (« le PLC »)*

202. Le PLC se présente comme une organisation non gouvernementale qui préconise une éducation valorisant la vie et défend la vie humaine depuis la conception.

203. Il souligne que la protection de la vie de l'enfant à naître occupe une place centrale dans l'architecture constitutionnelle des droits fondamentaux. La protection des droits fondamentaux par le biais de la jurisprudence constitutionnelle serait une longue, fière et louable tradition, qui expliquerait le caractère exemplaire, par rapport à celui d'autres Etats contractants, du bilan de l'Irlande devant la Cour.

204. La protection constitutionnelle de l'enfant à naître ne pourrait être restreinte que dans les circonstances limitées définies dans l'affaire *X*, l'avortement étant en pareil cas légal en Irlande. Des informations sur les services d'avortement situés hors de l'Etat seraient disponibles (loi de 1995) et, d'une manière générale, personne ne subirait de restrictions à sa liberté de circulation. Les lignes directrices édictées par l'Ordre des médecins énonceraient clairement que les médecins ne peuvent refuser de traiter un patient pour des motifs de réprobation morale.

205. Les juridictions irlandaises tiendraient dûment compte de toute décision ou arrêt de la Cour mais, malgré l'intégration de la Convention dans le droit irlandais par la loi de 2003, la Constitution demeurerait la principale source de droit de l'Etat, de sorte que des arguments fondés sur la Convention ne sauraient prévaloir sur des lois par ailleurs conformes à la Constitution. Les Etats contractants disposeraient d'une marge d'appréciation pour mettre en œuvre la Convention, les autorités nationales étant en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer certains impératifs et situations au niveau local. Toute question concernant la mesure dans laquelle la Convention complète, enrichit ou approfondit des droits existants devrait d'abord être examinée par les tribunaux nationaux avant d'être soumise à la Cour.

## 3. *Les observations communes de l'association irlandaise Doctors for Choice et du BPAS*

206. Outre les observations exposées aux paragraphes 120-121 ci-dessus, les deux associations présentent les chiffres suivants, publiés par le ministère britannique de la Santé (données extraites du rapport n° 19 de la CPA), concernant le nombre annuel d'avortements de femmes irlandaises pratiqués en Angleterre et au pays de Galles : 1 573 en 1975 ; 3 320 en 1980 ; 3 888 en 1985 ; 4 064 en 1990 ; 4 532 en 1995 ; 6 391 en 2000 ; 6 673 en 2001 ; 6 522 en 2002 ; 6 320 en 2003 ; 6 217 en 2004 ; 5 585 en 2005 ; 5 042 en

2006 ; et 4 686 en 2007. Elles expliquent toutefois que certaines Irlandaises donnent une adresse au Royaume-Uni pour préserver la confidentialité de leur acte et/ou pour bénéficier de la couverture sociale britannique. Elles indiquent que la baisse du nombre d'Irlandaises qui se rendent au Royaume-Uni pour avorter peut s'expliquer par l'existence d'options plus accessibles (avortements dans d'autres pays de la zone euro ou recours plus important aux produits abortifs, en particulier à la « pilule abortive »). Elles suggèrent également que les femmes irlandaises sont statistiquement plus enclines à retarder la consultation en vue d'un avortement à l'étranger ; elles considèrent par ailleurs que rien ne prouve que l'interdiction de l'avortement dans un pays fasse véritablement baisser le taux d'avortement dès lors que d'autres moyens sont disponibles.

207. Les professionnels de santé irlandais se trouveraient dans une situation ambiguë, et ils seraient dans l'incapacité de fournir des soins et services médicaux adéquats. Tout médecin conseillant une patiente sur les options en matière d'avortement encourrait des sanctions pénales, d'une part, et devrait faire face à une absence de directives juridiques, éthiques ou médicales, d'autre part. Les lignes directrices de l'Ordre des médecins ne seraient d'aucune utilité. Les deux associations n'auraient connaissance d'aucun cas où un avortement destiné à sauver la vie de la femme enceinte aurait été pratiqué en Irlande. Les médecins irlandais ne recevraient aucune formation sur les techniques d'avortement, et ils ne seraient donc pas en mesure de pratiquer des avortements ou de fournir des soins post-avortement adéquats.

*4. Les observations communes du Centre pour les droits reproductifs et du Programme international sur les droits en matière de santé génésique et sexuelle*

208. Ces tierces parties allèguent principalement que le droit international en matière de droits fondamentaux et les standards résultant du droit comparé devraient éclairer l'examen de la Cour, et que les restrictions à l'avortement en Irlande sont incompatibles avec ce droit et ces standards, ce pour deux raisons.

209. Premièrement, les deux associations soutiennent que dénier à une femme la possibilité d'avorter légalement en vue de protéger sa santé physique et mentale est incompatible avec les normes du droit international et les standards résultant du droit comparé en la matière. Quant au droit international, les organes des Nations unies chargés de la surveillance des droits fondamentaux (notamment le Comité des droits de l'homme et le CEDAW) interpréteraient les droits fondamentaux à la vie, à la santé et à la non-discrimination, ainsi que le droit à ne pas subir des traitements ou

peines inhumains ou dégradants, comme autorisant l'avortement lorsque pareille intervention est nécessaire pour préserver la santé d'une femme. Ces organes conseilleraient de manière constante aux Etats de modifier leurs lois qui interdiraient l'avortement sans exception ou qui n'autoriseraient l'avortement que dans les cas où il s'agirait de protéger la vie de la mère. Quant aux tendances se dégageant du droit comparé, des lois autorisant l'avortement en vue de préserver la vie de la mère seraient en vigueur dans les quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe sauf quatre, et quarante d'entre eux autoriseraient l'avortement pour des raisons socioéconomiques plus larges ou à la demande de la femme enceinte, dans la limite de certains délais maximums. Les juridictions constitutionnelles en Europe, s'appuyant sur les droits des femmes à la santé physique et mentale et à l'autonomie personnelle, valideraient des exceptions fondées sur des motifs de santé aux restrictions à l'avortement.

Les parties allèguent par ailleurs que ni le droit international ni les standards résultant du droit comparé ne permettent d'opérer une distinction entre le droit à la vie et le droit à la santé en matière de réglementation de l'avortement. Un principe de base du droit international des droits fondamentaux voudrait qu'aucune hiérarchie formelle ne puisse être établie entre la vie et la santé en tant que droits méritant la protection de l'Etat, de sorte qu'une loi autorisant l'avortement destiné à protéger la vie, mais pas l'avortement destiné à protéger la santé, ne serait pas acceptable. Le droit international en matière de droits fondamentaux refléterait également l'idée que, en matière d'avortement, la protection de la vie est pratiquement indissociable de la protection de la santé. Une étude comparative révélerait que tous les Etats membres du Conseil de l'Europe autorisant l'avortement destiné à préserver la vie l'autorisent également dans un but de protection de la santé, sauf l'Irlande. Cela attesterait que, dans un contexte médical, l'établissement de distinctions entre la protection de la vie et celle de la santé n'a guère de sens.

210. Deuxièmement, il ressortirait du droit international et des données du droit comparé que l'Etat doit chercher à protéger la vie prénatale par des moyens proportionnés tenant dûment compte des droits des femmes enceintes. Dès lors, les lois pénales restrictives en matière d'avortement et l'imposition de lourdes peines constitueraient un fardeau excessivement pénible pour les femmes concernées et les médecins qui pratiquent des interruptions de grossesse. Les organes des Nations unies chargés de la surveillance du respect des droits fondamentaux appelleraient constamment les Etats à modifier et/ou abroger les lois érigeant l'avortement en infraction, de manière à permettre aux femmes d'avorter en toute légalité. D'après ces organes, les lois pénales auraient pour effet de restreindre l'accès non pas

à l'avortement en général, mais à l'avortement *en toute sécurité*. Certains d'entre eux considéreraient que les restrictions pénales à l'avortement sont discriminatoires. Quant aux données du droit comparé, les deux associations indiquent que, si la plupart des Etats membres contrôlent l'avortement par des lois pénales, la majorité d'entre eux ne prévoient pas de sanctions pénales pour les femmes, mettent en place des peines modérées et autorisent l'avortement dans un large éventail de circonstances. De par ses dispositions pénales, la réglementation irlandaise en matière d'avortement est la plus sévère de toutes celles en vigueur en Europe. De même, les normes du droit international et les données du droit comparé viendraient à l'appui de l'adoption par les Etats de mesures moins restrictives, qui à la fois préserveraient l'intérêt de l'Etat à protéger la vie prénatale et garantiraient les droits des femmes. Les normes du droit international protégeraient la vie prénatale en garantissant des grossesses qui se déroulent en toute sécurité et des mesures de prévoyance, de soutien et de planning familial. La plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe seraient dotés de cadres procéduraux réglementant l'accès à l'avortement qui mettraient en balance l'intérêt de l'Etat à protéger la vie prénatale et les droits de la mère.

211. En conclusion, le degré de cohérence des standards résultant du droit international et du droit comparé décrits ci-dessus serait tel qu'il n'admettrait pas qu'une marge d'appréciation soit reconnue à l'Etat irlandais en la matière.

## **E. Appréciation de la Cour**

### *1. Applicabilité de l'article 8 aux griefs des requérantes*

212. La Cour observe que la notion de «vie privée» au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large, qui englobe notamment le droit à l'autonomie personnelle et le droit au développement personnel (*Pretty*, précité, § 61). Elle recouvre des éléments tels que, par exemple, l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle (voir, par exemple, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A n° 45, et *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 36, *Recueil* 1997-I), l'intégrité physique et morale de la personne (*Tysiác*, précité, § 107), ainsi que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent, notamment au sens génétique du terme (*Evans*, précité, § 71).

213. Se référant à la jurisprudence de l'ancienne Commission, la Cour a conclu dans des affaires précédentes que la législation relative à l'interruption de grossesse touchait au domaine de la vie privée de la femme enceinte. Elle a souligné que l'article 8 § 1 ne pouvait s'interpréter comme signifiant que

la grossesse et son interruption relèvent exclusivement de la vie privée de la future mère, la vie privée d'une femme enceinte devenant étroitement associée au fœtus qui se développe. Elle considère que le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître (*Tysiack*, précité, § 106, et *Vo*, précité, §§ 76, 80 et 82).

214. Pour la Cour, si l'article 8 ne saurait en conséquence s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement, l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé et/ou de bien-être dont se plaignent les première et deuxième requérantes, et l'impossibilité dans laquelle la troisième requérante se serait trouvée de faire établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande sont des questions qui relèvent du droit des intéressées au respect de leur vie privée, et donc de l'article 8. Sur le fond, la Cour estime devoir examiner séparément, compte tenu de leurs différences, les griefs de violation de l'article 8 des deux premières requérantes, d'une part, et de la troisième requérante, d'autre part.

215. Elle juge inutile de rechercher si l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce sous son aspect « vie familiale ».

## 2. Les première et deuxième requérantes

### a) L'article 8 de la Convention implique-t-il en l'espèce des obligations positives ou négatives ?

216. Si le respect effectif de la vie privée implique de manière inhérente des obligations positives (paragraphe 244-246 ci-dessous), la Cour estime qu'il convient d'analyser les griefs des première et deuxième requérantes sous l'angle des obligations négatives de l'Etat, les intéressées alléguant à titre principal que l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande a porté une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée. La Cour, faisant sienne la décision de l'ancienne Commission en l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* (n° 6959/75, décision de la Commission du 19 mai 1976, Décisions et rapports 5, p. 103), a précédemment indiqué que toute réglementation de l'interruption de grossesse ne constitue pas une atteinte au droit au respect de la vie privée de la mère (*Vo*, précité, § 76). Eu égard à la notion large de vie privée au sens de l'article 8, qui inclut le droit à l'autonomie personnelle et à l'intégrité physique et morale (paragraphe 212-214 ci-dessus), elle estime toutefois en l'espèce que l'impossibilité pour les première et deuxième requérantes de bénéficier d'une interruption de grossesse pour des motifs de santé et/ou de bien-être s'analyse en une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée. Partant, la question essentielle qui se pose en l'espèce consiste

à déterminer si l'interdiction litigieuse constitue une ingérence injustifiée dans les droits découlant pour les intéressées de l'article 8.

217. Ainsi que la Cour l'a relevé au paragraphe 145 ci-dessus, l'ingérence incriminée résulte des articles 58 et 59 de la loi de 1861, lus conjointement avec l'article 40.3.3 de la Constitution tel qu'interprété par la Cour suprême dans l'affaire *X*.

218. Pour déterminer si cette ingérence a emporté violation de l'article 8, la Cour doit rechercher si elle était justifiée au regard du paragraphe 2 de cet article, autrement dit si elle était « prévue par la loi » et « nécessaire, dans une société démocratique » pour atteindre l'un ou l'autre des « buts légitimes » énumérés dans ce texte.

**b) L'ingérence était-elle « prévue par la loi » ?**

219. Les requérantes admettent que la restriction en cause était prévue par la loi, et le Gouvernement indique que la Cour a conclu dans l'affaire *Open Door* précitée que la restriction découlant de l'article 40.3.3 était « prévue par la loi ».

220. La Cour observe que toute atteinte à un droit garanti par la Convention doit avoir une base en droit interne. En outre, la « loi » doit être suffisamment accessible et énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite: en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (voir, par exemple, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, §§ 86-88, série A n° 61).

221. La Cour estime que les dispositions juridiques internes dont découle l'ingérence étaient clairement accessibles. Eu égard aux paragraphes 147-149 ci-dessus, elle considère en outre qu'il était tout à fait prévisible que les première et deuxième requérantes ne pourraient pas avorter en Irlande pour des raisons de santé et/ou de bien-être.

**c) L'ingérence poursuivait-elle un but légitime ?**

222. La Cour remarque que, dans l'affaire *Open Door*, elle a conclu que la protection garantie par le droit irlandais au droit à la vie des enfants à naître reposait sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie, telles qu'elles s'étaient traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais lors du référendum de 1983. Elle a estimé que la restriction litigieuse dans cette affaire poursuivait le but légitime de protéger la morale, dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constituait un aspect. Cette jurisprudence a été confirmée dans l'affaire *Vö* précitée, où la Cour a jugé qu'il n'était ni souhaitable ni possible de répondre à la question

de savoir si l'enfant à naître était une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention, de sorte qu'un Etat pouvait tout aussi légitimement choisir de considérer l'enfant à naître comme une personne et protéger sa vie qu'adopter le point de vue opposé.

223. Les première et deuxième requérantes soutiennent toutefois que la volonté du peuple irlandais a évolué depuis le référendum de 1983, de sorte que le but légitime admis par la Cour dans l'affaire *Open Door* ne serait plus de mise aujourd'hui. A cet égard, comme la Cour l'a déjà relevé, on chercherait en vain dans les ordres juridiques et sociaux des Etats contractants une notion européenne uniforme de la morale, notamment sur la question de savoir quand la vie commence. Grâce à leurs « contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays », les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le « contenu précis des exigences de la morale » comme sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre (voir, entre autres, les arrêts *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48, série A n° 24, *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, § 35, série A n° 133, *Open Door*, précité, § 68, et *Vö*, précité, § 82).

224. La disposition constitutionnelle à l'origine de l'ingérence, à savoir l'article 40.3.3, fut adoptée par référendum à une forte majorité en 1983. Il est vrai que, depuis lors, la population irlandaise n'a plus été appelée à se prononcer par référendum sur un quelconque élargissement du droit à l'avortement en Irlande. En fait, en 1992 et en 2002, dans le cadre de deux référendums, le peuple irlandais a d'une part refusé de restreindre les motifs légaux d'avortement qui existaient jusque-là en Irlande, et a d'autre part reconnu le droit de se rendre à l'étranger pour y subir un avortement et le droit d'obtenir des informations sur cette possibilité (paragraphe 45-54 ci-dessus).

225. Cela étant, la Cour renvoie aux processus de réflexion publics qui ont précédé l'adoption du rapport du groupe d'études de 1996, du livre vert et du cinquième rapport d'étape sur l'avortement de 2000 (paragraphe 62-76 ci-dessus). Ces processus, qui ont donné lieu à une large consultation et à l'examen de nombreuses options constitutionnelles et/ou législatives, ont fait apparaître des opinions profondément divergentes et démontré la sensibilité et la complexité de la question de l'extension des motifs légaux d'avortement en Irlande. Le rejet à l'issue d'un autre référendum du Traité de Lisbonne en 2008 est également révélateur à cet égard. Si l'on ne saurait affirmer que ce rejet était entièrement dû à des préoccupations concernant la possibilité de maintenir les lois irlandaises sur l'avortement, il ressort du rapport commandé par le Gouvernement que « l'ignorance et une mauvaise compréhension de certaines questions », en

particulier de l'impact qu'aurait le Traité sur le droit irlandais en matière d'avortement, ont lourdement pesé sur ce résultat négatif. Comme pour le Traité de Maastricht en 1992, un protocole spécial fut annexé au Traité de Lisbonne qui confirmait qu'aucune disposition de celui-ci n'affecterait, en particulier, la protection constitutionnelle du droit à la vie de l'enfant à naître; un nouveau référendum fut alors organisé en 2009 qui aboutit à la ratification du Traité de Lisbonne (paragraphe 100-103).

226. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les sondages d'opinion limités sur lesquels se fondent les première et deuxième requérantes (paragraphe 82-88 et 170 ci-dessus) ne font pas suffisamment apparaître un changement d'opinion du peuple irlandais relativement aux motifs légaux d'avortement en Irlande pour invalider le point de vue soumis par l'Etat à la Cour concernant la teneur exacte des exigences de la morale en Irlande (*Handyside*, arrêt et références précités au paragraphe 223 ci-dessus). En conséquence, la Cour estime que les restrictions incriminées en l'espèce, quoique différentes de celles qui étaient en cause en l'affaire *Open Door*, sont basées sur des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie, celles-là même qui s'étaient traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais lors du référendum de 1983 et dont nul n'a démontré qu'elles auraient notablement évolué depuis lors.

227. Aussi la Cour conclut-elle que les restrictions litigieuses poursuivaient le but légitime de protéger la morale, dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande.

228. Il n'y a dès lors pas lieu de rechercher si les conceptions morales en cause se fondent sur des croyances religieuses ou autres, ou si le mot « autrui », qui figure à l'article 8 § 2, englobe l'enfant à naître (*Open Door*, précité, § 63, et *Vo*, précité, § 85). Les arguments des première et deuxième requérantes selon lesquelles les restrictions à l'avortement seraient inefficaces pour atteindre ce but et leur renvoi au point de vue moral de tel ou tel organe international seront examinés ci-dessous au regard de la nécessité de l'ingérence (*Open Door*, précité, § 77).

**d) L'ingérence était-elle « nécessaire dans une société démocratique » ?**

229. La Cour doit maintenant déterminer si la mesure litigieuse répondait à un besoin social impérieux, et en particulier si elle était « proportionnée » au but légitime poursuivi, eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu, exercice pour lequel l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (*Open Door*, précité, § 70, *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 40, CEDH 2003-III, et *Evans*, précité, § 75).

230. Partant, comme elle l'a dit au paragraphe 213 ci-dessus, la Cour doit rechercher en l'espèce si l'interdiction de l'avortement pour des raisons



de santé et/ou de bien-être en Irlande a ménagé un juste équilibre entre, d'une part, le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée au regard de l'article 8 et, d'autre part, les valeurs morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et, par conséquent, la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître.

231. La Cour estime que l'ampleur de la marge d'appréciation à accorder à l'Etat revêt une importance décisive pour l'appréciation du point de savoir si le juste équilibre requis a été atteint. Le Gouvernement soutient que, pour réglementer l'avortement, l'Etat jouit d'une latitude importante qui ne peut être circonscrite par un quelconque consensus au niveau européen ou international. Tout en reconnaissant qu'une marge d'appréciation doit être laissée à l'Etat, les première et deuxième requérantes soutiennent que le droit à la vie de l'enfant à naître ne saurait se voir attribuer une primauté telle qu'elle exclurait toute protection proportionnée des droits des femmes; elles estiment par ailleurs crucial de tenir compte du consensus en faveur d'un accès plus large à l'avortement qui leur paraît se dégager en dehors de l'Irlande.

232. La Cour observe que, pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation devant être reconnue à l'Etat dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est de façon générale restreinte (*Evans*, précité, § 77). En revanche, la marge d'appréciation sera plus ample lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur la meilleure façon de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthique délicates (*Evans*, précité, § 77, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil* 1997-II, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I, et *Christine Goodwin*, précité, § 85). Comme la Cour l'a rappelé ci-dessus, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le « contenu précis des exigences de la morale » mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre (voir l'arrêt *Handyside*, § 48, et les autres références citées au paragraphe 223 ci-dessus).

233. On ne saurait douter de l'extrême sensibilité des questions morales et éthiques soulevées par la question de l'avortement ni de l'importance de l'intérêt général en jeu. Il y a lieu par conséquent d'accorder en principe à l'Etat irlandais une ample marge d'appréciation pour déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre, d'une part, la protection de cet intérêt général, en particulier la protection en vertu du droit irlandais de la vie de l'enfant à

naître, et, d'autre part, le droit concurrent des deux premières requérantes au respect de leur vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention.

234. Reste cependant à déterminer si cette ample marge d'appréciation était réduite par l'existence d'un consensus pertinent.

Le consensus joue depuis longtemps un rôle dans le développement et l'évolution de la protection assurée par la Convention. Dès l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* (25 avril 1978, § 31, série A n° 26), la Cour avait qualifié la Convention d'« instrument vivant » à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles. Le consensus a ainsi été invoqué pour justifier une interprétation dynamique de la Convention (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 41, série A n° 31, *Dudgeon*, précité, § 60, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 102, série A n° 161, *L. et V. c. Autriche*, n°s 39392/98 et 39829/98, § 50, CEDH 2003-I, et *Christine Goodwin*, précité, § 85).

235. En l'espèce, la Cour estime qu'en réalité, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, on observe dans une majorité substantielle des Etats membres du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais. Elle relève en particulier que les première et deuxième requérantes auraient pu interrompre leur grossesse sur simple demande (sous réserve du respect de certains critères, notamment de délai maximum depuis le début de la grossesse) dans beaucoup de ces Etats. La première requérante aurait pu être autorisée à avorter pour des raisons de santé ou de bien-être dans une quarantaine d'Etats, et la deuxième requérante aurait pu obtenir un avortement en invoquant des raisons de bien-être dans quelque trente-cinq Etats membres. Seuls trois Etats sont encore plus restrictifs que l'Irlande en matière d'accès à l'avortement, puisqu'ils interdisent toute interruption de grossesse quel que soit le risque pour la vie de la femme enceinte. Certains Etats ont élargi ces dernières années les motifs légaux d'avortement (paragraphe 112 ci-dessus). L'Irlande est le seul Etat qui autorise l'avortement uniquement en cas de risque pour la vie de la future mère (y compris le risque de suicide). Eu égard à la tendance existant dans une majorité substantielle des Etats contractants, la Cour juge inutile d'examiner plus avant les tendances et opinions au niveau international, qui selon les deux premières requérantes et certaines tierces parties militent également en faveur d'un accès plus large à l'avortement.

236. Cela dit, la Cour estime que le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'Etat.

237. La Cour rappelle l'importante conclusion à laquelle elle est parvenue dans l'affaire *Vo* précitée: étant donné qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de

la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats, de sorte qu'il est impossible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention. Les droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère étant inextricablement liés (voir l'analyse de la jurisprudence issue de la Convention exposée aux paragraphes 75-80 de l'arrêt *Vo* précité), dès lors qu'on accorde aux Etats une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il faut nécessairement leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte. Il s'ensuit que, même si l'examen des législations nationales semble indiquer que la plupart des Etats contractants ont résolu le conflit entre les différents droits et intérêts en jeu dans le sens d'un élargissement des conditions d'accès à l'avortement, la Cour ne saurait considérer ce consensus comme un facteur décisif pour l'examen du point de savoir si l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande a permis de ménager un juste équilibre entre les droits et intérêts en présence, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention (*Tyrrer*, § 31, et *Vo*, § 82, tous deux précités).

238. La marge d'appréciation en cause n'est certes pas illimitée. L'interdiction dénoncée par les deux premières requérantes doit être compatible avec les obligations incombant à l'Etat en vertu de la Convention et, eu égard à la responsabilité dont l'investit l'article 19 de la Convention, la Cour doit contrôler si la mesure litigieuse atteste d'une mise en balance proportionnée des intérêts concurrents en jeu (*Open Door*, précité, § 68). Un respect inconditionnel de la protection de la vie prénatale ou l'idée que les droits de la future mère seraient de moindre envergure ne sauraient donc, au regard de la Convention, automatiquement justifier une interdiction de l'avortement fondée sur le souci de protéger la vie de l'enfant à naître. Contrairement à ce que le Gouvernement soutient en s'appuyant sur certaines déclarations internationales (paragraphe 187 ci-dessus), la réglementation du droit à l'avortement ne relève pas non plus des seuls Etats contractants. Cependant, ainsi qu'elle l'a expliqué ci-dessus, la Cour doit déterminer si l'interdiction par l'Etat irlandais de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être est compatible avec l'article 8 de la Convention en se fondant sur le critère susmentionné du juste équilibre, étant entendu qu'une ample marge d'appréciation doit être reconnue à l'Etat.

239. Le long, complexe et épineux débat mené en Irlande sur la teneur du droit national relatif à l'avortement (paragraphe 28 à 76 ci-dessus) a fait apparaître un choix : le droit irlandais interdit que soient pratiqués en Irlande des avortements motivés par des considérations de santé ou de

bien-être, mais il autorise les femmes qui, comme les première et deuxième requérantes, souhaitent avorter pour ce type de motifs (paragraphes 123-130 ci-dessus) à se rendre dans un autre Etat à cet effet.

D'une part, les treizième et quatorzième amendements à la Constitution ont levé tout obstacle juridique empêchant des femmes adultes de se rendre à l'étranger pour y subir un avortement et d'obtenir des informations en Irlande à cet égard. Des mesures législatives ont ensuite été adoptées pour assurer la diffusion d'informations et de conseils concernant, notamment, les options offertes – dont les services d'avortement disponibles à l'étranger – et le suivi médical nécessaire avant et, surtout, après une interruption de grossesse. L'importance du rôle des médecins dans la fourniture d'informations sur l'ensemble des options possibles, y compris les services d'avortement à l'étranger, et leur obligation de dispenser tous les soins médicaux nécessaires, notamment après une interruption de grossesse, sont rappelées dans les travaux et les documents de la CPA ainsi que dans les directives professionnelles à l'usage des médecins (voir, de manière générale, le paragraphe 130 ci-dessus). La Cour a conclu ci-dessus que les deux premières requérantes n'avaient pas démontré avoir manqué des informations ou des soins médicaux nécessaires en rapport avec l'interruption de leurs grossesses (paragraphes 127 et 130 ci-dessus).

D'autre part, il est vrai que le fait de se rendre à l'étranger pour y avorter a constitué une épreuve morale et physique pour les deux requérantes, et spécialement pour la première d'entre elles, qui se trouvait dans le dénuement (paragraphe 163 ci-dessus). Sans aller jusqu'à y voir un traitement relevant de l'article 3 (paragraphe 164 ci-dessus), la Cour ne sous-estime pas la gravité de l'impact produit par la restriction incriminée sur les intéressées. Il se peut même, comme celles-ci l'allèguent, que l'interdiction de l'avortement dont elles se plaignent soit dans une large mesure impuissante à protéger la vie de l'enfant à naître, eu égard au fait qu'un nombre important de femmes usent de la possibilité que leur offre le droit national de se rendre à l'étranger pour y subir un avortement interdit en Irlande. Cependant, la Cour ne se considère pas en mesure de parvenir à des conclusions plus précises à cet égard, vu la controverse autour des données statistiques produites devant elle (paragraphes 170, 183 et 206 ci-dessus).

240. C'est ce choix même que contestent les deux premières requérantes. Or c'est essentiellement pour ce choix que vaut l'ample marge d'appréciation laissée à l'Etat. La Cour estime qu'il s'agit là d'un cas de figure différent de celui de l'affaire *Open Door* précitée, qui portait sur l'interdiction de diffuser des informations sur les services d'avortement offerts à l'étranger et dans laquelle elle avait conclu que cette interdiction était inefficace pour la sauvegarde du droit à la vie puisque les femmes allaient de toute façon se

faire avorter à l'étranger (*Open Door*, § 76). De l'avis de la Cour, il convient d'établir une distinction claire entre cette interdiction et le choix plus fondamental ici en cause : celui fait par l'Irlande quant aux motifs légaux d'avortement, auquel s'applique la marge d'appréciation susmentionnée.

241. En conséquence, considérant que les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, la Cour estime qu'en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie (paragraphe 222-227) et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être sur son territoire, l'Etat irlandais n'excède pas la marge d'appréciation dont il jouit en la matière. Aussi considère-t-elle que l'interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître.

**e) Conclusion de la Cour quant aux première et deuxième requérantes**

242. La Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des première et deuxième requérantes.

*3. La troisième requérante*

243. La troisième requérante fait grief à l'Etat irlandais de ne pas avoir adopté de loi pour mettre en œuvre l'article 40.3.3 de la Constitution et, spécialement, de ne pas avoir introduit de procédure qui lui aurait permis d'établir si elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande à raison du risque pour sa vie que présentait sa grossesse.

**a) Le grief de la troisième requérante doit-il être examiné sous l'angle des obligations positives ou négatives découlant de l'article 8 de la Convention ?**

244. Si, comme la Cour l'a rappelé ci-dessus, l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut aussi imposer à l'Etat des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée (voir, par exemple, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91).

245. La Cour a conclu dans des affaires précédentes que les Etats avaient l'obligation positive de garantir à leurs citoyens le droit à un respect effectif de leur intégrité physique et morale (*Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, §§ 74-83, CEDH-2004-II, *Sentges c. Pays-Bas* (déc.), n° 27677/02, 8 juillet 2003, *Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I, *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002, et *Odièvre*, précité, § 42). De plus, une telle obligation peut impliquer la mise en place d'une

procédure effective et accessible en vue de protéger le droit à la vie privée (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 33, série A n° 32, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 101, *Recueil* 1998-III, et *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 162, CEDH 2005-X), et notamment la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures spécifiques en matière d'avortement (*Tysiác*, précité, § 110).

246. En conséquence, la Cour estime que le grief de la troisième requérante doit être analysé sous l'angle des obligations positives découlant de l'article 8. Il s'agit en particulier de déterminer si l'Etat avait l'obligation positive de mettre en place une procédure effective et accessible qui aurait permis à la requérante de faire établir si elle avait ou non le droit de se faire avorter en Irlande, préservant ainsi les intérêts de l'intéressée protégés par l'article 8 de la Convention.

**b) Principes applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un Etat**

247. Les principes applicables à l'appréciation des obligations positives de l'Etat au titre de l'article 8 sont comparables à ceux régissant l'appréciation de ses obligations négatives. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts antagoniques de l'individu concerné, les objectifs visés au paragraphe 2 de l'article 8 jouant un certain rôle (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 42, série A n° 160, et *Roche*, précité, § 157).

248. La notion de « respect » manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants (*Christine Goodwin*, précité, § 72).

Néanmoins, la Cour a jugé pertinents une série d'éléments pour l'appréciation du contenu des obligations positives incombant aux Etats. Certains de ces éléments concernent le requérant, par exemple l'importance de l'intérêt en jeu ou la mise en cause de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de sa vie privée (*X et Y c. Pays-Bas*, précité, § 27, et *Gaskin*, précité, § 49), ainsi que l'impact sur l'intéressé d'un conflit entre la réalité sociale et le droit, la cohérence des pratiques administratives et juridiques dans l'ordre interne revêtant une grande importance pour l'appréciation à effectuer sous l'angle de l'article 8 (*B. c. France*, 25 mars 1992, § 63, série A n° 232-C, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 77-78). D'autres facteurs concernent la position de l'Etat, par exemple le caractère ample et indéterminé, ou étroit et défini, de l'obligation alléguée (*Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 35,

*Recueil* 1998-1) et l'ampleur de la charge que l'obligation ferait peser sur lui (*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 43-44, série A n° 106, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 86-88).

249. Comme dans le contexte des obligations négatives, l'Etat jouit d'une certaine latitude (voir, parmi d'autres, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 49, série A n° 290). Si l'Etat jouit d'une ample marge d'appréciation pour définir les circonstances dans lesquelles il autorise l'avortement (paragraphe 231-238 ci-dessus), une fois la décision prise, le cadre juridique correspondant doit « présenter une certaine cohérence et permettre de prendre en compte les différents intérêts légitimes en jeu de manière adéquate et conformément aux obligations découlant de la Convention » (*S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00, § 74, 1<sup>er</sup> avril 2010).

### c) Application des principes généraux à l'affaire de la troisième requérante

250. La troisième requérante était atteinte d'une forme rare de cancer. La découverte de sa grossesse lui fit craindre pour sa vie, car elle pensait que son état augmentait le risque d'une récurrence et qu'elle ne pourrait pas bénéficier en Irlande d'un traitement pour son cancer si elle était enceinte (paragraphe 125 ci-dessus). Aux yeux de la Cour, la possibilité pour l'intéressée d'établir que sa grossesse lui faisait courir un risque pour sa vie touchait manifestement à des valeurs fondamentales et à des aspects essentiels de son droit au respect de sa vie privée (*X et Y c. Pays-Bas*, précité, § 27). Contrairement au Gouvernement, la Cour estime que la requérante n'a pas à apporter d'autres éléments en vue de démontrer la réalité du risque médical allégué, son grief tenant justement à l'absence au niveau national d'un quelconque mécanisme qui lui eût permis d'établir ce risque de manière effective.

251. Le Gouvernement soutient quant à lui qu'il existait des procédures effectives et accessibles au travers desquelles une femme pouvait obtenir une décision sur le point de savoir si elle remplissait les conditions requises pour avorter légalement en Irlande.

252. La Cour examinera tout d'abord la seule voie non juridictionnelle invoquée à cet égard par le Gouvernement, à savoir le processus ordinaire de consultation médicale entre une femme et son médecin.

253. Elle doute toutefois quelque peu que cette voie se fût avérée effective si la troisième requérante avait tenté de l'emprunter pour faire établir un droit, dans son cas, à obtenir un avortement en Irlande.

Elle note d'abord que le seul motif pour lequel une femme peut avorter sans enfreindre la loi en Irlande est libellé en des termes généraux : l'article 40.3.3, tel qu'interprété par la Cour suprême dans l'affaire *X*, prévoit qu'il est possible de subir un avortement en Irlande s'il est établi

selon le critère de probabilité qu'il existe un risque réel et sérieux pour la vie (et pas seulement pour la santé) de la mère, y compris s'il s'agit d'un risque de suicide, qui ne peut être évité que par l'interruption de la grossesse (affaire *X*, paragraphes 39-44 ci-dessus). S'il n'est pas inhabituel qu'une disposition constitutionnelle revête un caractère aussi général, il demeure que le droit irlandais n'a jamais par la suite ni par la voie législative, ni au travers de la jurisprudence, ni autrement, défini des critères ou procédures qui auraient permis de mesurer ou d'établir ce risque; il a ainsi laissé planer de l'incertitude sur la façon précise dont l'article 40.3.3 de la Constitution devait s'appliquer. En fait, alors que cette disposition (telle qu'interprétée par la Cour suprême dans l'affaire *X*) était censée nuancer les articles 58 et 59 de l'ancienne loi de 1861 (paragraphe 145 ci-dessus), il n'a jamais été procédé à la modification de ceux-ci, de sorte qu'*a priori* l'interdiction absolue de l'avortement, assortie des sévères sanctions pénales qu'ils prévoient, demeure en vigueur, ce qui ajoute à l'incertitude que doit affronter une femme désireuse d'avorter légalement en Irlande.

De plus, que les directives professionnelles à l'usage des médecins irlandais permettent ou non de préciser, comme le soutient le Gouvernement, les conditions dans lesquelles un avortement peut être légalement obtenu en Irlande en vertu du droit général consacré par l'article 40.3.3 (voir également l'arrêt de la *High Court* en l'affaire *MR v. TR and Others*, paragraphe 97 ci-dessus), elles ne définissent absolument pas les critères selon lesquels les médecins sont censés apprécier ce risque. La Cour ne peut suivre le Gouvernement lorsqu'il affirme qu'il est possible de voir dans les observations formulées oralement devant la commission constitutionnelle ou dans les lignes directrices en matière d'obstétrique sur les grossesses extra-utérines établies dans un autre Etat une clarification pertinente du droit irlandais. Quoi qu'il en soit, la troisième requérante ne présentait aucun des trois états dont il était admis dans lesdites observations orales qu'ils appelaient une intervention médicale en vue de sauver la vie de la mère (pré-éclampsie, cancer du col de l'utérus et grossesse extra-utérine).

En outre, il n'existe aucun cadre qui permettrait d'examiner les divergences d'opinion entre une femme et son médecin ou entre les différents médecins consultés, ou des hésitations bien naturelles de la part d'une femme ou d'un médecin, et de parvenir à cet égard à une décision établissant sur le plan juridique s'il ressort d'une situation particulière qu'une femme est exposée à un risque pour sa vie tel qu'il convient de l'autoriser à subir un avortement en Irlande.

254. Dans ce contexte de forte incertitude, la Cour juge évident que les dispositions pénales de la loi de 1861 constituent lors du processus de consultation médicale un fort élément dissuasif tant pour les femmes



que pour les médecins, indépendamment de la question de savoir si, dans les faits, des poursuites ont jamais été engagées en vertu de cette loi. A supposer que la troisième requérante et ses médecins eussent pris, au cours de la consultation médicale, la décision de faire pratiquer un avortement en Irlande sur la base d'un risque pour la vie de l'intéressée, ils auraient encouru une condamnation pénale sévère et une peine d'emprisonnement dans le cas où la décision aurait été ultérieurement jugée contraire à l'article 40.3.3 de la Constitution. Les médecins se seraient également exposés à une procédure disciplinaire et à de graves sanctions. Le Gouvernement n'a pas indiqué si un médecin a jamais fait l'objet de poursuites disciplinaires à cet égard. Le rapport du groupe d'études de 1996, le livre vert de 1999 et le cinquième rapport d'étape de 2000 sur l'avortement font tous état de préoccupations quant au défaut de protection juridique du personnel médical. La Cour ajoute que les médecins auxquels s'adressent des femmes telles que la troisième requérante ne se trouvent pas dans la même situation que ceux qui, dans l'affaire *A et B v. Eastern Health Board, Judge Mary Fahy and C, and the Attorney General* (partie associée à la procédure) (*Irish Reports* 1998, vol. 1, p. 464, ci-après) (« l'affaire C ») invoquée par le Gouvernement, avaient dû donner un avis concernant la victime d'un viol qui risquait de se suicider, situation qui relevait manifestement d'une application des critères définis dans l'affaire X.

255. En conséquence, et compte tenu également de l'arrêt prononcé par le juge McCarthy en l'affaire X (paragraphe 44 ci-dessus), la Cour estime que le processus ordinaire de consultation médicale ne peut être considéré comme une voie permettant effectivement de déterminer si un avortement peut être pratiqué légalement en Irlande en raison d'un risque pour la vie de la femme concernée.

256. Deuxièmement, le Gouvernement considère que l'existence de procédures judiciaires était de nature à permettre la sauvegarde des intérêts de la troisième requérante; il plaide à cet égard le non-épuisement par l'intéressée des voies de recours internes, exception qui a été jointe au fond du présent grief (paragraphe 155 ci-dessus). Il soutient que la requérante aurait pu engager une action constitutionnelle pour faire établir si elle avait ou non le droit d'avorter en Irlande, et obtenir, le cas échéant, une ordonnance enjoignant aux médecins de mettre fin à sa grossesse. Il ajoute que, pour autant que l'intéressée allègue que la loi de 1861 a un effet dissuasif sur les médecins, pareille action lui aurait par ailleurs permis de faire établir si cette loi portait atteinte à ses droits constitutionnels et, dans l'affirmative, d'obtenir une ordonnance écartant les dispositions incriminées.

257. Pour les raisons énoncées ci-dessous, la Cour estime toutefois qu'une telle procédure n'aurait pas constitué pour la troisième requérante un moyen effectif de protéger son droit au respect de sa vie privée.

258. Pour la Cour, les juridictions constitutionnelles ne fournissent pas le meilleur cadre pour déterminer si une femme remplit les conditions pour avorter légalement dans un Etat. Leur confier cette tâche reviendrait en effet à exiger d'elles de définir au cas par cas les critères légaux permettant de mesurer le risque pour la vie d'une femme et, en outre, de déterminer dans chaque cas d'espèce, preuves – surtout médicales – à l'appui, si l'intéressée a établi courir un risque de nature à lui permettre d'avorter légalement en Irlande. Or les juridictions nationales elles-mêmes considèrent que cette fonction ne doit pas leur incomber. Contrairement à ce que soutient le Gouvernement, le juge McCarthy, dans l'affaire *X*, avait expressément renvoyé à de précédentes décisions judiciaires dans lesquelles les juges avaient regretté qu'une loi n'eût pas été adoptée pour mettre en œuvre l'article 40.3.3, ajoutant que, si ce vide législatif n'empêchait en rien les tribunaux d'exercer leurs fonctions, il était raisonnable de considérer que le peuple, en adoptant le huitième amendement, était en droit de penser qu'une législation serait introduite pour réglementer la façon de concilier le droit à la vie de l'enfant à naître et celui de la mère. De l'avis du juge McCarthy, la non-adoption par le législateur d'une législation appropriée n'était plus seulement malheureuse mais « inexcusable » (paragraphe 44 ci-dessus). La *High Court*, dans l'affaire *C* (paragraphe 95-96 ci-dessus), avait, de manière plus succincte, évoqué la même question, déclarant qu'on aurait tort de vouloir faire d'elle une sorte « d'instance d'autorisation » de l'avortement.

259. De même, on ne saurait raisonnablement exiger d'une femme qu'elle engage une procédure constitutionnelle aussi compliquée alors qu'elle peut faire valoir au regard de la Constitution un droit incontestable à subir un avortement en cas de risque avéré pour sa vie (voir le livre vert de 1999, paragraphe 68 ci-dessus). Pour les raisons exposées au paragraphe 148 ci-dessus, la présente espèce ne peut se comparer à l'affaire *D c. Irlande*, précitée, notamment parce que la question de l'existence au bénéfice d'une femme enceinte d'un fœtus présentant une malformation létale d'un droit constitutionnel à avorter en Irlande pour ce motif était encore sans réponse.

260. En outre, on voit mal comment les tribunaux s'y prendraient pour faire exécuter une ordonnance enjoignant à un médecin d'interrompre une grossesse. Les données statistiques fournies par le Gouvernement en réponse à une question de la Cour (paragraphe 189 ci-dessus) se rapportent uniquement aux services d'urgence des hôpitaux publics et aux grossesses extra-utérines, et elles sont révélatrices de l'ignorance de l'Etat

quant au point de savoir par qui et où des avortements sont pratiqués légalement en Irlande. De même, il est difficile de voir sur quelle base une déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de la loi de 1861 aurait pu être formulée, puisque l'article 40.3.3 avait déjà apporté à celles-ci des tempéraments et que les circonstances dans lesquelles la troisième requérante demandait à subir un avortement s'inscrivaient dans les limites posées par cet article.

261. Troisièmement, les conclusions de la Cour concernant la loi de 2003 qui se trouvent exposées au paragraphe 150 ci-dessus sont également applicables au cas de la troisième requérante. De plus, étant donné que le grief de l'intéressée ne porte pas sur un manque d'informations mais sur l'absence d'un processus décisionnel, il n'y a pas lieu d'examiner si elle avait à sa disposition un recours qu'elle était censée exercer à cet égard, en particulier relativement à la loi de 1995.

262. Les éléments ci-dessus permettent de distinguer l'espèce de l'affaire *Whiteside*, sur laquelle le Gouvernement s'appuie pour démontrer qu'il pouvait satisfaire à l'obligation positive lui incombant par le biais de procédures judiciaires plutôt que par la voie législative.

263. En conséquence, la Cour estime que ni le processus de consultation médicale ni les recours judiciaires invoqués par le Gouvernement ne constituaient des procédures effectives et accessibles propres à permettre à la troisième requérante de faire établir l'existence, dans son cas, d'un droit à avorter en Irlande. Partant, elle n'a pas à se prononcer sur les observations complémentaires des parties concernant les délais, la célérité, le coût et la confidentialité de ces procédures internes.

264. Pour la Cour, l'incertitude engendrée par le défaut de mise en œuvre législative de l'article 40.3.3, et plus particulièrement par l'absence de procédures effectives et accessibles qui eussent permis à la troisième requérante de faire établir l'existence, dans son cas, d'un droit à un avortement au titre de cette disposition, a donné lieu à une discordance flagrante entre le droit théorique reconnu aux femmes d'avorter en Irlande en cas de risque avéré pour leur vie et la réalité de la mise en œuvre concrète de ce droit (*Christine Goodwin*, précité, §§ 77-78, et *S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 74; voir également les observations du Commissaire aux droits de l'homme, paragraphe 109 ci-dessus).

265. Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas justifié l'absence de mise en œuvre de l'article 40.3.3, et aucune explication convaincante de cet état de fait ne ressort des rapports élaborés à la suite des processus de réflexion publics. Le rapport du groupe d'études de 1996 concluait que le droit matériel de l'avortement en Irlande était peu clair et recommandait l'adoption d'une loi d'application de l'article 40.3.3 qui prévoirait un processus d'attestation par

des médecins spécialistes et un délai pour toute interruption de grossesse considérée comme légale au regard de l'article 40.3.3. Dans la discussion de l'option consistant à introduire une telle législation, le livre vert de 1999 énonçait que cette solution présenterait plusieurs avantages: elle fournirait un cadre permettant d'apprécier la nécessité d'un avortement, au lieu de régler la question au cas par cas devant les tribunaux, avec la publicité et les débats que cela implique; elle permettrait aux femmes enceintes qui établiraient l'existence d'un risque réel et sérieux pour leur vie d'avorter en Irlande plutôt que de devoir se rendre à l'étranger dans ce but; et elle fournirait une protection juridique au personnel médical et autre impliqué dans toute interruption de grossesse pratiquée en Irlande. L'évaluation politique de ce document par la commission constitutionnelle conduisit au cinquième rapport d'étape sur l'avortement, dans lequel la commission concluait que la clarté dans les dispositions juridiques était essentielle pour donner des indications aux professionnels de la médecine, et que tout cadre juridique devait donc permettre aux médecins d'avoir recours aux meilleures pratiques médicales pour sauver la vie de la future mère.

Ainsi, malgré la reconnaissance par ces organismes de la nécessité de clarifier le droit régissant la possibilité d'avorter légalement en Irlande, un accord n'a pu se faire sur aucune proposition de réforme, aucune législation ni aucun référendum constitutionnel n'ont été proposés, et le Gouvernement a confirmé à la Cour qu'aucune réforme législative n'est envisagée pour le moment.

266. Quant à la charge qu'une mise en œuvre de l'article 40.3.3 imposerait à l'Etat, la Cour admet qu'il s'agirait là d'une tâche délicate et complexe. S'il ne lui appartient pas d'indiquer à l'Etat quels sont les moyens les plus appropriés pour se conformer à ses obligations positives (*Marckx*, précité, § 58, *Airey*, précité, § 26, et *B. c. France*, précité, § 63), elle note toutefois que, dans de nombreux Etats parties, des lois ont été adoptées qui définissent les conditions d'accès à l'avortement et mettent en place divers mécanismes procéduraux et institutionnels à cet effet (*Tysiac*, précité, § 123). Par ailleurs, on ne peut considérer que semblable mise en œuvre occasionnerait un préjudice important au peuple irlandais, puisqu'elle ne ferait que rendre effectif un droit déjà consacré, à l'issue d'un référendum, par l'article 40.3.3 de la Constitution.

#### **d) Conclusion de la Cour quant à la troisième requérante**

267. Dans ces conditions, la Cour rejette l'exception de non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement relativement à la troisième requérante. Elle conclut par ailleurs que, faute

d'avoir adopté des dispositions législatives ou réglementaires instituant une procédure accessible et effective au travers de laquelle la requérante aurait pu faire établir si elle pouvait ou non avorter en Irlande sur le fondement de l'article 40.3.3 de la Constitution, les autorités ont méconnu leur obligation positive d'assurer à l'intéressée un respect effectif de sa vie privée.

268. Dès lors, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention dans le chef de la troisième requérante

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

269. Les requérantes allèguent en outre que les restrictions et limitations litigieuses à l'avortement en Irlande revêtent un caractère discriminatoire contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8. En leur qualité de femmes, elles auraient eu à supporter, du fait de ces restrictions et limitations, une charge excessive, surtout pour la première requérante, confrontée à une situation de pauvreté. Le Gouvernement soutient que rien ne permet de considérer que le cadre juridique incriminé opère au détriment des femmes une discrimination fondée sur le sexe. Selon lui, même si pareille différence de traitement existe, elle est justifiée et proportionnée, pour les motifs développés dans le contexte de l'article 8 de la Convention. Le préjudice accru censé avoir été subi par la première requérante du fait de ses difficultés financières ne suffirait pas à fonder un grief de violation de l'article 14 de la Convention.

270. Eu égard aux observations formulées par les parties sur le terrain de l'article 8 et aux motifs ayant présidé à ses conclusions quant à cette disposition, la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner séparément les griefs des requérantes sous l'angle de l'article 14 de la Convention (*Open Door*, § 83, et *Tysiqc*, § 144, arrêts précités).

### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 8 ET 14 DE LA CONVENTION

271. Les requérantes allèguent également la violation de l'article 13, expliquant n'avoir disposé d'aucun recours interne pour faire valoir leurs griefs fondés sur les articles 8 et 14 de la Convention. Le Gouvernement soutient pour sa part que les intéressées disposaient de recours effectifs à cet égard.

272. La Cour note que l'article 13 s'applique uniquement lorsqu'une personne présente un «grief défendable» de violation d'un droit protégé

par la Convention (*Boyle et Rice*, précité, § 52); elle juge « défendables », en l'espèce, les griefs déclarés recevables sous l'angle des articles 8 et 14.

273. Les première et deuxième requérantes contestent les restrictions à l'avortement en Irlande découlant des dispositions pertinentes de la loi de 1861 lues conjointement avec l'article 40.3.3 de la Constitution. La Cour observe toutefois que l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois – à plus forte raison les dispositions de la Constitution – d'un Etat contractant comme contraires à la Convention (*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 85, série A n° 98, et *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, § 112, CEDH 2002-X).

274. La troisième requérante fait principalement grief à l'Etat irlandais de n'avoir adopté aucun texte pour mettre en œuvre l'article 40.3.3 de la Constitution, en conséquence de quoi elle n'aurait disposé d'aucune procédure effective et accessible pour faire établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande. Considérant que cette doléance recoupe pour l'essentiel les questions qui ont été examinées sous l'angle de l'article 8 de la Convention et qui ont abouti à un constat de violation de cette disposition, la Cour juge qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 13 de la Convention quant à la troisième requérante (*Tysiak*, précité, § 135).

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

275. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« [s]i la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

### A. **Domage**

276. La troisième requérante réclame une indemnité de 1 500 euros (EUR) pour les frais afférents à l'interruption de grossesse qu'elle a subie au Royaume-Uni, affirmant qu'elle ne peut en obtenir le remboursement auprès de l'Etat irlandais. Elle demande également une somme de 40 000 EUR pour dommage moral, expliquant qu'elle a été contrainte de mettre sa vie, sa santé et son bien-être en péril, et qu'elle a subi et continue de subir stigmatisation, humiliation, détresse et angoisse.

277. La Cour rappelle avoir conclu que, dans le chef de la troisième requérante, l'absence de mise en œuvre par l'Etat de l'article 40.3.3

s'analysait en un non-respect, constitutif d'une violation de l'article 8 de la Convention, du droit de l'intéressée au respect de sa vie privée.

La Cour estime toutefois qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la violation constatée et les dommages matériel et moral allégués relativement au voyage fait par l'intéressée en Angleterre pour y avorter. Tout en comprenant que la troisième requérante ait préféré la certitude des services d'avortement à l'étranger à l'incertitude d'un droit théorique à l'avortement en Irlande (paragraphe 125 ci-dessus), la Cour ne peut spéculer sur le point de savoir si l'intéressée aurait satisfait ou non aux conditions requises pour pouvoir avorter en Irlande si elle avait eu accès à un cadre procédural adéquat. Elle relève en particulier que la requérante n'a produit aucun document médical concernant sa grossesse ou les conséquences de celle-ci, ce qu'a du reste souligné le Gouvernement. Elle ne peut davantage spéculer sur les démarches que l'intéressée aurait entreprises si elle avait été jugée ne pas remplir les conditions requises. A cet égard, elle prend note des préoccupations exposées – certes sommairement – par la requérante relativement aux conséquences qu'auraient pu avoir pour le fœtus les examens qu'elle avait précédemment subis pour son cancer (*Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, § 151, CEDH 2007-I).

278. Partant, la Cour rejette la demande de satisfaction équitable de la troisième requérante pour autant qu'elle se rapporte au voyage fait par elle à l'étranger en vue d'y subir un avortement.

279. En revanche, la Cour juge évident que l'absence d'une procédure effective qui aurait permis à la requérante de faire examiner la question de savoir si elle pouvait légalement avorter en Irlande a occasionné une angoisse et des souffrances considérables à l'intéressée, celle-ci ayant dû faire face à la crainte que sa grossesse ne représentât un risque pour sa vie et à l'incertitude qui entourait la situation sur le plan juridique, tout cela dans le contexte hautement sensible du débat sur l'avortement qui était mené en Irlande. Aussi la Cour estime-t-elle que le préjudice subi par la troisième requérante ne peut être réparé par un simple constat de violation de la Convention. Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, et statuant en équité, elle accorde à l'intéressée une somme de 15 000 EUR pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû par elle à titre d'impôt sur cette somme.

## **B. Frais et dépens**

280. Les trois requérantes réclament un montant global de 50 000 EUR pour les frais qu'elles disent avoir exposés pour leur défense.

281. La Cour rappelle qu'au titre de l'article 41 de la Convention, elle rembourse les frais dont il est établi qu'ils ont été réellement exposés, qu'ils correspondaient à une nécessité et qu'ils sont d'un montant raisonnable (voir, notamment, *Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 79, CEDH 1999-II,

et *Smith et Grady c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, n<sup>os</sup> 33985/96 et 33986/96, § 28, CEDH 2000-IX). Selon l'article 60 § 2 du règlement, toute prétention présentée au titre de l'article 41 de la Convention doit être chiffrée, ventilée par rubrique et accompagnée des justificatifs nécessaires, faute de quoi la Cour peut rejeter la demande, en tout ou en partie (*Carabuella c. Roumanie*, n<sup>o</sup> 45661/99, § 179, 13 juillet 2010).

282. La Cour constate que les requérantes sollicitent une somme globale censée couvrir leurs frais à toutes les trois, que la demande n'indique pas la ventilation des frais par requérante ni les tâches censées avoir été accomplies pour chacune d'elles, et que les intéressées n'ont produit ni factures ni autres documents pour justifier le montant revendiqué.

283. Dans ces conditions, la Cour rejette la demande formulée par les requérantes de ce chef (voir, par exemple, *Cudak c. Lituanie* [GC], n<sup>o</sup> 15869/02, § 82, CEDH 2010).

### C. Intérêts moratoires

284. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes présentée par le Gouvernement en ce qui concerne les première et deuxième requérantes, et la joint au fond du grief tiré de l'article 8 pour ce qui est de la troisième requérante ;
2. *Déclare*, à l'unanimité, les griefs concernant le régime juridique de l'avortement en Irlande formulés par les requérantes sous l'angle des articles 8, 13 et 14 de la Convention recevables ;
3. *Déclare*, à la majorité, la requête irrecevable pour le surplus ;
4. *Dit*, par onze voix contre six, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention, ni de l'article 13 combiné avec l'article 8, quant aux première et deuxième requérantes ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention, et qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 13 combiné avec l'article 8, quant à la troisième requérante ;
6. *Dit*, à l'unanimité, qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8 quant aux trois requérantes ;
7. *Dit*, à l'unanimité,



- a) que l'Etat défendeur doit verser à la troisième requérante, dans les trois mois, la somme de 15 000 EUR (quinze mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, pour dommage moral;
- 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;
8. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 décembre 2010.

Johan Callewaert  
Greffier

Jean-Paul Costa  
Président

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

- opinion concordante du juge López Guerra, à laquelle se rallie le juge Casadevall;
- opinion concordante de la juge Finlay Geoghegan;
- opinion en partie dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi.

J.-P.C.  
J.C.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE LÓPEZ GUERRA,  
À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE CASADEVALL

(Traduction)

1. Je souscris aux conclusions de la Grande Chambre selon lesquelles il y a eu violation de l'article 8 de la Convention dans le chef de la troisième requérante et non-violation de cet article dans le chef des première et deuxième requérantes. Je suis cependant préoccupé par le raisonnement suivi dans les cas de ces deux dernières, dans la mesure où, à mon sens, il omet un aspect de leurs causes extrêmement pertinent pour l'application et l'interprétation futures de l'article 8 de la Convention en matière d'avortement.

2. Je ne conteste pas que les Etats jouissent au regard de l'article 8 de la Convention d'une marge d'appréciation pour régler les questions d'avortement, dans lesquelles il convient de ménager un juste équilibre entre, d'une part, la santé et le bien-être des femmes désireuses d'avorter et, d'autre part, les autres intérêts et principes que les autorités de l'Etat estiment devoir être défendus. A cet égard, le présent arrêt souligne le fait que le droit irlandais a choisi de dénier aux femmes souhaitant interrompre leur grossesse pour des raisons tenant à leur santé ou à leur bien-être la possibilité de bénéficier légalement d'un avortement en Irlande, tout en les autorisant à se rendre à l'étranger à cet effet.

3. Toutefois, si les Etats ont à cet égard une marge d'appréciation, ils ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir ou d'une liberté d'action totalement discrétionnaires, ainsi que la Cour l'a rappelé en maintes occasions. Comme l'arrêt le dit (au paragraphe 232), lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est de façon générale restreinte. A mon sens, cette considération doit s'appliquer aux circonstances de toute affaire dans laquelle une femme souhaitant bénéficier d'un avortement pour des raisons de santé ou de bien-être se heurte à une interdiction de recourir à une telle intervention. Pour déterminer si l'interdiction rentre ou non dans les limites de la marge d'appréciation reconnue à l'Etat, il faut prendre en compte au cas par cas le degré d'intensité et de gravité des risques pour sa santé ou son bien-être réellement encourus par la femme concernée.

4. L'aspect du raisonnement de l'arrêt qui me préoccupe tient précisément au fait que cet élément n'y a joué aucun rôle. L'arrêt analyse en effet *in abstracto* les règles posées par le droit irlandais et la façon dont elles cherchent à ménager un équilibre entre des intérêts opposés. En termes généraux, il énonce que «la Cour estime qu'en interdisant (...) l'avortement pour des raisons de santé et de bien-être sur son territoire, l'Etat irlandais n'excède pas

la marge d'appréciation dont il jouit en la matière» (paragraphe 241). Mais la question que soulevaient les requérantes et que la Cour avait à trancher portait sur des atteintes spécifiques à leurs droits, et non sur la compatibilité générale avec l'article 8 de la Convention des dispositions du droit irlandais en matière d'avortement. En outre, pour fonder ses conclusions, la Cour ne se réfère aucunement dans son arrêt au degré de gravité des risques, réels ou simplement perçus comme tels, pour sa santé ou son bien-être auxquels chacune des requérantes, dans sa situation particulière et spécifique, estimait avoir été confrontée.

5. Selon moi, ce degré de gravité aurait dû être considéré comme un point crucial pour trancher la cause. Eu égard à la situation particulière de chacune des deux premières requérantes et aux risques censés avoir découlé pour elles de l'impossibilité, dans leurs cas, d'avorter légalement en Irlande, j'estime que leurs causes relevaient bien de la marge d'appréciation de l'Etat irlandais en la matière ; je souscris donc à la conclusion de la Grande Chambre les concernant. Cela étant (et c'est là le point qui me paraît ne pas être traité de manière adéquate dans l'arrêt), cette conclusion devrait être comprise comme se rapportant exclusivement aux requérantes en question et comme découlant des circonstances particulières de leurs causes. On ne peut en effet exclure que, dans d'autres affaires impliquant de graves risques pour la santé ou le bien-être de la femme souhaitant interrompre sa grossesse, l'interdiction de l'avortement décidée par l'Etat puisse être considérée comme disproportionnée et comme ne correspondant pas à la marge d'appréciation des autorités nationales. En pareil cas, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention, cette disposition protégeant le droit à l'autonomie personnelle et à l'intégrité physique et morale.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE FINLAY GEOGHEGAN

*(Traduction)*

1. Je souscris à toutes les décisions énoncées dans l'arrêt de la Cour et à la majeure partie du raisonnement qui y a conduit. J'estime toutefois devoir m'exprimer sur la question de la pertinence du consensus identifié par la Cour pour la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation à accorder à l'Etat irlandais relativement au point de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts opposés en présence dans le cadre de l'examen de l'allégation des première et deuxième requérante, selon laquelle l'interdiction de l'avortement en Irlande pour des raisons de santé et de bien-être a emporté violation de l'article 8.

2. Ainsi qu'il ressort du paragraphe 230 de l'arrêt, la marge d'appréciation est évoquée dans le cadre de l'examen par la Cour de la question de savoir « si l'interdiction de l'avortement pour des raisons de santé et/ou de bien-être en Irlande a ménagé un juste équilibre entre, d'une part, le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée au regard de l'article 8 et, d'autre part, les valeurs morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et, par conséquent, la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître ».

3. Pour les mêmes motifs que ceux exposés aux paragraphes 231 à 233 de l'arrêt, je souscris à l'opinion selon laquelle « [i]l y a lieu (...) d'accorder en principe à l'Etat irlandais une ample marge d'appréciation pour déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre, d'une part, la protection de cet intérêt général, en particulier la protection en vertu du droit irlandais de la vie de l'enfant à naître, et, d'autre part, le droit concurrent des deux premières requérantes au respect de leur vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention ».

4. J'admets également qu'il s'agit ensuite, comme il est dit au paragraphe 234 de l'arrêt, de rechercher si cette ample marge d'appréciation ne se trouve pas restreinte par l'existence d'un consensus pertinent. En revanche, il me paraît que si la Cour a bien identifié un consensus, elle est restée en défaut d'examiner sa pertinence pour la délimitation de la marge d'appréciation en cause.

5. Le paragraphe 235 de l'arrêt comporte une description du consensus identifié par la Cour: « (...) on observe dans une majorité substantielle des Etats membres du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais. (...) [L]es première et deuxième requérantes auraient pu interrompre leur grossesse sur simple demande (sous réserve

du respect de certains critères, notamment de délai maximum depuis le début de la grossesse) dans beaucoup de ces Etats. La première requérante aurait pu être autorisée à avorter pour des raisons de santé ou de bien-être dans une quarantaine d'Etats, et la deuxième requérante aurait pu obtenir un avortement en invoquant des raisons de bien-être dans quelque trente-cinq Etats membres.»

6. Les éléments exposés au paragraphe 235 sont tirés des législations en matière d'avortement en vigueur dans les Etats contractants. Les éléments dont la Cour dispose n'ont trait qu'aux législations en vigueur. Ils n'évoquent ni l'existence ou l'absence d'une protection juridique ou d'un droit à la vie de l'enfant à naître, ni la perception éventuelle, dans tel ou tel Etat contractant majoritaire, d'un intérêt général, découlant de valeurs morales profondes, à protéger le droit à la vie de l'enfant à naître. En outre, et surtout, les éléments en question ne permettent pas, selon moi, de déduire que les législations en matière d'avortement en vigueur dans les Etats contractants majoritaires démontrent qu'un arbitrage a été opéré au sein de ces Etats entre les intérêts opposés ici en présence, ou qu'il existe parmi ces Etats un consensus sur une question comparable à celle à laquelle se rapporte la marge d'appréciation ici en débat, à savoir celle du juste équilibre entre la protection du droit à la vie de l'enfant à naître accordée par le droit irlandais et le droit concurrent au respect de leur vie privée que les première et deuxième requérantes puisaient dans l'article 8 de la Convention.

7. La Cour se réfère au rôle que joue le consensus depuis longtemps dans ses arrêts. Il ressort en réalité de sa jurisprudence que cette notion a été utilisée dans différents contextes et à différentes fins. Il s'agit notamment, ainsi que l'arrêt le précise, d'interpréter la Convention comme un instrument vivant, à la lumière des conditions actuelles (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 41, série A n° 31, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 60, série A n° 45, et *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 102, série A n° 161). En l'espèce, toutefois, la Cour ne se sert pas du consensus identifié par elle pour interpréter la Convention. Elle déclare en effet sans s'appuyer sur un quelconque consensus que l'article 8 ne peut s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement (paragraphe 214).

8. Il est aussi arrivé à la Cour de prendre en compte l'existence ou l'absence d'un consensus pour définir l'étendue de la marge d'appréciation à accorder aux Etats dans l'exercice de mise en balance d'intérêts concurrents ou pour déterminer si une décision particulière rentrait ou non dans la marge d'appréciation de l'Etat (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I, et *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII). Il ressort des arrêts

où la Cour a eu recours à ce type de démarche (comme aussi, implicitement, du paragraphe 232 du présent arrêt) que pour qu'un consensus puisse être jugé pertinent, il faut qu'il porte sur la question relativement à laquelle la marge d'appréciation est accordée à l'Etat. En l'espèce, cette question est celle de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée, qui leur était garanti par l'article 8, et le but légitime de la protection accordée par le droit irlandais, au nom de l'intérêt général, au droit à la vie de l'enfant à naître et aux valeurs morales profondes du peuple irlandais quant à la nature de la vie et donc à la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître. Si l'on considère la question hors du contexte de l'Irlande et de l'affaire des requérantes, le consensus, pour pouvoir être jugé pertinent, doit porter sur l'équilibre censé être ménagé entre les intérêts potentiellement concurrents que sont, d'une part, le droit des femmes au respect de leur vie privée découlant de l'article 8, et, d'autre part, la légitime protection, au nom d'un intérêt général reconnu, du droit à la vie de l'enfant à naître.

9. Je ne pense pas que la législation en matière d'avortement en vigueur dans un Etat contractant puisse être considérée comme un élément révélateur de la façon particulière dont cet Etat arbitre entre ces intérêts. Une législation peut être adoptée pour de multiples raisons. La Cour ne dispose d'aucun élément sur l'existence ou l'absence d'un intérêt général à la protection ou à la reconnaissance d'un droit à la vie de l'enfant à naître dans les Etats contractants majoritaires qui autorisent l'avortement pour des motifs plus larges qu'en Irlande. A moins que n'existe dans chacun des Etats contractants un intérêt général à la protection du droit à la vie de l'enfant à naître comparable à celui qui prévaut en Irlande, on voit mal comment les Etats contractants pourraient se livrer à un arbitrage analogue à celui effectué par l'Etat irlandais. Pour pouvoir être jugé pertinent, le consensus doit avoir trait à cet arbitrage, lequel, eu égard aux circonstances de l'espèce, dépend lui-même de la reconnaissance ou non dans chacun des Etats contractants d'un intérêt général à la protection du droit à la vie de l'enfant à naître. Or semblable intérêt dans les Etats contractants n'a pas été identifié.

10. En conséquence, il me paraît découler de la jurisprudence actuelle de la Cour que le consensus (au sens de cette jurisprudence) qui d'après l'arrêt se dégage des législations en matière d'avortement en vigueur dans une majorité d'Etats membres n'est pas pertinent et n'a donc pas la potentialité de restreindre l'étendue de la marge d'appréciation à accorder à l'Etat irlandais pour la mise en balance des intérêts opposés en jeu. Je précise que si, contrairement à l'avis que je viens d'exprimer, ce consensus doit être réputé pertinent, je souscris au raisonnement et à la conclusion de la Cour

selon lesquels il n'est pas apte à restreindre l'ample marge d'appréciation devant être accordée à l'Etat irlandais.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS,  
TULKENS, FURA, HIRVELÄ, MALINVERNI ET POALELUNGI

*(Traduction)*

1. D'accord avec la plupart des conclusions de la majorité concernant la recevabilité et le fond de cette affaire, nous ne pouvons en revanche souscrire au constat de non-violation de l'article 8 de la Convention pour les première et deuxième requérantes (A et B). En particulier, nous ne pouvons adhérer au raisonnement sur la proportionnalité de l'ingérence incriminée (paragraphe 229 et suivants) qui a conduit à ce constat.

2. Précisons d'emblée que la Cour n'était pas appelée, dans cette affaire, à résoudre la délicate question du « commencement de la vie », à laquelle elle n'a du reste pas réellement les moyens de répondre. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si, indépendamment du point de savoir quand la vie commence – avant la naissance ou après –, on peut mettre en balance, d'une part, le droit à la vie du fœtus, et, d'autre part, le droit à la vie ou le droit à l'autonomie et au développement personnels de la femme enceinte, et considérer que le premier pèse moins que les seconds. Et la réponse à cet égard semble claire: il existe indéniablement parmi les Etats européens un consensus fort – nous y reviendrons ci-dessous – pour estimer que, quelle que soit la réponse à donner à la question scientifique, religieuse ou philosophique des débuts de la vie, le droit à la vie de la femme enceinte et, dans la plupart des législations, sa santé et son bien-être priment le droit à la vie du fœtus.

Cette orientation des législations et pratiques européennes nous semble raisonnable, étant donné que les valeurs à protéger – les droits du fœtus et les droits d'une personne en vie – sont, par nature, inégaux: d'un côté, nous avons les droits d'une personne participant déjà activement à la vie sociale, et de l'autre les droits d'un fœtus, qui se trouve dans le ventre de sa mère, dont la vie n'est pas définitivement établie tant que le processus aboutissant à la naissance n'est pas achevé, et qui n'est pas encore acteur de la vie sociale. Du point de vue de la Convention, on peut également soutenir que les droits consacrés par cet instrument visent essentiellement à protéger contre des actions ou omissions de l'Etat des individus qui participent activement à la vie quotidienne ordinaire d'une société démocratique.

Aussi pensons-nous que la majorité s'est trompée en associant, au paragraphe 237 de l'arrêt, d'une part, la question du commencement de la vie (et, en conséquence, du droit à la vie) et la marge d'appréciation reconnue aux Etats à cet égard, et, d'autre part, la marge d'appréciation dont jouissent



les Etats pour déterminer le poids respectif du droit à la vie du fœtus et du droit à la vie, ou du droit à la santé et au bien-être, de la femme enceinte.

3. Quant à la manière dont la question de la proportionnalité a été traitée en l'espèce, deux éléments auraient selon nous dû être pris en compte, qui revêtaient une grande importance pour la décision sur le point de savoir si l'ingérence dans la vie privée des deux requérantes se justifiait : le premier est l'existence d'un consensus européen en faveur de l'autorisation de l'avortement ; le second tient aux sanctions que le droit irlandais attache aux avortements pour des raisons de santé et de bien-être pratiqués sur le territoire irlandais.

4. Il ressort clairement des éléments en notre possession qu'il existe un consensus couvrant une majorité substantielle des Etats membres du Conseil de l'Europe pour autoriser l'avortement « pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais » (paragraphe 235 de l'arrêt). Ainsi que la Cour le reconnaît, « les première et deuxième requérantes auraient pu interrompre leur grossesse sur simple demande (sous réserve du respect de certains critères, notamment de délai maximum depuis le début de la grossesse) dans beaucoup de ces Etats. La première requérante aurait pu être autorisée à avorter pour des raisons de santé ou de bien-être dans une quarantaine d'Etats, et la deuxième requérante aurait pu obtenir un avortement en invoquant des raisons de bien-être dans quelque trente-cinq Etats membres. Seuls trois Etats sont encore plus restrictifs que l'Irlande en matière d'accès à l'avortement, puisqu'ils interdisent toute interruption de grossesse quel que soit le risque pour la vie de la femme enceinte » (*ibidem*).

5. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que lorsque celle-ci estime qu'il existe parmi les Etats européens un consensus sur une question touchant un droit fondamental, elle conclut d'ordinaire que ce consensus restreint de manière décisive la marge d'appréciation normalement applicable dans les cas où l'existence d'un tel consensus n'est pas démontrée. Cette approche est conforme au rôle d'« harmonisation » de la jurisprudence issue de la Convention : en effet, l'une des principales fonctions de la jurisprudence est de conduire progressivement à une application harmonieuse de la protection des droits de l'homme qui transcende les frontières nationales des Etats contractants et permette aux personnes relevant de leur juridiction de bénéficier, sans discrimination, d'une protection égale quel que soit le lieu où elles résident. Ce rôle d'harmonisation a cependant des limites, dont la suivante : dans des situations où, concernant un aspect particulier de la protection des droits de l'homme, il est clair que les Etats européens s'y prennent différemment pour protéger (ou non) les individus contre telle ou telle conduite de l'Etat, et que la violation alléguée de la Convention porte sur un droit qui peut être mis en balance – conformément à la Convention –

avec d'autres droits ou intérêts qui, dans une société démocratique, méritent aussi d'être protégés, la Cour peut considérer que les Etats, eu égard à l'absence de consensus européen, ont une marge d'appréciation (qui n'est pas illimitée) pour arbitrer entre les droits et intérêts en jeu. C'est pourquoi, en pareil cas, la Cour s'abstient de jouer son rôle d'harmonisation, préférant ne pas être la première instance européenne à « légiférer » sur une question non encore tranchée au niveau européen.

6. Or, en l'occurrence, il existe bien un consensus européen – et un consensus très net. C'est sans doute l'une des rares fois dans sa jurisprudence que la Cour considère que le consensus en question ne restreint pas l'ample marge d'appréciation de l'Etat concerné. L'argument avancé par la majorité consiste à dire que la possibilité pour les requérantes, « sans enfreindre la loi, [d']aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande » suffit à justifier l'interdiction de l'avortement dans le pays pour des raisons de santé et de bien-être « sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie » (paragraphe 241 *in limine*).

7. Nous sommes en total désaccord avec cette conclusion. Indépendamment du fait, comme nous l'avons souligné ci-dessus, qu'une telle approche conduit à s'écarter du cœur de la question, qui est la mise en balance du droit à la vie du fœtus et du droit à la santé et au bien-être de la femme enceinte, et non les points de savoir quand commence la vie et de quelle marge d'appréciation les Etats disposent à cet égard, la majorité fonde son raisonnement sur deux prémisses discutables : premièrement, le fait que le droit irlandais autorise l'avortement aux femmes qui peuvent se rendre à l'étranger à cet effet suffirait à satisfaire aux exigences de la Convention concernant le droit des requérantes au respect de leur vie privée ; et, deuxièmement, le fait que les Irlandais ont des valeurs morales profondes quant à la nature de la vie aurait un impact sur le consensus européen et prendrait le pas sur lui, ce qui conférerait à l'Etat une ample marge d'appréciation.

8. En ce qui concerne la première des deux prémisses, l'argument de la majorité paraît tourner en rond. Les griefs des requérantes tiennent en effet à l'impossibilité pour elles de bénéficier d'un avortement dans le pays où elles résident, et elles estiment, avec raison, que se rendre à l'étranger pour se faire avorter emporte non seulement des frais élevés mais aussi un certain nombre de difficultés pratiques, bien décrites dans leurs observations. Dès lors, la position adoptée par la Cour à cet égard laisse sans réponse la vraie question, qui est celle de l'ingérence injustifiée dans la vie privée des requérantes ayant résulté de l'interdiction de l'avortement en Irlande.

9. Quant à la seconde prémisse, c'est la première fois que la Cour fait fi de l'existence d'un consensus européen au nom de «valeurs morales profondes». A supposer même que ces valeurs morales profondes soient toujours enracinées dans la conscience de la majorité des Irlandais, considérer qu'elles peuvent prendre le pas sur le consensus européen, dont l'orientation est complètement différente, constitue un véritable tournant, dangereux, dans la jurisprudence de la Cour. Une jurisprudence qui, jusqu'à présent, ne distinguait pas entre les croyances morales et les autres pour la détermination de la marge d'appréciation à accorder aux Etats dans des situations où il existe un consensus européen.

10. Un mot, enfin, des sanctions pouvant être infligées pour les avortements pratiqués en Irlande dans des situations ne rentrant pas dans les limites fixées par le droit (les juges) irlandais. Bien que les requérantes n'aient pas elles-mêmes subi les sévères sanctions prévues par le droit irlandais (puisqu'elles sont allées avorter à l'étranger), il n'en reste pas moins que la rigueur de ce droit (relativement archaïque) est frappante ; cela aussi aurait pu entrer en ligne de compte dans le cadre de l'application du critère de proportionnalité en l'espèce.

11. Il résulte clairement de l'analyse qui précède que, dans les circonstances de l'espèce, il y a eu violation de l'article 8 dans le chef des deux premières requérantes.



O'DONOGHUE AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM  
*(Application no. 34848/07)*

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 14 DECEMBER 2010<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Requirement of certificate of approval for immigrants wishing to marry other than in the Church of England****Article 12**

*Right to marry – Requirement of certificate of approval for immigrants wishing to marry other than in the Church of England – Decision as to approval not based solely on genuineness of proposed marriage – Blanket prohibition on right of certain categories of person to marry – Fee levels prohibitive for persons subject to immigration control – Impairment of essence of right*

**Article 14 in conjunction with Article 12**

*Discrimination – Religion – Difference in treatment – Requirement of certificate of approval for immigrants wishing to marry other than in the Church of England – Absence of objective and reasonable justification*

**Article 14 in conjunction with Article 9**

*Discrimination – Religion – Difference in treatment – Requirement of certificate of approval for immigrants wishing to marry other than in the Church of England – Absence of objective and reasonable justification*

\*

\* \*

Under section 19 of the Asylum and Immigration Act 2004, persons subject to immigration control who wished to get married but were not willing or able to do so in the Church of England had to apply to the Secretary of State for permission in the form of a certificate of approval, for which a fee was payable. There was no exemption or possibility of waiver or reduction of this fee, which at the material time was 295 pounds sterling (GBP) (about 330 euros). Under the first version of the scheme – introduced in 2005 – in order to qualify for a certificate of approval applicants had to have been granted leave to enter or remain in the United Kingdom for a period of more than six months and have at least three months of that leave remaining at the time of making the application. The scheme was subsequently

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

amended twice with eligibility for a certificate of approval being extended firstly to applicants who had insufficient leave to enter or remain and then to those who had no leave to enter or remain. Under these new second and third versions of the scheme, applicants could be asked to submit information to show that the proposed marriage was genuine.

The second applicant, a Nigerian national, arrived in Northern Ireland in 2004 where he met the first applicant, to whom he proposed in May 2006. The couple did not seek to marry in the Church of England as they were practising Roman Catholics and, in any event, there was no Church of England in Northern Ireland. They therefore required a certificate of approval. However, as an asylum-seeker the second applicant did not become eligible to apply for a certificate until the third version of the scheme came into effect in June 2007. In July 2007 the first and second applicants applied for a certificate and requested exemption from the fee on the grounds that the first applicant was dependent on State benefits and the second applicant was not permitted to work under the terms of his temporary admission to the United Kingdom, but their application was rejected for failure to pay the fee. Ultimately, a certificate of approval was granted in July 2008 after they succeeded in raising the sum payable with help from friends.

*Held*

(1) Article 12: Though not inherently objectionable, the requirement for persons subject to immigration control to submit an application for a certificate of approval before being permitted to marry in the United Kingdom gave rise to a number of grave concerns.

Firstly, the decision whether or not to grant a certificate of approval was not based solely on the genuineness of the proposed marriage. The first version of the scheme did not provide for or envisage any investigation of that issue as the decision whether or not to grant a certificate was based solely on whether the applicant had sufficient leave; the second and third versions provided that persons with insufficient or no valid leave to remain could be required to submit information concerning the genuineness of their relationship. In contrast, under all three versions of the scheme applicants with “sufficient” leave to remain qualified for certificates of approval without any apparent requirement that they submit information concerning the genuineness of the proposed marriages.

Secondly, the first and second versions of the scheme had imposed a blanket prohibition on the exercise of the right to marry on all persons in a specified category – foreign nationals with either insufficient or no leave to remain – regardless of whether the proposed marriage was one of convenience or not. There was no justification whatsoever for imposing a blanket prohibition on the right of persons falling within these categories to exercise their right to marry. Even had there been evidence (none was submitted) to suggest that such persons were more likely to enter into marriages of convenience, a blanket prohibition, without any attempt being made to investigate the genuineness of the proposed marriages, restricted the



right to marry to such an extent that its very essence was impaired. The existence of an exception on compassionate grounds did not alter the position as it was entirely at the discretion of the Secretary of State.

Thirdly, a fee fixed at a level which a needy applicant could not afford could impair the essence of the right to marry. In view of the fact that many persons subject to immigration control would be unable to work or would fall into the lower income bracket, the fee of GBP 295 was sufficiently high as to impair the right to marry. That had remained the case even after the introduction of a system of refunds for needy applicants in July 2010, as the requirement to pay a fee could still act as a powerful disincentive to marriage.

In conclusion, from May 2006, when the applicants first formed the intention to marry, until they were issued with a certificate of approval in July 2008, the very essence of the first and second applicants' right to marry was impaired, initially because under the second version of the scheme the second applicant was not eligible for a certificate of approval and subsequently because of the level of the fee charged.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 14 in conjunction with Article 12: The first version of the scheme was discriminatory on the ground of religion. The second applicant had been in a relatively similar position to a person with no leave to remain who was willing and able to marry in the Church of England. While such a person was free to marry unhindered, the second applicant had been both unwilling (on account of his religious beliefs) and unable (on account of his residence in Northern Ireland) to enter into such a marriage. Consequently, he had initially been prohibited from marrying at all in the United Kingdom before, following the amendments to the scheme, being permitted to marry only after submitting an application for a certificate of approval and paying a sizeable fee. There had therefore been a clear difference in treatment for which no objective and reasonable justification had been provided.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 14 in conjunction with Article 9: The Government conceded that, through being subject to a regime to which those wishing to marry in the Church of England would not have been subject, the first and second applicants' rights under Article 14, taken together with Article 9, had been breached.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards to the applicants jointly in respect of pecuniary and non-pecuniary damage and in respect of costs and expenses.

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

*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, Series A no. 23  
*Hamer v. the United Kingdom*, no. 7114/75, Commission's report of 13 December 1979, Decisions and Reports 24

*Draper v. the United Kingdom*, no. 8186/78, Commission's report of 10 July 1980, Decisions and Reports 24

*Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Series A no. 106

*F. v. Switzerland*, 18 December 1987, Series A no. 128

*Sanders v. France*, no. 31401/96, Commission decision of 16 October 1996, Decisions and Reports 87-B

*Klip and Krüger v. the Netherlands*, no. 33257/96, Commission decision of 3 December 1997, Decisions and Reports 91-A

*Kreuz v. Poland*, no. 28249/95, ECHR 2001-VI

*B. and L. v. the United Kingdom*, no. 36536/02, 13 September 2005

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

*D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

*Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, ECHR 2008

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

*Frasik v. Poland*, no. 22933/02, ECHR 2010

**In the case of O'Donoghue and Others v. the United Kingdom,**

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

Lech Garlicki, *President*,  
 Nicolas Bratza,  
 Ljiljana Mijović,  
 David Thór Björgvinsson,  
 Ján Šikuta,  
 Päivi Hirvelä,  
 Mihai Poalelungi, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 23 November 2010,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 34848/07) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Nigerian national, Mr Osita Chris Iwu, and three dual British and Irish nationals, Ms Sinead O’Donoghue, Ashton Osita Iwu and Tiernan Robert O’Donoghue (“the applicants”), on 31 July 2007.

2. The applicants, who have been granted legal aid, were represented by the AIRE Centre. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr D. Walton of the Foreign and Commonwealth Office.

3. On 13 November 2008 the Chamber of the Fourth Section of the Court decided to give notice of the application to the Government and to give the application priority in accordance with Rule 41 of the Rules of Court. The Court furthermore decided to inform the parties that it was considering the suitability of applying a pilot-judgment procedure in the case (see *Broniowski v. Poland* [GC], 31443/96, §§ 189-94 and the operative part, ECHR 2004-V, and *Hutten-Czapska v. Poland* [GC] no. 35014/97, §§ 231-39 and the operative part, ECHR 2006-VIII) and requested the parties’ observations on the matter. Having considered the parties’ observations, the Chamber decided not to apply the pilot-judgment procedure.

4. The parties requested an oral hearing. However, on 13 October 2009 the Court decided, under Rule 54 § 3 of the Rules of Court, not to hold a hearing on the admissibility and merits of the application.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### A. The Certificate of Approval scheme

##### 1. *The first version of the scheme*

5. In 2005 the Secretary of State for the Home Department introduced the first version of the Certificate of Approval scheme (“the first version”). Section 19 of the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004 (“the 2004 Act”) provided a statutory basis for the scheme and further details were set out in the Immigration (Procedure for Marriage) Regulations 2005 (SI 2005/15) (“the 2005 Regulations”) and the Immigration Directorate Instructions (“the IDIs”).

6. The first version of the scheme required that in order to marry, persons subject to immigration control had to have either entry clearance expressly granted for the purpose of enabling them to marry in the United Kingdom or a Certificate of Approval. The definition of “persons subject to immigration control” excluded European Economic Area (EEA) nationals and persons who had been granted indefinite leave to remain.

7. In order to obtain a Certificate of Approval, a person subject to immigration control had to submit an application to the Secretary of State for the Home Department together with an application fee of 295 pounds sterling (GBP). If both parties to the proposed marriage were subject to immigration control, each party had to submit an application form and pay the required fee. The IDIs provided that in order to qualify for a Certificate of Approval, an applicant had to have been granted leave to enter or remain in the United Kingdom for a period of more than six months and he or she had to have at least three months of that leave remaining at the time of making the application.

8. The first version of the scheme did not apply to persons seeking to marry in accordance with the rites of the Church of England.

## 2. *The High Court's Opinion on the first version of the scheme*

9. On 10 April 2006 Mr Justice Silber delivered judgment in the case of *R (on the application of Baiai and others) v. Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 823 QB (Admin), in which he considered whether the first version of the scheme interfered with the Article 12 and 14 rights of those who were subject to immigration control and who were in the United Kingdom lawfully.

10. He found that it was permissible, according to the Court's jurisprudence, to introduce legislation to prevent marriages entered into for the purpose of avoiding immigration control even though this legislation might interfere with the right to marry. Furthermore, the legislative objective relied on by the Government of preventing sham marriages was sufficiently important to justify limiting an Article 12 right.

11. However, in the case of the first version of the scheme, the measures designed to meet the legislative objective were disproportionate as they were not rationally connected to it. Firstly, all religious marriages other than those in the Church of England required a Certificate despite the fact that the evidence showed that sham marriages took place predominantly in registry offices. The treatment of religious marriages outside the Church of England was therefore a matter of concern as they were treated like registry office marriages even though evidence indicated that the same precautions which prevented sham marriages taking place in the Church of England were also present in other religious ceremonies. Secondly, there was no basis for the assumption that all religious marriages outside the Church of England were automatically to be treated as sham marriages, thus requiring a Certificate, while in contrast all marriages conducted according to the rites of the Church of England were to be regarded automatically as not being sham marriages and therefore did not require a Certificate. Thirdly, the first version of the scheme arbitrarily failed to take into account many factors which might be relevant in considering whether or not a proposed marriage was a sham, such as clear and corroborated evidence that the parties had enjoyed a loving relationship over a number of years, during which time they might have had children or bought a house together. It was difficult to understand how the scheme, which ignored factors such as these, could be "rationally connected" to the purported legislative aim of avoiding sham marriages. Fourthly, the first version of the scheme was not rationally connected to the legislative objective as it regarded immigration status as the only relevant factor in determining whether a non-European Union national could marry in the United Kingdom.

12. Mr Justice Silber therefore held that the first version of the scheme was not proportionate and constituted a substantial interference with Article 12 rights.

13. He also held that this version of the scheme was incompatible with Article 14 of the Convention as it was discriminatory on the grounds of religion and nationality. It constituted direct discrimination as it targeted individuals who were, because of their religious convictions or lack of them, unable or unwilling to marry pursuant to the rites of the Church of England. Meanwhile, those who wished to marry in the Church of England were exempted from the scheme.

14. Furthermore, the fact that a fee was levied was also discriminatory as this was not required of those with the same characteristics wishing to marry in Church of England religious ceremonies.

15. In a separate judgment ([2006] EWHC 1454 (Admin)), Mr Justice Silber found that in the case of Mr Baiai, at the time an illegal immigrant, the refusal of permission to marry did not constitute an interference with his rights under Article 12, as permitting him to marry an EEA national would effectively have permitted him to “queue jump” and would have undermined the effectiveness of immigration control.

16. The Secretary of State accepted Mr Justice Silber’s findings that the first version of the scheme under section 19 of the 2004 Act was discriminatory and did not seek to challenge this conclusion on appeal. However, he was granted permission to appeal against Mr Justice Silber’s findings in respect of Article 12 of the Convention. Mr Baiai was also granted permission to appeal.

### *3. The Court of Appeal’s Opinion on the first version of the scheme*

17. On 23 May 2007 the Court of Appeal delivered judgment in the case of *SSHD v. Baiai and Others* [2007] EWCA Civ 478. It agreed with Mr Justice Silber’s finding that the first version of the scheme under section 19 of the 2004 Act was disproportionate and violated Articles 12 and 14 of the Convention. However, it disagreed with the conclusion reached in respect of Mr Baiai. The Court of Appeal held that the immigration status of Mr Baiai was irrelevant to the genuineness of his proposed marriage, which alone could properly determine whether he should be free to exercise his right to marry. It therefore dismissed the Secretary of State’s appeal and allowed that of Mr Baiai. The Secretary of State was granted permission to appeal to the House of Lords.

#### 4. *The House of Lords' Opinion on the first version of the scheme*

18. On 30 July 2008 the House of Lords handed down its opinion in the case of *R (on the application of Baiai and others) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 53. It dismissed the appeal and ordered that section 19(3)(b) of the 2004 Act should be read as meaning “has the written permission of the Secretary of State to marry in the United Kingdom, such permission not to be withheld in the case of a qualified applicant seeking to enter into a marriage which is not one of convenience and the application for, and grant of, such permission not to be subject to conditions which unreasonably inhibit exercise of the applicant’s right under Article 12 of the European Convention.”

19. Lord Bingham observed that from the early days the Court had described the right to marry as “fundamental” and noted that Article 12, in contrast with Article 8, conferred a right and not a right to respect for specified areas of personal life.

20. Lord Bingham further observed that the scope afforded to national law was not unlimited and it had been emphasised that national laws governing the exercise of the right to marry should never injure or impair the substance of the right. In practice the Court had been firm in upholding the right to marry, finding in favour of applicants denied the exercise of that right because they were serving prisoners (see *Hamer v. the United Kingdom*, no. 7114/75, Commission’s report of 13 December 1979, Decisions and Reports (DR) 24, p. 62), because of a mandatory delay imposed before entering into a fourth marriage (see *F v. Switzerland*, 18 December 1987, Series A no. 128), or because one applicant was the father-in-law of the other and they could only exercise their right to marry if they obtained a private Act of Parliament (see *B. and L. v. the United Kingdom*, no. 36536/02, 13 September 2005).

21. Lord Bingham considered, *inter alia*, the Court’s decisions in *Sanders v. France* (no. 31401/96, Commission decision of 16 October 1996, DR 87-B, p. 160) and *Klip and Krüger v. the Netherlands* (Commission decision of 3 December 1997, DR 91-A, p. 66). He concluded as follows:

“A national authority may properly impose reasonable conditions on the right of a third-country national to marry in order to ascertain whether a proposed marriage is one of convenience and, if it is, to prevent it. This is because Article 12 exists to protect the right to enter into a genuine marriage, not to grant a right to secure an adventitious advantage by going through a form of marriage for ulterior reasons.

...

[The authorities] establish ... that where a third-country national proposes to marry within the jurisdiction the member state may properly check whether the proposed

marriage is one of convenience or not and seek information necessary for that purpose. The authorities give no support to the proposition that a significant restriction may be placed on all such marriages, or on a sub-class of such marriages, irrespective of whether they are marriages of convenience or genuine marriages and with no procedure to ascertain whether they are the one or the other.”

22. In respect of the first version of the scheme, Lord Bingham held:

“Apart from its discriminatory features, which the Secretary of State has said she will remove, I do not think section 19, read alone, is legally objectionable. It is open to a member state, consistently with Article 12, to seek to prevent marriages of convenience. There is nothing in the text of section 19 which authorises or requires the withholding of permission to marry in the case of any marriage which is not a marriage of convenience. Indeed, the section makes no reference to marriages of convenience or sham marriages and gives no hint of the grounds on which permission may be granted or withheld. Section 19 could be operated, consistently with its terms and with Article 12, in a manner which required persons subject to immigration control to give notice of a proposed marriage, enabled an appropriate authority to investigate whether the proposed marriage would be one of convenience and provided for the withholding of permission only in cases where it appeared that the proposed marriage would be one of convenience.

Subject to one qualification, the 2005 Regulations are similarly, in my opinion, unobjectionable. They provide in some detail in Schedule 2 for the information to be given by an applicant for permission to marry, and considerable detail (more than is required in the Schedule) is clearly necessary if enquiry is to be made whether a proposed marriage will be one of convenience. My qualification relates to the prescribed fee. It is plain that a fee fixed at a level which a needy applicant cannot afford may impair the essence of the right to marry which is in issue. A fee of GBP 295 (GBP 590 for a couple both subject to immigration control) could be expected to have that effect.

The Immigration Directorate Instructions, promulgated (it is understood) without express parliamentary sanction, provide for the denial of permission to marry (save on compassionate grounds, relatively rarely allowed in practice) to all those who are in the country without leave, or whose grant of leave to enter or remain in the UK on the occasion in question did not total more than 6 months, or who did not have at least 3 months remaining at the time of making the application for permission. The vice of the scheme is that none of these conditions, although of course relevant to immigration status, has any relevance to the genuineness of a proposed marriage, which is the only relevant criterion for deciding whether permission should be given to an applicant who is qualified under national law to enter into a valid marriage. It may be that persons falling within the categories specified in the Instructions are more likely to enter into a marriage of convenience than others, and that may be a very material consideration when the genuineness of a proposed marriage is investigated. But the section 19 scheme does not provide for or envisage any investigation at all, because (as has been explained in the evidence) such investigation is too expensive and administratively burdensome. Thus, subject to the discretionary compassionate exception, the scheme imposes a blanket prohibition on the exercise of the right to marry by all in the specified categories, irrespective of whether their proposed marriages



are marriages of convenience or whether they are not. This is a disproportionate interference with exercise of the right to marry.”

23. Baroness Hale of Richmond considered as follows:

“It is not disputed that the government would be free to deny any immigration advantage to a party to a marriage which had been entered into solely for the purpose of obtaining that advantage. (Indeed, the respondents argue that that is already the case, as the claimed advantages apply only to real relationships.) But the scheme in issue here does something very different. The legislation enables the government to prohibit in advance a great many marriages irrespective of whether or not they are genuine, irrespective of whether or not there is any immigration advantage to be obtained thereby, and without any right of appeal other than judicial review. This strikes at the very heart of the right to marry which is guaranteed to everyone of full age by Article 12 of the European Convention on Human Rights.”

24. She found that there were many objections to the scheme, other than its being discriminatory. In particular, she noted as follows:

“It covers anyone who is subject to immigration control, that is, anyone who is not an EEA national and requires leave to enter or remain in the United Kingdom (section 19(4)). This covers all non-nationals unless they have already acquired the ‘right of abode’. All of these people are required to give notice to the registrar in specified registration districts, irrespective of where they live or intend to get married; and both parties to the intended marriage must attend in person to deliver their notice (section 19(2)). This is all irrespective of how long they have been living here, how close their relationship and how small or non-existent the immigration advantage there might be.

When they get to the registrar, there are only two categories of people who need go no further. The first is a person who has been given entry clearance expressly for the purpose of enabling him to marry in the United Kingdom (section 19(3)(a)). The second is a person who falls within a class specified in regulations (section 19(3)(c)). Regulation 6 of the Immigration (Procedure for Marriage) Regulations 2005 (SI 2005/15) specifies a person ‘who is settled in the United Kingdom’ within the meaning of paragraph 6 of the Immigration Rules. This basically means someone who is ordinarily resident here, not in breach of the immigration laws, and without any restriction on the period for which he may remain. A very large number of people who have been here lawfully for a long time will still not be ‘settled’ here in this sense.

Everyone subject to immigration control who does not fall within those two exceptions cannot marry without the written permission of the Secretary of State to marry in the United Kingdom (section 19(3)(b)). Application must be made in writing accompanied by the fee prescribed in the 2005 Regulations, which is now GBP 295. If both parties require permission, therefore, they must pay GBP 590 to apply for it. There is no power in the regulations to waive or reduce the fee no matter how meritorious the case. This is on top of the much more modest fees for the actual marriage, of GBP 30 for each notice to marry, GBP 40 for the ceremony, and GBP 3.50 for the marriage certificate, making a total of GBP 103.50. It must be

a positive disincentive to couples whose desire to marry is deep and sincere and has nothing to do with their immigration status or where they intend to live once married.

None of these applicants will be able to find out from the Act or the Regulations how good their chances are of getting permission. On the face of it, the government can adopt whatever policy it chooses without even laying it before Parliament for scrutiny. The current policy is contained in the published 'Immigration Directorate Instructions', chapter 1, section 15. This does not depend upon any reasonable assessment, either of the immigration advantage which the marriage might bring, or of the genuineness of the relationship. It depends upon a rule of thumb: permission will be granted if each person needing it has been granted leave to enter or remain in the UK for more than six months (calculated from when his present stay in the UK first began) and has at least three months of this remaining when he makes the application. Even within this category, permission will be refused if there is good reason to believe that either of the parties lacks capacity to marry in English law. Outside this category, permission will be refused unless 'there are exceptionally compassionate features' making it unreasonable to expect them to travel, either to marry abroad or to apply for entry clearance from abroad. The examples given are pregnancy or some other condition making the person unfit to travel abroad. They do not include features suggesting that the marriage is genuine, because that is not the point.

This policy automatically excludes all asylum-seekers because they do not have leave to enter. The policy states that they should not normally be permitted to marry until after their claims have been determined. But if an initial decision on an application or an appeal has been outstanding for 18 months (and we understand that time starts running afresh once an appeal has been lodged), or if they cannot be expected to travel abroad for compelling compassionate reasons, the permission may be granted. It is, of course, extremely unlikely that any genuine asylum-seeker will be in a position to travel back to the country from which he has fled to escape a well-founded fear of persecution, nor would it be consistent with this country's obligations under the Refugee Convention to compel him to do so.

It is an indication of how over-inclusive the statutory scheme is that the great majority of applications for permission are granted. From 1 February 2005, when section 19 came into force, until 10 April 2006, when Silber J handed down his first judgment, 14,787 applications for permission to marry or enter a civil partnership were dealt with. Of these, 12,754 were granted, only 41 of which on exceptional or compassionate grounds, the rest because they met the leave criteria. Of the remainder, 1,805 were refused whilst 228 were withdrawn or discontinued. We are told that this was quite deliberate. The government simply decided to subject a large number of proposed marriages to the deterrent effect of scrutiny and to prohibit all those in the class which they thought most likely to contain the suspect unions. Making a serious attempt to distinguish between the 'sham' and the genuine was considered too difficult and too expensive."

*5. Amendments to the first version of the scheme*

25. Following the judgments of Mr Justice Silber on 10 April 2006, the first version of the scheme was amended. Under the new procedure (“the second version”), applicants who had insufficient leave to enter or remain at the time of applying for a Certificate of Approval could be asked to submit further information in support of their applications to enable the Home Office to satisfy itself that the proposed marriage or civil partnership was genuine.

26. Further amendments followed the Court of Appeal judgment on 23 May 2007 (“the third version”). Under the third version of the scheme, applications from individuals who did not have valid leave to enter or remain, who had until this point been refused a Certificate of Approval unless there were exceptional compassionate circumstances, were to be treated in line with the guidance for those who had limited but insufficient leave to qualify for a Certificate.

27. With effect from 9 April 2009 the government suspended the requirement to pay any fee. On 10 July 2010 a scheme for repaying fees to applicants who met a financial hardship test at the time of the application met with ministerial approval.

28. On 27 July 2010 a proposal for a draft Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004 (Remedial) Order 2010 was laid before Parliament. If the draft order is approved by both Houses of Parliament, it is expected to come into force early in 2011. Once in force, it will effectively abolish the Certificate of Approval scheme.

**B. The circumstances of the applicants**

29. The applicants were born in 1974, 1979, 2006 and 2000 respectively and live in Londonderry.

30. The first applicant has both Irish and British nationality. She is married to the second applicant, who is a Nigerian national of Biafran ethnic origin. The third applicant is the child of the first and second applicant and the fourth applicant is the first applicant’s child from a previous relationship. Both the third and fourth applicants have British and Irish nationality.

31. The applicants are practising Roman Catholics.

32. The first and second applicants care for the third and fourth applicants and also for the first applicant’s disabled parents. The first applicant receives Invalid Carer’s Allowance, Income Support, Child Benefit and Housing Benefit. The second applicant is not entitled to work.

### **C. The factual background to the application**

33. The second applicant arrived in Northern Ireland in 2004 and claimed asylum in 2006. In November 2009 he was granted discretionary leave to remain, which runs until November 2011.

34. The second applicant met the first applicant in November 2004 and they began living together in December 2005. In May 2006 the second applicant proposed to the first applicant and she accepted.

35. On 9 July 2007 the first and second applicants applied for a Certificate of Approval and requested to be exempted from the GBP 295 fee. They explained in detail that the first applicant survived on Invalid Carer's Allowance and Income Support and that the second applicant was destitute as a result of not being permitted to work. This explanation was attached to the application and a supporting letter from their Member of Parliament was sent.

36. On 18 July 2007 their application was returned to them with a letter stating the following:

“If an applicant does not pay the specified fee, his or her application is invalid. The specified fee has not been paid in connection with your attempted application which you made by post on 9 July 2007. We do not consider that an exception to the requirement to pay the fee applies in this case, therefore your application is invalid and we are returning your documents.”

37. In July 2008 a group of the applicants' friends contributed towards the fee required to make an application for a Certificate of Approval. The applicants subsequently made an application with the donated funds. On receiving the application form, a case-worker asked the first and second applicants to submit further information about their relationship. They submitted two sworn affidavits. The case-worker was satisfied with the information provided and the applicants were issued with a Certificate of Approval on 8 July 2008. They married on 18 October 2008.

## **II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE**

### **A. The Certificate of Approval scheme**

38. Section 19(1) of the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004 (“the 2004 Act”) imposed certain requirements before a person subject to immigration control was able to marry, otherwise than in accordance with the rites of the Church of England under Part II of the Marriage Act 1949.

39. Section 19(3) of the 2004 Act stipulated, as relevant:

“(3) The superintendent registrar shall not enter in the marriage notice book notice of a marriage to which this section applies unless satisfied, by the provision of specified evidence, that the party subject to immigration control—

(a) has an entry clearance granted expressly for the purpose of enabling him to marry in the United Kingdom,

(b) has the written permission of the Secretary of State to marry in the United Kingdom ...”

40. Section 19(4)(a) of the 2004 Act provided that a person “subject to immigration control” was a person who was not an EEA national and who required leave to enter or remain in the United Kingdom.

41. Section 23 of the 2004 Act provided the following in relation to Northern Ireland:

“(1) This section applies to a marriage—

(a) which is intended to be solemnised in Northern Ireland, and

(b) a party to which is subject to immigration control.

(2) In relation to a marriage to which this section applies, the marriage notices—

(a) shall be given only to a prescribed registrar, and

(b) shall, in prescribed cases, be given by both parties together in person at a prescribed register office.

(3) The prescribed registrar shall not act under Article 4 or 7 of the Marriage (Northern Ireland) Order 2003 (SI 2003/413 (NI3)) (marriage notice book, list of intended marriages and marriage schedule) unless he is satisfied, by the provision of specified evidence, that the party subject to immigration control—

(a) has an entry clearance granted expressly for the purpose of enabling him to marry in the United Kingdom,

(b) has the written permission of the Secretary of State to marry in the United Kingdom, or

...”

42. Permission from the Secretary of State was granted by the issuing of a Certificate of Approval pursuant to the procedure provided for in the Immigration (Procedure for Marriage) Regulations 2005 (SI 2005/15) (“the 2005 Regulations”).

43. Regulation 7 of the 2005 Regulations provided:

“(1) A person seeking the permission of the Secretary of State to marry in the United Kingdom under section 19(3)(b), 21(3)(b) or 23(3)(b) of the 2004 Act shall—

(a) make an application in writing; and

(b) pay a fee on the submission of the application in accordance with regulation 8.

(2) The information set out in Schedule 2 is to be contained in or provided with the application.”

44. Schedule 2 indicated that both parties to an intended marriage should state their name, date of birth, name at birth (if different), nationality, contact details, passport or travel document numbers, Home Office reference numbers (where applicable), details of their current immigration status (if applicable), the date on which their current leave was granted and the date on which that leave was to expire (where applicable), and details of any previous marriages and divorces.

45. The fee on application to the Secretary of State for the Home Department was initially fixed at GBP 135. It was increased to GBP 295 on 2 April 2007. There was no statutory right of appeal for an applicant who alleged that they could not afford to pay the fee. If the fee was not paid, the application for a Certificate was invalid and there was no discretion for the fee to be waived. The refusal of an application for a Certificate did not constitute an immigration decision and there was no statutory right of appeal against it.

46. In February 2005 the Immigration Directorate issued instructions on authority to marry. The IDIs stated that under the 2004 Act persons subject to immigration control who wished to marry in the United Kingdom had to first meet an additional qualifying condition before they could give notice of the marriage: they were required to have an entry clearance or be settled in the United Kingdom or have a Home Office Certificate of Approval. Chapter 1, section 15(3), of the IDIs (“Criteria for Granting a Certificate of Approval”) provided:

“In order to qualify for a certificate of approval, a person must have valid leave to enter or remain in the UK as follows. He must have been granted leave to enter or remain in the UK totalling more than 6 months on this occasion; and have at least 3 months of this leave remaining at the time of making the application.”

47. The IDIs stated that a Certificate of Approval would be refused if there was good reason to believe that there was a legal impediment to the marriage, as on grounds of age, consanguinity or an existing marriage. A Certificate of Approval would normally be refused to a person not qualified to be granted one, but a Certificate could be granted on compassionate grounds.

## **B. The first amendment**

48. The Certificate of Approval scheme was amended following the judgment of Mr Justice Silber. Guidance from the UK Border Agency (“the UKBA”) stated that, under the new procedures, the UKBA could write to

persons who had insufficient leave to enter or remain at the time of applying for a Certificate of Approval, asking that they submit further information in support of their application to enable the UKBA to be satisfied that the proposed marriage or civil partnership was genuine. Any such letter would ask for information regarding:

- when, where and how the applicant and their fiancé(e)/proposed civil partner met;
- when the couple decided to marry or enter into a civil partnership;
- where the couple intended to live if permitted to marry or to enter into a civil partnership in the United Kingdom;
- arrangements for any religious ceremony, including the nature of the ceremony, the person conducting it and relevant contact details, arrangements for any reception or celebration, including details of the location, proof of booking and relevant contact;
- the applicant's relationship with his or her fiancé(e)/proposed civil partner if the couple was not living together (e.g. letters and photographs as evidence of the relationship);
- the applicant's life with his or her fiancé(e)/proposed civil partner if the couple was living together, including the address(es), how long they had lived together and documentary evidence in the form of correspondence addressed to both parties at the same address from utilities, government bodies, local authorities, financial institutions, etc.;
- any children from the applicant and his or her fiancé(e)/proposed civil partner's present or previous relationships, including where they lived, the length of time any of them had lived with the applicant and his or her fiancé(e)/proposed civil partner, the names of their natural parents and details of who supported them;
- contact telephone numbers for the applicant and his or her fiancé(e)/proposed civil partner in case an officer wishes to contact either of you;
- and any additional information which the applicant would like to submit, and/or any additional supporting evidence or documentation which might help the application.

### **C. The second amendment**

49. Following the Court of Appeal judgment, the government further amended the scheme. The UKBA guidance indicated that applications from individuals who did not have valid leave to enter or remain (illegal entrants, persons who had been refused leave to enter but granted temporary admission or temporary admission pending the outcome of an application for leave to enter, and those who had overstayed their leave to remain), who

had previously been refused unless there were exceptional compassionate circumstances for granting a Certificate of Approval, would be treated in line with the guidance for those who had limited, but insufficient, leave to qualify for a Certificate.

#### **D. Subsequent developments**

50. In March 2009 the AIRE Centre and the Joint Council for the Welfare of Immigrants brought judicial review proceedings in respect of the failure of the Home Office to comply with that part of the House of Lords judgment which related to the level of the fees being charged. The night before the ruling the government agreed to suspend the fees with effect from 9 April 2009.

51. On 10 July 2010 a scheme for the repayment of the full fee to applicants who met a financial hardship test by making *ex gratia* payments received ministerial approval. In order to meet the test for real financial hardship, applicants would have to provide evidence that the payment of the fee led the couple to experience real financial hardship at the time of the application. The test would take into account whether both parties to the proposed marriage were dependent on State benefits, including asylum support, or whether they had income below a certain threshold.

52. In November 2009 the Government notified the Court of its intention to abolish the Certificate of Approval scheme. On 27 July 2010 the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004 (Remedial) Order 2010 was laid before Parliament and it is anticipated that it will come into force early in 2011.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 12 OF THE CONVENTION

53. The applicants complained that the existence of the Certificate of Approval scheme and its application to them violated their right to marry as provided in Article 12 of the Convention, which reads as follows:

“Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.”

54. The Government contested that argument.

...



## **B. Merits**

### *1. The parties' submissions*

#### **(a) The applicants**

60. The applicants alleged that the existence of the Certificate of Approval scheme and its application to them constituted a disproportionate interference with their right to marry and found a family.

61. The applicants submitted that they first formed the intention to marry in late 2005, when the first version of the scheme was still in operation. Under that scheme, individuals were to be automatically refused Certificates of Approval if they did not have a sufficient number of months' extant leave to enter or remain. As the second applicant did not have leave to remain, any application would have been refused at this stage.

62. The second version of the scheme had been introduced on 10 April 2006. Under this scheme persons with insufficient leave would not automatically be refused a Certificate but could be asked to provide further information about their relationship. However, as the second applicant still had no leave to remain in the United Kingdom, he would not have been eligible to qualify for a Certificate. He only became eligible to qualify for a Certificate after the third version of the scheme was introduced on 19 June 2007. However, the second applicant was still unable to obtain a Certificate of Approval as he could not pay the fee. Although he submitted an application, including detailed reasons why he was unable to pay, his application was rejected outright for non-payment. He was only able to obtain a Certificate after his friends and family organised a "whip-round".

63. The applicants accepted that States should be entitled to take the measures necessary to prevent sham marriages. However, they argued that as the impugned scheme applied to all those subject to immigration control irrespective of whether the marriage would have had any effect – actual or potential – on their immigration status, it was disingenuous to suggest that it had the legitimate aim of preventing sham marriages.

64. The applicants submitted that their relationship was not a sham and there was nothing about it which would give rise to any suspicion that it might be a sham. On the contrary, the first and second applicants had been cohabiting since 2005, they had a child together and they jointly parented the second applicant's child from a previous relationship.

65. The applicants further submitted that even if it was accepted that the scheme pursued a legitimate aim, it was disproportionate as it failed to take account of the different personal circumstances which could affect different

individuals. In particular, they submitted that the level of the fee was too high and that the legislation made no provision for persons who could not pay the fee to be exempted. For the applicants, and for many others, the amount of the fee alone nullified the right to marry. The applicants submitted that in addition to the fee for the Certificate of Approval, couples wishing to marry had to pay a further GBP 103 for marriage formalities. In addition, if they wished to apply to the UKBA for a change of immigration status, they would then have to pay a further sum of between GBP 465 and GBP 1,020 (depending on the status sought and the service provided). The cumulative level of these fees was disproportionate and beyond the means of most of the immigrant population. The high fees charged for obtaining Certificates of Approval were therefore an inherent interference with the right to marry for the vast majority of those affected by the scheme, and not just “the poorest of the poor”.

66. The applicants invited the Court to note that if, as the Government claimed, the scheme was really intended to reduce the incidence of sham marriages entered into for immigration purposes, this intention had to be predicated on the assumption that all those who were subject to the scheme’s provisions could obtain an immigration advantage through marriage. The level of fees charged to those who stood to gain no immigration advantage by marrying their chosen partner was *per se* excessive and objectionable irrespective of the financial hardship which they might suffer.

67. The applicants strongly disputed the Government’s assertion that the House of Lords only found that the religious discrimination and the level of fees charged to be in violation of the Convention and that the statute and regulations were “otherwise unobjectionable”. On the contrary, Lord Bingham clearly stated that the scheme could only be justified to the extent that it operated to prevent sham marriages. Likewise Baroness Hale identified a number of objections to the scheme. Firstly, it covered all non-nationals unless they had acquired a right of abode, irrespective of how long they had been living in the United Kingdom, how close their relationship was and how small or non-existent the immigration advantage might be. Secondly, the decision whether or not to grant a Certificate of Approval did not depend upon any reasonable assessment, either of the immigration advantage which the marriage might bring, or of the genuineness of the relationship. Instead, it depended upon a rule of thumb: permission would be granted if each person needing it had been granted leave to enter or remain in the United Kingdom for more than six months and had at least three months of this remaining when he made the application. Thirdly, the policy automatically excluded all asylum-seekers because they did not have leave to enter. Fourthly, it was an indication of how over-inclusive the

statutory scheme was that the great majority of applications for permission were granted.

**(b) The Government**

68. The Government did not accept that the first and second applicants had formed the intention to marry before the second applicant proposed in May 2006. The covering letter of 9 July 2007, under which the application for a Certificate of Approval was submitted, stated that the couple decided to marry in May 2006. Although the applicants had indicated in the affidavits supporting their application for a Certificate that they had previously discussed marriage, they both clearly stated that they only decided to become engaged in May 2006 and planned to marry in September 2007. There was no suggestion that they had intended to marry earlier but were unable to do so on account of the scheme. The Government therefore submitted that the applicants were only affected by the third version of the scheme. Under this version, aside from the payment of the fee, the requirement to obtain a Certificate of Approval did not prevent the applicants from marrying.

69. The Government did not accept that the Certificate of Approval scheme of itself constituted a violation of the applicants' rights. Instead, they submitted that the House of Lords had identified three problems with the first version of the scheme: firstly, the manner in which the scheme was operated constituted a disproportionate interference with the right to marry under Article 12 of the Convention; secondly, the existence of a fixed fee at a level which a needy applicant might not be able to afford could impair the essence of the right to marry; thirdly, the exemption for marriages conducted in the Church of England made the scheme discriminatory in breach of Article 14 taken in conjunction with Article 12. In all other respects, the House of Lords held that the 2004 Act and the 2005 Regulations were unobjectionable and could be operated compatibly with Convention rights.

70. The Government accepted the findings of the domestic courts. In particular, the Government accepted that in principle the fee was capable of infringing the Article 12 rights of a needy applicant.

71. The Government submitted, however, that by the time the applicants applied for a Certificate of Approval, the first scheme had been amended to distinguish between sham and genuine marriages and no longer constituted a disproportionate interference with the right to marry. The level of the fee had been the subject of active consideration by the Government. The fee was suspended with effect from 9 April 2009 and on 10 July 2010 the Government introduced a scheme whereby needy applicants could reclaim the money paid.

(c) **The third-party interveners**

(i) *The Equality and Human Rights Commission*

72. The Equality and Human Rights Commission (“the Commission”) expressed a number of concerns about the continued operation of the Certificate of Approval scheme in the United Kingdom. Firstly, it submitted that far from acting on the premise that all persons were to be permitted the right to marry under Article 12 unless they fell within some legitimate and proportionate exclusionary provision which did not deny the essence of the right, the scheme, even following modification, proceeded on the assumption that all those within the affected class were to be refused permission unless and until the Secretary of State positively took a decision to grant them the right to marry.

73. Secondly, although the Government in the course of the domestic proceedings had argued that the scheme was targeting “marriages of convenience”, it accepted that it had made no attempt to distinguish between genuine marriages and marriages of convenience in devising the scheme.

74. Thirdly, the Commission referred to Article 1 of the European Council Resolution 97/C 382/01 of 4 December 1997 on measures to be adopted on the combatting of marriages of convenience. Unlike the scheme, which adopted a blanket approach, the focus of the Resolution was almost entirely concerned with post-marital scrutiny of a marriage involving a foreign national in order to determine whether permission should be granted on the basis of that marriage.

75. Fourthly, the scheme remained discriminatory and disproportionate because it subjected a large class of foreign nationals who were not of the Anglican faith to a presumption that any marriage that they entered into in the United Kingdom would automatically be a marriage of convenience unless and until they proved otherwise. There was nothing in the Convention jurisprudence which permitted such an approach.

76. Fifthly, the Commission submitted that the section 19 scheme was unnecessary and therefore disproportionate to the stated goal of preventing marriages of convenience. In particular, it submitted that the United Kingdom already had procedures for identifying sham marriages and preventing those who entered into them from obtaining any immigration benefit. Section 24 of the Immigration and Asylum Act 1999 imposed a duty on a registrar of marriages to report to the Secretary of State without delay any case in which he had reasonable grounds for suspecting that a marriage was not genuine. There was no reason why this power could not

alert the Secretary of State either to take immediate action or to scrutinise with particular care any later application by a party to the marriage for leave to remain. In addition, paragraph 284 of the Immigration Rules HC 395 (as amended) contained a procedure for carrying out a full investigation into the genuineness of marriages involving foreign nationals who sought to rely on that marriage in order to secure permission to remain in the United Kingdom. The Government therefore had no need to introduce the section 19 scheme.

77. Sixthly, nearly three years after the scheme was declared to be discriminatory by the Administrative Court, the Secretary of State had failed to put any legislation before Parliament to remove the discriminatory elements.

78. Seventhly, the fee levied was disproportionate and excessively high. This had a particularly harsh impact on the affected group, many of whom had not been in the United Kingdom for a long time and had not had an opportunity to build up their financial resources. No mechanism existed for appealing against the level of the fee or for seeking a waiver.

79. Eighthly, the scheme lacked adequate procedural protection and remained over-inclusive and arbitrary.

80. Finally, the Commission submitted that the subsequent changes to the scheme were nothing more than cosmetic and did nothing to remove the fundamental objections to it.

*(ii) The Immigrant Council of Ireland – Independent Law Centre*

81. The Immigrant Council of Ireland (ICI) also submitted that section 19 of the 2004 Act disproportionately restricted the right to marry. The ICI emphasised that the United Kingdom's immigration law already contained provisions on sham marriages. Consequently, parties to a marriage contracted solely for the purpose of circumventing immigration rules would not be able to rely on national laws or on Article 8 of the Convention to oblige the Government to grant or renew residence permits. Therefore, rather than interfere with the right to marry, the problem of sham marriages could have been fully dealt with by proportionate and transparent Article 8 compliant rules relating to the grant of permission to remain as a consequence of a marriage.

*2. The Court's assessment*

82. Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and found a family. The exercise of the right to marry gives rise to social, personal and legal consequences. It is subject to national laws of the Contracting States but the limitations thereby introduced must not

restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (see *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, § 50, Series A no. 106; *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, § 32, Series A no. 128; and *B. and L. v. the United Kingdom*, no. 36536/02, § 34, 13 September 2005).

83. The Convention institutions have accepted that limitations on the right to marry laid down in the national laws may comprise formal rules concerning such matters as publicity and the solemnisation of marriage. They may also include substantive provisions based on generally recognised considerations of public interest, in particular concerning capacity, consent, prohibited degrees of affinity or the prevention of bigamy. In the context of immigration laws and for justified reasons, the States may be entitled to prevent marriages of convenience, entered into solely for the purpose of securing an immigration advantage. However, the relevant laws – which must also meet the standards of accessibility and clarity required by the Convention – may not otherwise deprive a person or a category of persons of full legal capacity of the right to marry the partners of their choice (see *Hamer v. the United Kingdom*, no. 7114/75, Commission's report of 13 December 1979, DR 24, pp. 12 et seq., §§ 55 et seq.; *Draper v. the United Kingdom*, no. 8186/78, Commission's report of 10 July 1980, DR 24, p. 79, § 49; *Sanders v. France*, no. 31401/96, Commission decision of 16 October 1996, DR 87-B, p. 160; *F. v. Switzerland*, cited above; and *B. and L. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 36 et seq.)

84. The fundamental nature of the right to marry is reinforced by the wording of Article 12. In contrast to Article 8 of the Convention, which sets forth the right to respect for private and family life, and with which the right “to marry and to found a family” has a close affinity, Article 12 does not include any permissible grounds for an interference by the State that can be imposed under paragraph 2 of Article 8 “in accordance with the law” and as being “necessary in a democratic society”, for such purposes as, for instance, “the protection of health or morals” or “the protection of the rights and freedoms of others”. Accordingly, in examining a case under Article 12 the Court would not apply the tests of “necessity” or “pressing social need” which are used in the context of Article 8 but would have to determine whether, regard being had to the State's margin of appreciation, the impugned interference has been arbitrary or disproportionate (see *Frasik v. Poland*, no. 22933/02, § 90, ECHR 2010).

85. In the present case it is clear that from December 2005 the first and second applicants were living together in a longstanding and permanent relationship. Although they indicated in their application to the Court that they first formed the intention to marry in December 2005, in the affidavits

supporting their application for a Certificate of Approval both applicants clearly stated that they decided to become engaged in May 2006 and that they hoped to marry in September 2007. The Court therefore considers that the first and second applicants formed the intention to marry in May 2006.

86. When the first and second applicants formed the intention to marry in May 2006, the second version of the Certificate of Approval scheme was in operation. As the second applicant had no leave to remain in the United Kingdom at that time, he did not qualify for a Certificate of Approval in the absence of exceptional circumstances. On 19 June 2007 the third version of the scheme extended the possibility of qualifying for a Certificate of Approval to those who were awaiting the outcome of an application for leave to remain. Although the second applicant potentially qualified for a Certificate from this date onwards, he could not afford the application fee which had been increased to GBP 295 on 2 April 2007. Nevertheless, he submitted an application to the Secretary of State for the Home Department on 9 July 2007 but that application was refused outright for non-payment of the fee. The first and second applicants only obtained a Certificate of Approval after their friends helped them to pay the fee. The couple married on 18 October 2008.

87. It is clear from the Court's case-law and from earlier Commission decisions that a Contracting State may properly impose reasonable conditions on the right of a third-country national to marry in order to ascertain whether the proposed marriage is one of convenience and, if necessary, to prevent it. Consequently, Contracting States will not necessarily be acting in violation of Article 12 of the Convention if they subject marriages involving foreign nationals to scrutiny in order to establish whether or not they are marriages of convenience (see *Klip and Krüger v. the Netherlands*, no. 33257/96, Commission decision of 3 December 1997, DR 91-A, p. 66; *Sanders*, cited above; and *Frasik*, cited above, § 89). Such scrutiny may be exercised by requiring foreign nationals to notify the authorities of an intended marriage and, if necessary, asking them to submit information relevant to their immigration status and to the genuineness of the marriage (see *Klip and Krüger*, cited above). Moreover, a requirement that a non-national planning to marry in a Contracting State should first obtain a certificate of capacity will not necessarily violate Article 12 of the Convention (see *Sanders*, cited above). Consequently, the Court agrees with the House of Lords that the requirement under section 19 of the 2004 Act that non-European Economic Area (EEA) nationals submit an application to the Secretary of State for the Home Department for a Certificate of Approval before being permitted to marry in the United Kingdom is not inherently objectionable.

88. However, the Court has a number of grave concerns, most of which apply to all three versions of the Certificate of Approval scheme. Firstly, the Court observes that the decision whether or not to grant a Certificate of Approval was not, and continues not to be, based solely on the genuineness of the proposed marriage. Unlike the schemes with which the Commission was concerned in *Sanders* and *Klip and Krüger* (both cited above), in the present case the first version of the scheme did not require applicants to submit any information about the strength or duration of their relationship as the scheme did not provide for or envisage any investigation into the genuineness of the proposed marriages. Rather, the IDIs suggested that the Secretary of State's decision on whether or not to grant a Certificate would be based solely on whether the applicant was in possession of sufficient leave and whether there was any legal impediment to marriage. The second version of the scheme provided that persons with insufficient leave could be required to submit information concerning the genuineness of their relationship, while the third version of the scheme extended this requirement to applicants with no valid leave to remain. However, under all three versions of the scheme applicants with "sufficient" leave to remain qualified for Certificates of Approval without any apparent requirement that they submit information concerning the genuineness of the proposed marriages.

89. Secondly, the Court is especially concerned that the first and second versions of the scheme imposed a blanket prohibition on the exercise of the right to marry on all persons in a specified category, regardless of whether the proposed marriage was one of convenience or not. Under the first version of the scheme, only those foreign nationals with sufficient leave to remain (that is, those who had been granted leave to enter or remain for a period totalling more than six months and who had at least three months of this leave remaining at the time of making the application) could qualify for a Certificate of Approval. Although the second version of the scheme extended eligibility to persons with insufficient leave, it continued to exclude persons who had no valid leave to enter. It was only the third version of the scheme which extended eligibility to persons like the second applicant who had no valid leave to enter. The Court notes that it has previously, albeit in different circumstances, held that a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right fell outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin was (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 82, ECHR 2005-IX). Likewise, in the present case, the Court considers that there is no justification whatsoever for imposing a blanket prohibition on the right of persons falling within these categories to exercise their right



to marry. Even if there was evidence to suggest that persons falling within these categories were more likely to enter into marriages of convenience for immigration purposes – and the Government have submitted no such evidence to the Court in the course of these proceedings – the Court finds that a blanket prohibition, without any attempt being made to investigate the genuineness of the proposed marriages, restricted the right to marry to such an extent that the very essence of the right was impaired. The existence of the exception on compassionate grounds did not remove the impairment of the essence of the right, as this was an exceptional procedure which was entirely at the discretion of the Secretary of State. Moreover, the Secretary of State's decision whether or not to exercise this discretion appears to have been based entirely on the personal circumstances of the applicants and not on the genuineness of the proposed marriages.

90. Thirdly, the Court agrees with the view expressed by Lord Bingham (set out at paragraph 22 above) that a fee fixed at a level which a needy applicant could not afford could impair the essence of the right to marry. It points out that it has previously found, in the context of a complaint under Article 6 § 1 of the Convention, that depending on the circumstances of a case, including the applicant's ability to pay, the level of a fee may in itself be such as to restrict the enjoyment of a Convention right (see, for example, *Kreuz v. Poland*, no. 28249/95, § 60, ECHR 2001-VI). In view of the fact that many persons who are subject to immigration control will either be unable to work in the United Kingdom, such as the second applicant, or will fall into the lower income bracket, the Court also agrees that in the present case the fee of GBP 295 was sufficiently high as to impair the right to marry. Moreover, the Court does not consider that the system of refunding fees to needy applicants, such as the second applicant, which was introduced in July 2010, constitutes an effective means of removing any impairment as the requirement to pay a fee, even if there is a possibility that it could be later refunded, may act as a powerful disincentive to marriage.

91. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that from May 2006, when the applicants formed the intention to marry, until they were issued with a Certificate of Approval on 8 July 2008, the very essence of the first and second applicants' right to marry was impaired. From May 2006 to 19 June 2007, the essence of the right was impaired because the second applicant was not eligible to be issued with a Certificate of Approval under the second version of the scheme. From 19 June 2007 to 8 July 2008 the essence of the right was impaired by the level of the fee charged.

92. There has accordingly been a violation of Article 12 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 12

93. The applicants complained of a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 12.

94. Article 14 of the Convention provides:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

...

### **B. Merits**

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

##### **(a) The applicants**

96. The applicants argued that the first version of the scheme was inherently discriminatory from the outset as it did not – and continued not to – apply to those who chose to marry in the Church of England. Although in law persons of any religious adherence or none were entitled as of right to marry in their local Church of England, most adherents of other faiths, or no faith, would find it repugnant to do so. Moreover, there was no tenable justification for this difference in treatment. As Mr Justice Silber had noted in his judgment of April 2006, there was no evidence whatsoever to suggest that any other religious marriages, celebrated under the rights of other Christian denominations or faiths, were sham.

97. The applicants also asked the Court to take note of the fact that the inherently discriminatory aspect of the scheme was not removed, even though more than four years had passed since the declaration of incompatibility was first made. The applicants submitted that after the judgment of Mr Justice Silber the Government should at the very least have suspended the application of the scheme to all religious marriages.

98. In addition to discrimination on the ground of religion, the applicants submitted that the scheme was also discriminatory on grounds of nationality and poverty.

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

99. The Government conceded that, through being subjected to a regime that those wishing to marry in the Church of England would not have been subjected to, the applicants' rights under Article 14 taken in conjunction

with Article 12 had been breached. The Government therefore accepted that the Certificate of Approval scheme was discriminatory on the ground of religion. With regard to the failure to remove the discriminatory aspect of the scheme, the Government submitted that they did not act following the judgment of Mr Justice Silber because they were reluctant to rush to remedy the Article 14 incompatibility until a final judgment on the whole of the scheme was available. Following the House of Lords' judgment, they entered into discussions with a view to bringing the Church of England within the scheme. In spite of the discussions, however, no agreement could be reached. The Government now plan to abolish the Certificate of Approval scheme in 2011. In the meantime, as the scheme was contained in legislation passed by Parliament, it would be contrary to the rule of law and the separation of powers for the Home Office to instruct registrars not to comply with it.

100. The Government denied that the scheme involved any discrimination on the grounds of nationality or poverty. Any discrimination on the ground of nationality was justified by reference to the legitimate objective of immigration control. Moreover, in so far as the level of the fee was alleged to be too high, that issue ought to be considered under Article 12 and not under Article 14.

## 2. *The Court's assessment*

101. The Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or "status", are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 56, Series A no. 23). Moreover, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations (see *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV, and *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008). Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see *Burden*, cited above, § 60). However, the scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background.

102. The Court agrees with the parties that the first version of the scheme was discriminatory on the ground of religion. The second applicant

was in a relatively similar position to a person with no leave to remain who was willing and able to marry in the Church of England. However, a person without leave who was willing and able to marry according to the rites of the Church of England was free to marry unhindered. The second applicant, on the other hand, was both unwilling (on account of his religious beliefs) and unable (on account of his residence in Northern Ireland) to enter into such a marriage. Consequently, he was initially prohibited from marrying at all in the United Kingdom and, following the amendments to the scheme, he was only permitted to marry after submitting an application to the Secretary of State and paying a sizeable fee. There was therefore a clear difference in treatment between the second applicant and the person who was willing and able to marry in the Church of England. The Court agrees with Mr Justice Silber's conclusion that no reasons were adduced by the Government in the course of the domestic proceedings which were capable of providing an objective and reasonable justification for the difference in treatment.

103. The Court therefore finds that there has been a violation of the applicants' rights under Article 14 taken in conjunction with Article 12.

104. The Court notes that Mr Justice Silber also found the first version of the scheme to be discriminatory on the ground of nationality. The applicant further submits that the scheme is discriminatory on the ground of poverty. The Government have contested both of these grounds before the Court.

105. In view of its findings in relation to discrimination on the ground of religion, the Court does not consider it necessary to reach a conclusion on whether the scheme was discriminatory on any other ground. However, in respect of the applicants' submission that the scheme was discriminatory on the ground of nationality, the Court would make two observations.

106. Firstly, the Court notes that EEA nationals and non-EEA nationals in possession of indefinite leave to remain were expressly excluded from the Certificate of Approval scheme. It is therefore inclined to consider that any difference in treatment was on the ground of immigration status and not, in fact, on the ground of nationality.

107. Secondly, it points out that the Government did not challenge Mr Justice Silber's finding that the scheme was discriminatory on the ground of nationality in their appeal to the Court of Appeal. Consequently, the challenge to this finding before the Court would potentially have raised a question of estoppel (see *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, §§ 153-59, ECHR 2009).

...

## V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

113. The applicants alleged that the facts of the case also gave rise to a violation of Article 13 of the Convention.

114. The Court observes that the lead case of *R (on the application of Baiyai and others) v. Secretary of State for the Home Department* ([2006] EWHC 823 QB (Admin)), which raised similar issues, clearly demonstrates that effective domestic remedies were available to challenge the incompatibility of the Certificate of Approval scheme. Consequently, it finds, in the light of all the material in its possession and in so far as the matters complained of are within its competence, that the complaint under Article 13 does not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or its Protocols.

115. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

## VI. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

116. 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

117. The applicants claimed 295 pounds sterling (GBP) in respect of pecuniary damage and GBP 12,000 in respect of non-pecuniary damage.

118. The claim for pecuniary loss represented the fee which they were required to pay in order to apply for a Certificate of Approval. The applicants submitted that they had applied to the Secretary of State for the Home Department for a refund under the repayment scheme but had not received a reply.

119. The applicants claimed that they had suffered non-pecuniary damage under three distinct heads. Firstly, there was the prolonged uncertainty as to whether they would ever be able to legitimise their relationship with each other and with their child. Secondly, there were the intense feelings of frustration which arose from knowing that the scheme had been declared incompatible with their Convention rights while continuing to have it applied to them. Thirdly, the applicants suffered acutely as a

consequence of the unequal treatment which they received. This suffering was more acute because the applicants were Roman Catholics and, as such, had long been the victims of religious discrimination in Northern Ireland.

120. In respect of the claim for pecuniary loss, the Government submitted that the applicants would be eligible for repayment of the fee under the repayment scheme.

121. In respect of the claim for non-pecuniary damage, the Government denied that there was a clear causal link between any feelings of uncertainty and frustration and the violation. While such feelings would pertain to the making of any application of this kind, the Government disputed that the requirement to make such an application in itself amounted to a violation of the applicants' Convention rights.

122. The Government further submitted that any attempt to characterise the discrimination as particularly acute in the case of Northern Irish Catholics was wholly misconceived. Firstly, any historical discrimination against Catholics in Northern Ireland was not relevant to the Certificate of Approval scheme, nor was any violation arising from it. Secondly, as there was no Anglican Church in Northern Ireland, no church there was exempt from the scheme.

123. The Court notes that in previous cases in which it has found a violation of Article 12 of the Convention, it has generally held that the finding of a violation amounted to adequate just satisfaction (see, for example, *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, §§ 44-45, Series A no. 128; *B. and L. v. the United Kingdom*, no. 36536/02, §§ 45-47, 13 September 2005). Exceptionally, in the *Frasik v. Poland* case (no. 22933/02, § 90, ECHR 2010), the applicant was awarded 5,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

124. In the present case the Court observes that there are two aggravating factors. Firstly, the finding of a violation was coupled with the finding of a violation of Article 14 taken in conjunction with both Articles 12 and 9. Secondly, the Court observes that from 10 April 2006 until the first and second applicants were granted a Certificate of Approval, the offending scheme was in operation despite a finding by the domestic courts that it breached both Article 12 and Article 14 of the Convention. The Court therefore awards the applicants EUR 8,500 jointly in respect of non-pecuniary damage.

125. The Court awards the applicants the sum of GBP 295 in respect of pecuniary loss, in so far as the sum has not already been paid.

...

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

2. *Holds* that there has been a violation of Article 12 of the Convention;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 12;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 9;

...

6. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into pounds sterling, where appropriate, at the rate applicable at the date of settlement:

- (i) EUR 8,500 (eight thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
- (ii) GBP 295 (two hundred and ninety-five pounds sterling) in respect of pecuniary damage; and
- (iii) EUR 16,000 (sixteen thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

7. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 14 December 2010, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early  
Registrar

Lech Garlicki  
President





O'DONOGHUE ET AUTRES c. ROYAUME-UNI  
*(Requête n° 34848/07)*

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 14 DÉCEMBRE 2010<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Obligation imposée aux immigrés souhaitant se marier hors de l'Église d'Angleterre d'obtenir un certificat d'approbation****Article 12**

*Droit de se marier – Obligation imposée aux immigrés souhaitant se marier hors de l'Église d'Angleterre d'obtenir un certificat d'approbation – Décision d'approbation non exclusivement fondée sur l'authenticité du mariage projeté – Interdiction générale du droit de se marier imposée à certaines catégories de personnes – Frais d'un montant prohibitif pour les personnes relevant du contrôle de l'immigration – Atteinte à la substance du droit*

**Article 14 combiné avec l'article 12**

*Discrimination – Religion – Différence de traitement – Obligation imposée aux immigrés souhaitant se marier hors de l'Église d'Angleterre d'obtenir un certificat d'approbation – Absence de justification objective et raisonnable*

**Article 14 combiné avec l'article 9**

*Discrimination – Religion – Différence de traitement – Obligation imposée aux immigrés souhaitant se marier hors de l'Église d'Angleterre d'obtenir un certificat d'approbation – Absence de justification objective et raisonnable*

\*

\* \*

En vertu de l'article 19 de la loi de 2004 sur l'asile et l'immigration, les personnes relevant du contrôle de l'immigration candidates au mariage qui ne veulent ou ne peuvent pas se marier devant l'Église d'Angleterre doivent demander au ministre de l'Intérieur un certificat d'approbation de leur projet de mariage et s'acquitter des frais exigés pour le dépôt de leur demande. La loi ne prévoit aucune possibilité d'exemption, d'exonération ou de réduction des frais en question qui, à l'époque pertinente, s'élevaient à 295 livres sterling (GBP) (330 euros environ). Elaborée en 2005, la première version du régime des certificats d'approbation prévoyait que, pour être éligibles à un certificat d'approbation, les personnes concernées devaient

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

détenir un titre d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni d'une durée supérieure à six mois et n'expirant pas moins de trois mois après le dépôt de leur demande. Les deux modifications successives ultérieurement apportées au régime en question étendirent l'éligibilité aux certificats d'approbation aux demandeurs ne disposant pas d'une autorisation d'entrée ou de séjour suffisante, puis à ceux qui en étaient dépourvus. Les deuxième et troisième versions du régime prévoyaient que les demandeurs pouvaient se voir inviter à fournir des informations démontrant l'authenticité du mariage envisagé.

Ressortissant nigérian, le deuxième requérant arriva en Irlande du Nord en 2004. Il y rencontra la première requérante, qu'il demanda en mariage en mai 2006. Catholiques pratiquants, les intéressés ne souhaitaient pas se marier devant l'Église d'Angleterre, qui, de toute façon, n'est pas implantée en Irlande du Nord. En conséquence, ils avaient besoin d'un certificat d'approbation. Toutefois, avant l'entrée en vigueur, en juin 2007, de la troisième version du régime des certificats d'approbation, le deuxième requérant n'était pas éligible à un certificat d'approbation en raison de son statut de demandeur d'asile. En juillet 2007, les intéressés sollicitèrent la délivrance d'un certificat et une exonération des frais y afférents, précisant que la première requérante dépendait de l'aide publique et que le permis de séjour temporaire dont bénéficiait le deuxième requérant ne l'autorisait pas à travailler au Royaume-Uni. Leur demande fut rejetée au motif qu'ils n'avaient pas payé les frais exigés. En définitive, les intéressés obtinrent un certificat d'approbation en juillet 2008, après qu'ils furent parvenus à réunir les fonds nécessaires grâce à l'aide de leurs amis.

1. Article 12: si l'obligation imposée aux personnes relevant du contrôle de l'immigration de solliciter la délivrance d'un certificat d'approbation pour pouvoir se marier au Royaume-Uni n'est pas critiquable en elle-même, elle suscite de sérieuses réserves.

En premier lieu, l'authenticité du mariage projeté n'a jamais été le seul critère de délivrance d'un certificat d'approbation. La première version du régime ne prévoyait ni n'envisageait la possibilité d'une enquête sur ce point, la possession d'une autorisation d'entrée ou de séjour suffisante étant le seul critère de délivrance d'un certificat. Les deuxième et troisième versions du régime énonçaient que les personnes détenant une autorisation d'entrée ou de séjour insuffisante et celles qui en étaient dépourvues pouvaient se voir inviter à fournir des informations sur l'authenticité de leur relation. À l'inverse, il semble que les trois versions du régime autorisaient les candidats au mariage disposant d'un titre de séjour «suffisant» à solliciter un certificat d'approbation sans devoir fournir des informations sur l'authenticité de leur projet de mariage.

En deuxième lieu, les deux premières versions du régime interdisaient sans exception à des catégories déterminées de personnes – les ressortissants étrangers ne disposant pas d'un titre de séjour suffisant ou dépourvus de titre de séjour – de se marier, que le mariage projeté fût ou non un mariage de complaisance. Il

n'était nullement justifié d'imposer aux personnes relevant de ces catégories une interdiction générale d'exercer leur droit de se marier. A supposer même qu'il existe des raisons de penser que les personnes en question sont plus enclines que d'autres à contracter des mariages de complaisance, ce qui n'a pas été démontré, l'imposition d'une interdiction générale sans qu'aucune enquête n'ait été menée sur l'authenticité des mariages projetés restreint le droit de se marier au point de porter atteinte à la substance même de celui-ci. L'existence d'une dérogation fondée sur des motifs humanitaires ne change rien à cette situation car il s'agit d'un dispositif exceptionnel laissé à l'entière discrétion du ministre de l'Intérieur.

En troisième et dernier lieu, des frais d'un montant excessif pour des demandeurs indigents pourraient porter atteinte à la substance du droit de se marier. Eu égard au grand nombre de personnes relevant du contrôle de l'immigration qui ne peuvent travailler au Royaume-Uni ou qui disposent de faibles revenus, la Cour considère que des frais d'un montant de 295 GBP sont suffisamment élevés pour porter atteinte au droit de se marier et que le dispositif de remboursement réservé aux demandeurs indigents institué en juillet 2010 ne change rien à cette situation, car l'obligation de s'acquitter des frais en question peut avoir un effet fortement dissuasif sur un projet de mariage.

En conclusion, le droit des intéressés au mariage a été atteint dans sa substance même de mai 2006 – époque à laquelle ils ont formé le projet de se marier – jusqu'au moment où ils ont obtenu un certificat d'approbation, en juillet 2008, d'abord parce que le deuxième requérant était inéligible à un certificat d'approbation sous l'empire de la deuxième version du régime, ensuite parce que le montant des frais exigés était trop élevé.

*Conclusion*: violation (unanimité).

2. Article 14 combiné avec l'article 12: la première version du régime opérait une discrimination fondée sur la religion. Le deuxième requérant se trouvait alors dans une situation comparable à celle des personnes sans titre de séjour désireuses et capables de se marier devant l'Eglise anglicane. Toutefois, aucun obstacle ne s'opposait à la liberté de ces personnes de se marier, alors que le deuxième requérant ne souhaitait pas contracter un tel mariage, en raison de ses convictions religieuses, et ne le pouvait pas, parce qu'il réside en Irlande du Nord. En conséquence, l'intéressé a dans un premier temps été privé de toute possibilité de se marier au Royaume-Uni. Après la modification du régime, il n'a pu se marier qu'après avoir demandé la délivrance d'un certificat d'approbation et s'être acquitté de frais non négligeables. Il s'ensuit qu'il y a eu une différence manifeste de traitement non objectivement et raisonnablement justifiée.

*Conclusion*: violation (unanimité).

3. Article 14 combiné avec l'article 9: le Gouvernement admet que la soumission des deux premiers requérants à un régime non applicable aux personnes aspirant à se marier devant l'Eglise d'Angleterre a porté atteinte à leurs droits au titre de l'article 14 combiné avec l'article 9.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour accorde conjointement aux requérants des indemnités au titre du dommage matériel, du préjudice moral et des frais et dépens.

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

- Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, série A n° 23  
*Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, rapport de la Commission du 13 décembre 1979, Décisions et rapports 24  
*Draper c. Royaume-Uni*, n° 8186/78, rapport de la Commission du 10 juillet 1980, Décisions et rapports 24  
*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A n° 106  
*F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, série A n° 128  
*Sanders c. France*, n° 31401/96, décision de la Commission du 16 octobre 1996, Décisions et rapports 87-A  
*Klip et Krüger c. Pays-Bas*, n° 33257/96, décision de la Commission du 3 décembre 1997, Décisions et rapports 91-B  
*Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, CEDH 2001-VI  
*B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, 13 septembre 2005  
*Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX  
*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV  
*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008  
*A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, CEDH 2009  
*Frasik c. Pologne*, n° 22933/02, CEDH 2010

**En l'affaire O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni,**

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

Lech Garlicki, *président*,  
Nicolas Bratza,  
Ljiljana Mijović,  
David Thór Björgvinsson,  
Ján Šikuta,  
Päivi Hirvelä,  
Mihai Poalelungi, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 23 novembre 2010,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34848/07) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant nigérian, M. Osita Chris Iwu, et trois personnes ayant la double nationalité britannique et irlandaise, M<sup>me</sup> Sinead O'Donoghue, M. Ashton Osita Iwu et M. Tiernan Robert O'Donoghue (« les requérants »), ont saisi la Cour le 31 juillet 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Devant la Cour, les requérants, qui avaient été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, ont été représentés par l'association AIRE Centre. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. D. Walton, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Le 13 novembre 2008, la chambre de la quatrième section de la Cour à laquelle l'affaire avait été attribuée a décidé de communiquer la requête au Gouvernement et de la traiter en priorité, comme le permet l'article 41 du règlement de la Cour. Par ailleurs, elle a résolu d'informer les parties qu'elle examinait l'opportunité d'appliquer en l'espèce une procédure d'arrêt pilote (*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, §§ 189-194 et son dispositif, CEDH 2004-V, et *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, §§ 231-239 et son dispositif, CEDH 2006-VIII) et les a invitées à présenter leurs observations sur ce point. Après examen des observations des parties, la chambre a décidé de ne pas appliquer la procédure en question.

4. Les parties ont demandé la tenue d'une audience. Toutefois, le 13 octobre 2009, la Cour a décidé de ne pas tenir d'audience sur la recevabilité et le fond de la requête, en application de l'article 54 § 3 de son règlement.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

#### A. Le régime des certificats d'approbation

##### 1. La première version du régime

5. La première version du régime des certificats d'approbation (*Certificate of Approval Scheme*) fut élaborée en 2005 par le ministère de l'Intérieur. L'article 19 de la loi de 2004 sur l'asile et l'immigration (traitement des demandeurs, etc.) (« la loi de 2004 ») offrait une base légale à ce régime, qui fut complété par un règlement de 2005 sur l'immigration (procédure de mariage) (S.I. 2005/15) (« le règlement de 2005 ») et des directives émises par la direction de l'immigration (« les IDI »).

6. La première version du régime prévoyait que, pour pouvoir se marier, les personnes relevant du contrôle de l'immigration devaient être en possession soit d'une autorisation d'entrée sur le territoire britannique expressément délivrée en vue d'un mariage au Royaume-Uni, soit d'un certificat d'approbation. Étaient exclus de la catégorie des « personnes relevant du contrôle de l'immigration » les ressortissants de l'Espace économique européen (« l'EEE ») et les détenteurs d'un titre de séjour à durée illimitée.

7. Les personnes relevant du contrôle de l'immigration souhaitant obtenir un certificat d'approbation devaient en faire la demande auprès du ministre de l'Intérieur et s'acquitter de frais de dossier s'élevant à 295 livres sterling (GBP). Deux personnes relevant du contrôle de l'immigration désireuses de se marier devaient présenter chacune une demande et payer l'une et l'autre les frais exigés. Les IDI prévoyaient que, pour être éligibles à un certificat d'approbation, les personnes concernées devaient détenir un titre d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni d'une durée supérieure à six mois et n'expirant pas moins de trois mois après le dépôt de la demande.

8. La première version du régime ne s'appliquait pas aux personnes souhaitant célébrer un mariage selon les rites de l'Eglise d'Angleterre.



## 2. *L'avis de la High Court sur la première version du régime*

9. Le 10 avril 2006, le juge Silber rendit dans l'affaire *R (on the application of Baiyi and others) v. Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 823 QB (Admin) un jugement sur la question de savoir si la première version du régime portait atteinte aux droits des personnes relevant du contrôle de l'immigration en situation régulière sur le territoire britannique au titre des articles 12 et 14.

10. Il estima que la jurisprudence de la Cour n'interdisait pas l'adoption d'une loi visant à empêcher les personnes concernées de contracter un mariage dans le but d'échapper au contrôle de l'immigration, même si la loi en question pouvait faire obstacle au droit au mariage. En outre, il releva que l'objectif poursuivi par la loi et invoqué par le Gouvernement, à savoir la prévention des mariages de complaisance, était suffisamment important pour justifier une limitation au droit consacré par l'article 12.

11. Toutefois, il considéra que les mesures instaurées par la première version du régime en vue de la réalisation de l'objectif poursuivi par le législateur étaient disproportionnées en ce qu'elles étaient dépourvues de lien rationnel avec l'objectif en question. En premier lieu, il observa que tous les mariages religieux autres que ceux célébrés devant l'Eglise d'Angleterre étaient subordonnés à la délivrance d'un certificat alors pourtant qu'il était de notoriété publique que la plupart des mariages de complaisance étaient contractés devant les services de l'état civil. Il ajouta que le régime applicable aux mariages religieux célébrés hors de l'Eglise d'Angleterre était critiquable parce qu'il était identique au régime régissant les mariages civils bien que les précautions prises par les autres cultes pour empêcher les mariages de complaisance fussent identiques à celles instaurées par l'Eglise anglicane. En deuxième lieu, il releva que le postulat voulant, d'une part, que tous les mariages religieux célébrés hors de l'Eglise d'Angleterre fussent considérés de plein droit comme fictifs et subordonnés de ce fait à la délivrance d'un certificat et, d'autre part, que tous les mariages célébrés devant cette Eglise fussent automatiquement reconnus comme authentiques et dispensés pour cette raison de l'exigence d'un certificat ne reposait sur aucune base. En troisième lieu, il considéra que la première version du régime passait arbitrairement sous silence de nombreux facteurs pouvant être pertinents pour se prononcer sur l'éventuelle absence d'authenticité d'un projet de mariage – tels que des preuves certaines et corroborées de l'existence, entre les futurs époux, d'une relation amoureuse de plusieurs années au cours desquelles ils avaient pu avoir un enfant ou avoir acquis une maison ensemble – et indiqua qu'il avait peine à comprendre comment un dispositif ignorant de tels éléments pouvait avoir un « lien rationnel » avec l'objectif

législatif prétendument poursuivi, à savoir la prévention des mariages de complaisance. En quatrième et dernier lieu, il releva que l'absence de lien rationnel entre la première version du régime et cet objectif législatif pouvait également se déduire du fait que, pour déterminer si des personnes non ressortissantes de l'Union européenne pouvaient se marier au Royaume-Uni, le régime en question s'attachait exclusivement à leur situation au regard du droit des étrangers.

12. En conséquence, le juge Silber considéra que la première version du régime n'était pas proportionnée et portait gravement atteinte aux droits consacrés par l'article 12.

13. Il ajouta qu'elle était incompatible avec l'article 14 de la Convention en ce qu'elle opérait une discrimination fondée sur la religion et la nationalité. Il précisa qu'elle était directement discriminatoire en ce qu'elle visait des individus qui, en raison de leurs convictions religieuses ou parce qu'ils n'en avaient pas, ne pouvaient ou ne voulaient pas se marier selon les rites de l'Eglise anglicane, tandis que les personnes désireuses de se marier selon les rites de cette Eglise échappaient au régime litigieux.

14. Il releva en outre que les frais imposés aux personnes concernées étaient aussi discriminatoires car celles qui se trouvaient dans une situation identique mais qui souhaitaient se marier selon les rites de l'Eglise anglicane en étaient exonérées.

15. Dans un autre jugement ([2006] EWHC 1454 (Admin)), le juge Silber estima que le refus d'autorisation de se marier opposé à M. Baiai, un immigré qui était alors en situation irrégulière, n'avait pas porté atteinte aux droits de celui-ci au titre de l'article 12, car son mariage avec une ressortissante de l'EEE lui aurait permis de « passer devant les autres » et aurait nui à l'efficacité du contrôle de l'immigration.

16. Souscrivant à l'opinion du juge Silber selon laquelle la première version du régime institué au titre de l'article 19 de la loi de 2004 était discriminatoire, le ministre de l'Intérieur s'abstint de la contester en appel. Toutefois, il fut autorisé à interjeter appel des conclusions du juge Silber sur l'article 12 de la Convention. M. Baiai obtint lui aussi l'autorisation de faire appel.

### *3. L'avis de la Cour d'appel sur la première version du régime*

17. Le 23 mai 2007, la Cour d'appel rendit un arrêt dans l'affaire *SSHD v. Baiai and others* ([2007] EWCA Civ 478). Elle approuva l'avis du juge Silber selon lequel le régime prévu par l'article 19 de la loi de 2004 était disproportionné et attentatoire aux articles 12 et 14 de la Convention. En revanche, elle marqua son désaccord avec la conclusion à laquelle le juge Silber était parvenu à l'égard de M. Baiai, considérant que la situation de

celui-ci au regard du droit des étrangers était sans rapport avec l'authenticité de son projet de mariage, seul critère pertinent pour déterminer s'il lui était loisible d'exercer son droit de se marier. En conséquence, elle débouta le ministre de l'Intérieur de l'appel qu'il avait formé et accueillit celui de M. Baiai. Le ministre de l'Intérieur fut autorisé à se pourvoir devant la Chambre des lords.

4. *L'avis de la Chambre des lords sur la première version du régime*

18. Le 30 juillet 2008, la Chambre des lords rendit un arrêt dans l'affaire *R. (on the application of Baiai and others) v. Secretary of State for the Home Department* ([2008] UKHL 53). Rejetant le pourvoi dont elle était saisie, elle déclara que l'article 19 § 3 b) de la loi de 2004 devait se lire comme suit : « [la partie relevant du contrôle de l'immigration] a l'autorisation écrite du ministre de l'Intérieur de se marier au Royaume-Uni, pareille autorisation ne pouvant être refusée à un demandeur réunissant les conditions requises désireux de contracter un mariage ne revêtant pas un caractère fictif, la demande et l'octroi de cette autorisation ne pouvant être subordonnés à des conditions qui entraveraient déraisonnablement l'exercice par le demandeur de son droit de se marier au titre de l'article 12 de la Convention européenne. »

19. Lord Bingham releva que, depuis sa création, la Cour avait qualifié le droit au mariage de « fondamental » et que, contrairement à l'article 8, l'article 12 conférait un droit et non un droit au respect d'aspects particuliers de la vie privée.

20. Il observa en outre que la latitude laissée au droit interne n'était pas illimitée, et que l'on avait souligné que les législations nationales régissant l'exercice du droit de se marier ne devaient jamais porter atteinte ou nuire à la substance de ce droit. Il constata que, en pratique, la Cour veillait très scrupuleusement au respect du droit de se marier, relevant qu'elle avait donné raison à des requérants empêchés de s'unir au motif qu'ils étaient détenus (*Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, rapport de la Commission du 13 décembre 1979, Décisions et rapports (DR) 24, p. 62), à un requérant qui s'était vu imposer un délai obligatoire avant de pouvoir se marier pour la quatrième fois (*F c. Suisse*, 18 décembre 1987, série A n° 128), et à un autre requérant qui projetait de se marier avec sa belle-fille et devait obtenir une dérogation législative spéciale à cet effet (*B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, 13 septembre 2005).

21. Après avoir analysé – entre autres – les décisions rendues par les organes de Strasbourg dans les affaires *Sanders c. France* (n° 31401/96, décision de la Commission du 16 octobre 1996, DR 87-A, p. 160) et *Klip et*

*Krüger c. Pays-Bas* (n° 33257/96, décision de la Commission du 3 décembre 1997, DR 91-B, p. 66), il parvint aux conclusions suivantes :

« Une autorité nationale peut légitimement subordonner le droit d'un ressortissant étranger de se marier à des conditions raisonnables dans le but de déterminer si le mariage projeté est ou non un mariage de complaisance et de l'empêcher si tel est le cas. En effet, l'article 12 a pour but de protéger le droit de contracter un véritable mariage, non de conférer aux personnes concernées le droit d'obtenir un avantage accessoire en contractant un mariage de pure forme pour des motifs inavoués.

(...)

Il ressort de [la jurisprudence] (...) que, lorsqu'une personne projette de se marier dans un Etat membre dont elle n'a pas la nationalité, celui-ci peut légitimement rechercher si le mariage en question est ou non un mariage de complaisance et recueillir des informations à cet égard. L'hypothèse selon laquelle il serait possible d'apporter d'importantes restrictions à tous les mariages de ce genre ou à une sous-catégorie d'entre eux sans rechercher s'ils sont fictifs ou authentiques et sans procédure à cet effet ne trouve aucun appui dans la jurisprudence. »

22. En ce qui concerne la première version du régime, lord Bingham s'exprima ainsi :

« Hormis ses aspects discriminatoires, auxquels la ministre de l'Intérieur s'est engagée à remédier, je ne pense pas que l'article 19, pris isolément, soit juridiquement critiquable. Il est loisible aux Etats membres, conformément à l'article 12, de chercher à empêcher les mariages de complaisance. Rien dans le texte de l'article 19 n'autorise ou n'oblige les autorités à refuser de délivrer une autorisation pour un mariage non qualifiable de mariage de complaisance. D'ailleurs, cette disposition ne mentionne aucunement les mariages de complaisance ou fictifs et ne fournit aucune indication quant aux motifs pour lesquels une autorisation peut être délivrée ou refusée. L'article 19 peut être interprété, conformément à son libellé et à l'article 12, comme imposant aux personnes relevant du contrôle de l'immigration de signaler leur projet de mariage, comme autorisant les autorités compétentes à enquêter pour rechercher si le mariage projeté est un mariage de complaisance et comme permettant à ces dernières de refuser de délivrer l'autorisation demandée dans le seul cas où il apparaît que le mariage projeté est un mariage de complaisance.

J'estime en outre que le règlement de 2005 ne prête pas le flanc à la critique, à une réserve près. Son annexe 2 contient certaines indications sur les informations que les personnes sollicitant l'autorisation de se marier doivent fournir, et une enquête sur la question de savoir si un mariage projeté est ou non fictif exigerait bien entendu de très nombreuses précisions (davantage que celles requises par l'annexe). La réserve que m'inspire ce texte concerne les frais réclamés aux demandeurs. Il va sans dire que des frais d'un montant excessif pour les demandeurs indigents pourraient porter atteinte à la substance du droit de se marier qui est ici en cause. Des frais s'élevant à 295 £ (590 £ pour un couple dont les deux membres relèvent du contrôle de l'immigration) pourraient avoir un tel effet.

Les directives de la direction de l'immigration, qui semblent avoir été édictées sans autorisation expresse du Parlement, permettent aux autorités de refuser l'autorisation de se marier – sauf pour des motifs humanitaires dont l'existence est en pratique peu souvent reconnue – à toutes les personnes dépourvues de titre de séjour sur le territoire britannique, ainsi qu'à celles qui ont obtenu une autorisation d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni d'une durée qui n'excède pas six mois ou expirant moins de trois mois après le dépôt de leur demande. L'anomalie de ce dispositif tient à ce que, nonobstant leur pertinence manifeste du point de vue du droit des étrangers, aucune de ces conditions n'a le moindre rapport avec la question de l'authenticité du mariage projeté, seul critère à prendre en compte pour décider si un demandeur apte au mariage au regard du droit interne doit ou non se voir accorder l'autorisation de se marier. Il est possible que les personnes relevant des catégories définies par les directives soient plus enclines que d'autres à contracter des mariages de complaisance, élément qui peut être très important lorsque l'on s'interroge sur l'authenticité d'un mariage projeté. Mais le dispositif instauré par l'article 19 ne prescrit pas la conduite d'une enquête et ne prévoit pas cette possibilité en raison du coût et de la charge que représenterait pareille mesure sur le plan administratif (d'après les preuves fournies). En conséquence, le régime critiqué impose à toutes les personnes relevant des catégories qu'il définit l'interdiction absolue d'exercer leur droit de se marier, sauf pour des motifs humanitaires appréciés discrétionnairement, indépendamment de la question de savoir si les mariages projetés sont ou non des mariages de complaisance. Il en résulte une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit au mariage.»

### 23. La baronne Hale of Richmond s'exprima ainsi :

«Nul ne conteste au gouvernement la faculté de refuser un avantage lié à la législation sur l'immigration à un conjoint qui aurait contracté un mariage dans le seul but d'obtenir l'avantage en question, et les défendeurs soutiennent qu'il en va déjà ainsi puisque les avantages revendiqués ne valent que pour les véritables relations. Mais le régime incriminé a des effets tout à fait différents. Les règles litigieuses autorisent le gouvernement à interdire *a priori* un très grand nombre de mariages, qu'ils soient ou non authentiques et qu'ils permettent ou non d'obtenir un avantage lié à la législation sur l'immigration, et sans prévoir de recours autre que le contrôle juridictionnel. Ce faisant, elles touchent à la substance même du droit de se marier garanti par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme à toute personne ayant l'âge requis.»

24. La baronne Hale of Richmond estima que le régime encourait de nombreux reproches, outre celui d'être discriminatoire. Ses critiques portaient notamment sur les points suivants :

«[Le régime] s'applique à toute personne relevant du contrôle de l'immigration, c'est-à-dire à tous les non-ressortissants de l'EEE sollicitant une autorisation d'entrer ou de séjourner au Royaume-Uni (article 19 § 4). En d'autres termes, il concerne tous les étrangers, sauf ceux qui sont détenteurs d'un « titre de séjour à durée illimitée ». Quels que soient le lieu où ils vivent et celui où ils ont l'intention de se marier, les intéressés doivent signaler leur projet de mariage à l'officier de l'état civil de tel ou tel secteur expressément déterminé et chacun des futurs conjoints doit se présenter en personne devant lui à cet effet (article 19 § 2). Ceux-ci sont soumis à ces exigences

quelles que soient la durée de leur séjour dans notre pays et l'étroitesse de leur relation, quand bien même leur mariage ne leur procurerait aucun avantage lié à la législation sur l'immigration ou seulement un avantage limité.

La présentation des candidats au mariage devant l'officier de l'état civil compétent ne marque l'achèvement de la procédure que pour deux catégories de personnes, à savoir celles qui ont obtenu l'autorisation d'entrer sur le territoire britannique dans le but exprès de s'y marier (article 19 § 3 a)) et celles qui relèvent de l'un des cas prévus par le règlement (article 19 § 3 c)). L'article 6 du règlement de 2005 sur l'immigration (procédure de mariage) (S.I. 2005/15) précise ce qu'il faut entendre par « personne installée au Royaume-Uni » au sens du paragraphe 6 du règlement sur l'immigration. Cette qualification s'applique en substance aux personnes qui ont leur résidence habituelle au Royaume-Uni, dont la situation est régulière au regard du droit des étrangers, et dont l'autorisation de séjour n'est soumise à aucune restriction. De très nombreuses personnes qui vivent depuis longtemps en situation régulière sur le territoire britannique ne sont pas considérées comme y étant « installées » au sens de cette définition.

Les personnes relevant du contrôle de l'immigration qui n'appartiennent à aucune de ces deux catégories ne peuvent se marier au Royaume-Uni sans autorisation écrite du ministre de l'Intérieur (article 19 § 3 b)). Les demandes d'autorisation doivent être faites par écrit et accompagnées du règlement des frais prévus par le règlement de 2005, qui s'élèvent actuellement à 295 £. Si les deux futurs conjoints ont besoin d'une autorisation, il leur en coûtera 590 £. Le règlement ne prévoit pas la possibilité d'exonérer les demandeurs des frais en question ou d'en réduire le montant, quels que soient les mérites de leur dossier. Ces frais sont supérieurs au coût – beaucoup plus modique – du mariage lui-même, qui s'élève au total à 103,50 £ (30 £ par avis de mariage, 40 £ pour la cérémonie et 3,50 £ pour le certificat de mariage). Ils sont incontestablement dissuasifs pour les couples qui désirent profondément et sincèrement se marier, et sont sans rapport avec la situation de ceux-ci au regard du droit des étrangers ou le lieu où ils ont l'intention de vivre une fois mariés.

Les couples en question ne trouveront dans la loi et le règlement aucune indication leur permettant d'évaluer leurs chances d'obtenir une autorisation. Dans ces conditions, il apparaît que le gouvernement est libre de mener la politique de son choix, sans même la soumettre au contrôle du Parlement. A l'heure actuelle, cette politique est exposée à l'article 15 du chapitre 1<sup>er</sup> des « instructions de la direction de l'immigration ». Elle ne repose pas sur une appréciation raisonnable de la question de savoir si le mariage projeté procurera aux futurs conjoints un avantage lié à la législation sur l'immigration ou s'il s'agit ou non d'un véritable mariage, mais sur une règle arbitraire accordant l'autorisation de se marier aux personnes titulaires d'un titre d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni d'une durée supérieure à six mois (calculée à partir de la date du début du séjour des intéressés) et n'expirant pas moins de trois mois après l'introduction de la demande. Même les futurs conjoints qui satisfont à ces critères peuvent se voir refuser l'autorisation de se marier s'il existe une bonne raison de croire que l'un ou l'autre est inapte à se marier au regard du droit anglais. L'autorisation de se marier est refusée aux personnes qui ne répondent pas à ces critères, sauf s'il existe des « raisons humanitaires exceptionnelles » pour lesquelles il serait déraisonnable d'attendre des intéressés qu'ils

se rendent à l'étranger pour s'y marier ou y demander un titre d'entrée. Parmi les exemples cités pour illustrer ce cas de figure, on trouve celui d'une personne enceinte ou que son état de santé empêche de voyager, mais aucun d'entre eux ne porte sur des situations donnant à penser que le mariage projeté est authentique, parce que cet élément n'entre pas en ligne de compte.

Cette politique exclut automatiquement tous les demandeurs d'asile, car ceux-ci ne disposent pas d'un titre d'entrée sur le territoire britannique. Elle pose en principe qu'ils ne doivent pas se voir accorder l'autorisation de se marier avant que leur demande ait été traitée. Mais ils peuvent obtenir l'autorisation en question si dix-huit mois se sont écoulés sans que leur demande ait fait l'objet d'une première décision ou si un recours est pendan depuis dix-huit mois (et il semble que ce délai recommence à courir à compter de l'introduction d'un recours), ou s'il existe des raisons humanitaires impérieuses pour lesquelles il serait déraisonnable d'attendre d'eux qu'ils se rendent à l'étranger. Il va sans dire qu'il est extrêmement improbable qu'un véritable demandeur d'asile soit en mesure de retourner dans le pays qu'il a fui pour échapper à une crainte légitime de persécution, et que notre pays enfreindrait les obligations que lui impose la Convention sur les réfugiés s'il l'y obligeait.

Le fait que la grande majorité des demandes d'autorisation soient accueillies montre que le régime institué par la loi a une portée trop étendue. Du 1<sup>er</sup> février 2005, date d'entrée en vigueur de l'article 19, au 10 avril 2006, date à laquelle le juge Silber a rendu son premier jugement, 14 787 demandes d'autorisation de mariage ou de partenariat civil ont été traitées. Sur les 12 754 autorisations accordées, seulement 41 l'ont été pour des motifs exceptionnels ou humanitaires, les autres parce que les demandeurs réunissaient les conditions requises. 1 805 demandes ont été rejetées, 228 ont été retirées ou abandonnées. On nous a dit que cela était précisément l'effet recherché. Le gouvernement a tout simplement décidé de soumettre de très nombreux projets de mariage à l'effet dissuasif d'un contrôle et d'interdire tous ceux relevant de la catégorie la plus susceptible à ses yeux de renfermer des mariages de complaisance. Il a été considéré comme trop difficile et trop onéreux de déployer des efforts sérieux pour essayer de distinguer les mariages de complaisance des véritables mariages.»

##### *5. Les modifications apportées à la première version du régime des certificats d'approbation*

25. A la suite des décisions rendues par le juge Silber le 10 avril 2006, des modifications furent apportées à la première version du régime des certificats d'approbation. Les nouvelles dispositions («la deuxième version du régime») prévoyaient que les demandeurs ne disposant pas d'une autorisation d'entrée ou de séjour d'une durée suffisante au moment du dépôt de leur demande de délivrance d'un certificat d'approbation pouvaient se voir inviter à fournir des informations complémentaires à l'appui de celle-ci, pour permettre au ministère de l'Intérieur de vérifier si le mariage ou le partenariat civil envisagé était authentique.

26. Le régime des certificats d'approbation fut à nouveau modifié consécutivement à l'arrêt rendu le 23 mai 2007 par la Cour d'appel. Dans sa troisième version, ce régime énonçait que les demandes émanant de personnes dépourvues d'autorisation d'entrée ou de séjour valable, jusqu'alors inéligibles à un certificat d'approbation sauf en cas de circonstances exceptionnelles d'ordre humanitaire, seraient traitées conformément aux directives applicables aux personnes disposant d'un titre d'entrée ou de séjour limité et insuffisant pour satisfaire aux critères d'attribution d'un certificat.

27. L'obligation de s'acquitter de frais de dossier imposée aux demandeurs de certificats d'approbation fut suspendue par le gouvernement à compter du 9 avril 2009. Le 10 juillet 2010, le ministère compétent approuva un dispositif de remboursement des frais payés par les demandeurs qui, au moment du dépôt de leur demande, répondaient à des critères d'indigence.

28. Le 27 juillet 2010, un projet d'ordonnance correctrice de la loi de 2004 sur l'asile et l'immigration (traitement des demandeurs) fut déposé au Parlement. Si le projet d'ordonnance devait être approuvé par les deux chambres du Parlement, l'ordonnance pourrait entrer en vigueur début 2011. Son entrée en vigueur aboutirait à l'abrogation du régime des certificats d'approbation.

### **B. La situation personnelle des requérants**

29. Les intéressés sont nés en 1974, 1979, 2006 et 2000 respectivement et résident à Londonderry.

30. La première requérante a la double nationalité irlandaise et britannique. Elle est mariée au deuxième requérant, un ressortissant nigérian d'origine biafraise. Le troisième requérant est le fils des premier et deuxième requérants. Le quatrième requérant est le fils que la première requérante a eu d'une précédente union. Les troisième et quatrième requérants ont la double nationalité britannique et irlandaise.

31. Les intéressés sont des catholiques pratiquants.

32. Les premier et deuxième requérants ont la charge des troisième et quatrième requérants, ainsi que des parents de la première requérante, qui sont invalides. La première requérante perçoit une allocation pour garde d'invalidité, une aide au revenu, une allocation pour enfant à charge et une allocation de logement. Le deuxième requérant n'a pas le droit de travailler.

### **C. Les circonstances factuelles de l'espèce**

33. Le deuxième requérant arriva en Irlande du Nord en 2004 et y demanda l'asile en 2006. En novembre 2009, il se vit accorder une



autorisation exceptionnelle de séjour (*discretionary leave to remain*) valable jusqu'en novembre 2011.

34. Il rencontra la première requérante en novembre 2004. Ils commencèrent à vivre ensemble en décembre 2005. En mai 2006, le deuxième requérant demanda la première requérante en mariage, ce qu'elle accepta.

35. Le 9 juillet 2007, les intéressés sollicitèrent un certificat d'approbation ainsi qu'une exonération des frais de dossier, qui s'élevaient à 295 GBP. Ils joignirent à leur demande des explications précisant que la première requérante survivait grâce à l'allocation pour garde d'invalidé ainsi qu'à l'aide au revenu et que le deuxième requérant était indigent car il n'avait pas été autorisé à travailler. Ils y ajoutèrent une lettre de recommandation du député de leur circonscription.

36. Le 18 juillet 2007, leur demande leur fut retournée sous couvert d'une lettre libellée dans les termes suivants :

« Une demande non accompagnée du règlement des frais exigés n'est pas valable. Les frais afférents à la demande que vous nous avez adressée par courrier le 9 juillet 2007 n'ont pas été payés. Nous estimons que votre situation ne justifie pas une exonération des frais en question. Par conséquent, votre demande n'est pas valable. Nous vous retournons les documents que vous nous avez adressés. »

37. En juillet 2008, des amis des requérants se cotisèrent pour réunir une partie de la somme nécessaire au paiement des frais exigés pour le dépôt d'une demande de certificat d'approbation. Par la suite, les requérants déposèrent une demande accompagnée du règlement des frais en question. A réception de cette demande, l'agent chargé du dossier des intéressés les invita à fournir des informations complémentaires sur leurs relations. Ceux-ci lui adressèrent deux attestations faites sous serment. Les renseignements fournis par les requérants ayant été jugés satisfaisants, ceux-ci se virent délivrer un certificat d'approbation le 8 juillet 2008 et se marièrent le 18 octobre 2008.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Le régime des certificats d'approbation

38. L'article 19 § 1 de la loi de 2004 sur l'asile et l'immigration (traitement des demandeurs, etc.) (« la loi de 2004 ») subordonne les mariages contractés par des personnes relevant du contrôle de l'immigration autres que ceux célébrés selon les rites de l'Eglise d'Angleterre conformément à la deuxième partie de la loi de 1949 à certaines conditions.

39. Les passages pertinents de l'article 19 § 3 de la loi de 2004 sont ainsi libellés :

« 3. Un mariage relevant du présent article ne peut faire l'objet d'une inscription au registre des mariages par le directeur de l'état civil que si celui-ci a constaté, au

vu de preuves déterminées, que le candidat au mariage qui relève du contrôle de l'immigration

a) dispose d'un titre d'entrée sur le territoire britannique délivré dans le but exprès de lui permettre de se marier au Royaume-Uni,

b) dispose d'une autorisation écrite du ministre de l'Intérieur lui permettant de se marier au Royaume-Uni (...)»

40. L'article 19 § 4 a) de la loi de 2004 énonce que les personnes « relevant du contrôle de l'immigration » sont celles qui ne sont pas ressortissantes de l'EEE et qui sollicitent une autorisation d'entrer ou de séjourner au Royaume-Uni.

41. En ce qui concerne l'Irlande du Nord, l'article 23 de la loi de 2004 énonce ce qui suit :

« 1. Le présent article s'applique aux mariages :

a) devant être célébrés en Irlande du Nord, et

b) contractés par une personne relevant du contrôle de l'immigration.

2. Les déclarations des mariages auxquels le présent article s'applique

a) ne peuvent être recueillies que par l'officier de l'état civil désigné à cet effet, et

b) doivent, dans les cas prévus, être faites en personne et ensemble par les deux candidats au mariage au bureau de l'état civil désigné à cet effet.

3. L'officier de l'état civil requis ne peut procéder aux actes prévus par les articles 4 et 7 de l'ordonnance de 2003 sur le mariage (Irlande du Nord) (S.I. 2003/413 (N.I.3)) (registre des mariages, liste des projets de mariage et calendrier des mariages) que s'il a constaté, au vu de preuves déterminées, que le candidat au mariage qui relève du contrôle de l'immigration

a) dispose d'un titre d'entrée sur le territoire britannique délivré dans le but exprès de lui permettre de se marier au Royaume-Uni,

b) dispose d'une autorisation écrite du ministre de l'Intérieur lui permettant de se marier au Royaume-Uni, ou (...)»

42. L'autorisation du ministre de l'Intérieur est matérialisée par la délivrance d'un certificat d'approbation selon la procédure prévue par le règlement de 2005 sur l'immigration (procédure de mariage) (S.I. 2005/15) (« le règlement de 2005 »).

43. L'article 7 du règlement de 2005 est ainsi libellé :

« 1. Une personne souhaitant obtenir du ministre de l'Intérieur l'autorisation de se marier au Royaume-Uni en application des articles 19 § 3 b), 21 § 3 b) ou 23 § 3 b) de la loi de 2004 doit :

a) en faire la demande par écrit ;

b) s'acquitter des frais de dépôt de sa demande conformément à l'article 8 du présent règlement.

2. Les informations énumérées dans l'annexe 2 doivent figurer dans la demande ou y être jointes.»

44. L'annexe 2 prévoit que les deux candidats à un mariage doivent préciser leurs nom, date de naissance, nom à la naissance (si différent), nationalité, coordonnées, numéro de passeport ou de document de voyage, numéro de dossier au ministère de l'Intérieur (le cas échéant), leur situation au regard du droit des étrangers, la date d'obtention du titre d'entrée ou de séjour ainsi que la date d'expiration de celui-ci (le cas échéant), et fournir des renseignements sur tout mariage ou divorce antérieur.

45. Initialement fixés à 135 GBP, les frais afférents au dépôt d'une demande d'autorisation auprès du ministère de l'Intérieur passèrent à 295 GBP le 2 avril 2007. Les textes applicables n'ouvrent aucun recours aux demandeurs qui prétendraient ne pas être en mesure de s'acquitter des frais exigés. Le non-paiement des frais en question entraîne l'invalidité de la demande et les textes ne prévoient pas la possibilité d'en exonérer les demandeurs. Le rejet d'une demande de délivrance d'un certificat d'approbation ne relève pas du droit de l'immigration et la loi ne prévoit pas de recours contre pareille décision.

46. En février 2005, la direction de l'immigration émit des directives sur la capacité au mariage («IDI»). Celles-ci énoncent que les personnes relevant du contrôle de l'immigration désireuses de se marier au Royaume-Uni en application de la loi de 2004 ne peuvent formuler une déclaration de mariage qu'à la condition supplémentaire d'être titulaires d'un titre d'entrée sur le territoire britannique, d'être installées au Royaume-Uni ou de disposer d'un certificat d'approbation délivré par le ministère de l'Intérieur. L'article 15 § 3 du chapitre 1 des IDI («critères de délivrance d'un certificat d'approbation») est ainsi libellé :

« Pour être éligibles à un certificat d'approbation, les personnes qui en sollicitent la délivrance doivent être titulaires d'une autorisation d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni d'une durée totale de plus de six mois et n'expirant pas moins de trois mois après le dépôt de leur demande. »

47. Selon les IDI, il y a lieu de refuser la délivrance d'un certificat d'approbation lorsqu'il existe une bonne raison de croire à la présence d'un empêchement juridique au mariage tel que l'âge, la consanguinité ou l'existence d'un mariage non rompu. En principe, les personnes qui ne satisfont pas aux conditions requises pour la délivrance d'un certificat d'approbation doivent se la voir refuser, à moins que des motifs humanitaires ne s'y opposent.

## **B. La première modification apportée au régime des certificats d'approbation**

48. Le régime des certificats d'approbation fut modifié à la suite du jugement rendu par le juge Silber. Les instructions du Service de contrôle des frontières du Royaume-Uni (*United Kingdom Border Agency* – l'«UKBA») indiquent que la nouvelle procédure lui permet d'inviter par écrit les personnes disposant d'une autorisation d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni d'une durée insuffisante pour solliciter un certificat d'approbation à fournir des informations complémentaires à l'appui de leur demande afin qu'il puisse vérifier que le mariage ou le partenariat civil projeté est authentique. Elles précisent que toutes les lettres adressées à ces personnes doivent demander la communication d'informations portant sur :

- le moment, le lieu et les modalités de la rencontre entre le demandeur et la personne avec laquelle il souhaite contracter un mariage ou un partenariat civil ;

- le moment où le couple a décidé de se marier ou de conclure un partenariat civil ;

- le lieu où le couple a l'intention de s'installer en cas d'obtention de l'autorisation de se marier ou de conclure un partenariat civil au Royaume-Uni ;

- le cas échéant, les dispositions prises pour une cérémonie religieuse – notamment la nature de celle-ci, le nom de l'officiant, avec indication des coordonnées pertinentes –, y compris celles prévues, le cas échéant, pour une réception ou célébration (avec indication, entre autres, du lieu de la célébration, des preuves de réservation et des coordonnées pertinentes) ;

- les relations du demandeur et de la personne avec laquelle il souhaite contracter un mariage ou un partenariat civil, si le couple ne cohabite pas (avec communication de preuves de l'existence de la relation telles que des lettres et des photographies) ;

- la vie du demandeur et de la personne avec laquelle il souhaite contracter un mariage ou un partenariat civil s'ils cohabitent, notamment leur adresse et la durée de leur vie commune (avec communication de preuves écrites de celle-ci telles que des lettres adressées aux deux intéressés à la même adresse par des services publics, des administrations, des collectivités locales, des établissements financiers, etc.) ;

- les enfants du demandeur et de la personne avec laquelle il souhaite contracter un mariage ou un partenariat civil, issus de leur relation ou de relations précédentes, leur lieu de résidence, la durée pendant laquelle ils ont vécu avec le demandeur et la personne avec laquelle il souhaite contracter

un mariage ou un partenariat civil, le nom de leurs parents naturels et des précisions sur la personne qui en a la charge ;

– les coordonnées téléphoniques du demandeur et de la personne avec laquelle il souhaite contracter un mariage ou un partenariat civil, au cas où un agent souhaiterait contacter l'un ou l'autre des intéressés ;

– toute précision complémentaire que le demandeur souhaiterait apporter, et/ou tout autre élément ou pièce utile à la demande.

### **C. La deuxième modification apportée au régime des certificats d'approbation**

49. Le gouvernement apporta de nouvelles modifications au régime des certificats d'approbation consécutivement à l'arrêt rendu par la Cour d'appel. L'UKBA émit de nouvelles directives énonçant que les personnes dépourvues de titre d'entrée ou de séjour valable – les immigrés en situation irrégulière, les personnes ayant obtenu une admission temporaire après un refus d'autorisation d'entrée ou dans l'attente d'une décision sur leur demande d'autorisation d'entrée, et celles dont le permis de séjour a expiré –, qui étaient jusqu'alors inéligibles à un certificat d'approbation sauf en cas de circonstances exceptionnelles d'ordre humanitaire, seraient traitées conformément aux directives applicables aux personnes disposant d'un titre d'entrée ou de séjour limité et insuffisant pour satisfaire aux critères d'attribution d'un certificat.

### **D. Evolution ultérieure**

50. En mars 2009, l'association AIRE Centre et le Conseil paritaire pour le bien-être des immigrants (*Joint Council for the Welfare of Immigrants*) intentèrent une procédure de contrôle juridictionnel, alléguant que le ministère de l'Intérieur ne s'était pas conformé à la partie de l'arrêt rendu par la Chambre des lords relative au montant des frais requis pour le dépôt d'une demande de certificat. La veille du prononcé de la décision, le gouvernement accepta de suspendre l'exigibilité des frais en question à compter du 9 avril 2009.

51. Le 10 juillet 2010, le ministère approuva un dispositif de remboursement à titre gracieux de l'intégralité des frais aux couples demandeurs répondant à des critères d'indigence. Selon ce dispositif, les couples concernés devaient démontrer la réalité de leur indigence en apportant la preuve que le paiement des frais aurait entraîné pour eux des difficultés financières réelles au moment du dépôt de leur demande. Les critères d'indigence tenaient compte des allocations éventuellement perçues par les futurs conjoints, notamment une aide à l'asile, et d'un certain seuil de revenus.

52. En novembre 2009, le Gouvernement informa la Cour de son intention d'abroger le régime des certificats d'approbation. Le 27 juillet 2010, un projet d'ordonnance correctrice de la loi de 2004 sur l'asile et l'immigration (traitement des demandeurs) fut déposé au Parlement. Son entrée en vigueur est prévue pour début 2011.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

53. Les requérants allèguent que le régime des certificats d'approbation et l'application qui leur en a été faite ont violé leur droit de se marier au titre de l'article 12 de la Convention, ainsi libellé :

«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.»

54. Le Gouvernement combat cette thèse.

(...)

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

#### *1. Thèses des parties*

##### **a) Thèse des requérants**

60. Les requérants allèguent que le régime des certificats d'approbation et l'application qui leur en a été faite ont porté atteinte de manière disproportionnée à leur droit de se marier et de fonder une famille.

61. Ils soutiennent qu'ils ont décidé de se marier fin 2005, sous l'empire de la première version du régime, en vertu de laquelle les personnes disposant d'une autorisation d'entrée ou de séjour sur le territoire britannique dont la durée de validité était insuffisante se voyaient systématiquement refuser la délivrance d'un certificat. Ils avancent que, faute pour le deuxième requérant de disposer d'une autorisation de séjour, toute demande formulée par lui à cette époque aurait été rejetée.

62. Ils allèguent que, selon la deuxième version du régime, instaurée le 10 avril 2006, la délivrance d'un certificat n'était pas automatiquement refusée aux personnes disposant d'une autorisation de séjour d'une durée insuffisante, celles-ci pouvant se voir inviter à fournir des informations complémentaires sur leurs relations. Toutefois, ils font valoir que le deuxième requérant n'aurait pas été éligible à la délivrance d'un certificat

car il n'avait pas d'autorisation de séjour au Royaume-Uni. Ils concèdent que l'intéressé aurait pu prétendre à la délivrance d'un certificat à compter de l'entrée en vigueur, le 19 juin 2007, de la troisième version du régime, mais allèguent que son incapacité à s'acquitter des frais exigés demeurerait un obstacle à l'obtention du certificat en question. A cet égard, ils précisent que le deuxième requérant avait déposé une demande à laquelle il avait joint des explications précises sur les raisons pour lesquelles il ne pouvait s'acquitter des frais en question, et que cette demande s'était heurtée à une fin de non-recevoir car elle n'était pas accompagnée du règlement requis. Ils ajoutent que le deuxième requérant n'a pu obtenir le certificat qu'après que ses amis et sa famille eurent organisé une « collecte ».

63. Les intéressés reconnaissent que les Etats doivent pouvoir prendre les mesures nécessaires à la prévention des mariages de complaisance. Toutefois, ils estiment qu'il est fallacieux d'affirmer que le régime critiqué poursuit le but légitime d'empêcher les mariages de complaisance car il s'applique à toutes les personnes relevant du contrôle de l'immigration, que le mariage ait ou non un effet – avéré ou éventuel – sur leur statut au regard du droit des étrangers.

64. Selon les requérants, leur relation n'est pas fictive et il n'existe aucune raison de croire qu'elle l'est. Au contraire, ils vivraient ensemble depuis 2005, ils auraient eu un enfant ensemble et éduqueraient ensemble l'enfant issu d'une relation antérieure du deuxième requérant.

65. Même s'il était admis que le régime poursuit un but légitime, il serait disproportionné car il ne tiendrait pas compte des différences entre les situations individuelles des diverses personnes qu'il touche. En particulier, le montant des frais serait trop élevé et la loi ne prévoirait aucune possibilité d'exonération pour les personnes incapables de s'en acquitter. Pour les requérants, comme pour beaucoup d'autres, la somme exigée viderait à elle seule de sa substance le droit de se marier. Outre les frais afférents à une demande de certificat d'approbation, les couples désireux de se marier devraient s'acquitter de 103 GBP pour les formalités de mariage. De surcroît, ceux qui souhaiteraient solliciter auprès de l'UKBA la modification de leur statut au regard du droit des étrangers devraient verser une somme supplémentaire, d'un montant allant de 465 à 1 020 GBP (en fonction du statut demandé et du service fourni). Cumulées, les sommes en question seraient disproportionnées et dépasseraient les ressources de la majeure partie de la population immigrée. Les frais élevés exigés pour l'obtention d'un certificat d'approbation s'analyseraient donc en une ingérence dans le droit de se marier pour une large majorité des personnes concernées par le régime litigieux, et pas seulement pour les « pauvres d'entre les pauvres ».

66. Si, comme le soutient le Gouvernement, le régime visait vraiment à réduire le nombre de mariages de complaisance contractés pour des raisons liées à la législation sur l'immigration, il devrait être fondé sur le postulat selon lequel toutes les personnes en relevant pourraient tirer de leur mariage un avantage lié à la législation sur l'immigration. Le montant des frais exigés des demandeurs qui n'entendent tirer de leur mariage avec leur futur conjoint aucun avantage de ce genre serait en soi excessif et critiquable, qu'ils connaissent ou non des difficultés financières.

67. La thèse du Gouvernement selon laquelle la Chambre des lords se serait bornée à constater que seuls la discrimination religieuse et le montant des frais auraient été contraires à la Convention et que la loi et la réglementation étaient «exemptes de critiques» pour le reste serait fallacieuse. Au contraire, Lord Bingham aurait clairement indiqué que le régime ne se justifiait que dans la mesure où il visait à empêcher les mariages de complaisance. De la même manière, la baronne Hale aurait formulé plusieurs critiques contre ce régime. Elle aurait d'abord relevé que celui-ci concernait tous les étrangers – sauf ceux bénéficiant d'un droit de séjour illimité – quelles que soient la durée de leur séjour au Royaume-Uni et l'étroitesse de leur relation, et quand bien même leur mariage ne leur aurait procuré aucun avantage lié à la législation sur l'immigration ou seulement un avantage limité. Elle aurait ensuite observé que la décision d'accorder ou de refuser la délivrance d'un certificat d'approbation ne reposait pas sur une appréciation raisonnable de la question de savoir si le mariage projeté aurait procuré aux futurs conjoints un avantage lié à la législation sur l'immigration ou s'il s'agissait ou non d'un véritable mariage, mais au contraire sur une règle arbitraire accordant l'autorisation à tout demandeur titulaire d'une autorisation d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni valable plus de six mois et n'expirant pas moins de trois mois après l'introduction de la demande. Elle aurait aussi noté que la politique critiquée excluait automatiquement tous les demandeurs d'asile, ceux-ci ne disposant pas d'une autorisation d'entrée. Enfin, elle aurait constaté que la grande majorité des demandes d'autorisation étaient accueillies et en aurait déduit que le régime institué par la loi avait une portée trop étendue.

#### **b) Thèse du Gouvernement**

68. Le Gouvernement conteste que le premier et le deuxième requérants aient projeté de se marier avant la proposition de mariage formulée par ce dernier en mai 2006. Il fait valoir à cet égard que la lettre du 9 juillet 2007 accompagnant la demande de délivrance d'un certificat d'approbation indique que le couple avait décidé de se marier en mai 2006. Il soutient que, bien que les intéressés eussent indiqué dans leurs attestations appuyant



cette demande qu'ils avaient auparavant discuté de mariage, ils y ont tous deux clairement précisé qu'ils n'avaient décidé de se fiancer qu'en mai 2006, et qu'ils avaient prévu de se marier en septembre 2007. Rien ne donnerait à penser qu'ils avaient envisagé de se marier avant et que le régime litigieux les en avait empêchés. Par conséquent, les intéressés n'auraient été concernés que par la troisième version du régime, dont aucune disposition n'aurait fait obstacle à leur mariage, hormis le paiement des frais.

69. Le régime des certificats d'approbation n'emporterait pas en soi violation des droits des requérants. Au contraire, bien que la Chambre des lords eût estimé que la première version du régime était critiquable à trois égards – premièrement, en ce que son application s'analysait en une atteinte disproportionnée au droit de se marier reconnu par l'article 12 de la Convention, deuxièmement en ce que l'existence de frais forfaitaires d'un montant trop élevé pour des demandeurs indigents pouvait porter atteinte à la substance du droit de se marier, enfin troisièmement en ce que l'exonération de frais applicable aux mariages célébrés devant l'Eglise anglicane opérait une discrimination prohibée par l'article 14 combiné avec l'article 12 –, elle aurait conclu que la loi de 2004 et le règlement de 2005 n'encouraient par ailleurs aucun reproche et que leur application se conciliait avec la Convention.

70. Les conclusions des juridictions internes devraient être approuvées, notamment en ce qui concerne l'atteinte que les frais exigés pourraient faire subir aux demandeurs indigents dans les droits qu'ils tiennent de l'article 12.

71. Toutefois, des modifications visant à distinguer les mariages de complaisance des véritables mariages auraient été apportées à la première version du régime et auraient remédié à l'atteinte disproportionnée au droit au mariage avant que les requérants n'eussent demandé la délivrance d'un certificat d'approbation. Le Gouvernement aurait consacré la plus grande attention à la question du montant des frais exigés. Il en aurait suspendu l'exigibilité à compter du 9 avril 2009 et aurait mis en place le 10 juillet 2010 un dispositif permettant aux demandeurs indigents d'en obtenir le remboursement.

### c) Les tiers intervenants

#### *i. La Commission de l'égalité et des droits de l'homme*

72. La Commission de l'égalité et des droits de l'homme («la Commission») estime que le maintien du régime des certificats d'approbation au Royaume-Uni encourt un certain nombre de critiques. Même après les modifications qui lui ont été apportées, ce régime serait fondé sur le principe selon lequel toutes les personnes relevant de la catégorie qu'il

définis doivent se voir refuser l'autorisation de se marier à moins que le ministre de l'Intérieur ne décide expressément de la leur accorder, et non sur le postulat que toutes les personnes soient autorisées à se marier, comme le garantit l'article 12, sauf si elles relèvent d'une règle d'exclusion légitime et proportionnée ne portant pas atteinte à la substance de ce droit.

73. Par ailleurs, bien que le Gouvernement eût avancé, dans le cadre de la procédure interne, que le régime litigieux visait les « mariages de complaisance », il aurait reconnu qu'il n'avait pas essayé de distinguer les véritables mariages des mariages de complaisance lors de l'élaboration du régime.

74. De surcroît, il conviendrait de se référer à l'article 1 de la Résolution du Conseil de l'Union européenne 97/C 382/01, du 4 décembre 1997, sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, qui serait presque exclusivement axé sur un contrôle *a posteriori* des mariages contractés par des étrangers et dont l'objectif viserait à déterminer si ces unions justifient la délivrance d'un titre d'entrée ou de séjour, contrairement au régime litigieux, qui serait fondé sur une approche sans nuance.

75. De plus, le régime demeurerait discriminatoire et disproportionné en ce qu'il présumerait que tous les mariages contractés au Royaume-Uni par les nombreux étrangers qui ne sont pas de confession anglicane sont des mariages de complaisance, sauf preuve contraire. Rien dans la jurisprudence de la Convention n'autoriserait une telle approche.

76. En outre, l'article 19 du régime ne serait pas nécessaire et serait donc disproportionné au but déclaré de prévenir les mariages de complaisance, notamment parce qu'il existerait au Royaume-Uni d'autres mécanismes permettant d'identifier les mariages de ce genre et d'empêcher les personnes concernées d'en tirer des avantages liés à la législation sur l'immigration. A cet égard, l'article 24 de la loi de 1999 sur l'immigration et l'asile imposerait aux officiers de l'état civil responsables des mariages d'alerter sans délai le ministre de l'Intérieur chaque fois qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'un mariage n'est pas authentique. Rien ne s'opposerait à ce que le ministre de l'Intérieur puisse se fonder sur ce genre de mise en garde pour prendre des mesures immédiates ou exercer un contrôle particulièrement attentif des demandes d'autorisation de séjour formulées par des personnes ayant contracté un mariage qui aurait fait l'objet d'un tel signalement. En outre, le paragraphe 284 de la réglementation sur l'immigration (HC 395) (dans sa version modifiée) aurait institué une procédure d'enquête approfondie sur l'authenticité des mariages contractés par des ressortissants étrangers qui s'en prévaudraient pour tenter d'obtenir un titre de séjour sur le territoire britannique. Dans ces conditions, il aurait été superflu, pour le Gouvernement, d'instaurer le régime prévu à l'article 19.

77. Il conviendrait également de relever que, bien que près de trois ans se soient écoulés depuis le prononcé de l'arrêt du tribunal administratif qualifiant le régime litigieux de discriminatoire, aucun projet de loi visant à en supprimer les aspects discriminatoires n'aurait été déposé devant le Parlement par le ministre de l'Intérieur.

78. Par ailleurs, les frais exigés seraient disproportionnés et excessifs, situation qui serait particulièrement lourde de conséquences pour les personnes concernées par le régime incriminé, dont la plupart seraient arrivées récemment au Royaume-Uni et n'auraient pas eu la possibilité de s'assurer des ressources financières. En outre, le régime en question ne leur permettrait pas de contester le montant des frais ou de réclamer une exonération.

79. De surcroît, le régime n'offrirait pas de protection procédurale suffisante, aurait une portée trop étendue et serait arbitraire.

80. Enfin, il aurait subi des modifications purement formelles incapables de remédier aux objections fondamentales qu'il suscite.

*ii. L'organisation Immigrant Council of Ireland – Independent Law Centre*

81. L'organisation Immigrant Council of Ireland («ICI») soutient elle aussi que l'article 19 de la loi de 2004 apporte des restrictions disproportionnées au droit de se marier. Elle souligne que la législation britannique sur l'immigration contient d'autres dispositions sur les mariages de complaisance, dispositions qui empêchent les personnes ayant contracté un mariage dans le seul but de contourner les règles en matière d'immigration d'invoquer des normes de droit interne ou l'article 8 de la Convention pour contraindre le gouvernement à accorder ou à renouveler des autorisations de séjour. Dans ces conditions, elle avance que le problème des mariages de complaisance aurait pu être pleinement réglé par des normes régissant l'octroi d'un titre de séjour consécutif à un mariage conformes à l'article 8, proportionnées et transparentes, plutôt que par une ingérence dans le droit de se marier.

*2. Appréciation de la Cour*

82. L'article 12 garantit le droit fondamental de l'homme et de la femme à se marier et à fonder une famille. L'exercice du droit au mariage emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des Parties contractantes, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, § 50, série A n° 106, F. c. Suisse, 18 décembre 1987, § 32, série A n° 128, et B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, § 34, 13 septembre 2005).

83. Les organes de la Convention admettent que les limitations apportées au droit de se marier par les lois nationales puissent se traduire par des règles formelles portant, par exemple, sur la publicité et la célébration du mariage. Les limitations en question peuvent également se matérialiser par des règles de fond s'appuyant sur des considérations d'intérêt public généralement reconnues, telles que celles concernant la capacité de contracter un mariage, le consentement, l'interdiction à des degrés divers des mariages entre parents et alliés et la prévention de la bigamie. En matière de droit des étrangers, et lorsque cela se justifie, il est loisible aux Etats d'empêcher les mariages de complaisance contractés dans le seul but d'obtenir un avantage lié à la législation sur l'immigration. Toutefois, la législation nationale en la matière, qui doit elle aussi satisfaire aux exigences d'accessibilité et de clarté posées par la Convention, ne peut pas autrement enlever à une personne ou à une catégorie de personnes la pleine capacité juridique du droit de contracter mariage avec la personne de son choix (*Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, rapport de la Commission du 13 décembre 1979, DR 24, pp. 12 et suiv., §§ 55 et suiv., *Draper c. Royaume-Uni*, n° 8186/78, rapport de la Commission du 10 juillet 1980, DR 24, p. 91, § 49, *Sanders c. France* n° 31401/96, décision de la Commission du 16 octobre 1996, DR 87-A, p. 160, *F. c. Suisse*, précité, et *B. et L. c. Royaume-Uni*, précité, §§ 36 et suiv.).

84. Le caractère fondamental du droit de se marier trouve un appui dans le libellé de l'article 12. Contrairement à l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, avec lequel le droit « de se marier et de fonder une famille » présente d'étroites affinités, l'article 12 ne prévoit pas de motif légitime d'ingérence de la part de l'Etat, alors que le deuxième paragraphe de l'article 8 autorise des ingérences « prévues par la loi » et « nécessaires dans une société démocratique » à la poursuite de buts tels que « la protection de la santé ou de la morale » ou « la protection des droits et libertés d'autrui ». En conséquence, lorsqu'elle est appelée à examiner une affaire sur le terrain de l'article 12, la Cour doit rechercher, sans avoir égard aux critères de la « nécessité » et du « besoin social impérieux » utilisés dans le contexte de l'article 8, si l'ingérence critiquée était arbitraire ou disproportionnée au regard de la marge d'appréciation de l'Etat (*Frasiek c. Pologne*, n° 22933/02, § 90, CEDH 2010).

85. En l'espèce, il est incontestable que le premier et le deuxième requérants ont commencé à vivre ensemble de manière durable et ininterrompue en décembre 2005. Si les intéressés ont indiqué dans leur requête introduite devant la Cour qu'ils avaient formé le projet de se marier en décembre 2005, ils ont clairement précisé dans leurs attestations présentées à l'appui de leur demande de délivrance d'un certificat d'approbation qu'ils avaient décidé de se fiancer en mai 2006 et qu'ils espéraient se marier en

septembre 2007. Dans ces conditions, la Cour estime que les deux premiers requérants ont résolu de se marier en mai 2006.

86. En mai 2006, époque à laquelle les deux requérants ont décidé de se marier, la deuxième version du régime des certificats d'approbation était en vigueur. Le deuxième requérant ne satisfaisait pas aux conditions requises pour la délivrance d'un certificat d'approbation car il ne disposait pas d'un titre de séjour au Royaume-Uni et sa situation ne présentait pas un caractère exceptionnel. Entrée en vigueur le 19 juin 2007, la troisième version du régime offre aux personnes ayant présenté une demande de titre de séjour la possibilité d'obtenir un tel certificat en attendant qu'il soit statué sur leur demande. Le deuxième requérant satisfaisait aux conditions requises pour l'obtention d'un certificat à compter de cette date, mais il n'était pas en mesure de s'acquitter des frais afférents au dépôt de la demande, qui étaient passés à 295 GBP le 2 avril 2007. La demande de certificat d'approbation formulée par l'intéressé auprès du ministre de l'Intérieur le 9 juillet 2007 se heurta à une fin de non-recevoir pour défaut de paiement des frais en question. Les deux premiers requérants n'obtinrent un certificat d'approbation qu'après que leurs amis les eurent aidés à s'acquitter des frais, et ils se marièrent le 18 octobre 2008.

87. Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour et de décisions antérieures de la Commission qu'un Etat contractant peut légitimement subordonner le droit d'un étranger de se marier à des conditions raisonnables en vue de rechercher si le mariage envisagé est un mariage de complaisance et, le cas échéant, d'empêcher une telle union. En conséquence, les Etats contractants qui soumettent les mariages conclus par des étrangers à un contrôle visant à établir s'il s'agit ou non de mariages de complaisance ne méconnaissent pas nécessairement l'article 12 de la Convention (*Klip et Krüger c. Pays-Bas*, n° 33257/96, décision de la Commission du 3 décembre 1997, DR 91-B, p. 66, *Sanders*, décision précitée, et *Frasik*, précité, § 89). Pareil contrôle peut prendre la forme d'une obligation imposée aux ressortissants étrangers de signaler aux autorités leur projet de mariage et, si nécessaire, de fournir des informations relatives à leur situation au regard de la législation sur l'immigration et à l'authenticité de leur mariage (*Klip et Krüger*, décision précitée). En outre, il n'est pas forcément contraire à la Convention de subordonner le mariage d'un étranger dans un Etat contractant à l'obtention préalable d'un certificat de capacité à mariage (*Sanders*, décision précitée). En conséquence, la Cour approuve la conclusion de la Chambre des lords selon laquelle l'obligation imposée par l'article 19 de la loi de 2004 aux personnes non ressortissantes de l'Espace économique européen (« l'EEE ») de solliciter auprès du ministre de l'Intérieur un certificat d'approbation pour pouvoir se marier au Royaume-Uni n'était pas critiquable en soi.

88. Cela étant, le régime des certificats d'approbation suscite de sérieuses réserves, dont la plupart concernent les trois versions de celui-ci. En premier lieu, la Cour relève que l'authenticité du mariage projeté n'a jamais été le seul critère de délivrance d'un certificat d'approbation. Contrairement aux réglementations que la Commission avait été appelée à examiner dans les affaires *Sanders* et *Klip et Krüger*, la première version du régime ici en cause n'imposait pas aux demandeurs de certificats de fournir des informations sur la solidité ou la durée de leur relation car elle ne prévoyait ni n'envisageait la possibilité d'une enquête sur l'authenticité des mariages projetés. Les IDI donnent au contraire à penser que, pour se prononcer sur la délivrance d'un certificat d'approbation, le ministre de l'Intérieur devait se borner à rechercher si le demandeur disposait d'un titre de séjour suffisant et s'il existait un empêchement légal au mariage. La deuxième version du régime a autorisé les autorités à inviter les personnes ne disposant pas d'un titre de séjour suffisant à fournir des informations sur l'authenticité de leur relation, et la troisième version les a habilitées à exiger les mêmes renseignements des demandeurs dépourvus de titre de séjour valable. Il n'en demeure pas moins qu'aucune des trois versions du régime ne paraît subordonner l'obtention de certificats d'approbation par les demandeurs titulaires d'un titre de séjour « suffisant » à la communication d'informations portant sur l'authenticité du mariage projeté.

89. En deuxième lieu, la Cour est particulièrement préoccupée par le fait que les deux premières versions du régime interdisaient sans exception à une catégorie déterminée de personnes de se marier, que le mariage projeté fût ou non un mariage de complaisance. Sous l'empire de la première version du régime, seuls les demandeurs disposant d'un titre d'entrée ou de séjour suffisant – c'est-à-dire d'une durée totale de plus de six mois et n'expirant pas moins de trois mois après l'introduction de la demande – pouvaient prétendre à la délivrance d'un certificat d'approbation. Si la deuxième version du régime a étendu le bénéfice de cette mesure aux personnes ne disposant pas d'un titre de séjour suffisant, celles qui ne possédaient pas de titre d'entrée valable en demeuraient exclues. Il a fallu attendre la troisième version du régime pour que l'éligibilité aux certificats d'approbation soit étendue aux personnes qui, comme le deuxième requérant, ne sont pas titulaires d'un titre d'entrée valable. La Cour rappelle avoir déjà jugé, quoique dans des circonstances différentes, qu'une restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassait une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2)

[GC], n° 74025/01, § 82, CEDH 2005-IX). De la même manière, la Cour considère qu'il n'est nullement justifié en l'espèce d'imposer aux personnes relevant des catégories précitées une interdiction générale de se marier. A supposer même qu'il existe des raisons de penser que ces personnes sont plus enclines que d'autres à contracter des mariages de complaisance à des fins d'immigration – ce que le Gouvernement n'a pas démontré devant la Cour –, la Cour estime que l'imposition d'une interdiction générale sans qu'aucune enquête n'ait été menée sur l'authenticité des mariages projetés restreint le droit de se marier au point de porter atteinte à la substance même de celui-ci. Si le régime prévoit une dérogation fondée sur des motifs humanitaires, celle-ci ne supprime pas l'atteinte portée à la substance de ce droit, car il s'agit là d'un dispositif exceptionnel laissé à l'entière discrétion du ministre de l'Intérieur qui, pour décider ou non de le mettre en œuvre, semble devoir se fonder exclusivement sur la situation personnelle des demandeurs, non sur l'authenticité des mariages projetés.

90. En troisième et dernier lieu, la Cour souscrit à l'avis de Lord Bingham – exposé au paragraphe 22 ci-dessus – selon lequel des frais d'un montant excessif pour des demandeurs indigents pourraient porter atteinte à la substance du droit de se marier. Elle rappelle qu'elle a déjà jugé, dans une affaire où était en cause une allégation de violation de l'article 6 § 1, que le montant des frais, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité du requérant, peut constituer en soi une restriction à la jouissance d'un droit protégé par la Convention (voir, par exemple, *Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI). Eu égard au grand nombre de personnes relevant du contrôle de l'immigration qui ne peuvent travailler au Royaume-Uni – comme c'est le cas du deuxième requérant – ou qui disposent de faibles revenus, la Cour considère elle aussi que, en l'espèce, des frais d'un montant de 295 GBP sont suffisamment élevés pour porter atteinte au droit de se marier. En outre, elle juge que le dispositif de remboursement des frais réservé aux demandeurs indigents – tels que le deuxième requérant – instauré en juillet 2010 ne constitue pas un moyen efficace de supprimer les obstacles auxquels se heurte le droit de se marier, car l'obligation de s'en acquitter peut avoir un effet fortement dissuasif sur un projet de mariage, même s'il est possible d'en obtenir ultérieurement le remboursement.

91. Au vu de ce qui précède, la Cour estime pouvoir conclure que le droit des requérants au mariage a été atteint dans sa substance même de mai 2006 – époque à laquelle ils ont formé le projet de se marier – au 8 juillet 2008, date à laquelle ils ont obtenu un certificat d'approbation. Entre mai 2006 et le 19 juin 2007, l'atteinte en question résultait de ce que le deuxième

requérant n'était pas éligible à un certificat d'approbation sous l'empire de la deuxième version du régime. Du 19 juin 2007 au 8 juillet 2008, elle découlait du montant des frais demandés.

92. En conséquence, il y a eu violation de l'article 12 de la Convention.

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

93. Les requérants dénoncent une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 12.

94. L'article 14 de la Convention est ainsi libellé :

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

(...)

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

#### *1. Thèses des parties*

##### **a) Les requérants**

96. Les requérants soutiennent que la première version du régime était intrinsèquement discriminatoire en ce qu'elle ne s'appliquait pas aux personnes ayant choisi de se marier selon les rites de l'Église anglicane, et que tel est toujours le cas. Ils avancent que, si la loi permet aux personnes de toutes confessions et aux non-croyants de se marier devant l'Église anglicane de leur municipalité, la plupart des adeptes d'autres religions et des non-croyants y répugnent. Par ailleurs, cette différence de traitement ne repose selon eux sur aucune justification défendable. Comme le juge Silber l'aurait relevé dans son jugement d'avril 2006, il n'y aurait aucune raison de penser que les autres mariages religieux célébrés selon les rites d'autres confessions chrétiennes ou d'autres religions sont des mariages de complaisance.

97. Force serait de constater que, plus de quatre ans après la première déclaration d'incompatibilité, l'élément foncièrement discriminatoire du régime n'a pas été supprimé. Après le jugement rendu par le juge Silber, le gouvernement aurait dû, à tout le moins, suspendre l'application du régime pour tous les mariages religieux.

98. Discriminatoire sur le plan religieux, le régime le serait aussi sur ceux de la nationalité et de la fortune.



**b) Le Gouvernement**

99. Le Gouvernement reconnaît que les droits des requérants au titre de l'article 14 combiné avec l'article 12 ont été violés en ce que les intéressés relèvent d'un régime auquel les personnes désireuses de se marier selon les rites de l'Eglise anglicane ne sont pas soumises. Il admet que le régime des certificats d'approbation opère une discrimination fondée sur la religion. Quant à l'allégation selon laquelle l'élément qualifié de discriminatoire n'aurait pas été éliminé du régime, le Gouvernement soutient que, s'il s'est abstenu d'agir après le jugement rendu par le juge Silber, c'est parce qu'il était réticent à remédier dans l'urgence à l'incompatibilité du régime avec l'article 14 avant qu'un jugement sur l'ensemble du régime n'ait été rendu. Il avance que, à la suite de l'arrêt de la Chambre des lords, il a engagé des discussions avec l'Eglise anglicane pour essayer de la convaincre de se soumettre aux dispositions du régime, sans succès. Il précise qu'il a prévu d'abroger le régime des certificats d'approbation en 2011 mais que les principes de l'état de droit et de la séparation des pouvoirs interdisent au ministère de l'Intérieur d'ordonner aux officiers de l'état civil de ne pas se conformer au régime en question avant que celui-ci ne soit abrogé car il résulte d'une loi adoptée par le Parlement.

100. Le Gouvernement conteste la thèse selon laquelle le régime opère une discrimination fondée sur la nationalité et la fortune. Selon lui, une éventuelle discrimination fondée sur la nationalité serait justifiée au regard de l'objectif légitime de contrôle de l'immigration. En outre, le grief tiré du caractère prétendument excessif des frais à payer devrait être examiné sur le terrain de l'article 12, non sur celui de l'article 14.

*2. Appréciation de la Cour*

101. Selon la jurisprudence établie de la Cour, seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable («situation») sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 56, série A n° 23). En outre, pour qu'un problème se pose au regard de cette disposition, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables (*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-IV, et *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008). Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge

d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Burden*, précité, § 60). L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte.

102. A l'instar des parties, la Cour estime que la première version du régime opérait une discrimination fondée sur la religion. Le deuxième requérant se trouvait alors dans une situation comparable à celle des personnes sans titre de séjour désireuses et capables de se marier devant l'Eglise anglicane. Toutefois, aucun obstacle ne s'opposait à la liberté de ces personnes de se marier, alors que le deuxième requérant ne souhaitait pas contracter un tel mariage, en raison de ses convictions religieuses, et ne le pouvait pas, parce qu'il résidait en Irlande du Nord. L'intéressé a dans un premier temps été privé de toute possibilité de se marier au Royaume-Uni. Après la modification du régime, il n'a pu se marier qu'après en avoir demandé l'autorisation au ministre de l'Intérieur et s'être acquitté de frais non négligeables. Il s'ensuit qu'il y a eu une différence manifeste de traitement entre l'intéressé et les personnes aspirant à se marier devant l'Eglise d'Angleterre et aptes à un tel mariage. La Cour souscrit à la conclusion du juge Silber selon laquelle le Gouvernement n'a pas fourni d'explications susceptibles de justifier objectivement et raisonnablement la différence de traitement en question dans le cadre de la procédure interne.

103. En conséquence, la Cour estime qu'il y a eu violation des droits des requérants au titre de l'article 14 combiné avec l'article 12.

104. La Cour relève que le juge Silber a également conclu que la première version du régime opérait une discrimination fondée sur la nationalité et que le deuxième requérant soutient qu'il était discriminatoire sur le plan de la fortune. Le Gouvernement conteste ces thèses devant la Cour.

105. Ayant conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur la religion, la Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le régime était discriminatoire à d'autres égards. Toutefois, la thèse des requérants selon laquelle le régime opère une discrimination fondée sur la nationalité appelle deux observations.

106. La Cour rappelle en premier lieu que les ressortissants de l'EEE et les personnes non ressortissantes de l'EEE disposant d'un titre de séjour à durée illimitée sont expressément exclus du régime des certificats d'approbation, ce qui lui donne à penser que, s'il y a eu une différence de traitement à cet égard, celle-ci reposait sur la situation des personnes concernées au regard du droit des étrangers, non sur leur nationalité.

107. En second lieu elle observe que, dans le cadre de l'appel qu'il a formé devant la Cour d'appel, le Gouvernement n'a pas contesté la conclusion du juge Silber selon laquelle le régime opérait une discrimination fondée sur

la nationalité. Dès lors, la contestation de cette conclusion devant la Cour aurait pu soulever une question de forclusion (*A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, §§ 153-159, CEDH 2009).

(...)

## V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

113. Les requérants allèguent que les faits de l'espèce ont aussi donné lieu à une violation de l'article 13 de la Convention.

114. La Cour relève qu'il ressort clairement de l'arrêt de principe rendu sur des questions similaires dans l'affaire *R (on the application of Baiai and others) v. Secretary of State for the Home Department* ([2006] EWHC 823 QB (Admin)) que l'ordre interne offre des recours effectifs permettant d'invoquer l'incompatibilité du régime des certificats d'approbation avec la Convention. En conséquence, elle considère, à la lumière de l'ensemble des éléments dont elle dispose et pour autant que les faits dénoncés relèvent de sa compétence, que le grief tiré de l'article 13 ne révèle aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention et ses Protocoles.

115. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée, conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

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

116. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« [s]i la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

### A. Dommage

117. Les requérants réclament 295 livres sterling (GBP) pour préjudice matériel et 12 000 GBP au titre des frais et dépens.

118. Le montant réclamé par les requérants au titre du préjudice matériel correspond aux frais qu'ils ont dû acquitter pour présenter une demande de délivrance d'un certificat d'approbation. Ils indiquent qu'ils n'ont pas reçu de réponse à la demande qu'ils avaient adressée au ministre de l'Intérieur en vue de bénéficier du dispositif de remboursement des frais dont ils s'étaient acquittés.

119. Les intéressés disent avoir subi un dommage moral à trois titres. En premier lieu, ils auraient longtemps été laissés dans l'incertitude sur la

question de savoir s'ils pourraient un jour officialiser leur relation l'un avec l'autre et avec leur enfant. En deuxième lieu, le fait de savoir que le régime avait été déclaré incompatible avec leurs droits au titre de la Convention alors qu'il continuait à leur être appliqué leur aurait causé une grande frustration. En troisième lieu, la différence de traitement dont ils se plaignent aurait provoqué chez eux une souffrance intense, que la discrimination religieuse qu'ils auraient subie en Irlande du Nord en raison de leur foi catholique aurait aggravée.

120. En ce qui concerne les prétentions formulées par les requérants au titre du préjudice matériel, le Gouvernement indique que ceux-ci peuvent bénéficier du dispositif de remboursement pour se voir restituer la somme correspondant aux frais dont ils se sont acquittés.

121. Quant au préjudice moral allégué par les intéressés, le Gouvernement estime qu'il n'existe pas de lien de causalité manifeste entre les sentiments d'incertitude et de frustration que les requérants disent avoir ressentis et la violation constatée. Il concède que le genre de demande que ceux-ci ont dû introduire peut susciter les sentiments en question, mais conteste que cette exigence fût en elle-même constitutive d'une violation de leurs droits au titre de la Convention.

122. En outre, il serait totalement fallacieux d'affirmer que la discrimination litigieuse est particulièrement grave lorsqu'elle touche des catholiques d'Irlande du Nord. La discrimination dont ceux-ci auraient pu faire l'objet par le passé n'aurait aucun rapport avec le régime des certificats d'approbation et les violations pouvant en découler. Par ailleurs, aucune église d'Irlande du Nord n'échapperait au régime en question car l'Eglise anglicane n'y serait pas implantée.

123. La Cour rappelle que, dans les affaires où elle a constaté une violation de l'article 12 de la Convention, elle a généralement jugé que le constat de cette violation constituait en soi une satisfaction équitable suffisante (voir, par exemple, *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, §§ 44-45, série A n° 128, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, §§ 45-47, 13 septembre 2005). A titre exceptionnel elle a accordé, dans l'affaire *Frasik c. Pologne* (n° 22933/02, § 90, CEDH 2010), 5 000 euros (EUR) pour dommage moral au requérant.

124. Elle relève qu'il existe en l'espèce deux circonstances aggravantes. En premier lieu, le constat de violation de l'article 12 auquel elle est parvenue s'est accompagné d'un constat de violation de l'article 14 combiné avec les articles 12 et 9. En second lieu, la Cour observe que, du 10 avril 2006 jusqu'à la date où les requérants se sont vu accorder un certificat d'approbation, le régime incriminé a été maintenu bien que les juridictions internes eussent jugé qu'il emportait violation des articles 12 et 14 de la Convention. Dans

ces conditions, la Cour accorde aux requérants 8 500 EUR conjointement au titre du dommage moral.

125. La Cour alloue aux intéressés 295 GBP au titre du dommage matériel sous réserve que ce montant ne leur ait pas déjà été remboursé.

(...)

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

(...)

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 12 de la Convention ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 12 ;
4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 ;

(...)

6. *Dit*

a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants conjointement, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir le cas échéant en livres sterling, au taux applicable à la date du règlement :

- i. 8 500 EUR (huit mille cinq cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
- ii. 295 GBP (deux cent quatre-vingt-quinze livres sterling) pour dommage matériel,
- iii. 16 000 EUR (seize mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, pour frais et dépens ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

7. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 14 décembre 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early  
Greffier

Lech Garlicki  
Président