

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2011-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 2011-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)
Imprimé sur demande par CPI Wöhrmann Print Service (Zutphen, Pays-Bas)
sur papier FSC (www.fsc.org)

ISBN: 978-9-462-40178-5

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014
© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014

The *Reports of Judgments and Decisions* is an official publication of the European Court of Human Rights containing a selection of key judgments and decisions of the Court with summaries prepared by the Registry. For the years 2007 and onwards the selection has been made by the Bureau¹ of the Court following a proposal by the Jurisconsult².

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

Le *Recueil des arrêts et décisions* est la collection officielle de la Cour européenne des droits de l'homme renfermant une sélection des arrêts et décisions les plus importants ainsi que des sommaires rédigés par le greffe. Depuis 2007, la sélection est faite par le Bureau¹ à la suite de la proposition du jurisconsulte².

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

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

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

Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>Bah v. the United Kingdom</i> , no. 56328/07, judgment of 27 September 2011.....	1
<i>Bah c. Royaume-Uni</i> , n° 56328/07, arrêt du 27 septembre 2011	29
<i>Schwabe and M.G. v. Germany</i> , nos. 8080/08 and 8577/08, judgment of 1 December 2011 (extracts)	59
<i>Schwabe et M.G. c. Allemagne</i> , n ^{os} 8080/08 et 8577/08, arrêt du 1 ^{er} décembre 2011 (extraits)	93
<i>Laduna v. Slovakia</i> , no. 31827/02, judgment of 13 December 2011.....	127
<i>Laduna c. Slovaquie</i> , n° 31827/02, arrêt du 13 décembre 2011	159
<i>Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom</i> [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, judgment of 15 December 2011	191
<i>Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni</i> [GC], n ^{os} 26766/05 et 22228/06, arrêt du 15 décembre 2011	275
<i>Finogenov and Others v. Russia</i> , nos. 18299/03 and 27311/03, judgment of 20 December 2011 (extracts)	365
<i>Finogenov et autres c. Russie</i> , n ^{os} 18299/03 et 27311/03, arrêt du 20 décembre 2011 (extraits)	425

Subject matter/Objet des affaires

Article 2

Use of potentially lethal gas and inadequate preparation of hostage-rescue operation

Finogenov and Others v. Russia, p. 365

Recours à un gaz potentiellement mortel et préparation inadéquate d'une opération de sauvetage d'otages

Finogenov et autres c. Russie, p. 425

Article 5

Article 5 § 1

Detention aimed at preventing participation in demonstrations

Schwabe and M.G. v. Germany, p. 59

Placement des requérants en détention afin de les empêcher de participer à des manifestations

Schwabe et M.G. c. Allemagne, p. 93

Article 6

Article 6 § 3 (d)

Convictions based on statements by absent witnesses

Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], p. 191

Condamnations reposant sur les dépositions de témoins absents

Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni [GC], p. 275

Article 11

Detention aimed at preventing participation in demonstrations

Schwabe and M.G. v. Germany, p. 59

Placement des requérants en détention afin de les empêcher de participer à des manifestations

Schwabe et M.G. c. Allemagne, p. 93

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

Refusal to take minor subject to immigration control into account when determining priority in entitlement to social housing

Bah v. the United Kingdom, p. 1

Refus de prendre en compte un mineur soumis à la police des étrangers pour établir l'existence d'un besoin prioritaire en matière de logement social

Bah c. Royaume-Uni, p. 29

Difference in treatment between remand and convicted prisoners regarding visits and access to television

Laduna v. Slovakia, p. 127

Différence de traitement entre les personnes en détention provisoire et les détenus condamnés en matière de visites et d'accès à la télévision

Laduna c. Slovaquie, p. 159

BAH v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 56328/07)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 27 SEPTEMBER 2011¹

1. English original.

SUMMARY¹**Refusal to take minor subject to immigration control into account when determining priority in entitlement to social housing****Article 14 in conjunction with Article 8**

Discrimination – Refusal to take minor subject to immigration control into account when determining priority in entitlement to social housing – Home – Family life – “Other status” – Conditional immigration status – Reasonable and objective justification – Margin of appreciation – Legitimate aim – Leave to enter on condition of no recourse to public funds – Fair allocation of scarce resources between different categories of claimant with priority needs – Absence of actual prejudice

*

* *

The applicant, a Sierra Leonean national, was granted indefinite leave to remain in the United Kingdom in 2005. Her minor son was subsequently allowed to join her on condition that he did not have recourse to public funds. Shortly after his arrival, she applied to her local authority for assistance in finding accommodation after her private landlord informed her that her son could not stay in the room she was renting. The local authority agreed to assist but, because her son was subject to immigration control, refused to grant her the priority to which her status as an unintentionally homeless person with a minor child would ordinarily have entitled her². It did, however, help her find private-sector accommodation outside the borough and some seventeen months later provided her with social housing within the borough. Neither she nor her son were homeless at any time. In her application to the European Court the applicant complained that the refusal to grant her priority had been discriminatory.

Held

Article 14 in conjunction with Article 8: The impugned legislation had obviously affected the home and family life of the applicant and her son, as it had impacted upon their eligibility for assistance in finding accommodation when they were threatened with homelessness. The facts of the case therefore fell within the ambit of Article 8 and Article 14 was applicable.

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

2. Section 9(2) of the Asylum and Immigration Act 1996, which was in force at the material time, provided that persons subject to immigration control were to be disregarded in determining whether another person had a priority need for accommodation.

The applicant's son had been granted entry to the United Kingdom on the express condition that he would not have recourse to public funds. The applicant's differential treatment under the housing legislation had thus resulted from her son's conditional immigration status, not his national origin. The fact that immigration status was a status conferred by law, rather than one which was inherent in the individual, did not preclude it from amounting to "other status" for the purposes of Article 14. However, given the element of choice involved in immigration status, the justification required for differential treatment based on that ground was not as weighty as in the case of a distinction based on inherent or immutable personal characteristics such as sex or race. Likewise, since the subject matter of the case – the provision of housing to those in need – was predominantly socio-economic in nature, the margin of appreciation accorded to the Government was relatively wide. It was legitimate to put in place criteria for the allocation of limited resources such as social housing provided such criteria were not arbitrary or discriminatory. There had been nothing arbitrary in the denial of priority need to the applicant. By bringing her son into the United Kingdom in full awareness of the condition attached to his leave to enter, she had effectively agreed not to have recourse to public funds in order to support him. It was justifiable to differentiate between those who relied for priority-need status on a person who was in the United Kingdom unlawfully or on the condition that they had no recourse to public funds, and those who did not. The legislation pursued a legitimate aim, namely allocating a scarce resource fairly between different categories of claimants.

Without underestimating the anxiety the applicant must have suffered as a result of being threatened with homelessness, the Court observed that she had never in fact been homeless and that there were other statutory duties which would have required the local authority to assist her and her son had the threat of homelessness actually manifested itself. In the event, she had been treated in much the same way as she would have been had she established a priority need: the local authority had helped find her a private-sector tenancy in another borough (owing to shortages within the borough) and had offered her social housing within the borough within seventeen months. The differential treatment to which the applicant was subjected had thus been reasonably and objectively justified.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), 23 July 1968, Series A no. 6

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, Series A no. 23

James and Others v. the United Kingdom, 21 February 1986, Series A no. 98

Gaygusuz v. Austria, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

Van Raalte v. the Netherlands, 21 February 1997, *Reports* 1997-I

National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom, 23 October 1997, Reports 1997-VII

Chapman v. the United Kingdom [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I

Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X

Stec and Others v. the United Kingdom [GC], no. 65731/01, ECHR 2006-VI

Runkee and White v. the United Kingdom, nos. 42949/98 and 53134/99, 10 May 2007

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, ECHR 2008

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

Carson and Others v. the United Kingdom [GC], no. 42184/05, ECHR 2010

Clift v. the United Kingdom, no. 7205/07, 13 July 2010

Ponomaryovi v. Bulgaria, no. 5335/05, ECHR 2011

In the case of Bah 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,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Vincent A. De Gaetano, *judges*,

and Fatoş Aracı, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 6 September 2011,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 56328/07) 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 Sierra Leonean national, Ms Husenatu Bah (“the applicant”), on 23 November 2007.

2. The applicant was represented by Pierce Glynn Solicitors, a firm of lawyers practising in London. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr D. Walton, of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicant alleged that she had been a victim of a violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8. On 1 December 2009 the Acting President of the Chamber decided to give notice of the application to the Government.

4. The Chamber having decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 *in fine* of the Rules of Court), the parties replied in writing to each other’s observations. In addition, third-party comments were received from the Equality and Human Rights Commission, which had been given leave by the Acting President of the Chamber to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3). The respondent Government replied to those comments (Rule 44 § 6).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

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

6. The applicant arrived in the United Kingdom in 2000 as an asylum seeker from Sierra Leone. Although her asylum claim was refused, she was granted exceptional leave to remain and then, in 2005, indefinite leave to remain. After she obtained indefinite leave to remain, she applied to have her son Mohamed Saliou Jalloh, a Sierra Leonean national born in 1994, join her in the United Kingdom. Her son arrived in January 2007, with conditional leave to remain in the United Kingdom, the condition being that he must not have recourse to public funds. He is considered as being “subject to immigration control” within the meaning of the Asylum and Immigration Act 1996, as is the applicant (see paragraph 12 below).

7. At the time of her son’s arrival in the United Kingdom, the applicant was renting a room in a private home. However, her landlord was unwilling to accommodate her son as well, and informed the applicant shortly after her son’s arrival that they would have to move out by 31 March 2007. The applicant applied to the London Borough of Southwark Council for assistance on 9 February 2007, on the basis that she had become unintentionally homeless. An unintentionally homeless person with a minor child would ordinarily qualify as being in priority need pursuant to section 189 of the Housing Act 1996 (see paragraph 13 below), and would thus be provided with suitable housing, usually within the locality. Those in priority need are considered to be a class of persons to whom reasonable preference must be given in the allocation of social housing. As there is a significant shortage of social housing in London, those in priority need would generally be placed in temporary accommodation until appropriate social housing became available. In the case of the applicant, however, as her son was subject to immigration control, he was disregarded by the Council in the determination of whether the applicant was in priority need, in accordance with section 185(4) of the Housing Act 1996. On 14 March 2007 the Council decided that the applicant was not therefore in priority need and not entitled to social housing.

8. The applicant requested a review of this decision, which was carried out by a senior officer, who reiterated that persons subject to immigration control are not eligible for housing assistance and that persons who are not eligible for housing assistance shall be disregarded when determining whether another person has a priority need for accommodation. As the

applicant's son was not eligible, the applicant did not have a priority need. Consideration was also given to the question of whether the applicant was vulnerable for any other reason; however, it was found that the applicant was not hindered in the performance of everyday tasks by any medical problems and that she was no less able to fend for herself than the average person. There was therefore no special reason to find that she was entitled to homelessness assistance due to vulnerability. On 24 May 2007 the original decision was upheld.

9. The Council assisted the applicant to find a private-sector tenancy in September 2007, which she accepted. The applicant and her son were not therefore at any point actually homeless. However, the private tenancy was more expensive than a social tenancy would have been, and was outside the Borough of Southwark and therefore far from the applicant's previous employment and her son's school. The applicant claimed that she had to give up her job after three months of commuting as she was unable to cope with the travel required, and that her son spent four hours per day travelling to and from school.

10. The applicant, who had remained on the waiting list for social housing in the Borough of Southwark, obtained an offer of a social tenancy of a one-bedroom flat in March 2009. She and her son therefore moved back to Southwark.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

1. Asylum and Immigration Act 1996

11. Section 9, subsections 1 and 2, of the Asylum and Immigration Act 1996 provide:

9. Entitlement to housing accommodation and assistance

“(1) Each housing authority shall secure that, so far as practicable, no tenancy of, or licence to occupy, housing accommodation provided under the accommodation Part is granted to a person subject to immigration control unless he is of a class specified in an order made by the Secretary of State.

(2) A person subject to immigration control—

(a) shall not be eligible for accommodation or assistance under the homelessness Part; and

(b) shall be disregarded in determining, for the purposes of that Part, whether another person—

(i) is homeless or is threatened with homelessness; or

(ii) has a priority need for accommodation,

unless he is of a class specified in an order made by the Secretary of State ...”

12. Section 13(2) of the same Act defines “a person subject to immigration control” as being a person who under the Immigration Act 1971 requires leave to enter or remain in the United Kingdom (whether or not such permission has been given).

2. Housing Act 1996

13. The Housing Act 1996, as amended by Schedule 15 to the Housing and Regeneration Act 2008, provides, in its relevant parts, as follows:

184. Inquiry into cases of homelessness or threatened homelessness

“(1) If the local housing authority have reason to believe that an applicant may be homeless or threatened with homelessness, they shall make such inquiries as are necessary to satisfy themselves—

(a) whether he is eligible for assistance; and

(b) if so, whether any duty, and if so what duty, is owed to him under the following provisions of this Part.

...

(3A) If the authority decide that a duty is owed to the applicant under section 193(2) or 195(2) but would not have done so without having had regard to a restricted person, the notice under subsection (3) must also—

inform the applicant that their decision was reached on that basis,

include the name of the restricted person,

explain why the person is a restricted person, and

explain the effect of section 193(7AD) or (as the case may be) section 195(4A)

...

(7) In this Part ‘a restricted person’ means a person—

(a) who is not eligible for assistance under this Part;

(b) who is subject to immigration control within the meaning of the Asylum and Immigration Act 1996; and

(c) either—

(i) who does not have leave to enter or remain in the United Kingdom; or

(ii) whose leave to enter or remain in the United Kingdom is subject to a condition to maintain and accommodate himself, and any dependents, without recourse to public funds.

185. Persons from abroad not eligible for housing assistance

(1) A person is not eligible for assistance under this Part if he is a person from abroad who is ineligible for housing assistance.

(2) A person who is subject to immigration control within the meaning of the Asylum and Immigration Act 1996 is not eligible for housing assistance unless he is of a class prescribed by regulations made by the Secretary of State.

...

(4) A person from abroad who is not eligible for housing assistance shall be disregarded in determining for the purposes of this Part whether a person falling within subsection (5)—

(a) is homeless or threatened with homelessness; or

(b) has a priority need for accommodation.

(5) A person falls within this subsection if the person –

(a) falls within a class prescribed by regulations made under subsection (2); but

(b) is not a national of an EEA State or Switzerland.

...

189. Priority need for accommodation

(1) The following have priority need for accommodation –

(a) a pregnant woman or a person with whom she resides or might reasonably be expected to reside;

(b) a person with whom dependent children reside or might reasonably be expected to reside;

(c) a person who is vulnerable as a result of old age, mental illness or handicap or physical disability or other special reason, or with whom such a person resides or might reasonably be expected to reside;

(d) a person who is homeless or threatened with homelessness as a result of an emergency such as flood, fire or other disaster.

...

193. Duty to persons with priority need who are not homeless intentionally

(1) This section applies where the local housing authority are satisfied that an applicant is homeless, eligible for assistance and has a priority need, and are not satisfied that he became homeless intentionally.

(2) Unless the authority refer the application to another local housing authority (see section 198), they shall secure that accommodation is available for occupation by the applicant.

(3) The authority are subject to the duty under this section until it ceases by virtue of any of the following provisions of this section.

...

(3B) In this case ‘a restricted case’ means a case where the local housing authority would not be satisfied as mentioned in subsection (1) without having had regard to a restricted person.

...

(7AA) In a restricted case the authority shall also cease to be subject to the duty under this section if the applicant, having been informed of the matters mentioned in subsection (7AB)—

- (a) accepts a private accommodation offer; or
- (b) refuses such an offer.

(7AB) The matters are—

- (a) the possible consequence of refusal of the offer; and
- (b) that the applicant has the right to request a review of the suitability of the accommodation.”

3. Allocation of Housing and Homelessness (Eligibility) (England) Regulations 2006, SI 2006/1294

14. The Regulations, made by the Secretary of State in the exercise of powers conveyed by certain sections of the Housing Act 1996, referred to above, provide in their relevant parts as follows:

3. Persons subject to immigration control who are eligible for an allocation of housing accommodation

“The following classes of persons subject to immigration control are persons who are eligible for an allocation of housing accommodation under Part 6 of the 1996 Act—

(a) Class A – a person who is recorded by the Secretary of State as a refugee within the definition in Article 1 of the Refugee Convention and who has leave to enter or remain in the United Kingdom;

(b) Class B – a person—

(i) who has exceptional leave to enter or remain in the United Kingdom granted outside the provision of the Immigration Rules; and

(ii) who is not subject to a condition requiring him to maintain and accommodate himself, and any person who is dependent on him, without recourse to public funds;

(c) Class C – a person who is habitually resident in the United Kingdom, the Channel Islands, the Isle of Man or the Republic of Ireland and whose leave to enter

or remain in the United Kingdom is not subject to any limitation or condition, other than a person—

(i) who has been given leave to enter or remain in the United Kingdom upon an undertaking given by his sponsor;

(ii) who has been resident in the United Kingdom, the Channel Islands, the Isle of Man or the Republic of Ireland for less than five years beginning on the date of entry or the date on which his sponsor gave the undertaking in respect of him, whichever date is the later; and

(iii) whose sponsor or, where there is more than one sponsor, at least one of whose sponsors, is still alive;

...

5. Persons subject to immigration control who are eligible for housing assistance

(1) The following classes of persons subject to immigration control are persons who are eligible for housing assistance under Part 7 of the 1996 Act—

(a) Class A – a person who is recorded by the Secretary of State as a refugee within the definition in Article 1 of the Refugee Convention and who has leave to enter or remain in the United Kingdom;

(b) Class B – a person—

(i) who has exceptional leave to enter or remain in the United Kingdom granted outside the provision of the Immigration Rules; and

(ii) who is not subject to a condition requiring him to maintain and accommodate himself, and any person who is dependent on him, without recourse to public funds;

(c) Class C – a person who is habitually resident in the United Kingdom, the Channel Islands, the Isle of Man or the Republic of Ireland and whose leave to enter or remain in the United Kingdom is not subject to any limitation or condition, other than a person—

(i) who has been given leave to enter or remain in the United Kingdom upon an undertaking given by his sponsor;

(ii) who has been resident in the United Kingdom, the Channel Islands, the Isle of Man or the Republic of Ireland for less than five years beginning on the date of entry or the date on which his sponsor gave the undertaking in respect of him, whichever date is the later; and

(iii) whose sponsor or, where there is more than one sponsor, at least one of whose sponsors, is still alive.”

4. *Westminster City Council v. Morris* [2005] EWCA Civ 1184

15. On 14 October 2005 the Court of Appeal handed down its judgment in this case, which involved a woman who was a British citizen and her daughter who was subject to immigration control. The local authority had refused to treat mother and daughter as being in priority need of homelessness assistance when they became unintentionally homeless, due to the daughter's immigration status. The Court of Appeal held that Part VII of the Housing Act 1996 and specifically sections 188, 189 and 193 were designed to protect the family lives of the homeless by ensuring that families who became unintentionally homeless were accommodated together. It therefore fell within the ambit of Article 8 of the Convention. A majority of the Court of Appeal found that the basis of distinction between Mrs Morris, on the one hand, and the parent of a child who was not subject to immigration control, on the other, was either the national origin of the child, or a combination of statuses including nationality, immigration status, settled residence and social welfare. It was not considered necessary to decide finally whether there was one sole factor on which the distinction was based; the important point was that nationality was among the factors. As such, very weighty or solid justification was required if the distinction was to be found to be compatible with the Convention. The Court of Appeal found that, regardless of the precise basis of the differential treatment, the justification offered by the Government – the need to preserve immigration control and to prevent “benefits tourism” – was not sufficiently weighty, nor was it a proportionate and reasonable response to the perceived problem. The discouraging of “benefits tourism” or the “over-staying” of dependent relatives was an intelligible policy goal, but was not served by legislative measures which discouraged British citizens or those with a right of abode from coming to or remaining in the United Kingdom, because they could not accommodate their dependent relatives who were also lawfully permitted to be in the United Kingdom. Section 185(4) was found not to be a proportionate or even logical response to the perceived problem. The Court of Appeal observed that it was not apparent that the Government or Parliament had considered the potentially discriminatory impact of the legislation; however, even if such impact had been considered, it could not be considered to fall within even the very wide margin of appreciation that the Government enjoyed with regard to such matters.

16. The Court of Appeal therefore made a declaration of incompatibility in the following terms:

“That [section] 185(4) of the Housing Act 1996 is incompatible with [Article] 14 of the Convention to the extent that it requires a dependent child of a British citizen, if both are habitually resident in the United Kingdom, to be disregarded when determining when a British citizen has a priority need for accommodation when that child is subject to immigration control.”

17. The case of Mrs Morris was considered by the Court of Appeal alongside that of Mr Badu, who had indefinite leave to remain in the United Kingdom but was considered by the court to have “equivalent status” to British citizenship (see paragraph 60 of the Court of Appeal judgment). He too was excluded by section 185(4) from establishing a priority need for housing assistance because his child was subject to immigration control. Unlike Mrs Morris, however, at the time of the Court of Appeal’s judgment, he had an ongoing need for assistance, being still prospectively homeless. This situation would not be alleviated by the declaration of incompatibility, since the impugned provision would remain in force until changed by Parliament. Mr Badu’s case was therefore remitted by the Court of Appeal to the relevant local authority for reconsideration, with specific regard to whether he could be provided with accommodation under powers conferred upon the authority by other legislation.

18. As a result of the declaration of incompatibility in *Westminster City Council v. Morris*, the Government amended the Housing Act 1996 by means of Schedule 15 to the Housing and Regeneration Act 2008, as noted above. The changes addressed the incompatibility in so far as British citizens are concerned but meant that a person such as Mr Badu or indeed the applicant in this case, with indefinite leave to remain, would still not be considered to be in priority need of housing assistance if his or her eligibility was dependent on another person who was from abroad and subject to immigration control, such as the applicant’s son. Moreover, in the case of a British citizen like Mrs Morris or a European Economic Area (EEA) or Swiss national, where the priority need resulted from a dependent child who was subject to immigration control, the local authority’s duty to provide accommodation would be satisfied by the local authority procuring an offer of a tenancy from a private landlord, whether or not the applicant chose to accept such an offer. In cases where there was a dependent child who was not subject to immigration control, by contrast, the local authority’s duty would not be discharged by procuring such an offer if the applicant chose not to accept it.

THE LAW

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

19. The applicant complained of a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8.

Article 8 of the Convention provides:

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

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as 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 and morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

20. Article 14 provides:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

A. Admissibility

21. The Government submitted that the complaint was manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and therefore inadmissible. The Court, however, finds that the application is not manifestly ill-founded, nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The Government's submissions

22. The Government submitted that, following the declaration of incompatibility made by the Court of Appeal in *Westminster City Council v. Morris* (see paragraphs 15-18 above), the relevant provisions of the Housing Act 1996 had been amended by Schedule 15 to the Housing and Regeneration Act 2008 (see paragraph 13 above).

23. However, the declaration of incompatibility made in *Westminster City Council v. Morris*, and the legislative changes enacted as a result of that declaration, did not apply to the applicant who was not a British citizen,

but only had indefinite leave to remain in the United Kingdom and was subject to immigration control. Although the applicant was eligible for housing assistance pursuant to Regulation 5(1)(c) of the Regulations cited at paragraph 14 above, she had been and still was unable, both prior to and after the legislative amendments, to rely on her son who was also subject to immigration control to convey priority need for accommodation.

24. On the facts of the applicant's case, the Government observed that she would not have been automatically entitled to social housing even had she been accepted as having a priority need. No individual had an entitlement to social housing under the Housing Act 1996. The applicant, if considered to be in priority need, would have fallen into a class of persons entitled to be given reasonable preference for an allocation of social housing. However, given the scarcity of such housing in London, she would most likely have been granted temporary accommodation until an offer of social housing could be made. The Government further observed that at the time the applicant sought assistance, those identified as homeless spent on average 21 months in temporary accommodation, which was frequently property leased by the local authority from private landlords and then sub-let to tenants and could therefore be more expensive to tenants than even the private-sector tenancy obtained by the applicant, given the costs of leasing the property. Given that the applicant obtained an offer of social housing in March 2009, the Government submitted that she spent a similar amount of time in privately leased accommodation as she would have done had she been granted temporary accommodation and that it is possible that she would have paid a higher rent in such temporary accommodation than she had had to pay in the private accommodation she found with the assistance of her local authority. The Government emphasised the fact that the applicant and her son were never actually homeless and that there was other legislation which required local authorities to provide accommodation or other assistance to children who were in need. In the event of the applicant's son actually becoming homeless, the Government argued that there were means other than section 193 of the Housing Act 1996 by which he could have been provided with housing.

25. As regards the applicant's complaint, the Government accepted that its subject matter fell within the ambit of Article 8. However, the Government contended that the differential treatment accorded to the applicant as a result of her son's immigration status did not fall under Article 14, because the ground for differentiating was not his nationality or national origin but his immigration status, which was not an "other status" within the terms of Article 14. Immigration status being an entirely legal

status and not a “personal characteristic”, the Government maintained that there was no discrimination falling foul of Article 14.

26. In the alternative, and if the different treatment was found to be discrimination within the meaning of Article 14, the Government submitted that since the ground of discrimination was immigration status rather than nationality, significantly less justification was required. This was because discrimination based exclusively on nationality was plainly suspect and required close scrutiny, whereas discrimination based on immigration status flowed from the State’s need to control and monitor immigration. Given that the case concerned the allocation of scarce resources, namely social housing, the Government contended that they enjoyed a wide margin of appreciation and that Parliament was best placed to reach policy decisions dealing with the allocation.

27. The justification offered by the Government for the differential treatment imposed by the legislation was the need to allocate scarce resources and the preference in so allocating for those with the greatest level of connection to the United Kingdom, which the Government submitted was possessed by British and EEA citizens rather than those with indefinite leave to remain in the United Kingdom. The Government took the view that it was wholly reasonable and proportionate for the State to limit the provision of a scarce and expensive resource such as housing to those whose priority need flowed from their and their dependants’ fixed and permanent rights to be present in the United Kingdom. It would have been unacceptable, according to the Government, if the applicant had gained priority status by reason of her son, whose permission to be in the United Kingdom was expressly conditional upon his having no recourse to public funds. The Government contended that their policy of differential treatment in the allocation of housing, dependent upon a person’s immigration status, was plainly proportionate.

28. The Government observed that the applicant’s comparison between EEA nationals and those with indefinite leave to remain was irrelevant, since it was justifiable to treat EEA nationals more favourably than others due to the nature of the “special legal order” formed by the European Union and the special status thereby conferred upon its nationals. As to British citizens, it was fair to assume that, as a general rule, they had a greater connection to the United Kingdom than those with indefinite leave to remain.

(b) The applicant’s submissions

29. The applicant maintained that, contrary to the Government’s submission, the underlying ground of discrimination was nationality even if the official ground was immigration status, and pointed out, with reference

to the Court's judgment in *Gaygusuz v. Austria* (16 September 1996, § 42, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV), that very weighty reasons were required to justify such discrimination. In support of the contention that the ground of discrimination was nationality, the applicant cited the case of *Westminster City Council v. Morris* (see paragraphs 15-18 above), in which the majority of the Court of Appeal had found, at paragraphs 52 and 82 of the judgment, that nationality was the underlying ground on which the distinction was drawn. The applicant submitted that the Court should accept the reasoning of the Court of Appeal as determinative.

30. The applicant criticised the justification offered by the Government for the differential treatment of those with a dependent child subject to immigration control and those with a dependent child not subject to such control, or, since the legislative amendments following *Westminster City Council v. Morris*, British, EEA or Swiss nationals with a dependent child subject to immigration control and those who were themselves subject to immigration control and whose dependent child was too. Specifically, the applicant pointed out that it was illogical to make a distinction based on purportedly different levels of connection to the United Kingdom in respect of priority need for accommodation in times of homelessness, when no such distinction was drawn for the purposes of allocation of housing. The applicant, with indefinite leave to remain and irrespective of her child's conditional immigration status, was eligible for social housing. The applicant contended therefore that if she had a sufficient level of connection to the United Kingdom to be eligible for housing, she should also have a sufficient level of connection to be considered in priority need of assistance. If the distinction made by the legislation on priority need were genuinely justified by the scarcity of social housing, as the Government claimed, then the distinction would be extended to the allocation of long-term social housing and those in the applicant's position, who could not be considered to be in priority need of assistance because of their child's immigration status, would not be eligible for long-term housing either.

31. The applicant further submitted that the Government's position did not make sense since it could not be argued that EEA nationals, as a class of persons, had a greater degree of connection to the United Kingdom than those with indefinite leave to remain. Persons with indefinite leave to remain were treated for all practical purposes, including the allocation of social benefits, in the same manner as British citizens; whereas EEA nationals' right to be in the United Kingdom and their entitlement to social benefits were dependent on their being and remaining "qualified persons", such as workers. The applicant therefore contended that those with indefinite leave to remain had a greater level of connection to the United Kingdom than

EEA nationals and that the Government's justification for treating the two classes of person differently was invalid.

32. Finally, the applicant pointed to the Court of Appeal's consideration of Mr Badu's appeal in *Westminster City Council v. Morris*. Like the applicant, he was not a British citizen but had indefinite leave to remain in the United Kingdom. The Court of Appeal noted at paragraph 62 of the judgment that Mr Badu had "equivalent status" to citizenship. The applicant endorsed this characterisation of indefinite leave to remain. She contended that *Westminster City Council v. Morris* had been correctly decided by the Court of Appeal and that the reasoning employed in that case applied with equal force both to British citizens and to those with indefinite leave to remain. In the view of the applicant, by amending the legislation so that it only improved the position for those with citizenship (or nationals of other EEA States and Switzerland), the Government had failed to give full force to the declaration of incompatibility made by the Court of Appeal.

(c) The third-party intervention

33. The Equality and Human Rights Commission (EHRC) characterised this case as involving ongoing structural discrimination in the domestic housing legislation. At the time the application was lodged, no legislative changes had been made in response to the decision of the Court of Appeal in *Westminster City Council v. Morris*. Changes were enacted in 2008. However, the EHRC criticised the Government's "inadequate and grudging approach to seeking to correct the breach of Article 14" identified by the Court of Appeal in *Westminster City Council v. Morris*, noting in particular the length of the period during which no steps had been taken to amend the impugned legislation; the failure to conduct any monitoring of the impact of the legislative provisions; and the eventual changes to the legislation which, in the view of the EHRC, replaced the old form of discrimination with a new form. Specifically, the legislation continued to differentiate between households including a child who was subject to immigration control – now termed a "restricted person" by section 184(7) of the Housing Act 1996 – and households which did not include a "restricted person".

34. The EHRC argued that the justification offered by the Government for the new provisions was no different from or any more coherent than that in respect of the previous provisions. The nationality of the dependent child who triggered a priority need for assistance on the part of its parent was simply not relevant, in the view of the EHRC, to the underlying policy objective behind Part 7 of the Housing Act 1996, which was keeping families in need together. Even if there were a logical link between discriminating against those whose dependent child was subject to immigration control

and protecting the limited stock of social housing, it would not amount to the weighty justification necessary to render the discrimination acceptable.

2. *The Court's assessment*

(a) **General principles**

35. The Court notes that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols, but has no independent existence since it applies solely in relation to the “enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions. The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive Convention rights. It is sufficient – and also necessary – for the facts of the case to fall “within the ambit” of one or more of the Convention Articles (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 58, ECHR 2008). The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the Contracting State has voluntarily decided to provide. This principle is well entrenched in the Court’s case-law. It was expressed for the first time in *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits) (23 July 1968, p. 33, § 9, Series A no. 6).

36. The Court has also 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*, cited above, § 60). 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 (*ibid.*, § 60).

37. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background (see *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, § 61, ECHR 2010). As a general rule, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of nationality or

sex as compatible with the Convention (see, respectively, *Gaygusuz*, cited above, § 42, and *Van Raalte v. the Netherlands*, 21 February 1997, § 39, *Reports* 1997-I). On the other hand, a wide margin is usually allowed to the Contracting State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (see, for example, *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 46, Series A no. 98, and *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 80, *Reports* 1997-VII). Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation" (see *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 52, ECHR 2006-VI).

(b) Application to the facts of the case

38. The Court notes that the applicant claims that she was impermissibly discriminated against because, as she was not classed as being in priority need of accommodation when threatened with homelessness, she was not granted reasonable preference for social housing and provided with temporary accommodation until such social housing became available. Instead, she was assisted by her local authority to find a private-sector tenancy outside the Borough of Southwark; she subsequently obtained a social tenancy back in the Borough of Southwark seventeen months later when one became available.

39. As a preliminary note, the Court cannot make a finding as to the conformity with the Convention of the new legislative scheme put in place by the amendments made subsequent to *Westminster City Council v. Morris*, since it was the old scheme that applied to the applicant and gave rise to the facts of this case. The Court observes that, regardless of the amendments, the applicant's case would not have been handled any differently under the new legislation, since as she is not a British citizen or an EEA or Swiss national, the new limited duty brought in by section 193(7AA) of the Housing Act 1996 would not have applied to her. She would still not have been eligible for homelessness assistance under the amended legislation. However, the Court must confine itself to an examination of the compliance or otherwise with the Convention of the legislation as it applied in the applicant's case.

40. Having thus defined the scope of its examination, the Court begins by observing that there is no right under Article 8 of the Convention to be provided with housing (see *Chapman v. the United Kingdom* [GC],

no. 27238/95, § 99, ECHR 2001-I). However, as the Court has previously held with regard to other social benefits (see, for example, *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 55, ECHR 2005-X), where a Contracting State decides to provide such benefits, it must do so in a way that is compliant with Article 14. The impugned legislation in this case obviously affected the home and family life of the applicant and her son, as it impacted upon their eligibility for assistance in finding accommodation when they were threatened with homelessness. The Court therefore finds that the facts of this case fall within the ambit of Article 8. In so finding, the Court notes the conclusion of the Court of Appeal at paragraph 25 of *Westminster City Council v. Morris* (see paragraphs 15-18 above) and further notes the fact that the Government agree that Article 8 applies to the instant case. The Court must therefore go on to consider whether the applicant was impermissibly discriminated against within the meaning of Article 14.

41. As observed at paragraph 36 above, only where there is differential treatment, based on an identifiable characteristic or “status”, of persons in analogous or relevantly similar positions, can there be discrimination. Dealing first with the question of who is the appropriate comparator to this applicant, or the person to whom she was in an analogous situation, the Court notes that the applicant does not make an express submission in this regard. However, given her reliance on the case of *Westminster City Council v. Morris* (cited above), and contention that persons with indefinite leave to remain in the United Kingdom have an equivalent status to those with British citizenship, the Court assumes that she may well consider herself to have been in a relevantly similar position to a person, such as Mrs Morris, who was a British citizen with a child who was subject to immigration control. The Court observes, however, its finding at paragraph 39 above, according to which it is only the position under the Housing Act 1996 prior to its amendment that is relevant to the consideration of the applicant’s case. The Court further notes that a person such as Mrs Morris would have been treated in exactly the same way as the applicant under the relevant provisions, in that they would not have been considered to be in priority need because their dependent child, being subject to immigration control, would have been disregarded under section 185(4) of the Housing Act 1996. There is therefore no differential treatment for the purposes of Article 14 if a British citizen with a child subject to immigration control is the appropriate comparator.

42. The Court notes, however, that there is another potential comparator, namely a person who has indefinite leave to remain in the United Kingdom like the applicant, but whose child is either not subject to immigration

control or has an unconditional form of leave, such as indefinite leave to remain, which would mean that they could convey priority need status on their parent or carer. Again, the Court observes that the applicant does not specifically state that she considers herself to be in an analogous position to such a person. However, the Court considers that such a person is a more relevant comparator than a British citizen, given that the submissions of both the Government and the applicant as regards the ground of distinction, considered below, focus on the applicant's son's status rather than that of the applicant, and also given that, but for the applicant's son's status, the applicant would have been considered to be in priority need of housing assistance. In any event, the Court does not consider it necessary to determine conclusively whether the applicant and her son were in an analogous situation to either of the comparators suggested above, for reasons which are expanded upon at paragraphs 48 to 51 below.

43. The Court now turns to the issue of the ground of distinction, or the basis for the differential treatment. In this case, the applicant contends that she was treated differently based on the nationality of her son, which equates to "national origin" for the purposes of Article 14. The Government, on the other hand, contend that the basis for the differential treatment of the applicant was her son's immigration status which, being a purely legal rather than a personal status, did not amount to "other status" in terms of Article 14.

44. The Court must therefore decide whether the ground of distinction was indeed the applicant's son's immigration status, or rather his nationality, as the applicant claims. The Court has had regard to the conclusions of the Court of Appeal in *Westminster City Council v. Morris* (see paragraphs 15-18 above) in relation to the ground of distinction, but notes that, firstly, neither of the judges who formed the majority of the Court of Appeal in that case reached an express conclusion as to whether nationality formed the sole ground for the distinction; and, secondly, that that case involved a British citizen rather than a person, such as the applicant, with indefinite leave to remain in the United Kingdom. The Court finds that, on the facts of this applicant's case, the basis upon which she was treated differently to another in a relevantly similar position, who for the reasons given at paragraph 42 above is considered to be the unintentionally homeless parent of a child not subject to immigration control, was her son's immigration status. The Court specifically notes in this regard that the applicant's son was granted entry to the United Kingdom on the express condition that he would not have recourse to public funds. The Court finds that it was this conditional legal status, and not the fact that he was of Sierra Leonean national origin, which resulted in his mother's differential treatment under the housing legislation.

45. The Court does not agree with the Government that immigration status cannot amount to a ground of distinction for the purposes of Article 14, since it is a legal rather than a personal status. The Court has previously found that a person's place of residence constitutes an aspect of personal status within the scope of Article 14 (see *Carson and Others*, cited above, §§ 70-71), in spite of the fact that a person can choose their place of residence, meaning that it is not an immutable personal characteristic. Similarly, immigration status where it does not entail, for example, refugee status, involves an element of choice, in that it frequently applies to a person who has chosen to reside in a country of which they are not a national. The Court further notes the Grand Chamber's judgment in *A. and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 3455/05, §§ 182-90, ECHR 2009) in which, although it was not found necessary to consider the complaints under Article 14, the Grand Chamber nonetheless upheld the findings of the House of Lords that there had been impermissible discrimination on the grounds of nationality or immigration status. In so doing, the Court tacitly accepted immigration status as a possible ground of distinction within the scope of Article 14. Finally, the Court notes that it has in its previous case-law found that a large variety of different statuses, which could not be considered to be "personal" in the sense of being immutable or innate to the person, amounted to "other status" for the purposes of Article 14 (see *Clift v. the United Kingdom*, no. 7205/07, § 58, 13 July 2010, for a review of the Court's case-law on this question).

46. The Court finds therefore, in line with its previous conclusions, that the fact that immigration status is a status conferred by law, rather than one which is inherent to the individual, does not preclude it from amounting to "other status" for the purposes of Article 14. In the present case, and in many other possible factual scenarios, a wide range of legal and other effects flow from a person's immigration status.

47. The Court notes that the nature of the status upon which differential treatment is based weighs heavily in determining the scope of the margin of appreciation to be accorded to Contracting States. As observed at paragraph 45 above, immigration status is not an inherent or immutable personal characteristic such as sex or race, but is subject to an element of choice. In the applicant's case, while she entered the United Kingdom as an asylum seeker, she was not granted refugee status. She cannot therefore be described as a person who was present in a Contracting State because, as a refugee, she could not return to her country of origin. Furthermore, she subsequently chose to have her son join her in the United Kingdom. Given the element of choice involved in immigration status, therefore, while differential treatment based on this ground must still be objectively

and reasonably justifiable, the justification required will not be as weighty as in the case of a distinction based, for example, on nationality. Furthermore, given that the subject matter of this case – the provision of housing to those in need – is predominantly socio-economic in nature, the margin of appreciation accorded to the Government will be relatively wide (see the Grand Chamber judgment in *Stec and Others*, cited above, § 52).

48. The Court notes that while the Government argued before the Court of Appeal in the *Westminster City Council v. Morris* case that the differential treatment under the Housing Act 1996, as it was prior to amendment, was justified by the need to maintain immigration control and to prevent “benefits tourism”, the justification as presented to this Court was framed in terms of the need for the fair allocation of a scarce resource. The Government maintained that it was reasonable, in the allocation of social housing, to prioritise those who had a fixed and permanent right to be in the United Kingdom, or who had a priority need for housing due to dependants who had such a right.

49. The Court finds that it is legitimate to put in place criteria according to which a benefit such as social housing can be allocated, when there is insufficient supply available to satisfy demand, so long as such criteria are not arbitrary or discriminatory. As the Court has previously held, any welfare system, to be workable, may have to use broad categorisations to distinguish between different groups in need (see *Runkee and White v. the United Kingdom*, nos. 42949/98 and 53134/99, § 39, 10 May 2007). The Court also points out its finding in the case of *Ponomaryovi v. Bulgaria* (no. 5335/05, § 54, ECHR 2011), that States may be justified in distinguishing between different categories of aliens resident on its territory and in limiting the access of certain categories of aliens to “resource-hungry public services”. The Court takes the view that social housing is such a public service.

50. The Court notes that section 185 of the Housing Act 1996 and the Regulations referred to at paragraph 14 above, when read together, set out clearly which classes of persons are eligible for social housing; which classes are eligible for housing assistance if threatened with homelessness; and which classes cannot be considered when determining whether another person has a priority need for housing assistance. The Court further notes that these classes cannot be considered as arbitrary or discriminatory. Those who have a fixed right to be in the United Kingdom, such as refugees or those with permanent, unconditional leave to remain, are entitled both to social housing and to housing assistance. Those whose leave to remain in the United Kingdom is conditional on their ability to support themselves without recourse to public funds are not. The Court notes in this regard the applicant’s argument that it is inconsistent that she should be eligible

for social housing but not considered to be in priority need should she and her son become homeless. However, there is nothing arbitrary in the denial of priority need to the applicant when it would be based solely on the presence in her household of her son, a person whose leave to enter the United Kingdom, granted only a few months before the applicant's request for housing assistance, was expressly conditional upon his having no recourse to public funds. By bringing her son into the United Kingdom in full awareness of the condition attached to his leave to enter, the applicant accepted this condition and effectively agreed not to have recourse to public funds in order to support her son. The Court upholds the Government's argument that it is justifiable to differentiate between those who rely for priority need status on a person who is in the United Kingdom unlawfully or on the condition that they have no recourse to public funds, and those who do not, and finds that the legislation in issue in this case pursued a legitimate aim, namely allocating a scarce resource fairly between different categories of claimants.

51. As regards the proportionality of the means employed to realise this legitimate aim, the Court has had regard to the specific circumstances of the applicant's case. Without underestimating the anxiety which the applicant must have suffered as a result of being threatened with homelessness, the Court observes that she was never actually homeless and that, as pointed out by the Government (see paragraph 24 above), there were duties imposed by legislation other than section 193 of the Housing Act 1996 which would have required the local authority to assist her and her son had the threat of homelessness actually manifested itself. In the event, the applicant, who had previously lived in private accommodation, moved with her son into other private-sector housing, the tenancy of which was secured with the assistance of the local authority. The Court notes that, had the applicant been eligible and considered to be in priority need, she would most likely have been housed in temporary accommodation, quite possibly also within the private sector, until a social tenancy became available. The private-sector tenancy obtained by the applicant was outside the Borough of Southwark due to the shortage of suitable private-sector housing within the borough. However, this may also have been the case had the applicant been deemed to be in priority need, and had there been no suitable accommodation available within the Borough of Southwark at the given time. In the applicant's case, she moved back to Southwark when she was offered a social housing tenancy seventeen months later, which was within a similar timescale as that in the case of a person accorded priority need.

52. In these circumstances, the Court finds that the differential treatment to which the applicant was subjected was reasonably and objectively justified

by the need to allocate, as fairly as possible, the scarce stock of social housing available in the United Kingdom and the legitimacy, in so allocating, of having regard to the immigration status of those who are in need of housing. On the facts of the applicant's case, the effect of the differential treatment was not disproportionate to the legitimate aim pursued. Accordingly, there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

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

Done in English, and notified in writing on 27 September 2011, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Fatoş Aracı
Deputy Registrar

Lech Garlicki
President

BAH c. ROYAUME-UNI
(*Requête n° 56328/07*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 SEPTEMBRE 2011¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Refus de prendre en compte un mineur soumis à la police des étrangers pour établir l'existence d'un besoin prioritaire en matière de logement social****Article 14 combiné avec l'article 8**

Discrimination – Refus de prendre en compte un mineur soumis à la police des étrangers pour établir l'existence d'un besoin prioritaire en matière de logement social – Domicile – Vie familiale – « Toute autre situation » – Situation au regard du droit des étrangers soumise à condition – Justification raisonnable et objective – Marge d'appréciation – But légitime – Permis de séjour conditionné à l'absence de recours aux deniers publics – Attribution équitable de ressources limitées entre différentes catégories de demandeurs ayant des besoins prioritaires – Absence de préjudice réel

*

* *

La requérante, de nationalité sierra-léonaise, obtint un permis de séjour permanent au Royaume-Uni en 2005. Par la suite, son fils fut autorisé à la rejoindre à la condition qu'il ne recoure pas aux deniers publics. Peu après l'arrivée de son fils, elle demanda à l'autorité locale une aide pour trouver un logement après que le propriétaire de son logement privé l'eut informée que son fils ne pouvait pas rester dans la chambre qu'elle louait. L'autorité locale accepta de l'aider mais, parce que son fils était soumis à la police des étrangers, elle refusa de lui accorder la priorité à laquelle sa situation de personne risquant de devenir involontairement sans domicile avec un enfant mineur lui aurait normalement donné droit². Toutefois, elle l'aida à trouver un logement privé situé hors de son arrondissement et, environ dix-sept mois plus tard, elle lui fournit un logement social dans ce même arrondissement. Ni la requérante ni son fils ne sont devenus sans domicile à un quelconque moment. Dans sa requête, l'intéressée soutient que le refus de lui octroyer la priorité était discriminatoire.

Article 14 combiné avec l'article 8 : compte tenu des répercussions qu'elle a eues sur la possibilité pour la requérante et son fils de bénéficier d'une aide pour trouver un logement alors qu'ils risquaient de devenir sans domicile, la législation dénoncée

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

2. L'article 9 § 2 de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration, en vigueur à l'époque des faits, prévoyait que les personnes soumises à la police des étrangers ne devaient pas être prises en compte aux fins de déterminer si une autre personne avait un besoin prioritaire de logement.

en l'espèce touchait manifestement à leur domicile et à leur vie familiale. Dès lors, les faits de l'espèce relèvent du champ d'application de l'article 8 et l'article 14 est applicable.

Le fils de la requérante a pu entrer sur le territoire britannique à la condition expresse qu'il ne recoure pas aux deniers publics. C'est donc sa situation conditionnée au regard du droit des étrangers et non son origine nationale qui fondait la différence de traitement résultant de la législation sur le logement. Le fait que cette situation est non pas une caractéristique inhérente à l'individu mais un statut conféré par la loi n'empêche pas de l'assimiler à « toute autre situation » au sens de l'article 14. Toutefois, vu la part de choix qu'implique la situation au regard du droit des étrangers, les motifs qu'il faut avancer pour justifier pareille différence de traitement n'ont pas à être aussi solides que dans le cas d'une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente ou immuable telle que le sexe ou la race. De même, l'objet de la présente affaire – l'attribution d'un logement à ceux qui en ont besoin – étant de nature surtout socio-économique, la marge d'appréciation accordée au Gouvernement est relativement étendue.

Il est légitime de fixer des critères pour l'attribution de ressources limitées telles que des logements sociaux, pourvu que ces critères ne soient ni arbitraires ni discriminatoires. Refuser à la requérante un besoin prioritaire n'avait rien d'arbitraire. En ayant fait venir son fils au Royaume-Uni tout en étant parfaitement consciente de la condition attachée au permis de séjour de celui-ci, la requérante a accepté cette condition et a bel et bien consenti à ne pas recourir aux deniers publics pour subvenir aux besoins de son enfant. Il est justifiable d'opérer une distinction entre les individus dont le besoin prioritaire reposerait sur une personne séjournant au Royaume-Uni de manière irrégulière ou à la condition qu'elle ne recoure pas aux fonds publics, et les autres. La législation dénoncée en l'espèce poursuivait un but légitime, en l'occurrence l'attribution équitable de ressources limitées entre différentes catégories de demandeurs.

Sans sous-estimer le sentiment d'anxiété que la requérante a dû éprouver parce qu'elle risquait de devenir sans domicile, la Cour constate que, en fait, elle ne l'est jamais devenue et que d'autres obligations légales auraient imposé à l'autorité locale de prêter assistance à elle et à son fils si ce risque s'était concrétisé. En tout état de cause, la requérante a été traitée quasiment de la même manière que si un besoin prioritaire lui avait été reconnu : l'autorité locale l'avait aidée à trouver un logement privé dans un autre arrondissement (en raison d'une pénurie dans l'arrondissement d'origine) et, après dix-sept mois, elle lui a proposé un logement social dans ce dernier arrondissement. La différence de traitement dont la requérante a fait l'objet était donc raisonnablement et objectivement justifiée.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

- Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6
- Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, série A n° 23
- James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98
- Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV
- Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, *Recueil* 1997-I
- National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, *Recueil* 1997-VII
- Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, CEDH 2001-I
- Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X
- Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, CEDH 2006-VI
- Runkee et White c. Royaume-Uni*, nos 42949/98 et 53134/99, 10 mai 2007
- D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV
- Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008
- A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, CEDH 2009
- Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CEDH 2010
- Clift c. Royaume-Uni*, n° 7205/07, 13 juillet 2010
- Ponomaryovi c. Bulgarie* (n° 5335/05, CEDH 2011)

En l'affaire Bah 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,

Sverre Erik Jebens,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Vincent A. De Gaetano, *juges*,

et de Fatoş Aracı, *greffière adjointe de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 6 septembre 2011,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 56328/07) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont une ressortissante sierra-léonaise, M^{me} Husenatu Bah (« la requérante »), a saisi la Cour le 23 novembre 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante a été représentée par Pierce Glynn Solicitors, un cabinet d'avocats londonien. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. D. Walton, du *Foreign and Commonwealth Office*.

3. La requérante se disait victime d'une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. Par une décision du 1^{er} décembre 2009, le président par intérim de la chambre a communiqué la requête au Gouvernement.

4. La chambre ayant décidé, après avoir consulté les parties, qu'aucune audience sur le fond ne s'imposait (article 59 § 3 *in fine* du règlement), les parties ont répliqué par écrit aux observations formulées par chacune. En outre, l'*Equality and Human Rights Commission*, autorisée par le président par intérim de la chambre à intervenir dans la procédure écrite en tant que personne intéressée (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement), a produit en cette qualité des observations, auxquelles le Gouvernement a répliqué (article 44 § 6 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les faits de l'espèce, tels qu'exposés par la requérante, peuvent être résumés comme suit.

6. En 2000, la requérante quitta la Sierra Leone pour le Royaume-Uni afin d'y demander l'asile. Malgré le rejet de sa demande, un permis de séjour exceptionnel puis, en 2005, un permis de séjour permanent lui furent accordés. Après l'obtention de ce dernier permis, elle demanda à ce que son fils Mohamed Saliou Jalloh, né en 1994 et de nationalité sierra-léonaise, la rejoigne au Royaume-Uni. Son fils arriva en janvier 2007, muni d'un permis de séjour assorti d'une condition lui imposant de ne pas recourir aux deniers publics. A l'instar de sa mère, il était considéré comme « soumis à la police des étrangers », au sens de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration (paragraphe 12 ci-dessous).

7. A la date de l'arrivée de son fils au Royaume-Uni, la requérante louait une chambre dans un logement privé. Cependant, réticent à accueillir également son fils, son propriétaire l'avisait peu après cette date qu'elle et lui devaient déménager le 31 mars 2007 au plus tard. Le 9 février 2007, l'intéressée sollicita l'aide du conseil de l'arrondissement londonien de Southwark (*London Borough of Southwark Council*, « le Conseil »), affirmant qu'elle était devenue involontairement sans domicile. En principe, une personne devenue involontairement sans domicile et ayant un enfant mineur devait se voir reconnaître un besoin prioritaire au sens de l'article 189 de la loi de 1996 sur le logement (paragraphe 13 ci-dessous) et recevoir un logement adéquat, en général dans le voisinage. Une préférence raisonnable devait lui être accordée pour l'attribution de logements sociaux. Compte tenu de la pénurie importante de logements de ce type à Londres, les personnes prioritaires étaient habituellement placées dans des logements temporaires jusqu'à ce qu'un logement social adéquat fût disponible. Toutefois, en l'espèce, faisant application de l'article 185 § 4 de la loi de 1996 sur le logement, le fils de la requérante ne fut pas pris en compte par le Conseil pour déterminer si sa mère pouvait invoquer un tel besoin, au motif qu'il était soumis à la police des étrangers. En conséquence, le 14 mars 2007, le Conseil refusa de reconnaître à l'intéressée ce besoin et le droit à un logement social.

8. La requérante demanda le réexamen de cette décision, dont fut chargé un haut fonctionnaire. Ce dernier estima lui aussi que les personnes soumises à la police des étrangers ne pouvaient pas prétendre à l'aide au logement et que quelqu'un qui n'avait pas droit à cette aide ne pouvait être

pris en compte lorsqu'il fallait déterminer si une autre personne pouvait invoquer un besoin prioritaire de logement. Il refusa de reconnaître à la requérante un tel besoin au motif que son fils ne pouvait prétendre à cette aide. Il rechercha également si l'intéressée était vulnérable pour une autre raison. Il jugea cependant qu'aucun problème médical ne l'handicapait dans la vie de tous les jours et qu'elle pouvait subvenir à ses propres besoins tout aussi bien que le citoyen moyen. Il en conclut qu'il n'y avait aucune raison spéciale de déduire qu'elle avait droit à l'aide aux personnes sans domicile pour cause de vulnérabilité. Par conséquent, le 24 mai 2007, il confirma la décision initiale.

9. En septembre 2007, la requérante parvint, avec l'aide du Conseil, à trouver un logement du secteur privé, qu'elle accepta. En réalité, elle et son fils n'ont donc jamais été sans domicile. Toutefois, le loyer du logement en question était plus élevé que celui d'un logement social et l'immeuble était sis hors de l'arrondissement de Southwark, donc loin de son ancien employeur et de l'école de son fils. La requérante affirme qu'elle a dû démissionner de son emploi après trois mois à cause de la durée du trajet pour s'y rendre et que son fils passait quatre heures par jour dans les transports pour aller à l'école.

10. La requérante, qui était restée inscrite sur la liste d'attente pour les logements sociaux dans l'arrondissement de Southwark, se vit offrir en mars 2009 un logement de ce type, en l'occurrence un appartement de deux pièces. Elle et son fils se sont donc réinstallés à Southwark.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. La loi de 1996 sur l'asile et l'immigration

11. L'article 9 §§ 1 et 2 de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration dispose :

Article 9 – Droit et aide au logement

« 1) Toute autorité du logement doit veiller, dans la mesure du possible, à ce qu'aucun bail ni aucun autre titre d'occupation d'un logement social prévu par la partie de la présente loi relative au logement ne soit octroyé à une personne soumise à la police des étrangers, sauf si celle-ci appartient à une catégorie établie par arrêté ministériel.

2) Une personne soumise à la police des étrangers :

a) ne peut prétendre au droit ou à l'aide au logement en vertu de la partie de la présente loi relative aux personnes sans domicile ; et

b) ne peut être prise en compte lorsqu'il faut déterminer, pour les besoins de la présente partie, si une autre personne :

- i) est sans domicile ou menacée de le devenir; ou
 - ii) a un besoin prioritaire de logement,
- sauf si elle appartient à une catégorie établie par arrêté ministériel.»

12. L'article 13 § 2 de cette même loi définit une « personne soumise à la police des étrangers » par toute personne que la loi de 1971 sur l'immigration oblige à être titulaire d'un permis pour entrer ou rester sur le territoire du Royaume-Uni (que ce permis ait été délivré ou non).

B. La loi de 1996 sur le logement

13. Voici les parties pertinentes de la loi de 1996 sur le logement, telle que modifiée par l'annexe 15 à la loi de 2008 sur le logement et la réhabilitation urbaine :

Article 184 – Enquêtes sur les personnes sans domicile ou menacées de le devenir

« 1. Une autorité locale du logement qui a des raisons de croire qu'un demandeur peut être sans domicile ou menacé de le devenir conduit toute enquête nécessaire pour établir :

- a) si cette personne a droit à une aide, et
- b) dans l'affirmative, quelles obligations lui sont dues en vertu des dispositions suivantes de cette partie de la présente loi et, en pareil cas, lesquelles.

(...)

3A. Si l'autorité décide qu'une prestation est due au demandeur en vertu des articles 193 § 2 ou 195 § 2 de la présente loi mais qu'elle ne l'aurait pas été si une personne sous restriction n'avait pas été prise en compte, la notice prévue par le paragraphe 3 du présent article doit également :

- a) informer le demandeur que cette décision a été prise sur cette base,
- b) indiquer le nom de la personne sous restriction,
- c) expliquer pourquoi cette personne est sous restriction, et
- d) expliquer les effets des dispositions de l'article 193 7AD) ou, le cas échéant, de l'article 195 4A) de la présente loi.

(...)

7. Dans la présente partie, une « personne sous restriction » se définit par toute personne :

- a) qui n'a droit à aucune aide en vertu de la présente partie,
- b) qui est soumise à la police des étrangers au sens de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration, et

c) soit:

- i) qui n'a pas de permis de séjour sur le territoire du Royaume-Uni, ou
- ii) dont le permis de séjour sur le territoire du Royaume-Uni est conditionné à l'obligation de subvenir à ses propres besoins et de se loger elle-même, elle et les personnes à sa charge, sans recourir aux deniers publics.»

Article 185 – Etrangers ne pouvant prétendre à l'aide au logement

« 1. Un étranger ne pouvant prétendre à l'aide au logement n'a pas droit à l'aide prévue dans la présente partie.

2. Une personne soumise à la police des étrangers au sens de la loi de 1996 sur l'asile et l'immigration ne peut prétendre à l'aide au logement sauf si elle appartient à une catégorie établie par arrêté ministériel.

(...)

4. Un étranger ne pouvant prétendre à l'aide au logement ne peut être pris en compte lorsqu'il faut déterminer, en vertu de la présente partie, si une autre personne relevant du paragraphe 5 :

- a) est sans domicile ou menacée de le devenir, ou
- b) a un besoin prioritaire de logement.

5. Relève du présent article toute personne :

a) appartenant à une catégorie établie par arrêté ministériel au sens du paragraphe 2 du présent article, mais

b) n'étant pas ressortissant d'un Etat membre de l'Espace économique européen ou de la Suisse.

(...))»

Article 189 – Besoin prioritaire de logement

« 1. Les personnes suivantes peuvent invoquer un besoin prioritaire de logement :

a) une femme enceinte ou une personne avec laquelle elle réside ou pourrait raisonnablement être censée résider ;

b) une personne qui réside ou pourrait raisonnablement être censée résider avec des enfants à charge ;

c) une personne vulnérable du fait de son âge avancé, de problèmes ou handicaps mentaux, d'une infirmité physique ou pour toute autre raison spéciale, ou une personne avec laquelle elle réside ou pourrait raisonnablement être censée résider ;

d) une personne sans domicile ou menacée de le devenir à cause d'une urgence, par exemple une inondation, un incendie ou une autre catastrophe.

(...))»

Article 193 – Obligation à l’égard des personnes ayant un besoin prioritaire et n’étant pas devenues volontairement sans domicile

« 1. Le présent article s’applique lorsque l’autorité locale du logement est convaincue qu’un demandeur est sans domicile, peut prétendre à une aide et invoquer un besoin prioritaire, et qu’il n’est pas devenu volontairement sans domicile.

2. Toute autorité locale du logement qui ne se sera pas dessaisie d’une demande auprès d’une autre (article 198) fait en sorte qu’un logement soit prêt à être occupé par le demandeur.

3. L’autorité est tenue à l’obligation prévue par le présent article tant que celle-ci ne se sera pas éteinte en application de l’une quelconque des dispositions suivantes du présent article.

(...)

3B. En pareille hypothèse, un « cas de restriction » est un cas dans lequel l’autorité locale du logement n’aurait pas estimé satisfaites les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article si elle n’avait pas pris en compte une personne sous restriction.

(...)

7AA. Pour les cas de restriction, l’autorité n’est plus tenue à l’obligation énoncée dans le présent article si le demandeur, après avoir été informé des éléments énoncés au paragraphe 7AB :

- a) accepte une offre de logement privé, ou
- b) refuse une telle offre.

7AB. Les éléments d’information à communiquer sont :

- a) les conséquences éventuelles d’un refus d’offre, et
- b) le droit pour le demandeur de solliciter le réexamen du caractère adéquat du logement.»

C. Arrêté SI 2006/1294 de 2006 sur l’octroi de logements et les personnes sans domicile (éligibilité) (Angleterre)

14. Voici les parties pertinentes de cet arrêté, adopté par le ministre dans l’exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par certaines dispositions de la loi de 1996 sur le logement :

Article 3 – Personnes soumises à la police des étrangers pouvant prétendre à l’attribution d’un logement

« Les catégories suivantes de personnes soumises à la police des étrangers peuvent prétendre à l’attribution d’un logement en vertu de la partie 6 de la loi de 1996 [sur le logement] :

a) Catégorie A – Personnes classées par le ministre comme réfugiés au sens de l'article 1 de la Convention sur les réfugiés et titulaires d'un permis de séjour sur le territoire du Royaume-Uni;

b) Catégorie B – Personnes

i) auxquelles a été accordé un permis de séjour exceptionnel au Royaume-Uni non régi par les dispositions du règlement relatif à l'immigration; et

ii) qui ne sont soumises à aucune obligation de subvenir à leurs propres besoins et de se loger elles-mêmes, elles et les personnes à leur charge, sans recourir aux deniers publics;

c) Catégorie C – Personnes résidant habituellement sur le territoire du Royaume-Uni, des îles Anglo-Normandes, de l'île de Man ou de la République d'Irlande et dont le permis de séjour sur le territoire du Royaume-Uni n'est soumis à aucune limitation ou condition, autres qu'une personne

i) à qui un permis de séjour au Royaume-Uni a été octroyé sur la foi d'un engagement pris par son tuteur;

ii) qui réside sur le territoire du Royaume-Uni, des îles Anglo-Normandes, de l'île de Man ou de la République d'Irlande depuis moins de cinq ans à compter de sa date d'entrée ou de la date de l'engagement pris à son égard par son tuteur, la date la plus récente étant celle à retenir; et

iii) dont le tuteur ou au moins l'un de ses tuteurs, lorsqu'il y en a plusieurs, est encore en vie;

(...)»

Article 5 – Personnes soumises à la police des étrangers pouvant bénéficier de l'aide au logement

« 1. Les catégories suivantes de personnes soumises à la police des étrangers peuvent prétendre à l'aide au logement en vertu de la partie 7 de la loi de 1996 [sur le logement] :

a) Catégorie A – Personnes classées par le ministre comme réfugiés au sens de l'article 1 de la Convention sur les réfugiés et titulaires d'un permis de séjour sur le territoire du Royaume-Uni;

b) Catégorie B – Personnes

i) auxquelles a été accordé un permis de séjour exceptionnel au Royaume-Uni non régi par les dispositions du règlement relatif à l'immigration; et

ii) qui ne sont pas soumises à une obligation de subvenir à leurs propres besoins et de se loger elles-mêmes, elles et les personnes à leur charge, sans recourir aux deniers publics;

c) Catégorie C – Personnes résidant habituellement sur le territoire du Royaume-Uni, des îles Anglo-Normandes, de l'île de Man ou de la République d'Irlande et dont

le permis de séjour sur le territoire du Royaume-Uni n'est soumis à aucune limitation ou condition, autres qu'une personne

i) à qui un permis de séjour au Royaume-Uni a été octroyé sur la foi d'un engagement pris par son tuteur;

ii) qui réside sur le territoire du Royaume-Uni, des îles Anglo-Normandes, de l'île de Man ou de la République d'Irlande depuis moins de cinq ans à compter de sa date d'entrée ou de la date de l'engagement pris à son égard par son tuteur, la date la plus récente étant celle à retenir; et

iii) dont le tuteur ou au moins l'un de ses tuteurs, lorsqu'il y en a plusieurs, est encore en vie.»

D. *Westminster City Council v. Morris* [2005] EWCA Civ 1184

15. Le 14 octobre 2005, la Cour d'appel rendit son arrêt dans cette affaire qui concernait une femme de nationalité britannique et sa fille, soumise à la police des étrangers. L'autorité locale avait refusé de reconnaître à la mère et à sa fille un besoin prioritaire d'aide pour perte de domicile lorsque, à cause de la situation de l'enfant au regard du droit des étrangers, elles étaient devenues involontairement sans domicile. La Cour d'appel considéra que la partie VII de la loi de 1996 sur le logement, en particulier ses articles 188, 189 et 193, visaient à protéger la vie familiale des personnes sans domicile en garantissant aux familles l'étant devenues involontairement que leurs membres seraient logés ensemble. Il s'agissait donc selon elle d'un cas relevant de l'article 8 de la Convention. La Cour d'appel, à la majorité, estima que le fondement de la distinction entre, d'une part, M^{me} Morris et, d'autre part, le parent d'un enfant non soumis à la police des étrangers, était soit l'origine nationale de l'enfant soit une combinaison d'éléments, notamment la nationalité, la situation au regard du droit des étrangers, la domiciliation et la sécurité sociale. Elle ne considéra pas nécessaire de dire en définitive si la distinction reposait sur un fondement unique: l'important était que la nationalité figurait parmi ces éléments. De ce fait, selon elle, seuls des motifs particulièrement impérieux ou solides pouvaient être invoqués pour que la distinction puisse passer pour compatible avec la Convention. La Cour d'appel conclut que, quel que fût le fondement précis de la différence de traitement, la justification proposée par le Gouvernement – la nécessité de maintenir le contrôle des flux migratoires et de prévenir la «chasse aux aides sociales» – n'était pas suffisamment solide et n'apportait aucune réponse proportionnée et raisonnable au problème perçu. Pour elle, si décourager la «chasse aux aides sociales» et les «abus du regroupement familial» était un objectif d'intérêt public compréhensible, celui-ci n'était pas servi par des mesures législatives qui dissuadaient les ressortissants

britanniques ou les personnes jouissant d'un droit de séjour d'aller ou de rester sur le territoire du Royaume-Uni parce qu'eux-mêmes ne pouvaient pas loger leurs parents à charge autorisés eux aussi à y séjourner. La Cour d'appel jugea que l'article 185 § 4 de la loi de 1996 sur le logement ne fut pas considéré comme une réponse proportionnée ni même logique au problème perçu. La Cour d'appel constata qu'il n'était pas apparent que le Gouvernement ou le Parlement eussent apprécié les conséquences potentiellement discriminatoires de la législation mais que, quand bien même ils l'auraient fait, celles-ci n'auraient même pas pu être regardées comme relevant de la marge d'appréciation très étendue dont jouit le Gouvernement dans ce domaine.

16. La Cour d'appel prononça donc une déclaration d'incompatibilité ainsi libellée :

« L'article 185 § 4 de la loi de 1996 sur le logement est incompatible avec l'article 14 de la Convention en ce qu'il impose, lorsqu'il faut établir l'existence ou non d'un besoin prioritaire de logement pour ledit ressortissant, de ne pas prendre en compte l'enfant à charge, soumis à la police des étrangers, d'un ressortissant britannique, si tous deux résident habituellement au Royaume-Uni. »

17. La Cour d'appel examina le cas de M^{me} Morris conjointement à celui de M. Badu, qui était titulaire d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni mais fut considéré par le juge comme ayant un « statut équivalent » à la nationalité britannique (paragraphe 60 de l'arrêt). Elle jugea que, en vertu de l'article 185 § 4, M. Badu ne pouvait pas lui non plus invoquer un besoin prioritaire d'aide au logement au motif que son enfant était soumis à la police des étrangers. Elle estima en revanche que, à la date de son arrêt, contrairement à M^{me} Morris, M. Badu pouvait invoquer un besoin continu d'aide car il risquait toujours de devenir sans domicile. Pour elle, la déclaration d'incompatibilité n'aurait pas remédié à cette situation car la disposition dénoncée devait rester en vigueur jusqu'à sa modification par le Parlement. Le cas de M. Badu fut donc renvoyé par la Cour d'appel à l'autorité locale compétente pour réexamen, pour savoir en particulier si un logement pouvait lui être attribué en vertu des pouvoirs conférés à l'autorité par d'autres textes de loi.

18. A la suite de la déclaration d'incompatibilité dans l'affaire *Westminster City Council v. Morris*, le Gouvernement modifia la loi de 1996 sur le logement par le biais de l'annexe 15 à la loi de 2008 sur le logement et la réhabilitation urbaine, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus. Cette réforme a réglé le problème d'incompatibilité touchant les ressortissants britanniques mais elle a eu pour conséquence que les titulaires d'un permis de séjour permanent comme M. Badu, ou d'ailleurs comme la requérante en l'espèce, ne peuvent toujours pas demander l'aide au logement si cette possibilité

repose sur l'existence d'une autre personne étrangère et soumise à la police des étrangers, comme le fils de la requérante. De plus, dans le cas d'un ressortissant du Royaume-Uni, comme M^{me} Morris, d'un Etat membre de l'Espace économique européen ou de la Suisse, dont le besoin prioritaire résulterait d'un enfant à charge soumis à la police des étrangers, l'autorité locale aura satisfait à l'obligation lui incombant de fournir un logement si elle propose une offre de location d'un propriétaire privé, que le demandeur choisisse de l'accepter ou non. En revanche, lorsque l'enfant à charge n'est pas soumis à la police des étrangers, elle n'aura pas satisfait à cette obligation si pareille offre est refusée par le demandeur.

EN DROIT

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

19. La requérante allègue une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

L'article 8 de la Convention dispose :

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

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

20. L'article 14 de la Convention énonce :

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

A. Sur la recevabilité

21. Le Gouvernement estime ce grief irrecevable pour défaut manifeste de fondement, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. La Cour considère cependant que la requête n'est pas manifestement mal fondée et qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Thèse du Gouvernement

22. Le Gouvernement indique que, à la suite de la déclaration d'incompatibilité prononcée par la Cour d'appel dans l'affaire *Westminster City Council v. Morris* (paragraphe 15-18 ci-dessus), les dispositions pertinentes de la loi de 1996 sur le logement ont été modifiées par le biais de l'annexe 15 à la loi de 2008 sur le logement et la réhabilitation urbaine (paragraphe 13 ci-dessus).

23. Le Gouvernement estime cependant que cette déclaration d'incompatibilité et les réformes législatives consécutives ne concernent pas la requérante, qui n'a pas la nationalité britannique mais est titulaire d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni et soumise à la police des étrangers. Il soutient que, bien qu'elle pût prétendre à l'aide au logement en vertu de l'article 5 § 1 c) de l'arrêté cité au paragraphe 14 ci-dessus), l'intéressée ne pouvait pas avant cette réforme et ne peut toujours pas depuis lors demander la prise en compte de son fils, lui aussi soumis à la police des étrangers, pour faire valoir un besoin prioritaire de logement.

24. Le Gouvernement fait observer que, au vu du dossier, la requérante n'aurait pas eu automatiquement droit à un logement social quand bien même un besoin prioritaire lui aurait été reconnu. Il estime que la loi de 1996 sur le logement ne confère aucun droit de ce type. Il explique que, si la requérante avait été considérée comme prioritaire, elle aurait relevé d'une catégorie de personnes jouissant d'un droit de préférence raisonnable pour l'attribution d'un logement social. Il considère cependant que, vu la pénurie de logements de ce type à Londres, elle aurait très probablement bénéficié d'un logement temporaire jusqu'à ce qu'un logement social pût lui être proposé. Il ajoute que, à la date où l'intéressée a demandé une aide, les personnes catégorisées comme étant sans domicile étaient hébergées en moyenne vingt et un mois dans des logements temporaires, souvent des biens loués aux autorités locales par des propriétaires privés puis sous-loués, ce qui, compte tenu du niveau des loyers, pouvait revenir plus cher pour le locataire que louer un logement privé, même celui occupé par la requérante. Cette dernière ayant obtenu un logement social en mars 2009, il conclut qu'elle a passé autant de temps dans un logement privé que si un logement temporaire lui avait été octroyé et qu'elle aurait très bien pu verser un loyer plus élevé pour ce dernier que celui qu'elle a dû payer pour le logement privé qu'elle avait trouvé grâce à l'aide de l'autorité locale. Il souligne que, en réalité, la requérante et son fils ne sont jamais devenus sans domicile et

qu'il y a d'autres textes de loi qui donnaient obligation aux autorités locales de fournir un logement et d'autres types d'aides aux enfants dans le besoin. Si le fils de la requérante était réellement devenu sans domicile, il fait valoir qu'un logement aurait pu lui être trouvé par d'autres biais que l'article 193 de la loi de 1996 sur le logement.

25. Pour ce qui est du grief de la requérante, le Gouvernement admet qu'il relève du champ d'application de l'article 8 de la Convention. Il soutient toutefois que la différence de traitement dont elle a fait l'objet en raison de la situation de son fils au regard du droit des étrangers ne tombe pas sous le coup de l'article 14 au motif que cette différence était fondée non pas sur la nationalité ou l'origine nationale mais sur ladite situation, qui n'est pas assimilable à « tout autre situation » au sens de l'article 14. La situation au regard du droit des étrangers étant selon lui non pas une « caractéristique personnelle » mais un statut de nature juridique, il plaide l'absence de discrimination contraire à l'article 14.

26. A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où cette différence de traitement serait qualifiée de discrimination au sens de l'article 14, le Gouvernement soutient que, le fondement de cette discrimination étant la situation au regard du droit des étrangers plutôt que la nationalité, elle peut se justifier par des motifs moins impérieux. En effet, une discrimination exclusivement basée sur la nationalité serait manifestement suspecte et appellerait un contrôle strict, tandis qu'une discrimination fondée sur la situation au regard du droit des étrangers découlerait de la nécessité pour l'Etat de contrôler et surveiller l'immigration. L'affaire ayant pour objet l'attribution de ressources limitées, en l'occurrence les logements sociaux, le Gouvernement estime qu'il jouit d'une marge d'appréciation étendue et que le Parlement est mieux placé pour fixer les critères d'allocation de ces ressources.

27. Le Gouvernement justifie cette différence de traitement imposée par le législateur par la nécessité d'allouer des ressources limitées et de donner la préférence à ceux qui ont le plus d'attaches avec le Royaume-Uni, c'est-à-dire, selon lui, les Britanniques et les ressortissants des Etats membres de l'Espace économique européen (« EEE »), plutôt que les titulaires d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni. Le Gouvernement estime tout à fait raisonnable et proportionnée la limitation par l'Etat de l'attribution de ressources aussi rares et coûteuses que les logements à ceux dont les besoins prioritaires découlent du droit établi et permanent, pour eux et les personnes à leur charge, de séjourner sur le territoire du Royaume-Uni. Pour lui, il eût été inacceptable que la requérante obtînt le statut prioritaire du fait de son fils, dont le permis de séjour est expressément assorti d'une condition lui imposant de ne pas recourir aux deniers publics. Le Gouvernement juge manifestement proportionné son choix consistant à

opérer une différence de traitement en matière d'attribution de logements selon le statut du demandeur au regard du droit des étrangers.

28. Le Gouvernement estime que la comparaison faite par la requérante entre les ressortissants d'Etats membres de l'EEE et les titulaires d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni est hors de propos car accorder à ces ressortissants un traitement plus favorable qu'à d'autres peut se justifier par la nature de l'«ordre juridique spécial» formé par l'Union européenne et par la particularité du statut ainsi conféré aux citoyens de celle-ci. Pour ce qui est des ressortissants britanniques, il serait légitime de supposer que, en principe, ils ont davantage d'attaches avec le Royaume-Uni que les titulaires d'un permis de séjour permanent.

b) Thèse de la requérante

29. La requérante soutient que, contrairement à ce que dit le Gouvernement, la discrimination en cause est en réalité fondée sur la nationalité, même si son fondement est formellement la situation au regard du droit des étrangers. Invoquant l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche* (16 septembre 1996, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV), elle en conclut que seules des considérations très fortes peuvent justifier une telle discrimination. A l'appui de cette thèse, elle cite l'affaire *Westminster City Council v. Morris* (paragraphe 15-18 ci-dessus), dans laquelle la majorité de la Cour d'appel a jugé, aux paragraphes 52 et 82 de son arrêt, que la nationalité est le motif sous-jacent de la distinction dénoncée. Elle estime que la Cour doit reconnaître comme concluant le raisonnement de la Cour d'appel.

30. La requérante rejette la justification offerte par le Gouvernement pour la différence de traitement entre les personnes avec un enfant à charge soumis à la police des étrangers et les personnes avec un enfant à charge n'y étant pas soumis ou, depuis les modifications apportées à la loi depuis l'affaire *Westminster City Council v. Morris*, entre les ressortissants du Royaume-Uni, des Etats membres de l'EEE et de la Suisse avec un enfant à charge soumis à la police des étrangers et les personnes elles-mêmes soumises à celle-ci avec un enfant à charge y étant soumis lui aussi. Plus précisément, elle souligne qu'il est illogique d'établir une distinction fondée sur de prétendus degrés d'attaches variables avec le Royaume-Uni en matière de besoin prioritaire de logement pour les personnes sans domicile, alors qu'aucune distinction de la sorte n'existe en matière d'attribution de logements. Elle explique que, titulaire d'un permis de séjour permanent et nonobstant la condition à laquelle était assortie la situation de son fils au regard du droit des étrangers, elle pouvait prétendre à un logement social. Elle en conclut que, si elle avait des attaches suffisantes avec le Royaume-

Uni pour pouvoir bénéficier d'un logement, il aurait dû en aller de même eu égard à l'appréciation de son besoin prioritaire d'assistance. Elle ajoute que, à supposer que, comme l'affirme le Gouvernement, la distinction faite dans la législation en matière de besoin prioritaire fût véritablement justifiée par la pénurie de logements sociaux, la distinction devait alors aussi exister pour l'attribution des logements sociaux à long terme et pour les personnes dans la même situation que la requérante, dont le besoin prioritaire d'assistance ne pouvait être établi en raison de la situation de leur enfant au regard du droit des étrangers.

31. La requérante estime en outre que la position du Gouvernement n'a aucun sens car nul ne saurait soutenir que, en tant que catégorie de personnes, les ressortissants d'Etats membres de l'EEE ont de plus fortes attaches avec le Royaume-Uni que les personnes titulaires d'un permis de séjour permanent dans ce pays. Concrètement, dans tous les domaines, y compris en matière d'allocation de prestations sociales, ces personnes seraient traitées de la même manière que les ressortissants britanniques, tandis que le droit desdits ressortissants de séjourner au Royaume-Uni et d'y percevoir des prestations sociales dépendrait du point de savoir s'ils sont et demeurent des « personnes qualifiées », par exemple des travailleurs. Les titulaires de permis de séjour permanent auraient donc des attaches plus fortes avec le Royaume-Uni que les ressortissants d'Etats membres de l'EEE et la justification avancée par le Gouvernement pour le traitement distinct de ces deux classes de personnes ne serait pas valable.

32. Enfin, évoquant l'examen par la Cour d'appel du recours formé par M. Badu dans l'affaire *Westminster City Council v. Morris*, la requérante fait valoir que, comme elle, M. Badu est non pas ressortissant britannique mais titulaire d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni et que, au paragraphe 62 de son arrêt, la Cour d'appel a constaté qu'il avait un « statut équivalent » à la nationalité. Elle fait sienne cette qualification donnée à la situation des détenteurs de permis de ce type. Elle estime que la Cour d'appel a tranché à bon droit l'affaire *Westminster City Council v. Morris* et que le raisonnement retenu dans son arrêt s'impose avec autant de force aux ressortissants britanniques qu'aux titulaires de permis de séjour permanent. Pour elle, en modifiant la législation de manière à améliorer la situation des seuls nationaux (ou des ressortissants d'autres Etats membres de l'EEE ou de la Suisse), le Gouvernement n'a pas donné plein effet à la déclaration d'incompatibilité prononcée par la Cour d'appel.

c) Tiers intervenants

33. Pour l'*Equality and Human Rights Commission* (« l'EHRC »), la présente affaire fait ressortir une discrimination structurelle persistante dans

la législation britannique en matière de logement. A la date de l'introduction de la requête, aucune réforme législative n'aurait été entreprise pour donner suite à la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Westminster City Council v. Morris*. Malgré la réforme intervenue en 2008, l'EHRC critique « les insuffisances et réticences [du Gouvernement] lorsqu'il a fallu remédier à la violation de l'article 14 » constatée par la Cour d'appel dans son arrêt *Westminster City Council v. Morris*, soulignant en particulier la longueur de la période pendant laquelle aucune mesure n'avait été prise pour modifier la loi attaquée, l'absence de toute recherche sur les répercussions de cette loi et les modifications finalement apportées qui, pour l'EHRC, ont remplacé une ancienne forme de discrimination par une nouvelle. Plus précisément, la législation continuerait d'établir une distinction entre les foyers avec un enfant soumis à la police des étrangers – aujourd'hui, la catégorie des « personnes sous restriction » au sens de l'article 184 § 7 de la loi de 1996 sur le logement – et ceux ne comportant aucune personne de ce type.

34. L'EHRC soutient que la justification des nouvelles dispositions proposée par le Gouvernement n'est ni différente des anciennes dispositions ni plus cohérente qu'elles. La nationalité d'un enfant à charge en raison duquel son parent revendiquerait un besoin prioritaire d'assistance n'aurait tout simplement pas à entrer en ligne de compte au regard de l'objectif d'intérêt public sous-jacent à la partie 7 de la loi de 1996 sur le logement, à savoir veiller à ce que les familles dans le besoin demeurent regroupées. L'EHRC ajoute que, quand bien même il existerait un lien logique entre la discrimination subie par les personnes dont l'enfant à charge est soumis à la police des étrangers et la protection des ressources limitées en matière de logement social, ce lien ne serait pas une considération suffisamment forte pour rendre acceptable pareille discrimination.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Principes généraux**

35. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention ne fait que compléter les autres clauses matérielles de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. L'application de l'article 14 ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 58, CEDH 2008). L'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse donc la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses

Protocoles imposent à chaque Etat de garantir. Elle s'applique aussi aux droits additionnels, pour autant qu'ils relèvent du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger. Ce principe est profondément ancré dans la jurisprudence de la Cour. Il a été exprimé pour la première fois dans l'*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond) (23 juillet 1968, p. 33, § 9, série A n° 6).

36. La Cour a également établi dans sa jurisprudence que seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable, ou « situation », peuvent être qualifiées de discrimination au sens de l'article 14 (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 56, série A n° 23). De plus, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables (*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-IV *Burden*, précité, § 60). Une telle différence 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. L'Etat contractant jouit 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 (*ibidem*, § 60).

37. L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, § 61, CEDH 2010). En principe, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité ou le sexe (*Gaygusuz*, précité, § 42 *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, § 39, *Recueil* 1997-I). Par ailleurs, une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'Etat pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (voir, par exemple, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46, série A n° 98, et *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, § 80, *Recueil* 1997-VII). Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale, et la Cour respecte en principe la manière dont l'Etat conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle « manifestement dépourvu de base raisonnable » (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, § 52, CEDH 2006-VI).

b) Application en l'espèce des principes susmentionnés

38. La Cour rappelle que la requérante se dit victime d'une discrimination inacceptable en ce que, aucun besoin prioritaire de logement ne lui ayant été reconnu alors qu'elle risquait de devenir sans domicile, la préférence raisonnable ne lui a pas été accordée pour l'obtention d'un logement social et qu'un logement temporaire lui a été fourni jusqu'à ce qu'un logement social devienne disponible. Au lieu de lui y donner droit, l'autorité locale compétente lui a prêté une aide afin qu'elle trouve un logement privé hors de l'arrondissement de Southwark. Ultérieurement, dix-sept mois plus tard, la requérante a obtenu, dans ce même arrondissement, un logement social qui s'était libéré.

39. A titre liminaire, la Cour précise qu'elle ne peut juger de la conformité à la Convention du nouveau régime légal mis en place par les réformes consécutives à l'arrêt *Westminster City Council v. Morris* puisque c'est l'ancien régime qui s'est appliqué à la requérante et est à l'origine des faits de la cause. Elle constate que, indépendamment de cette réforme, la requérante n'aurait pas été traitée différemment sous l'empire de la nouvelle législation car, n'étant pas ressortissante du Royaume-Uni, d'un Etat membre de l'EEE ou de la Suisse, la nouvelle obligation moins contraignante instaurée par l'article 193 (7AA) de la loi de 1996 sur le logement ne lui aurait pas été due. L'intéressée n'aurait pas non plus bénéficié de l'aide aux personnes sans domicile prévue par la législation modifiée. En tout état de cause, dans son examen, la Cour doit rechercher si, oui ou non, la législation telle qu'elle s'appliquait en l'espèce était conforme à la Convention.

40. Ayant ainsi défini le champ de son contrôle, la Cour rappelle tout d'abord que l'article 8 de la Convention ne confère aucun droit au logement (*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 99, CEDH 2001-I). Toutefois, comme elle l'a déjà dit au sujet d'autres prestations sociales (voir, par exemple, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 55, CEDH 2005-X), dès lors qu'un Etat contractant décide d'accorder des avantages de ce type, il doit le faire en conformité avec l'article 14. Compte tenu des répercussions qu'elle a eues sur la possibilité pour la requérante et son fils de bénéficier d'une aide pour trouver un logement alors qu'ils risquaient de devenir sans domicile, la législation dénoncée en l'espèce touchait manifestement à leur domicile et à leur vie familiale. Aussi la Cour considère-t-elle que les faits de l'espèce relèvent du champ d'application de l'article 8. A cet égard, elle prend note de la conclusion tirée par la Cour d'appel d'Angleterre au paragraphe 25 de l'arrêt *Westminster City Council v. Morris* (paragraphe 15-18 ci-dessus) et de la reconnaissance par le Gouvernement de l'applicabilité de l'article 8

à la présente affaire. Il lui faut donc rechercher ensuite si, au regard de l'article 14, la requérante a été victime d'une discrimination inacceptable.

41. Ainsi qu'il a été rappelé au paragraphe 36 ci-dessus, seule peut être qualifiée de discrimination une différence de traitement fondée sur une caractéristique identifiable, ou « situation », de personnes se trouvant dans des positions analogues ou comparables. Sur la question tout d'abord de savoir par rapport à qui la requérante – ou une personne dans une situation analogue à la sienne – peut être comparée, la Cour constate que l'intéressée ne dit rien à ce sujet. Cependant, cette dernière ayant invoqué l'arrêt *Westminster City Council v. Morris* précité et soutenu que les titulaires d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni sont dans une situation équivalente aux ressortissants britanniques, il faut supposer qu'elle peut très bien s'estimer dans une situation comparable à celle d'une personne comme M^{me} Morris, une ressortissante britannique avec un enfant soumis à la police des étrangers. La Cour rappelle toutefois son constat au paragraphe 39 ci-dessus, selon lequel c'est seulement le régime de la loi de 1996 sur le logement antérieur à la modification de celle-ci qu'il y a lieu d'examiner en l'espèce. Elle ajoute qu'une personne comme M^{me} Morris aurait été traitée exactement de la même manière que la requérante en vertu des dispositions applicables. En effet, pareille personne n'aurait pu faire valoir aucun besoin prioritaire puisque, son enfant à charge étant soumis à la police des étrangers, il n'aurait pas été pris en compte en application de l'article 185 § 4 de la loi de 1996 sur le logement. Il n'y avait donc, eu égard à l'article 14 de la Convention, aucune différence de traitement si la comparaison est faite avec les ressortissants britanniques ayant un enfant soumis à la police des étrangers.

42. La Cour note cependant qu'il peut y avoir un autre élément de comparaison, à savoir une personne titulaire, comme la requérante, d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni mais dont l'enfant soit n'est pas soumis à la police des étrangers soit est titulaire d'un titre de séjour inconditionnel, par exemple un permis de séjour permanent, permettant au parent ou au tuteur de l'enfant d'invoquer un besoin prioritaire. Elle constate que, une nouvelle fois, la requérante ne dit pas expressément qu'elle se considère dans une situation comparable à une personne de ce type. Elle estime toutefois qu'une telle personne est un meilleur élément de comparaison qu'un ressortissant britannique étant donné que les observations tant du Gouvernement que de la requérante sur la question du fondement de la distinction, examinée ci-dessous, sont axées sur la situation non pas de cette dernière mais plutôt de son fils et que, si la situation de ce dernier avait été autre, un besoin prioritaire d'aide au logement aurait été reconnu à sa mère. En tout état de cause, pour les motifs exposés aux paragraphes 48

à 51 ci-dessous, elle ne juge pas nécessaire de trancher définitivement la question de savoir si la requérante et son fils se trouvaient dans une situation analogue à l'un ou l'autre des types de personnes proposés ci-dessus à titre de comparaison.

43. La Cour en vient à présent à la question du fondement de la distinction ou, autrement dit, de la base sur laquelle repose la différence de traitement. En l'espèce, la requérante dit avoir été traitée différemment en raison de la nationalité de son fils, donc de l'« origine nationale » de celui-ci, au sens de l'article 14. Le Gouvernement estime en revanche que cette différence de traitement était fondée sur la situation du fils de la requérante au regard du droit des étrangers, situation qui, revêtant un caractère purement juridique et non personnel, n'était pas assimilable selon lui à « toute autre situation » au sens de l'article 14.

44. Par conséquent, la Cour doit rechercher si le fondement de la distinction était effectivement la situation, au regard du droit des étrangers, du fils de la requérante ou alors sa nationalité, comme cette dernière le soutient. Elle prend note des conclusions tirées à ce sujet par la Cour d'appel d'Angleterre dans son arrêt *Westminster City Council v. Morris* (paragraphe 15-18 ci-dessus). Elle constate toutefois que, premièrement, aucun des juges qui ont formé la majorité de la Cour d'appel dans cette affaire ne s'est prononcé expressément sur le point de savoir si la nationalité constituait le seul motif de distinction et que, deuxièmement, cette dernière affaire concernait un ressortissant britannique et non une personne titulaire, comme la requérante, d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni. Elle relève que, au vu des faits établis dans cette affaire, le fondement sur la base duquel M^{me} Morris n'a pas été traitée de la même manière qu'une personne dans une situation comparable, en l'occurrence, pour les raisons exposées au paragraphe 42 ci-dessus, le parent sans domicile d'un enfant non soumis à la police des étrangers, était la situation de son fils au regard du droit des étrangers. Elle note sur ce point précis que le fils de la requérante en l'espèce a pu entrer sur le territoire britannique à la condition expresse qu'il ne recoure pas aux deniers publics. Elle en conclut que c'est ce statut juridique conditionné et non l'origine nationale sierra-léonaise du fils de la requérante qui fondait la différence de traitement dont cette dernière a fait l'objet en vertu de la législation sur le logement.

45. La Cour estime que c'est à tort que le Gouvernement soutient que la situation au regard du droit des étrangers ne saurait constituer un fondement à une discrimination au sens de l'article 14 au motif qu'il s'agirait d'une situation revêtant un caractère non pas personnel mais juridique. Elle a déjà jugé que le lieu de résidence d'une personne s'analyse en un aspect de sa situation personnelle relevant de l'article 14 (*Carson et autres*, précité,

§§ 70-71) alors même qu'il peut être choisi et qu'il ne s'agit donc pas d'une caractéristique personnelle immuable. De la même manière, la situation au regard du droit des étrangers, lorsqu'il ne s'agit pas par exemple du statut de réfugié, implique une part de choix en ce qu'elle est souvent celle d'une personne qui a choisi de vivre dans un pays dont elle n'a pas la nationalité. La Cour ajoute que, dans son arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 3455/05, §§ 182-190, CEDH 2009), une affaire où il n'avait pourtant pas été jugé nécessaire d'examiner les griefs sur le terrain de l'article 14, la Grande Chambre a néanmoins approuvé la Chambre des lords lorsque celle-ci avait conclu à l'existence d'une discrimination inacceptable fondée sur la nationalité ou la situation au regard du droit des étrangers. En statuant ainsi, la Cour a tacitement reconnu dans cette situation un fondement possible de discrimination au sens de l'article 14. Elle rappelle enfin que, dans sa jurisprudence antérieure, elle a assimilé à « toute autre situation », au sens de l'article 14, une grande variété de situations différentes qui ne peuvent passer pour « personnelles » au sens où elles seraient immuables ou innées (voir, pour une analyse de la jurisprudence de la Cour en la matière, *Clift c. Royaume-Uni*, n° 7205/07, § 58, 13 juillet 2010).

46. Conformément à ses décisions antérieures, la Cour en conclut que le fait que la situation au regard du droit des étrangers est non pas une caractéristique inhérente à l'individu mais un statut conféré par la loi ne l'empêche pas de l'assimiler à « toute autre situation » au sens de l'article 14. En l'espèce, et dans bien d'autres cas de figure possibles, la situation d'une personne au regard du droit des étrangers emporte pour celle-ci un grand nombre de conséquences juridiques et autres.

47. La Cour rappelle que la nature de la situation sur laquelle repose la différence de traitement pèse lourdement dans l'évaluation de l'étendue de la marge d'appréciation à accorder à l'Etat contractant. Comme il est dit au paragraphe 45 ci-dessus, la situation au regard du droit des étrangers n'est pas une caractéristique personnelle inhérente ou immuable comme le sont le sexe ou la race : elle procède en partie d'un choix. En l'espèce, la requérante est entrée au Royaume-Uni en tant que demandeuse d'asile mais le statut de réfugié ne lui a pas été accordé. Elle ne peut donc passer pour une personne séjournant sur le territoire d'un Etat contractant parce que, réfugiée, elle ne peut revenir dans son pays d'origine. De plus, elle a ultérieurement choisi de faire venir son fils au Royaume-Uni. Par conséquent, vu la part de choix qu'implique la situation au regard du droit des étrangers, et bien qu'une différence de traitement fondée sur cette situation reste à justifier par des motifs objectifs et raisonnables, ceux-ci n'ont pas à être aussi solides que dans le cas d'une distinction fondée, par exemple, sur la nationalité. Par ailleurs, l'objet de la présente affaire – l'attribution d'un logement à ceux

qui en ont besoin – étant de nature surtout socio-économique, la marge d'appréciation accordée au Gouvernement sera relativement étendue (*Stec et autres*, décision précitée, § 52).

48. La Cour relève que si, en l'affaire *Westminster City Council v. Morris*, le Gouvernement avait soutenu devant la Cour d'appel que la différence de traitement découlant de la loi de 1996 sur le logement, antérieurement à sa modification, était justifiée par la nécessité de maintenir le contrôle des flux migratoires et de prévenir la « chasse aux aides sociales », la justification qu'il avance devant elle est articulée autour de la nécessité d'attribuer équitablement des ressources limitées. Le Gouvernement estime raisonnable, en matière d'allocation de logements sociaux, de donner la priorité à ceux jouissant d'un droit établi et permanent de séjour au Royaume-Uni ou pouvant invoquer un besoin prioritaire de logement parce qu'ils ont à leur charge des personnes jouissant d'un tel droit.

49. La Cour estime qu'il est légitime de fixer des critères d'attribution de prestations, comme l'octroi d'un logement social, lorsque les ressources sont insuffisantes pour satisfaire la demande, pourvu que ces critères ne soient ni arbitraires ni discriminatoires. Comme elle l'a déjà jugé, un système de protection sociale, pour qu'il puisse fonctionner, peut recourir à de grandes catégories permettant de distinguer les différents groupes de personnes dans le besoin (*Runkee et White c. Royaume-Uni*, n^{os} 42949/98 et 53134/99, § 39, 10 mai 2007). La Cour rappelle en outre avoir conclu dans l'affaire *Ponomaryovi c. Bulgarie* (n^o 5335/05, § 54, CEDH 2011) que l'Etat peut être fondé à distinguer différentes catégories d'étrangers résidant sur son territoire et à limiter l'accès aux « services publics dévoreurs de ressources » à certaines catégories d'étrangers. Elle estime que le logement social est un service de cette nature.

50. La Cour relève que, lus ensemble, l'article 185 de la loi de 1996 sur le logement et les textes réglementaires évoqués au paragraphe 14 ci-dessus définissent clairement les catégories de personnes pouvant obtenir un logement social, celles pouvant obtenir une aide au logement si elles risquent de devenir sans domicile ainsi que celles à exclure lorsqu'il faut déterminer si un besoin prioritaire d'aide au logement peut être reconnu à une autre personne. Elle relève en outre que ces catégories ne sauraient passer pour arbitraires ou discriminatoires. Les personnes jouissant d'un droit établi à séjourner au Royaume-Uni, comme les réfugiés ou les titulaires d'un permis de séjour permanent inconditionnel, ont les unes comme les autres droit à un logement social et à une aide au logement, pas celles dont l'autorisation à séjourner au Royaume-Uni est conditionnée à leur capacité à pourvoir à leurs besoins sans recourir aux deniers publics. Certes, la requérante estime incohérent qu'elle puisse prétendre à un logement social

mais qu'elle ne puisse pas se voir reconnaître un besoin prioritaire si elle et son fils deviennent sans domicile. Cependant, il n'y a rien d'arbitraire à lui refuser un besoin prioritaire qui se justifierait par la seule présence dans son foyer de son fils, une personne dont le permis de séjour au Royaume-Uni, délivré quelques mois seulement avant la demande de logement social présentée par la mère, est assorti de la condition expresse qu'il ne recoure pas aux deniers publics. En ayant fait venir son fils au Royaume-Uni tout en étant parfaitement consciente de la condition attachée au permis de séjour de celui-ci, la requérante a accepté cette condition et a bel et bien consenti à ne pas recourir aux deniers publics pour subvenir aux besoins de son enfant. La Cour estime, avec le Gouvernement, qu'il est justifiable d'opérer une distinction entre les individus dont le besoin prioritaire reposerait sur une personne séjournant au Royaume-Uni de manière irrégulière ou à la condition qu'elle ne recoure pas aux fonds publics, et les personnes dont le besoin prioritaire reposerait sur autre chose. Elle en conclut que la législation dénoncée en l'espèce poursuivait un but légitime, en l'occurrence l'attribution équitable de ressources limitées entre différentes catégories de demandeurs.

51. Pour ce qui est de la proportionnalité des moyens employés pour accomplir ce but, la Cour tiendra compte des circonstances particulières du cas d'espèce. Sans sous-estimer le sentiment d'anxiété que la requérante a dû éprouver parce qu'elle risquait de devenir sans domicile, elle constate que, en fait, elle ne l'est jamais devenue et que, comme le souligne le Gouvernement (paragraphe 24 ci-dessus), des obligations légales autres que celles énoncées à l'article 193 de la loi de 1996 sur le logement auraient imposé à l'autorité locale de prêter assistance à elle et à son fils si ce risque s'était concrétisé. En définitive, la requérante, qui vivait auparavant dans un logement privé, emménagea avec son fils dans un autre logement privé, avec un bail obtenu grâce à l'aide de l'autorité locale. La Cour relève que, si la requérante avait pu demander un logement social en raison d'un besoin prioritaire, elle aurait très probablement été accueillie dans un logement temporaire, là encore vraisemblablement du secteur privé, jusqu'à ce qu'un logement social se libère. Le logement privé obtenu par la requérante était situé hors de l'arrondissement de Southwark en raison d'une pénurie de logements de ce type dans ce même arrondissement. Or il en aurait peut-être été de même si un besoin prioritaire lui avait été reconnu et s'il n'y avait pas eu de logement social adéquat dans cet arrondissement à l'époque considérée. En l'occurrence, la requérante s'est réinstallée à Southwark après qu'un logement social lui a été proposé dix-sept mois plus tard, un délai d'attente similaire à celui qui s'écoule pour les personnes dont le besoin prioritaire est reconnu.

52. Dans ces conditions, la Cour conclut que la différence de traitement dont la requérante a fait l'objet était raisonnablement et objectivement justifiée par la nécessité d'attribuer aussi équitablement que possible les ressources limitées en matière de logement social disponibles au Royaume-Uni et par la légitimité, en procédant à cette attribution, de tenir compte de la situation, au regard du droit des étrangers, des personnes ayant besoin d'un logement. Au vu du dossier, les conséquences de la différence de traitement en cause n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

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

1. *Déclare* la requête recevable;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 27 septembre 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Fatoş Aracı
Greffière adjointe

Lech Garlicki
Président

SCHWABE AND M.G. v. GERMANY
(Applications nos. 8080/08 and 8577/08)

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 1 DECEMBER 2011¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Detention aimed at preventing participation in demonstrations****Article 5 § 1**

Lawful arrest or detention – Detention reasonably necessary to prevent a concrete and specific offence – Secure fulfilment of obligation prescribed by law – Detention aimed at preventing participation in demonstrations

Article 11

Freedom of peaceful assembly – Detention aimed at preventing participation in demonstrations – Interference – Prevention of disorder – Proportionality – Existence of less intrusive measures

*

* *

The applicants drove to Rostock in order to participate in demonstrations against the G8 summit in Heiligendamm, which was due to take place from 6 to 8 June 2007. In the evening of 3 June 2007, their identity was checked by police in a car park in front of Waldeck Prison. Having searched their van, the police found banners bearing the inscriptions “Freedom for all prisoners” and “Free all now” and arrested them. The next day, a district court ordered their detention until 9 June to prevent the imminent commission of a criminal offence. On appeal, a regional court upheld the first-instance decision finding that with their banners the applicants had intended to incite others to free prisoners from Waldeck Prison. A court of appeal rejected the applicants’ further appeals finding that the police had been entitled to assume that the applicants would drive to Rostock and display their banners at the demonstrations, some of which were violent. No criminal proceedings for incitement to free prisoners were ever brought against the applicants.

Held

(1) Article 5 § 1: The second alternative of Article 5 § 1 (c) allowed the States to detain a person as a means of preventing a concrete and specific offence as regards, in particular, the place and the time of its commission and its victims. In the applicants’ case the domestic courts had diverged on the specific offence they considered the applicants were about to commit: while the district and

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

regional courts considered that the applicants had intended to incite others to free prisoners detained in Waldeck Prison, the court of appeal considered that they had intended to use their banners to incite demonstrators in Rostock to forcibly release prisoners. In addition, the inscriptions on the banners could have been understood in different ways. For their part, the applicants had explained during the domestic proceedings that the slogans were addressed to the police, urging them to end the numerous detentions of demonstrators, and not intended to call upon others to free prisoners by forcible means. Furthermore, the applicants had not themselves carried any instruments which could have served to violently free prisoners. The Court was therefore not convinced that the applicants' continuing detention could have reasonably been considered necessary to prevent them from committing a sufficiently concrete and specific offence. Nor could it have been justified under Article 5 § 1 (b) "in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law" since the police had not ordered them to report to a police station in their town of residence or prohibited them from entering the area in which the summit-related demonstrations were to take place. The applicants' preventive detention was not justifiable under any other sub-paragraph of Article 5 § 1 of the Convention.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 11: Given their detention for the entire duration of the G8 summit, the applicants had been prevented from participating in the demonstrations against the summit, which did not appear to have been organised with violent intentions. Contrary to what the Government had claimed, it had not been proven that the applicants themselves had had any violent intentions either. No weapons had been found on them and the ambivalent nature of the slogans on their banners could not serve to prove that they had deliberately intended to incite others to violence. The applicants' detention had therefore interfered with their right to freedom of peaceful assembly. As to the proportionality of that interference, the Court acknowledged the considerable challenge the authorities were facing in order to guarantee the security of the participants at the summit and maintain public order. However, by participating in the demonstrations the applicants had sought to take part in a debate on a matter of public interest, whose aim was to criticise the high number of detentions of demonstrators rather than to resort to violence or incite others to do so. Their six-day detention, which the Court had found to be in breach of Article 5, was not a proportionate measure to prevent the possible incitation of others to free demonstrators detained during the summit. There had been other effective but less intrusive measures available to the authorities to achieve their aims, such as seizing the banners they had found in the applicants' possession.

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

Lawless v. Ireland (no. 3), 1 July 1961, Series A no. 3

Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, Series A no. 22

- Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78,
Commission decision of 16 July 1980, Decisions and Reports 21
- Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, Series A no. 39
- Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, Series A no. 50
- Ciulla v. Italy*, 22 February 1989, Series A no. 148
- Ezelin v. France*, 26 April 1991, Series A no. 202
- United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, *Reports of
Judgments and Decisions* 1998-I
- Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, ECHR 2000-III
- Jėčius v. Lithuania*, no. 34578/97, ECHR 2000-IX
- Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*,
nos. 29221/95 and 29225/95, ECHR 2001-IX
- Osmani and Others v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia" (dec.)*,
no. 50841/99, ECHR 2001-X
- Djavit An v. Turkey*, no. 20652/92, ECHR 2003-III
- Vasileva v. Denmark*, no. 52792/99, 25 September 2003
- Karademirci and Others v. Turkey*, nos. 37096/97 and 37101/97, ECHR 2005-I
- Epple v. Germany*, no. 77909/01, 24 March 2005
- Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, 15 November 2007
- Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008
- Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, ECHR 2008
- Yılmaz and Kılıç v. Turkey*, no. 68514/01, 17 July 2008
- Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, 3 February 2009
- Barraco v. France*, no. 31684/05, 5 March 2009
- M. v. Germany*, no. 19359/04, ECHR 2009
- Gatt v. Malta*, no. 28221/08, ECHR 2010
- Jendrowiak v. Germany*, no. 30060/04, 14 April 2011
- Shimovolos v. Russia*, no. 30194/09, 21 June 2011
- Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and
28964/06, ECHR 2011

In the case of Schwabe and M.G. v. Germany,

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

Dean Spielmann, *President*,

Elisabet Fura,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Ganna Yudkivska,

Angelika Nußberger, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 8 November 2011,

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

PROCEDURE

1. The cases originated in two applications (nos. 8080/08 and 8577/08) 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 two German nationals, Mr Sven Schwabe (“the first applicant”) and Mr M.G. (“the second applicant”), on 8 February 2008 and 11 February 2008 respectively. On 23 August 2010 the President of the Chamber acceded to the second applicant’s request dated 7 July 2010 not to have his identity disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The first applicant was initially represented before the Court by Ms K. Ullmann, a lawyer practising in Hamburg, and subsequently by Ms A. Luczak, a lawyer practising in Berlin. The second applicant was also represented before the Court by Ms A. Luczak. The German Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, and by their permanent Deputy Agent, Mr H.-J. Behrens, *Ministerialrat*, of the Federal Ministry of Justice.

3. The applicants alleged, in particular, that their detention for preventive purposes during a G8 summit, which had prevented them from participating in demonstrations, had violated Article 5 § 1 and Articles 10 and 11 of the Convention.

4. On 30 November 2009 the President of the Fifth Section 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 of the Convention).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The first and second applicants were both born in 1985 and live in Bad Bevensen and Berlin respectively.

A. Background to the case

1. The authorities' assessment of the security situation and the security measures taken during the G8 summit

6. From 6 to 8 June 2007 a G8 summit of Heads of State and Government was held in Heiligendamm, in the vicinity of Rostock.

7. The police considered that there was a threat of terrorist attacks, in particular by Islamist terrorists, during the summit. Furthermore, having regard to the experience of previous G8 summits, they considered that there was a risk of property damage by left-wing extremists. The latter were found to have planned to protest against, block and sabotage the summit.

8. The police estimated that there would be around 25,000 participants at an international demonstration in Rostock on 2 June 2007, 2,500 of whom would be ready to use violence, and that there would be around 15,000 demonstrators present during the summit, 1,500 of whom would be ready to use violence.

9. On 2 June 2007 serious riots broke out in Rostock city centre, involving well-organised violent demonstrators, forming what has been termed a "black block", who attacked the police with stones and baseball bats. Four hundred policemen were injured.

10. According to a press release of the Mecklenburg-West Pomerania Ministry of the Interior dated 28 June 2007, some 17,000 police officers had been involved in ensuring that the G8 summit ran smoothly and in protecting its participants from attacks by terrorists or anti-globalisation demonstrators prepared to use violence. During the summit, 1,112 people had been detained in holding pens for prisoners (*Gefangenensammelstellen*). The courts had been asked to confirm the detainees' detention in 628 cases; they had done so in respect of 113 individuals.

2. The applicants' arrest

11. In June 2007 the applicants drove to Rostock in order to participate in demonstrations against the G8 summit in Heiligendamm.

12. On 3 June 2007 at around 10.15 p.m. the applicants' identity was checked and established by the police in a car park in front of Waldeck

Prison, where they were standing next to a van in the company of seven other people. No other people were present in the car park. According to the police, the first applicant had physically resisted the identity check. He had allegedly hit the arms of a policeman who had attempted to determine the second applicant's identity. He had also kicked another policeman's shin in order to prevent his own identity from being determined. According to the applicants, it was the police who had hit the second applicant, even though he had been holding his identity card in his hand ready for inspection. The police searched the van and found folded-up banners bearing the inscriptions "Freedom for all prisoners" and "Free all now". The applicants were arrested. It appears that the banners found were seized.

B. The proceedings at issue

1. The proceedings before the District Court

13. In two separate decisions taken on 4 June 2007 at 4.20 a.m. and 4 a.m. respectively, the Rostock District Court, having examined both applicants in person, ordered their detention (*amtlicher Gewahrsam*) until 9 June 2007, 12 noon at the latest.

14. Relying on section 55(1), paragraph 2(a), and section 56(5) of the Mecklenburg-West Pomerania Public Security and Order Act (*Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern* – "the PSOA"; see paragraphs 37-38 below), the District Court found that the applicants' detention had been lawful in order to prevent the imminent commission or continuation of a criminal offence. As the applicants had been found in front of Waldeck Prison next to a van in which objects calling for the release of prisoners had been discovered, it had to be assumed that they had been about to commit or aid and abet a criminal offence.

15. The District Court further found that the applicants' continued detention was indispensable and proportionate. At the hearing, both applicants had given the impression that they had intended to commit an offence. As they had not made any statements or submissions on the merits, they had been unable to justify their conduct.

2. The proceedings before the Regional Court

16. On 4 June 2007 the Rostock Regional Court, in two separate decisions, dismissed appeals (*sofortige Beschwerde*) lodged by the first and second applicants.

17. The Regional Court confirmed the District Court's finding that the applicants' arrest had been lawful under section 55(1), paragraph 2(a), of

the PSOA. As the applicants had been found in the vicinity of Waldeck Prison in possession of banners bearing the imperative order (“free”), they had intended to incite others to free prisoners and that constituted an offence. Moreover, having regard to the material in the case file, the first applicant had obstructed police officers in the exercise of their duties. The second applicant, for his part, had been charged with dangerous interference with rail traffic in 2002 in connection with the transport of “castor” containers¹. The Regional Court further agreed with the District Court’s reasoning to the effect that the continuation of the applicants’ detention was indispensable and proportionate.

3. *The proceedings before the Court of Appeal*

18. On 7 June 2007 the Rostock Court of Appeal dismissed further appeals (*sofortige weitere Beschwerde*) subsequently brought by the applicants. In their appeals, the applicants, represented by counsel, had submitted that the slogans on the banners had been addressed to the police and the authorities, urging them to end the numerous arrests and detentions of demonstrators. They had not been meant to call upon others to attack prisons and to free prisoners by force, an interpretation which had to be considered far-fetched, given that there had not been any violent release of detainees from German prisons in recent decades.

19. The Court of Appeal upheld the lower courts’ finding that the requirements of section 55(1), paragraph 2(a), of the PSOA had been met. The applicants’ arrest and continued detention was indispensable in order to avert a danger to public security and order. The slogan “Free all now”, together with the slogan “Freedom for all prisoners”, could be understood as an incitement to free prisoners, an offence under Article 120 of the Criminal Code (see paragraph 41 below). The police had been entitled to assume that the applicants had intended to drive to Rostock and display the banners at the demonstrations there, some of which were violent. As a result, a crowd which had been ready to use violence might have been incited to release people who had been arrested and detained.

20. In respect of the second applicant, the requirements of section 55(1), paragraph 2(c), of the PSOA (see paragraph 37 below) had also been met. The second applicant had been arrested in 2002 in comparable circumstances on suspicion of dangerous interference with rail traffic in connection with the transport of castor containers. It was irrelevant whether he had subsequently been convicted.

1. Casks for the storage and transport of radioactive material.

21. The applicants had not contested the courts' conclusions; they had not made any statements or submissions on the merits. The police had been obliged to take into consideration the general security situation in Rostock on 2 and 3 June 2007. On those days, very violent clashes between demonstrators and the police had taken place in the city centre. Moreover, the applicants had proved to be prone to violence themselves by attacking police officers.

22. The Court of Appeal further considered that the applicants' right to freedom of expression under the Basic Law did not warrant a different conclusion. It accepted that the slogans on the banners could be understood in different ways. However, in the tense situation in and around Rostock the police had been authorised to prevent ambiguous declarations which could have led to a risk to public security and order.

23. Furthermore, the duration of the applicants' detention was proportionate. According to a report by the Rostock police of 6 June 2007, between 6,000 and 10,000 anti-globalisation activists, some of whom were very violent, were moving towards Heiligendamm and were calling for an "attack on the embankment". It could not be ruled out that the applicants would have participated in those demonstrations with the banners and would thus have incited other demonstrators to free prisoners.

4. The proceedings before the Federal Constitutional Court

24. On 6 June 2007 both applicants lodged a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court and applied for an interim injunction ordering their immediate release.

25. The applicants complained that their detention had violated, in particular, their right to liberty and their right to freedom of expression. The second applicant further submitted that his detention had been in breach of his right to freedom of assembly. Both applicants argued that it had been far-fetched to interpret the slogans on the banners as inciting other demonstrators to attack prisons and to free prisoners. The slogans had been addressed to the police, who had already arrested many anti-globalisation activists, to the participants in the G8 summit and to the public in general, and had not advocated acts of violence. The applicants further stressed that they did not have any previous convictions. The second applicant submitted, in particular, that the criminal proceedings against him for dangerous interference with rail traffic had been discontinued.

26. These complaints were initially registered under files nos. 2 BvR 1195/07 and 2 BvR 1196/07. On 8 June 2007 the reporting judge at the Federal Constitutional Court informed the applicants' representatives by

telephone that the Federal Constitutional Court would not take a decision on the applicants' request for interim measures.

27. On 9 June 2007 at 12 noon the applicants were released from prison.

28. The applicants' constitutional complaints of 6 June 2007 were then considered to have become devoid of purpose following their release.

29. On 6 July 2007 the applicants asked the Constitutional Court to find that their detention had been unconstitutional, despite the fact that they had been released in the meantime. Thereupon, their constitutional complaints were registered anew (files nos. 2 BvR 1521/07 and 2 BvR 1520/07).

30. On 6 August 2007 the Federal Constitutional Court, in two separate decisions, declined to consider the first and second applicants' constitutional complaints, without giving reasons (files nos. 2 BvR 1521/07 and 2 BvR 1520/07).

31. The decision was served on the first applicant's counsel on 14 August 2007 and on the second applicant's counsel on 13 August 2007.

C. Subsequent developments

...

36. On 1 May 2008 the Federal Constitutional Court declined to consider the first applicant's fresh constitutional complaint (file no. 2 BvR 538/08), and on 3 May 2008 it declined to consider the second applicant's fresh constitutional complaint (file no. 2 BvR 164/08). In their complaints the applicants had relied, in particular, on their rights to liberty, to freedom of expression and to freedom of assembly.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Mecklenburg-West Pomerania Public Security and Order Act ("the PSOA")

37. The relevant parts of section 55(1) of the PSOA provide:

"A person may only be detained if:

...

2. this is indispensable in order to prevent the imminent commission or continuation of a criminal offence; the assumption that a person will commit or aid and abet such an offence may be based, in particular, on the fact that

(a) he or she has announced or incited the commission of the offence or carries banners or other items containing such incitement;

...

(c) he or she has been apprehended in the past on comparable grounds as a person involved in the commission of offences, and if facts warrant the conclusion that a repetition of this conduct is to be expected ...”

38. Section 56(5) of the PSOA provides that if the police take a person into custody, they must immediately obtain a judicial decision on the lawfulness and continuation of the detention. The judicial decision must set a maximum duration of detention, which may not exceed ten days in cases governed by section 55(1), paragraph 2. The District Court in the district in which the person concerned was arrested has jurisdiction to take the decision.

39. Under section 52 of the PSOA, the authorities may order a person to leave a place or prohibit a person from going to a specific place (*Platzverweisung*) in order to avert a real danger. If the facts warrant the conclusion that the person will commit an offence in a specific area, the person may be prohibited from entering that area for up to ten weeks.

40. Under section 61(1) of the PSOA, an item may only be seized in order to avert an imminent danger to public security or order (paragraph 1) or if the facts warrant the conclusion that it might be used in order to commit a criminal or regulatory offence (paragraph 4).

B. The Criminal Code

41. Article 120 § 1 of the Criminal Code provides that anyone who frees a prisoner or incites or helps him to escape is to be punished by imprisonment of up to three years or a fine. Paragraph 3 of Article 120 provides that an attempt to commit such an offence is also punishable.

C. The Code of Criminal Procedure

42. Articles 112 et seq. of the Code of Criminal Procedure concern pre-trial detention. Pursuant to Article 112 § 1 of the Code, a defendant may be remanded in custody if there is a strong suspicion that he has committed a criminal offence and if there are grounds for arresting him. Pre-trial detention may not be ordered if it is disproportionate to the importance of the case and to the penalty or measure of correction and prevention expected to be imposed.

THE LAW

I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

43. Given that the present two applications concern two sets of proceedings in which the same subject matter – namely, the applicants’ detention for preventive purposes during the 2007 G8 summit in Heiligendamm – was at issue, the Court decides that the applications should be joined (Rule 42 § 1 of the Rules of Court).

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

44. The applicants complained that their detention for preventive purposes during the G8 summit had violated Article 5 § 1 of the Convention, which reads in its relevant parts as follows:

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

- (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
- (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
- (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; ...”

45. The Government contested that argument.

A. Admissibility

...

49. Under the Convention institutions’ well-established case-law, where lawfulness of detention is concerned, an action for damages against the State is not a remedy which has to be used, because the right to have the lawfulness of detention examined by a court and the right to obtain compensation for any deprivation of liberty incompatible with Article 5 are two separate rights (see, *inter alia*, *Włoch v. Poland*, no. 27785/95, § 90, ECHR 2000-XI; *Belchev v. Bulgaria* (dec.), no. 39270/98, 6 February 2003; and *Khadisov and Tsechoyev v. Russia*, no. 21519/02, § 151, 5 February 2009, with further references). Paragraph 1 of Article 5 of the Convention covers the former right and paragraph 5 of Article 5 the latter (*ibid.*, § 151).

50. The Court notes that the applicants complained before it that their detention for preventive purposes during a G8 summit had violated

Article 5 § 1 and that they had previously contested the lawfulness of the detention order before all competent domestic courts. Having regard to the Court's case-law, they thereby exhausted domestic remedies for the purposes of their complaint under Article 5 § 1. The Government's objection of non-exhaustion must therefore be dismissed.

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

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants

52. The applicants argued that their detention from 3 to 9 June 2007 had violated Article 5 § 1 of the Convention. It had not been justified under any of the sub-paragraphs of that provision.

53. The applicants submitted, in particular, that their detention had not been justified under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1, as that provision did not authorise a purely preventive deprivation of liberty. They had not been detained in connection with criminal proceedings, as required by that provision as interpreted in the Court's case-law (see, *inter alia*, *Jėčius v. Lithuania*, no. 34578/97, § 50, ECHR 2000-IX). This was proved by the fact that their detention had not been based on Article 112 of the Code of Criminal Procedure, which concerned remand in custody (see paragraph 42 above). On the contrary, the courts had based their detention on sections 55 and 56 of the Mecklenburg-West Pomerania Public Security and Order Act ("the PSO"), which governed detention for preventive purposes without any link to criminal proceedings.

54. Moreover, the applicants argued that the aim of their detention had not been to bring them promptly before a judge and to try them for potential, future offences, as required by Article 5 § 3, read in conjunction with Article 5 § 1 (c). Nor could their detention have been reasonably considered necessary to prevent their committing an offence within the meaning of the second alternative of Article 5 § 1 (c). Their potential offences had not been sufficiently outlined with a reasonable degree of specificity as regards, in particular, the place and time of their commission and their victims, as required by the Court's case-law (see, *inter alia*, *M. v. Germany*, no. 19359/04, § 102, ECHR 2009).

55. The applicants further submitted that their detention had not been justified under sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 either as there had not been any court order that the applicants had failed to comply with; nor had there been any obligation incumbent on them which they had not fulfilled. Furthermore, even if they had displayed the banners seized in the van, that would not have constituted an offence.

56. In the applicants' submission, their detention had also not met the requirements of sub-paragraph (a) of Article 5 § 1 in the absence of a "conviction".

57. Furthermore, in the applicants' view, their detention had not been "lawful" as required by Article 5 § 1. Section 55(1) of the PSOA, on which their detention had been based, had not been sufficiently precise to make it foreseeable to them that they faced detention for their conduct. Furthermore, that provision had not been applied correctly. There had been nothing to indicate that the applicants had been about to commit a specific offence at a given time and place. Even assuming, contrary to the fact that the applicants had themselves been hit by the police officers, that the first applicant had hit the arm and kicked the shin of a police officer, this had not warranted the conclusion that both applicants had been about to commit another completely different offence, namely releasing prisoners by force. In any event, even if the applicants had displayed the banners, this would not have been illegal. Their inscriptions had not advocated violence or harm to anyone. The applicants stressed in that connection that their lawyers had explained the different meaning attributable to the slogans on the banners, both at the hearing before the Regional Court and in their written statement of further appeal.

58. Moreover, the applicants' detention had not been indispensable to prevent the imminent risk of the forcible release of prisoners or the incitement of others to carry that out. There had been nothing to indicate that the applicants had been about to attack Waldeck Prison, which was a high-security institution: they had not been carrying any weapons that could have been used to free prisoners, and there had not been a crowd of people in the car park who could have been incited to act in that way. The assumption that the applicants might have displayed the banners at an unspecified demonstration, possibly attended by individuals prepared to use violence, could not be considered a sufficient ground for presuming that an offence was about to be committed, as required by section 55(1), paragraph 2, of the PSOA. The applicants further submitted that, contrary to the Government's submissions, none of the domestic courts had suggested that the applicants had intended to free prisoners by force themselves. The

courts had only stated that there was reason to believe that the applicants had intended to incite others to do so.

59. The applicants' detention had also been arbitrary, in that it had not been necessary to achieve the aim pursued. The police could simply have ordered the applicants not to enter the area in which the G8 demonstrations had taken place under section 52 of the PSOA (see paragraph 39 above). Alternatively, they could also have seized the banners under section 61 of the PSOA (see paragraph 40 above). The applicants would then have been aware that the police considered the slogans illegal. In view of the chilling effect of such a police measure, it ought not to be assumed that the applicants would have reproduced and used similar banners, as was claimed by the Government. As there had not been further violent demonstrations during the whole week of the G8 summit, the applicants' detention for six days had been disproportionate. They further noted in that connection that the seven Belarusian individuals also present in the van when the applicants had been arrested and to whom the banners could also have belonged had not been arrested and detained.

(b) The Government

60. The Government took the view that the applicants' detention had complied with Article 5 § 1 of the Convention. It had been justified under the second alternative of sub-paragraph (c) of Article 5 § 1 as detention reasonably considered necessary to prevent the applicants from committing an offence.

61. The Government contested the applicants' assertion that detention for preventive purposes was only authorised under Article 5 § 1 (c) of the Convention in connection with criminal proceedings. The applicants' detention had not been effected in connection with criminal proceedings and the preparatory acts they had undertaken with a view to freeing prisoners by force or inciting others to do so had not been punishable. Under Article 5 § 1 (c), second alternative, detention for preventive purposes was justified if it was necessary to prevent a person from committing a concrete and specific offence, which, if carried out, would entail criminal proceedings. It was not necessary for the person concerned to have already committed an offence; the second alternative of Article 5 § 1 (c) would otherwise be superfluous in addition to the first alternative of that provision. Article 5 § 3 of the Convention had to be interpreted in the context of Article 5 § 1 (c) as requiring a prompt examination of the lawfulness of the detention of the person concerned: a criminal trial was not necessary, as the person was not charged with a criminal offence.

62. The Government further argued that in Germany such detention for preventive purposes was necessary, as acts preparing criminal offences were, as a rule, not punishable, contrary to the criminal law applicable in other Contracting Parties to the Convention. This served to encourage potential offenders to give up their plans to commit an offence. Without the possibility of detaining persons for preventive purposes, the State would therefore be unable to comply with its positive obligation to protect its citizens from impending criminal offences – for instance, in the context of the transport of castor containers or football hooligans setting up an arranged brawl.

63. Referring to the case of *Guzzardi v. Italy* (6 November 1980, § 102, Series A no. 39), the Government submitted that the applicants' detention had been justified under the second alternative of sub-paragraph (c) of Article 5 § 1. There had been specific facts warranting the conclusion that it had been necessary to prevent them from committing an offence in the imminent future. The applicants had been found by the police standing next to a van in a car park in front of Waldeck Prison in the company of seven other people one day after violent riots in Rostock city centre. The first applicant had violently resisted the police's identity check. The police had found folded-up banners bearing the inscriptions "Freedom for all prisoners" and "Free all now" in the van. In these circumstances, it had been reasonable for the police to assume that the applicants had been about to join the ongoing demonstrations in Rostock and to display the banners to demonstrators, some of whom had been violent. This would have amounted to an incitement of others to free prisoners, punishable under Article 120 of the Criminal Code.

64. The Government submitted that the slogan "Free all now" inscribed on one of the banners could have reasonably been interpreted as a call to other demonstrators to violently free prisoners, rather than as a call to the State authorities to order their release. The first applicant had violently resisted the identity check and proceedings had previously been brought against the second applicant for dangerous interference with rail traffic arising in the context of the transport of castor containers. Therefore, it had to be assumed that the applicants had wanted to disturb the summit by violent means and had wanted to incite other violent demonstrators present in Rostock to free prisoners held in the holding pens which had been set up in the city centre or individuals arrested during a demonstration by force. The applicants had not explained in the proceedings before the domestic courts that the slogans on their banners had had a different meaning.

65. The Government further argued that the applicants' detention had also been justified under sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 of the

Convention. It had been necessary to secure the fulfilment of an obligation prescribed by law. Having regard to the circumstances of the case, it was certain that the applicants would not have fulfilled their legal duty to comply with an order to report to a police station in their town of residence at regular intervals (*Meldeauflage*) or with an order not to enter a particular area (*Platzverweis*). The applicants had travelled several hundred kilometres in order to reach the venue of the G8 summit and had resisted the identity check. They had thus demonstrated that they would not follow orders given by the police. Having regard to the exceptional situation at hand, it had not been necessary to wait until the applicants had in fact breached such an order. Bearing in mind the great number of demonstrators present, it would not have been possible to prevent the applicants from committing offences upon their doing so. Therefore, compliance with their legal duties to follow such an order and the prevention of specific offences could only have been secured by their instantaneous detention.

66. In the Government's submission, following the decision of the District Court ordering the applicants' detention, their deprivation of liberty had also been justified under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1. They argued that the term "conviction" in that provision, contrary to the Court's case-law (see, *inter alia*, *M. v. Germany*, cited above, §§ 87 and 95), did not only comprise criminal convictions, but also court decisions ordering detention for preventive purposes.

67. The Government further argued that the applicants' detention had been lawful and in accordance with a procedure prescribed by law. It had been based on section 55(1), paragraph 2(a), of the PSOA. The detention of the second applicant, who had been arrested in 2002 on suspicion of dangerous interference with rail traffic, had been based, in addition, on section 55(1), paragraph 2(c), of the PSOA.

68. In the Government's view, the applicants' detention had also been proportionate and not arbitrary. There had not been any less intrusive means available to prevent them from freeing prisoners by force or inciting others to do so throughout the duration of the G8 summit. In particular, as shown above (see paragraph 65), obliging them to report to a police station outside the G8 area at regular intervals would not have been sufficient to prevent them from committing an offence. For the same reasons set out above, an order made against them not to enter a particular area – that of the G8 summit – would not have been suitable to avert the offence. The same applied to the seizure of the banners, which the applicants could have reproduced.

2. *The Court's assessment*

(a) **Recapitulation of the relevant principles**

69. The Court reiterates that sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1 contain an exhaustive list of permissible grounds for deprivation of liberty, and no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of those grounds (see, *inter alia*, *Guzzardi*, cited above, § 96; *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 49, ECHR 2000-III; and *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 43, ECHR 2008).

70. Under the second alternative of sub-paragraph (c) of Article 5 § 1, the detention of a person may be justified “when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence”. That ground of detention does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence (see *Guzzardi*, cited above, § 102; *Ciulla v. Italy*, 22 February 1989, § 40, Series A no. 148; and *Shimovolos v. Russia*, no. 30194/09, § 54, 21 June 2011) as regards, in particular, the place and time of its commission and its victim(s) (see *M. v. Germany*, cited above, §§ 89 and 102). This can be seen both from the use of the singular (“an offence”) and from the object of Article 5, namely to ensure that no one should be dispossessed of his liberty in an arbitrary fashion (see *Guzzardi*, cited above, § 102, and *M. v. Germany*, cited above, § 89).

71. Under the Court's well-established case-law, detention to prevent a person from committing an offence must, in addition, be “effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority”, a requirement which qualifies every category of detention referred to in Article 5 § 1 (c) (see *Lawless v. Ireland (no. 3)*, 1 July 1961, pp. 51-53, § 14, Series A no. 3; and, *mutatis mutandis*, *Jėčius*, cited above, §§ 50-51; and *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, § 69, Series A no. 22).

72. Sub-paragraph (c) thus permits deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings (see *Jėčius*, cited above, § 50). It governs pre-trial detention (see *Ciulla*, cited above, §§ 38-40). This is apparent from its wording, which must be read in conjunction both with sub-paragraph (a) and with paragraph 3, which form a whole with it (see, *inter alia*, *Ciulla*, cited above, § 38, and *Epple v. Germany*, no. 77909/01, § 35, 24 March 2005). Paragraph 3 of Article 5 § 1 states that everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of Article 5 must be brought promptly before a judge – in any of the circumstances contemplated by the provisions of that paragraph – and must be entitled to a trial within a reasonable time (see also *Lawless (no. 3)*, cited above, pp. 51-53, § 14).

73. Furthermore, detention is authorised under the second limb of sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 to “secure the fulfilment of any obligation prescribed by law”. It concerns cases where the law permits the detention of a person to compel him to fulfil a real and specific obligation already incumbent on him, and which he has until then failed to satisfy (see *Engel and Others*, cited above, § 69; *Guzzardi*, cited above, § 101; *Ciulla*, cited above, § 36; and *Epple*, cited above, § 37). The arrest and detention must be for the purpose of securing the fulfilment of the obligation and not punitive in character (see *Gatt v. Malta*, no. 28221/08, § 46, ECHR 2010). As soon as the relevant obligation has been fulfilled, the basis for detention under Article 5 § 1 (b) ceases to exist (see *Vasileva v. Denmark*, no. 52792/99, § 36, 25 September 2003, and *Epple*, cited above, § 37). It does not justify, for example, administrative internment meant to compel a citizen to discharge his general duty of obedience to the law (see *Engel and Others*, cited above, § 69). Finally, a balance must be drawn between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfilment of the obligation in question and the importance of the right to liberty (see *Vasileva*, cited above, § 37, and *Epple*, cited above, § 37).

74. For the purposes of sub-paragraph (a) of Article 5 § 1, the word “conviction”, having regard to the French text (*condamnation*), has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence (see *Guzzardi*, cited above, § 100), and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 35, Series A no. 50, and *M. v. Germany*, cited above, § 87).

(b) Application of these principles to the present case

75. The Court is called upon to determine, firstly, whether the applicants’ detention under section 55(1), paragraph 2, of the PSOA in order to prevent them from committing a criminal offence fell within one of the permissible grounds for deprivation of liberty listed in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1.

76. The Court observes that in the Government’s submission, the applicants’ detention was justified, in the first place, under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1. It further notes that the applicants, by being in possession of folded-up banners bearing the slogans “Freedom for all prisoners” and “Free all now”, had not yet committed a criminal offence and were subsequently never charged with having incited others to free prisoners by force. This is uncontested between the parties. Their detention therefore falls to be examined under the second alternative of Article 5 § 1 (c) as detention

reasonably considered necessary to prevent them from committing an offence.

77. In determining whether the offence that the authorities sought to prevent the applicants from committing can be considered to have been sufficiently concrete and specific, as required by the Court's case-law in respect of, in particular, the place and time of its commission and its victim(s) (see paragraph 70 above), the Court observes that the domestic courts appear to have diverged as to the specific offence the applicants were about to commit. The Rostock District and Regional Courts appear to have considered that the applicants, with the help of the impugned banners, had intended to incite others to free prisoners detained in Waldeck Prison by force (see paragraphs 14 and 17 above). This was inferred from the applicants' presence in the car park in front of that prison – although, apart from the seven passengers in the van, no other people were present in the car park (see paragraph 12 above). On the contrary, the Rostock Court of Appeal considered that the applicants had intended to drive to Rostock and display the banners at the demonstrations there, some of which were violent, and thus incite the crowd present in Rostock to free prisoners by force (see paragraph 19 above).

78. In addition, in determining whether the applicants' detention could have been "reasonably considered necessary" in order to prevent them from inciting others to free prisoners by force, the Court cannot but note that the applicants were detained for some five and a half days for preventive purposes and thus for a considerable time. Moreover, as was also accepted by the Court of Appeal (see paragraph 22 above), the slogans on the banners could be understood in different ways. The applicants, represented by counsel in the proceedings, had explained that the slogans had been addressed to the police and the authorities, urging them to end the numerous detentions of demonstrators, and had not been meant as a call to others to free prisoners by force. It is also uncontested that the applicants had not themselves carried any instruments which could have served to free prisoners by violent means. In these circumstances, the Court is not convinced that their continuing detention could reasonably be considered necessary to prevent them from committing a sufficiently concrete and specific offence. The Court is likewise not convinced of the necessity of the applicants' detention because it would, in any event, have been sufficient to seize the banners in question in order to make them aware of potential negative consequences and to prevent them from inciting others – through negligence – to free prisoners.

79. The Court further refers to its long-established case-law under which, in order to be justified under Article 5 § 1 (c), the applicants' detention should have been effected for the purpose of bringing them

before the competent legal authority in the course of their pre-trial detention and aimed at committing them for trial in the criminal courts (see paragraphs 71-72 above). However, having regard to its above finding that the applicants' detention could not reasonably be considered necessary in the circumstances of the present case, the Court does not find it necessary to respond to the parties' detailed arguments on that point, especially the Government's arguments advocating a revision of the Court's long-standing case-law.

80. Consequently, the applicants' detention was not justified under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1.

81. The Court further notes that, in the Government's submission, the applicants' detention was also justified under sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 "in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law". They argued that the applicants would not have complied with an order to report to a police station in their respective towns of residence at regular intervals or with an order not to enter the area in which the G8-related demonstrations took place. It had therefore been justified, in the Government's submission, to secure the applicants' compliance with such an order through their detention. In this connection, the Court cannot but note that the police in fact neither ordered the applicants to report to a police station in their town of residence nor prohibited them from entering the area in which the G8-related demonstrations took place. The applicants therefore cannot be considered to have been under an "obligation prescribed by law", for the purposes of Article 5 § 1 (b), to report to a police station or to not enter the area of the G8-related demonstrations, or to have failed to satisfy such an obligation.

82. The Court observes that the Government further argued that the applicants had been detained in accordance with Article 5 § 1 (b) in order to secure the fulfilment of their obligation not to commit a specific offence – the incitement of others to free prisoners. In this connection, the Court refers to its above-mentioned case-law, under which the "obligation prescribed by law", for the purposes of the said provision, must be real and specific, already incumbent on the person concerned and not yet satisfied by that person at the time of the detention (see paragraph 73 above). It notes that the applicants were detained under section 55(1), paragraph 2, of the PSOA, which authorises detention if "this is indispensable in order to prevent the imminent commission ... of a criminal offence" (see paragraph 37 above), such as an offence under Article 120 of the Criminal Code. The Court considers that the duty not to commit a criminal offence in the imminent future cannot be considered sufficiently concrete and specific, within the meaning of the Court's case-law, to fall under Article 5 § 1 (b), at least

as long as no specific measures have been ordered which have not been complied with. It reiterates in that connection that a wide interpretation of sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 would entail consequences incompatible with the notion of the rule of law, from which the whole Convention draws its inspiration (see *Engel and Others*, cited above, § 69). Moreover, the applicants cannot be considered to have previously failed in their duty not to commit such an offence. The applicants' detention was therefore not covered by sub-paragraph (b) of Article 5 § 1 either.

83. The Court further notes the Government's argument that following the District Court's order authorising the applicants' deprivation of liberty under section 55(1), paragraph 2, of the PSOA, their detention was also justified under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1. The Government submitted that, under its wording, that provision had also covered court decisions ordering detention for preventive purposes. The Court, however, refers to its well-established case-law stating that a "conviction", having regard to the French text (*condamnation*), has to be understood as a finding of guilt in respect of an offence (see paragraph 74 above). It observes that in the proceedings at issue, the domestic courts did not find the applicants guilty of any criminal offence, but rather ordered their detention in order to prevent them from committing an offence in the future. Their detention thus did not fall under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1.

84. The Court considers – and this is uncontested by the parties – that the applicants' detention for preventive purposes was not justified under any of the other sub-paragraphs of Article 5 § 1 either.

85. The Court further takes note of the Government's argument that without the possibility of detaining individuals for preventive purposes, the State would be unable to comply with its positive obligation to protect its citizens from impending criminal offences. In the case at hand, however, even taking into account the general situation before and during the G8 summit, it has not been sufficiently demonstrated that the release of prisoners had been imminent. Therefore, the commission of that offence could not have justified an interference with the right to liberty, especially as less intrusive measures could have been taken (see paragraph 78 above). The Court reiterates that, in any event, the Convention obliges State authorities to take reasonable steps within the scope of their powers to prevent criminal offences of which they had or ought to have had knowledge. However, it does not permit a State to protect individuals from criminal acts of a person by measures which are in breach of that person's Convention rights, in particular the right to liberty as guaranteed by Article 5 § 1 (see *Jendrowiak v.*

Germany, no. 30060/04, §§ 37-38, 14 April 2011, with further references), at issue in the applicants' case.

86. There has accordingly been a violation of Article 5 § 1 of the Convention.

...

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 10 AND 11 OF THE CONVENTION

90. The applicants further argued that their detention had disproportionately interfered with their right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention and their right to freedom of assembly under Article 11 of the Convention, as it had made it impossible for them to participate and express their views in demonstrations during the G8 summit.

91. Articles 10 and 11 of the Convention provide in their relevant parts as follows:

Article 10

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. ...

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

Article 11

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others ...

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, 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. ...”

92. The Government contested that argument.

...

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants

94. The applicants argued that their detention had violated both their freedom of expression under Article 10 of the Convention and their freedom of peaceful assembly under Article 11 of the Convention. The interference with those rights by their detention had not been justified. It had not been “prescribed by law” and had not pursued a legitimate aim for the reasons they set out in relation to Article 5 § 1 (see paragraph 57 above). In particular, it had been uncertain if, when and where the applicants would display the banners bearing the slogans “Freedom for prisoners” and “Free all now”. Doing so would, furthermore, not have been an offence under the Criminal Code. The slogans could not have been understood as an incitement to a very uncommon crime but had had a different, more obvious meaning. With more than 1,000 demonstrators having been detained in connection with the G8 summit but only 100 detentions having been approved by the courts, there had been more than enough reason to criticise the deprivations of liberty that had taken place in connection with the summit.

95. The applicants further submitted that their detention had been disproportionate and thus not “necessary” in terms of paragraph 2 of Articles 10 and 11. The public interest in preventing the uncertain commission of an offence at an indefinite place and time had not outweighed their interest in showing their disagreement with many unlawful deprivations of liberty in the course of the G8 summit and in taking part in protests against that summit. The slogans “Freedom for prisoners” and “Free all now” had been well-known, conventional leftist slogans in respect of such detentions and could not have been interpreted as a call for the violent release of prisoners. Depriving them of their liberty in the circumstances in question had discouraged an open discussion of matters of public interest.

(b) The Government

96. The Government considered that neither Article 10 nor Article 11 of the Convention had been breached. The interference with the applicants’ freedom of expression and freedom of assembly by their detention had been justified. It had been based on section 55(1), paragraph 2(a), of the PSOA, a provision which had been sufficiently precise to be foreseeable in terms

of its application to the applicants. It had pursued legitimate aims, as the applicants' detention had been in the interest of public safety and for the prevention of crime.

97. The Government further argued that the interference had been "necessary in a democratic society" for the purposes of Article 10 § 2 and Article 11 § 2. They stressed that there had not been a less restrictive measure than the applicants' detention available in order to achieve the said legitimate aims. In particular, it had not been sufficient to seize the banners in question, as the applicants could easily have drawn up new, comparable banners at any time and could have used them immediately during the demonstrations in Rostock. It had also been proportionate to detain the applicants. There had been riots in Rostock city centre the day before. The applicants, who had shown themselves to be prepared to use violence, had been on their way to Rostock to participate in the demonstrations. There had been reason to fear that the applicants' banners would have incited other violent demonstrators to forcibly free prisoners detained in the prisoner holding pens in Rostock. In these circumstances, the public interest in maintaining public order and in the prevention of crime had outweighed the applicants' interest in participating in the demonstrations.

2. *The Court's assessment*

(a) **Applicable Convention Article**

98. The Court reiterates that the protection of personal opinions, secured by Article 10 of the Convention, is one of the objectives of freedom of peaceful assembly as enshrined in Article 11 of the Convention (see *Ezelin v. France*, 26 April 1991, § 37, Series A no. 202; *Djavit An v. Turkey*, no. 20652/92, § 39, ECHR 2003-III; *Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, § 28, 3 February 2009; *Barraco v. France*, no. 31684/05, § 27, 5 March 2009; and *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 52, ECHR 2011).

99. The Court notes that in cases in which applicants have complained that they had been prevented from participating in and expressing their views during assemblies, including demonstrations, or that they had been punished for such conduct, it has taken several elements into account in determining the relationship between the right to freedom of expression and the right to freedom of assembly. Depending on the circumstances of the case, Article 11 has often been regarded as the *lex specialis*, taking precedence for assemblies over Article 10 (see, for instance, *Ezelin*, cited

above, § 35, concerning a disciplinary sanction imposed on the applicant, a lawyer, after having participated in a demonstration to protest against two court decisions; *Osmani and Others v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”* (dec.), no. 50841/99, ECHR 2001-X, concerning the conviction of the applicant, an elected official, for having stirred up national hatred in a speech he delivered at an assembly he had organised; *Djavit An*, cited above, § 39, concerning the refusal of the Turkish and Turkish-Cypriot authorities to allow the applicant to cross the “green line” into southern Cyprus in order to participate in inter-community meetings; *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, § 95, 15 November 2007, concerning a sanction of three days’ detention for having participated in a demonstration; and *Barraco*, cited above, § 26, concerning the applicant’s conviction for having participated in a traffic-slowing operation organised as part of a day of protest by a trade union).

100. In other cases, the Court, having regard to the specific circumstances of the case and the way in which the applicants formulated their complaints, has considered that the main focus of the applicants’ complaints lay in the right to freedom of expression and has thus examined the case under Article 10 alone (see, for instance, *Karademirci and Others v. Turkey*, nos. 37096/97 and 37101/97, § 26, ECHR 2005-I, concerning a criminal sanction for having read out a statement during an assembly in front of a school, and *Yılmaz and Kılıç v. Turkey*, no. 68514/01, § 33, 17 July 2008, concerning the applicants’ criminal conviction for having participated in demonstrations in support of Abdullah Öcalan).

101. In the present case, the Court notes that the parties submitted arguments in relation to Articles 10 and 11 together in the proceedings before the Court. It finds that the applicants essentially complained of the fact that, owing to their detention throughout the duration of the G8 summit, they were unable to express their views *together with the other demonstrators* present to protest against the summit. They also protested against the prohibition on expressing their views concerning the detention of demonstrators as expressed on the banners. The main focus of their complaints lies, however, in their right to freedom of assembly as they were prevented from taking part in the demonstrations and expressing their views. The Court will therefore examine this part of the application under Article 11 alone. It notes, however, that the issue of freedom of expression cannot in the present case be entirely separated from that of freedom of assembly. Notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 must therefore also be considered in the light of Article 10 (see, *mutatis mutandis*, *Ezelin*, cited above, § 37).

(b) Whether there was an interference with the right to freedom of peaceful assembly

102. The Court considers that, as a result of their detention, ordered by the domestic courts for the entire duration of the G8 summit, the applicants were prevented from taking part in demonstrations against that summit.

103. The Court reiterates that Article 11 of the Convention only protects the right to “peaceful assembly”. That notion does not cover a demonstration where the organisers and participants have violent intentions (see *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, nos. 29221/95 and 29225/95, § 77, ECHR 2001-IX, and *Galstyan*, cited above, § 101). However, the possibility of extremists with violent intentions who are not members of the organising group joining a demonstration cannot as such take away that right. Even if there is a real risk of a public demonstration resulting in disorder as a result of developments outside the control of those organising it, such a demonstration does not as such fall outside the scope of Article 11 § 1, but any restriction placed on such an assembly must be in conformity with the terms of paragraph 2 of that provision (see *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Commission decision of 16 July 1980, Decisions and Reports 21, pp. 148-49, and, *mutatis mutandis*, *Ezelin*, cited above, § 41).

104. The Court notes that at the time of their arrest, the applicants intended to take part in future demonstrations against the G8 summit. There is nothing to indicate that the organisers of the demonstrations in which the applicants intended to participate had violent intentions. As shown above (paragraphs 8 and 103), the fact that the police also expected extremists with violent intentions to join the otherwise peaceful demonstrations does not result in those demonstrations losing the protection of Article 11 § 1.

105. As for the applicants’ own aims in joining the demonstrations, the Court is not satisfied that it has been shown that they had violent intentions in seeking to participate in G8-related demonstrations. In this connection, it notes, firstly, that the domestic courts did not consider that the applicants, by carrying banners bearing the inscriptions “Freedom for all prisoners” and “Free all now”, intended to forcibly free prisoners themselves. It also observes that no weapons were found on the applicants. It further takes note of the Court of Appeal’s finding that a crowd which was ready to use violence might be incited by the banners to free prisoners by forcible means, but further notes that that court conceded that the slogans on the banners at issue in the present case could be understood in different ways (see paragraphs 19, 21 and 22 above). It also takes into account the declaration made by the applicants, represented by counsel, in

the proceedings before the domestic courts. They had explained that the slogans on the banners had been addressed to the police and the authorities, urging them to end the numerous detentions of demonstrators, and had not been meant as a call to others to attack prisons and to free prisoners by force (see paragraphs 18 and 25 above). In the Court's view, the applicants gave a plausible interpretation of the inscriptions on their banners, which themselves clearly did not openly advocate violence. Having regard also to the domestic court's finding of the slogans' ambivalent content allowing for different interpretations, the Court considers that it has not been proved that the applicants deliberately intended to incite others to violence. Neither could such a conclusion, in the Court's view, be drawn from the fact that one of the applicants was considered to have physically resisted the police's identity check and thus to have used force himself – in different circumstances and in a different manner from the display of banners to others at a demonstration. It further notes in this connection that neither of the applicants was shown to have previous convictions for violent conduct during demonstrations or in comparable situations.

106. The applicants' detention thus interfered with their right to freedom of peaceful assembly under Article 11 § 1. This is uncontested between the parties.

(c) Whether the interference was justified

107. Such an interference gives rise to a breach of Article 11 unless it can be shown that it was “prescribed by law”, pursued one or more legitimate aims as defined in paragraph 2 of that Article, and was “necessary in a democratic society”.

(i) “Prescribed by law” and legitimate aim

108. In determining whether the interference was “prescribed by law”, the Court reiterates that a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen – 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 *Ezelin*, cited above, § 45). It observes that it is contested between the parties whether the applicants' detention was prescribed by a law – section 55(1), paragraph 2, of the PSOA – which was sufficiently precise to be foreseeable in its application in the circumstances of the applicants' case. The Court considers that it can leave that question open and examine the case on the assumption that the interference was “prescribed by law” for the reasons which follow.

109. The Court is satisfied that the aim of the authorities in ordering the applicants' detention was to prevent them from committing a crime, namely inciting others to free prisoners by force. This aim as such is legitimate under Article 11 § 2.

(ii) "Necessary in a democratic society"

110. In determining whether the interference was "necessary in a democratic society", the Court reiterates that the right to freedom of assembly is a fundamental right in a democratic society and, like the right to freedom of expression, is one of the foundations of such a society. Thus, it should not be interpreted restrictively (see *Djavit An*, cited above, § 56, and *Barraco*, cited above, § 41).

111. The expression "necessary in a democratic society" implies that the interference corresponds to a "pressing social need" and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. The nature and severity of the sanction imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of an interference in relation to the aim pursued (see *Osmani and Others*, cited above, with further references).

112. The Court must further determine whether the reasons adduced by the national authorities to justify the interference were "relevant and sufficient". In so doing, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 11 and, moreover, that they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts (see *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 47, *Reports* 1998-I, and *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden*, cited above, § 87).

113. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether an interference is "necessary in a democratic society", but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it (see *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden*, cited above, § 87, and *Barraco*, cited above, § 42). There is little scope under Article 10 of the Convention – in the light of which Article 11 has to be construed (see paragraphs 98 and 101 above) – for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest (see *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden*, cited above, § 88, with further references). However, where there has been incitement to violence against an individual or a public official or a sector of the population, the State authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression (ibid., § 90; and, *mutatis mutandis*, *Galstyan*, cited above, § 115; and *Osmani and Others*, cited above).

114. In the present case, the Court notes that the applicants were detained for almost six days in order to prevent them from inciting others to free prisoners by force during demonstrations against the G8 summit. It has found above (see paragraphs 75-86) that the applicants' detention for preventive purposes did not fall within any of the permissible grounds for deprivation of liberty under Article 5 § 1 and was thus in breach of that provision. The Court further observes that the summit was expected to attract a significant number of demonstrators (some 25,000), a large majority of whom were peaceful, but a considerable number of whom were prepared to use violence. A number of mass demonstrations were scheduled to take place over several days, some of which had descended into riots in Rostock city centre prior to the applicants' arrest. The Court accepts that guaranteeing the security of the participants in the summit and maintaining public order in general in this situation was a considerable challenge for the domestic authorities, where decisions often had to be taken speedily.

115. However, as set out above (see paragraph 105), the Court cannot consider it established that the applicants had intended, by displaying the banners bearing the impugned slogans at the demonstrations, to deliberately stir up other demonstrators prepared to use violence to forcibly free prisoners detained during the G8 summit. It appears, on the contrary, an acceptable assessment of the relevant facts by the authorities, having regard to their margin of appreciation, that the slogans could be considered ambiguous and that the applicants could thus have negligently incited others to violence by displaying the slogans during certain demonstrations (see, for a case concerning the use of symbols with multiple meanings, *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, §§ 51 et seq., ECHR 2008).

116. The Court further finds that the applicants, by taking part in the demonstrations against the G8 summit, intended to participate in a debate on matters of public interest, namely the effects of globalisation on people's lives. Moreover, through the slogans on their banners, they intended to criticise the police's management in securing the summit, in particular the high number of detentions of demonstrators. Given that a considerable number of demonstrators (more than 1,000 of the 25,000 demonstrators expected) were temporarily detained during the course of the summit, the Court considers that the slogans contributed to a debate on a question of public interest. It is further clear that depriving the applicants of their liberty for several days for having intended to display the impugned banners had a chilling effect on the expression of such an opinion and restricted the public debate on that issue.

117. In sum, the applicants' intended protests during the G8 summit must be considered to have been aimed at participating in a debate of

public interest, in respect of which there is little scope for restriction (see paragraph 113 above). Moreover, the applicants were not shown to have had the intention of inciting others to violence. In these circumstances, the Court considers that a considerable sanction, namely detention for almost six days, was not a proportionate measure in order to prevent the applicants from possibly negligently inciting others to forcibly free demonstrators detained during the G8 summit. In such a situation, a fair balance between the aims of securing public safety and prevention of crime and the applicants' interest in freedom of assembly could not be struck by immediately taking the applicants into detention for several days.

118. In particular, the Court is not convinced that there were not any effective, less intrusive measures available to attain the said aims in a proportionate manner. Notably, it considers that in the given situation, in which it has not been shown that the applicants were aware that the police considered the slogans on their banners illegal, it would have been sufficient to seize the banners in question. This could reasonably be expected to have had a chilling effect on the applicants, preventing them from drawing up new, comparable banners immediately. Even if their freedom of expression would then have been restricted to a certain extent, their taking part in the demonstrations would not have been made impossible from the very outset.

119. In view of the foregoing, the Court concludes that the interference with the applicants' right to freedom of assembly was not "necessary in a democratic society". There has accordingly been a violation of Article 11 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Decides* to join the applications;
2. *Declares* ... the applications admissible;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 11 of the Convention;

...

Done in English, and notified in writing on 1 December 2011, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek
Registrar

Dean Spielmann
President

SCHWABE ET M.G. c. ALLEMAGNE
(Requêtes n^{os} 8080/08 et 8577/08)

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 1^{er} DÉCEMBRE 2011¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Placement des requérants en détention afin de les empêcher de participer à des manifestations****Article 5 § 1**

Régularité de l'arrestation et de la détention – Détention raisonnablement considérée comme nécessaire pour empêcher la commission d'une infraction concrète et déterminée – Assurer le respect d'une obligation prévue par la loi – Placement des requérants en détention afin de les empêcher de participer à des manifestations

Article 11

Liberté de réunion pacifique – Placement des requérants en détention afin de les empêcher de participer à des manifestations – Ingérence – Défense de l'ordre – Proportionnalité – Existence de mesures moins invasives

*

* *

En 2007, les requérants se rendirent à Rostock pour participer à des manifestations contre le sommet du G8 organisé à Heiligendamm du 6 au 8 juin. Dans la soirée du 3 juin, ils firent l'objet d'un contrôle d'identité alors qu'ils se trouvaient sur un parc de stationnement devant la prison de Waldeck. Les policiers fouillèrent leur fourgonnette et, y ayant trouvé des banderoles sur lesquelles étaient inscrits les slogans « Liberté pour tous les prisonniers » et « Libérez-les tous maintenant », ils les arrêtèrent. Le lendemain, le tribunal de district ordonna leur maintien en détention jusqu'au 9 juin, pour empêcher la commission imminente d'une infraction pénale. En appel, le tribunal régional confirma la conclusion du tribunal de district selon laquelle les intéressés voulaient, avec leurs banderoles, inciter autrui à libérer les détenus de la prison de Waldeck. La cour d'appel rejeta ensuite les deuxièmes recours introduits par les requérants, jugeant que les policiers étaient fondés à présumer qu'ils avaient l'intention de se rendre à Rostock et d'y brandir leurs banderoles aux manifestations en partie violentes qui y étaient organisées. Les requérants n'ont jamais fait l'objet de poursuites pénales pour incitation à libérer des détenus.

1. Article 5 § 1 : la deuxième branche de l'article 5 § 1 c) permet aux Etats de priver un individu de liberté afin de l'empêcher de commettre une infraction concrète et

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

déterminée, notamment en ce qui concerne le lieu et le temps de sa commission et les victimes potentielles. Dans le cas des requérants, les juridictions internes ont exprimé des avis divergents sur l'infraction qu'ils auraient été sur le point de commettre : le tribunal de district et le tribunal régional ont considéré qu'ils avaient l'intention d'inciter autrui à libérer les détenus incarcérés à la prison de Waldeck, tandis que la cour d'appel a considéré qu'ils avaient l'intention d'utiliser leurs banderoles pour inciter les participants aux manifestations de Rostock à libérer les détenus par la force et que les slogans figurant sur les banderoles pouvaient être compris de différentes façons. Pour leur part, les requérants ont expliqué au cours de la procédure interne que ces slogans étaient adressés à la police, qu'ils exhortaient à mettre fin aux nombreuses détentions de manifestants, et qu'ils n'avaient pas été conçus comme un appel à libérer des détenus par la force. Par ailleurs, les requérants n'étaient pas eux-mêmes en possession d'instruments susceptibles d'être utilisés pour libérer des détenus par la violence. La Cour n'est donc pas convaincue que leur maintien en détention pouvait raisonnablement être considéré comme nécessaire pour les empêcher de commettre une infraction suffisamment concrète et déterminée. On ne peut pas non plus dire qu'il était justifié au regard de l'alinéa b) de l'article 5 § 1 « en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi » car la police ne leur avait ordonné ni de se présenter à un poste de police de leur ville de résidence ni de ne pas entrer dans la zone où avaient lieu les manifestations contre le G8. Enfin, cette détention préventive n'était justifiée par aucun autre alinéa de l'article 5 § 1.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 11 : ayant été détenus pendant toute la durée du sommet du G8, les requérants ont été empêchés de participer aux manifestations qui se sont tenues pendant ce sommet, or rien n'indique que les organisateurs de ces manifestations aient eu des intentions violentes. Contrairement à ce qu'a affirmé le Gouvernement, il n'a pas été prouvé non plus que les requérants eux-mêmes aient eu l'intention de recourir à la violence. Il n'a pas été trouvé d'armes sur eux et la teneur ambivalente des slogans inscrits sur leurs banderoles ne peut être considérée comme une preuve qu'ils aient réellement eu l'intention d'inciter autrui à la violence. Dès lors, la détention dont ils ont fait l'objet a constitué une ingérence dans leur droit à la liberté de réunion pacifique. En ce qui concerne la proportionnalité de cette ingérence, la Cour admet que garantir la sécurité des participants au sommet et maintenir l'ordre public en général dans cette situation représentait pour les autorités une formidable gageure. Elle considère toutefois que les requérants avaient plutôt l'intention, en participant aux manifestations, de prendre part à un débat sur des questions d'intérêt public et de critiquer le nombre important d'arrestations de manifestants que de recourir à la violence ou d'inciter autrui à le faire. Leur mise en détention pendant près de six jours, déjà jugée contraire à l'article 5, n'était donc pas une mesure proportionnée au but consistant à les empêcher de risquer d'inciter d'autres personnes à libérer les manifestants détenus pendant le sommet du G8 : les

autorités disposaient pour parvenir aux mêmes buts d'autres mesures efficaces et moins invasives, par exemple la saisie des banderoles.

Conclusion: violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

- Lawless c. Irlande* (n° 3), 1^{er} juillet 1961, série A n° 3
Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n° 22
Christians against Racism and Fascism c. Royaume-Uni, n° 8440/78, décision de la Commission du 16 juillet 1980, Décisions et rapports 21
Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, série A n° 39
Van Droogenbroeck c. Belgique, 24 juin 1982, série A n° 50
Ciulla c. Italie, 22 février 1989, série A n° 148
Ezelin c. France, 26 avril 1991, série A n° 202
Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I
Witold Litwa c. Pologne, n° 26629/95, CEDH 2000-III
Ječius c. Lituanie, n° 34578/97, CEDH 2000-IX
Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie, n°s 29221/95 et 29225/95, CEDH 2001-IX
Osmani et autres c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine » (déc.), n° 50841/99, CEDH 2001-X
Djavit An c. Turquie, n° 20652/92, CEDH 2003-III
Vasileva c. Danemark, n° 52792/99, 25 septembre 2003
Karademirci et autres c. Turquie, n°s 37096/97 et 37101/97, CEDH 2005-I
Epple c. Allemagne, n° 77909/01, 24 mars 2005
Galstyan c. Arménie, n° 26986/03, 15 novembre 2007
Saadi c. Royaume-Uni [GC], n° 13229/03, CEDH 2008
Vajnai c. Hongrie, n° 33629/06, CEDH 2008
Yılmaz et Kılıç c. Turquie, n° 68514/01, 17 juillet 2008
Women On Waves et autres c. Portugal, n° 31276/05, 3 février 2009
Barraco c. France, n° 31684/05, 5 mars 2009
M. c. Allemagne, n° 19359/04, CEDH 2009
Gatt c. Malte, n° 28221/08, CEDH 2010
Jendrowiak c. Allemagne, n° 30060/04, 14 avril 2011
Shimovolos c. Russie, n° 30194/09, 21 juin 2011
Palomo Sánchez et autres c. Espagne [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011

En l'affaire Schwabe et M.G. c. Allemagne,

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

Dean Spielmann, *président*,

Elisabet Fura,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Ganna Yudkivska,

Angelika Nußberger, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 8 novembre 2011,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 8080/08 et 8577/08) dirigées contre la République fédérale d'Allemagne et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Sven Schwabe (« le premier requérant ») et M. M.G. (« le second requérant »), ont saisi la Cour respectivement les 8 et 11 février 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le 23 août 2010, le président de la chambre a accédé à la demande d'anonymat présentée le 7 juillet 2010 par le second requérant (article 47 § 3 du règlement de la Cour).

2. Le premier requérant a été représenté devant la Cour d'abord par M^e K. Ullmann, avocate à Hambourg, puis par M^e A. Luczak, avocate à Berlin. Le second requérant a aussi été représenté devant la Cour par M^e Luczak. Le gouvernement allemand (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, et par son agent permanent adjoint, M. H.-J. Behrens, *Ministerialrat*, du ministère fédéral de la Justice.

3. Les requérants se plaignaient en particulier d'avoir été placés en détention préventive pendant un sommet du G8 et d'avoir ainsi été empêchés de participer à des manifestations. Ils soutenaient que cette mesure avait emporté violation des articles 5 § 1, 10 et 11 de la Convention.

4. Le 30 novembre 2009, le président de la cinquième section 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.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont tous deux nés en 1985 et résident respectivement à Bad Bevensen et à Berlin.

A. La genèse de l'affaire

1. L'appréciation de la situation en matière de sécurité et les mesures prises dans ce cadre par les autorités pendant le sommet du G8

6. Du 6 au 8 juin 2007 se tenait à Heiligendamm, près de Rostock, un sommet des chefs d'Etat et de gouvernement du G8.

7. La police estima qu'il y avait pendant ce sommet un risque d'attentats, pouvant être perpétrés notamment par des terroristes islamistes, et, compte tenu de l'expérience des précédents G8, un risque de vandalisme de la part de militants d'extrême gauche, dont elle avait découvert qu'ils avaient prévu de mener des actions de protestation, de blocage et de sabotage du sommet.

8. Elle estima que 25 000 individus environ, dont 2 500 prêts à commettre des actes de violence, se rendraient à la manifestation internationale qui devait se tenir à Rostock le 2 juin 2007, et que 15 000 manifestants environ, dont 1 500 prêts à commettre des actes de violence, seraient présents pendant le sommet.

9. Le 2 juin 2007, de violentes émeutes éclatèrent au centre-ville de Rostock. Y participèrent notamment des manifestants violents bien organisés formant ce que l'on appelle un «black block», qui attaquèrent les policiers avec des pierres et des battes de baseball. Quatre cents policiers furent blessés.

10. Selon un communiqué de presse émis le 28 juin 2007 par le ministère de l'Intérieur du *Land* de Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, environ 17 000 policiers avaient été chargés de veiller à ce que le sommet du G8 se déroule sans accroc et de protéger les participants contre les attaques de terroristes ou de manifestants anti-mondialisation résolus à faire usage de la violence; 1 112 personnes avaient été placées en détention pendant le sommet dans des centres de rassemblement des personnes arrêtées (*Gefangenensammelstellen*); dans 628 cas il avait été demandé aux tribunaux de confirmer le placement en détention des intéressés, et cette demande avait été accueillie favorablement dans 113 cas.

2. L'arrestation des requérants

11. En juin 2007, les requérants se rendirent à Rostock pour participer à des manifestations contre le sommet du G8 organisé à Heiligendamm.

12. Le 3 juin 2007 vers 22 h 15, alors qu'ils se trouvaient en compagnie de sept autres individus près d'une fourgonnette garée sur un parc de stationnement désert situé devant la prison de Waldeck, ils firent l'objet d'un contrôle d'identité. Selon les policiers, le premier requérant aurait résisté au contrôle d'identité, frappant aux bras celui qui tentait d'établir l'identité du second requérant, et décochant un coup de pied dans le tibia à celui qui contrôlait sa propre identité. Selon les requérants, ce seraient les policiers qui auraient frappé le second requérant alors que celui-ci leur présentait sa carte d'identité. Les policiers fouillèrent la fourgonnette et y trouvèrent des banderoles pliées sur lesquelles étaient inscrits les slogans « Liberté pour tous les prisonniers » et « Libérez-les tous maintenant ». Les requérants furent arrêtés. Il semble que les banderoles aient été saisies.

B. La procédure litigieuse

1. Devant le tribunal de district

13. Dans deux décisions distinctes rendues le 4 juin 2007 à 4 h 20 et à 4 heures respectivement, le tribunal de district de Rostock, ayant entendu les deux requérants en personne, ordonna leur maintien en détention (*amtlicher Gewahrsam*) jusqu'au 9 juin 2007 à midi au plus tard.

14. S'appuyant sur les articles 55-1) § 2 a) et 56-5) de la loi sur la sécurité et l'ordre publics en Mecklembourg-Poméranie-Occidentale (*Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern* – « la SOG M-V », paragraphes 37-38 ci-dessous), le tribunal de district jugea que la détention des requérants était nécessaire pour empêcher la commission imminente ou la poursuite de la commission d'une infraction pénale car, les requérants ayant été trouvés devant la prison de Waldeck dans une fourgonnette contenant des objets appelant à la libération de prisonniers, il fallait en déduire qu'ils étaient sur le point de commettre une infraction pénale ou de s'en rendre complices.

15. Le tribunal de district estima que le maintien en détention des requérants était une mesure indispensable et proportionnée au but recherché. Il précisa qu'à l'audience les deux requérants s'étaient abstenus de toute déclaration sur le fond, se montrant ainsi incapables de justifier leur conduite, ce qui donnait l'impression qu'ils avaient l'intention de commettre une infraction.

2. Devant le tribunal régional

16. Le 4 juin 2007, dans deux décisions distinctes, le tribunal régional de Rostock rejeta les recours immédiats (*sofortige Beschwerde*) introduits par les deux requérants.

17. Il confirma la conclusion du tribunal de district selon laquelle leur arrestation était régulière au regard de l'article 55-1) § 2 a) de la SOG M-V. Les intéressés ayant été trouvés près de la prison de Waldeck en possession de banderoles portant des slogans formulés de manière impérative («Libérez-les»), il en déduisit qu'ils avaient l'intention d'inciter autrui à libérer des détenus, comportement qui était constitutif d'une infraction. Il releva par ailleurs qu'il ressortait du dossier que le premier requérant avait fait obstruction à l'exercice par les policiers de leurs fonctions et que, en 2002, le second requérant avait été accusé d'entrave dangereuse à la circulation ferroviaire pour avoir participé à une action menée contre un convoi de conteneurs «Castor»¹. Il considéra donc à l'instar du tribunal de district que le maintien en détention de l'un comme de l'autre était indispensable et proportionné au but recherché.

3. *Devant la cour d'appel*

18. Le 7 juin 2007, la cour d'appel de Rostock rejeta les deuxièmes recours immédiats (*sofortige weitere Beschwerde*) introduits par les requérants. Dans ces recours, les intéressés, qui étaient représentés par une avocate, soutenaient que les slogans qui figuraient sur leurs banderoles s'adressaient à la police et aux autorités, qu'ils exhortaient à mettre fin aux nombreuses arrestations de manifestants, mais qu'il n'avait jamais été dans leur intention d'appeler quiconque à attaquer les prisons et à en libérer les détenus par la force, interprétation qu'ils estimaient ridicule étant donné qu'il n'y avait pas eu de libération violente de détenus dans les prisons allemandes depuis plusieurs dizaines d'années.

19. La cour d'appel confirma les conclusions des juridictions inférieures selon lesquelles les conditions prévues à l'article 55-1) § 2 a) de la SOG M-V étaient réunies. Selon elle, l'arrestation et le maintien en détention des requérants étaient indispensables pour écarter un risque pour la sécurité et l'ordre publics: le slogan «Libérez-les tous maintenant», lu avec le slogan «Liberté pour tous les prisonniers», pouvait être compris comme une incitation à libérer les détenus, infraction prévue à l'article 120 du code pénal (paragraphe 41 ci-dessous), et les policiers étaient donc fondés à présumer que les requérants avaient l'intention de se rendre à Rostock et d'y brandir leurs banderoles aux manifestations en partie violentes qui y étaient organisées, en conséquence de quoi une foule déjà prête à recourir à la violence aurait pu être incitée à libérer des personnes qui avaient été arrêtées et qui se trouvaient en détention.

1. *Cask for the storage and transport of radioactive material*, conteneurs pour le stockage et le transport de matériel radioactif.

20. La cour considéra qu'en ce qui concernait le second requérant, les conditions prévues à l'article 55-1) § 2 c) de la SOG M-V (paragraphe 37 ci-dessous) étaient aussi réunies, l'intéressé ayant été arrêté en 2002 dans des circonstances comparables pour entrave dangereuse à la circulation ferroviaire après avoir participé à une action menée contre un convoi de conteneurs Castor, et elle jugea que le point de savoir s'il avait ou non été reconnu coupable de ces faits était sans pertinence.

21. Elle observa également que les requérants n'avaient pas contesté les conclusions des juridictions inférieures ni fait de déclarations sur le fond. Elle estima que les policiers avaient été obligés de tenir compte des troubles qui avaient eu lieu à Rostock les 2 et 3 juin 2007, dates auxquelles de très violents affrontements avaient opposé des manifestants à la police dans le centre-ville, et que, en outre, les requérants avaient montré eux-mêmes leur tendance à la violence en s'en prenant à eux.

22. Elle considéra par ailleurs que cette conclusion n'emportait pas violation de la liberté d'expression garantie par la Loi fondamentale: tout en admettant que les slogans figurant sur les banderoles pouvaient être compris de différentes façons, elle jugea que la situation tendue dans la ville de Rostock et dans ses environs autorisait les policiers à interdire les déclarations ambiguës susceptibles de poser un risque pour la sécurité et l'ordre publics.

23. Enfin, elle estima que la durée de la détention imposée aux requérants était proportionnée au but recherché, compte tenu que, selon un rapport de la police de Rostock en date du 6 juin 2007, entre 6 000 et 10 000 militants anti-mondialisation, dont certains très violents, se dirigeaient vers Heiligendamm et appelaient à « faire sauter le barrage »: selon elle, on ne pouvait donc pas exclure que, dans l'hypothèse où ils auraient été remis en liberté, les requérants auraient participé à ces manifestations avec leurs banderoles, incitant ainsi d'autres manifestants à libérer des détenus.

4. Devant la Cour constitutionnelle fédérale

24. Le 6 juin 2007, les deux requérants saisirent la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours constitutionnel assorti d'une demande d'ordonnance de référé prononçant leur libération immédiate.

25. Ils soutenaient que leur privation de liberté emportait violation, notamment, de leur droit à la liberté et de leur liberté d'expression. Le second requérant ajoutait que cette mesure emportait également violation de son droit à la liberté de réunion. L'un et l'autre arguaient qu'il était ridicule d'interpréter les slogans figurant sur leurs banderoles comme une incitation à attaquer les prisons pour libérer les détenus, que ces banderoles étaient adressées à la police, qui avait déjà arrêté de nombreux militants

anti-mondialisation, aux participants au sommet du G8 et au public en général, et qu'ils n'appelaient pas à commettre des actes de violence. Ils soulignaient également qu'ils n'avaient jamais été condamnés. Le second requérant, en particulier, précisait que la procédure pénale dirigée contre lui pour entrave dangereuse à la circulation ferroviaire s'était soldée par un non-lieu.

26. Ces recours furent enregistrés sous les numéros 2 BvR 1195/07 et 2 BvR 1196/07. Le 8 juin 2007, le juge rapporteur de la Cour constitutionnelle fédérale informa par téléphone les avocates des requérants que la Cour constitutionnelle fédérale ne prononcerait pas d'ordonnance de référé sur l'affaire.

27. Le 9 juin 2007 à midi, les requérants furent remis en liberté.

28. Leurs recours constitutionnels du 6 juin 2007 furent ensuite déclarés sans objet compte tenu de leur remise en liberté.

29. Le 6 juillet 2007, les requérants prièrent la Cour constitutionnelle de dire, bien qu'ils aient été libérés entre-temps, que leur détention avait été inconstitutionnelle. Leurs recours furent alors réenregistrés, sous les numéros de dossier 2 BvR 1521/07 et 2 BvR 1520/07.

30. Le 6 août 2007, dans deux décisions distinctes, la Cour constitutionnelle fédérale refusa d'examiner les recours 2 BvR 1521/07 et 2 BvR 1520/07, sans motiver sa décision.

31. Cette décision fut notifiée à l'avocate du premier requérant le 14 août 2007 et à celle du second requérant le 13 août 2007.

C. Les faits ultérieurs

(...)

36. Le 1^{er} mai 2008, la Cour constitutionnelle fédérale refusa d'examiner un nouveau recours constitutionnel introduit par le premier requérant (numéro de dossier 2 BvR 538/08). Le 3 mai 2008, elle refusa d'examiner un nouveau recours constitutionnel introduit par le second requérant (numéro de dossier 2 BvR 164/08). Dans ces recours, les requérants invoquaient, en particulier, le droit à la liberté, le droit à la liberté d'expression et le droit à la liberté de réunion.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. La loi sur la sécurité et l'ordre publics en Mecklembourg-Poméranie-Occidentale (« la SOG M-V »)

37. En ses parties pertinentes, l'article 55-1) de la SOG M-V prévoit ceci :

« Un individu ne peut être détenu que si :

(...)

2. cela est indispensable pour empêcher la commission imminente ou la poursuite de la commission d'une infraction pénale; la présomption qu'un individu va commettre pareille infraction ou s'en rendre complice peut reposer notamment sur le fait que

a) il a annoncé la commission de l'infraction, a appelé à la commettre ou porte des banderoles ou d'autres objets où figure une telle incitation;

(...)

c) il a déjà été appréhendé par le passé pour des motifs comparables en tant qu'individu ayant participé à la commission d'infractions, et les faits permettent de conclure qu'il faut s'attendre à une récidive de sa part (...)»

38. En vertu de l'article 56-5) de la SOG M-V, si les policiers arrêtent un individu, ils doivent immédiatement obtenir une décision de justice sur la légalité et le maintien de la privation de liberté imposée à l'intéressé. Cette décision doit préciser la durée maximale de la détention, laquelle ne peut dépasser dix jours dans les cas relevant de l'article 55-1) § 2. Elle est rendue par le tribunal de district compétent pour le lieu où la personne a été arrêtée.

39. En vertu de l'article 52 de la SOG M-V, les autorités peuvent ordonner à un individu de quitter un lieu donné ou lui interdire de s'y rendre (*Platzverweisung*) dans le but d'éviter un réel danger. Si les faits permettent de conclure que l'individu commettra une infraction dans une zone donnée, il peut s'en voir interdire l'accès pendant une période de dix semaines au maximum.

40. En vertu de l'article 61-1) de la SOG M-V, les autorités ne peuvent saisir un objet que pour éviter un danger imminent pour l'ordre ou la sécurité publics (§ 1) ou si les faits permettent de conclure que l'objet en question risque d'être utilisé pour commettre une infraction pénale ou administrative (§ 4).

B. Le code pénal

41. L'article 120-1) du code pénal dispose que quiconque fait évader un détenu ou l'aide à s'évader, ou incite autrui à commettre un tel acte, est passible d'une peine de prison d'une durée maximale de trois ans ou d'une amende. En vertu de l'article 120-3), les tentatives de commission d'une telle infraction sont aussi répréhensibles.

C. Le code de procédure pénale

42. Les articles 112 et suivants du code de procédure pénale concernent la détention provisoire. En vertu de l'article 112-1), un accusé peut être placé

en garde à vue s'il est fortement soupçonné d'avoir commis une infraction pénale et s'il existe des motifs de l'arrêter. La détention provisoire ne peut pas être ordonnée si elle est disproportionnée à l'importance de l'affaire et à la peine ou à la mesure répressive ou préventive susceptible d'être imposée.

EN DROIT

I. JONCTION DES REQUÊTES

43. Les deux présentes requêtes concernant deux procédures ayant le même objet – à savoir la détention des requérants à des fins préventives pendant le sommet du G8 tenu en 2007 à Heiligendamm –, la Cour décide de les joindre (article 42 § 1 du règlement de la Cour).

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION

44. Les requérants soutiennent que leur détention préventive pendant le sommet du G8 a emporté violation de l'article 5 § 1 de la Convention, qui, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

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

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; (...) »

45. Le Gouvernement conteste cette thèse.

A. Sur la recevabilité

(...)

49. En vertu de la jurisprudence bien établie des organes de la Convention, lorsqu'est en jeu la légalité de la détention, une action en indemnisation dirigée contre l'Etat ne constitue pas un recours à épuiser, car le droit de faire examiner par un tribunal la légalité de la détention et celui d'obtenir réparation d'une privation de liberté contraire à l'article 5 sont deux droits distincts (voir notamment *Włoch c. Pologne*, n° 27785/95, § 90,

CEDH 2000-XI, *Belchev c. Bulgarie* (déc.), n° 39084/97, 6 février 2003, et *Khadissov et Tsetchoïev c. Russie*, n° 21519/02, § 151, 5 février 2009, avec les références citées) : le premier relève de l'article 5 § 1 de la Convention, le second de l'article 5 § 5 (*ibidem*, § 151).

50. En l'espèce, les requérants dénoncent la détention préventive qui leur a été imposée pendant un sommet du G8, détention dont ils estiment qu'elle a emporté violation de l'article 5 § 1. Ils ont déjà contesté la régularité de l'ordonnance de placement en détention les concernant devant toutes les juridictions internes compétentes. Au regard de la jurisprudence de la Cour, ils ont ainsi épuisé les voies de recours internes en ce qui concerne leur grief tiré de l'article 5 § 1. L'exception soulevée par le Gouvernement pour non-épuisement des voies de recours internes doit donc être rejetée.

51. Par ailleurs, ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et il n'est pas irrecevable pour d'autres motifs. Il doit donc être déclaré recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

52. Les requérants estiment que la privation de liberté qu'ils ont subie du 3 au 9 juin 2007 n'était justifiée par aucun des alinéas de l'article 5 § 1 de la Convention. Dès lors, elle aurait emporté violation de cette disposition.

53. En particulier, elle n'aurait pas relevé de l'alinéa c) de l'article 5 § 1. Cet alinéa n'autoriserait pas la privation de liberté à titre purement préventif : tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour (notamment dans l'arrêt *Ječius c. Lituanie*, n° 34578/97, § 50, CEDH 2000-IX), il exigerait que toute détention s'inscrive dans le cadre d'une procédure pénale, or tel n'aurait pas été le cas de la mesure litigieuse, que les tribunaux n'auraient pas fondée sur l'article 112 du code de procédure pénale, relatif à la garde à vue (paragraphe 42 ci-dessus), mais sur les articles 55 et 56 de la loi sur la sécurité et l'ordre publics en Mecklembourg-Poméranie-Occidentale (« la SOG M-V »), relatifs à la détention préventive non liée à une procédure pénale.

54. La détention imposée aux requérants n'aurait pas non plus relevé de l'article 5 § 3 combiné avec l'article 5 § 1 c), car elle n'aurait pas eu pour but de les traduire promptement devant un juge afin de les juger pour d'éventuelles infractions futures. On ne pourrait pas plus considérer qu'elle était nécessaire pour les empêcher de commettre une infraction au sens de la deuxième branche de l'article 5 § 1 c), les autorités n'ayant pas indiqué de

manière raisonnablement précise au regard de la jurisprudence de la Cour (notamment de l'arrêt *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, § 102, CEDH 2009) quelles étaient les infractions qu'ils étaient supposés s'apprêter à commettre, notamment où et quand elles auraient dû avoir lieu et qui en auraient été les victimes potentielles.

55. Elle n'aurait pas non plus relevé de l'alinéa b) de l'article 5 § 1 : les requérants ne se seraient pas rendus coupables d'insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal et n'auraient pas manqué à une obligation leur incombant ; en outre, un éventuel affichage des banderoles saisies dans la fourgonnette n'aurait pas, selon eux, été constitutif d'une infraction.

56. Elle n'aurait pas davantage été autorisée par l'alinéa a) de l'article 5 § 1, les requérants n'ayant fait l'objet d'aucune « condamnation ».

57. Elle n'aurait pas non plus été « légale » au sens de l'article 5 § 1 : d'une part, l'article 55-1) de la SOG M-V, sur lequel elle reposait, n'aurait pas été suffisamment précis pour permettre de prévoir que la conduite reprochée aux requérants les mènerait en détention ; d'autre part, cet article aurait été appliqué à tort, car rien n'aurait indiqué lorsqu'ils ont été arrêtés qu'ils fussent sur le point de commettre une infraction précise en un lieu et en un temps précis. A cet égard, ils arguent que, même à supposer que, contrairement à ce qui selon eux s'est réellement passé, ce ne soient pas les policiers qui les aient frappés mais que ce soit le premier requérant qui ait frappé un policier au bras et au tibia, cette circonstance n'aurait pas permis de conclure que le second requérant et lui-même étaient sur le point de commettre l'infraction complètement différente consistant à libérer des détenus par la force. Ils ajoutent que, même s'ils avaient ultérieurement exhibé leurs banderoles, cela n'aurait pas été illégal : les inscriptions qui y figuraient n'auraient pas appelé à commettre des actes de violence ni à faire de mal à qui que ce soit, et leurs avocates auraient expliqué la véritable signification de ces slogans tant à l'audience du tribunal régional que dans leurs observations écrites pour le deuxième recours immédiat.

58. En outre, il n'aurait pas été indispensable pour contrer un risque imminent de libération de détenus par la force ou d'incitation d'autrui à le faire de placer les requérants en détention. Rien n'aurait indiqué que ceux-ci fussent sur le point d'attaquer la prison de Waldeck, qui serait un établissement de haute sécurité : ils n'auraient été en possession d'aucun outil susceptible d'être utilisé pour libérer les détenus, et il n'y aurait pas eu sur le parc de stationnement d'attoupeement de personnes susceptibles d'être incitées à agir en ce sens. La présomption que les requérants auraient pu brandir leurs banderoles dans une manifestation indéterminée, où se seraient peut-être trouvés des individus ayant l'intention de commettre des

actes de violence, ne pourrait pas être considérée comme un motif suffisant pour conclure, conformément à l'article 55-1) § 2 de la SOG M-V, qu'une infraction était sur le point d'être commise. En outre, contrairement à ce qu'aurait indiqué le Gouvernement, aucune des juridictions internes qui ont examiné l'affaire n'aurait suggéré que les requérants aient pu avoir l'intention de libérer eux-mêmes des détenus par la force, les juges auraient seulement dit qu'il y avait des motifs de croire qu'ils avaient l'intention d'inciter autrui à le faire.

59. La détention litigieuse aurait aussi été arbitraire, en ce qu'elle n'aurait pas été nécessaire pour réaliser l'objectif visé. Les requérants estiment que les policiers auraient pu simplement leur ordonner de ne pas entrer dans la zone où avaient lieu les manifestations contre le G8, en vertu de l'article 52 de la SOG M-V (paragraphe 39 ci-dessus), ou encore saisir les banderoles, en vertu de l'article 61 de la SOG M-V (paragraphe 40 ci-dessus). Selon eux, la saisie des banderoles leur aurait appris que les forces de l'ordre considéraient que leurs slogans étaient illégaux et il aurait alors fallu présumer, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, que, compte tenu de l'effet dissuasif d'une telle mesure de police, ils ne tenteraient pas de reproduire et d'utiliser des banderoles semblables. Enfin, ils soutiennent que, en l'absence de manifestations violentes pendant tout le reste de la semaine du G8, la décision de les garder en détention pendant six jours était aussi disproportionnée. Ils font valoir à cet égard que les sept individus bélarussiens également présents dans la fourgonnette lorsqu'ils ont été arrêtés, et à qui les banderoles auraient aussi pu appartenir, n'ont été ni arrêtés ni détenus.

b) Le Gouvernement

60. Le Gouvernement soutient que la détention des requérants était conforme à l'article 5 § 1 de la Convention, et notamment qu'elle était justifiée au regard de la deuxième branche de l'alinéa c) de l'article 5 § 1 en ce qu'elle était raisonnablement considérée comme nécessaire pour les empêcher de commettre une infraction.

61. Il reconnaît qu'elle ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une procédure pénale et que les actes préparatoires que les requérants ont selon lui entrepris pour libérer des détenus par la force ou inciter autrui à le faire n'étaient pas, en eux-mêmes, répréhensibles. En revanche, il estime faux de dire que la détention préventive n'est autorisée en vertu de l'article 5 § 1 c) de la Convention que dans le cadre d'une procédure pénale: à son avis, elle est justifiée au regard de la deuxième branche de l'article 5 § 1 c) lorsqu'elle est nécessaire pour empêcher un individu de commettre une infraction concrète et précise qui, si elle était constituée, donnerait lieu à des poursuites pénales,

et ce même si l'intéressé n'a pas encore commis l'infraction car, dans le cas contraire, la deuxième branche de l'article 5 § 1 c) serait redondante par rapport à la première. Ainsi, il conclut que l'article 5 § 3 de la Convention doit s'interpréter à la lumière de l'article 5 § 1 c) comme imposant un examen à bref délai de la régularité de la détention, mais non un procès pénal, dès lors que le détenu n'est pas accusé d'une infraction pénale.

62. Le Gouvernement indique par ailleurs qu'en Allemagne, contrairement à d'autres Etats parties à la Convention, les actes préparatoires à la commission d'infractions pénales ne sont en général pas répréhensibles, ce qui, selon lui, rend la détention préventive nécessaire, notamment pour inciter les personnes qui ont l'intention de commettre une infraction à renoncer à passer à l'acte. Il soutient que, sans ce dispositif, l'Etat ne pourrait pas s'acquitter de son obligation positive consistant à protéger ses citoyens contre la commission d'infractions pénales – on le verrait par exemple lors du transport de conteneurs Castor ou encore lorsque les supporters d'équipes de football organisent des rixes.

63. Arguant que des faits précis permettraient de conclure qu'il était nécessaire d'empêcher les requérants de commettre une infraction dans un futur imminent, le Gouvernement soutient encore que leur détention était justifiée au regard de la deuxième branche de l'alinéa c) de l'article 5 § 1 telle qu'interprétée dans l'affaire *Guzzardi c. Italie* (6 novembre 1980, § 102, série A n° 39). A cet égard, il fait valoir que les policiers les ont trouvés en compagnie de sept autres personnes à côté d'une fourgonnette stationnée devant la prison de Waldeck le lendemain des émeutes violentes qui avaient eu lieu dans le centre-ville de Rostock et il affirme que le premier requérant a résisté au contrôle d'identité pratiqué par les policiers et s'est montré violent. Compte tenu également du fait que les policiers ont trouvé dans la fourgonnette des banderoles pliées portant les inscriptions « Liberté pour tous les prisonniers » et « Libérez-les tous maintenant », il estime qu'il était raisonnable pour eux dans ces circonstances de présumer que les requérants se rendaient aux manifestations de Rostock et qu'ils avaient l'intention d'y brandir leurs banderoles devant les manifestants, dont certains étaient selon lui violents, comportement dont il précise qu'il aurait constitué une incitation d'autrui à libérer des détenus, infraction prévue à l'article 120 du code pénal.

64. De l'avis du Gouvernement, le slogan « Libérez-les tous maintenant » qui figurait sur l'une des banderoles pouvait raisonnablement être interprété comme un appel à libérer des détenus par la force adressé aux autres manifestants plutôt que comme un appel à ordonner leur libération adressé aux autorités. Selon lui, le premier requérant ayant résisté par la violence au contrôle d'identité et le second requérant ayant fait l'objet auparavant

de poursuites pour entrave dangereuse à la circulation ferroviaire dans le contexte du transport de conteneurs Castor, il était à présumer qu'ils souhaitaient perturber le sommet par des moyens violents et inciter d'autres manifestants violents présents sur place à libérer par la force les personnes détenues dans les centres de rassemblement des personnes arrêtées qui avaient été installés au centre-ville ou les individus arrêtés pendant les manifestations. Les intéressés n'auraient d'ailleurs pas expliqué au cours de la procédure menée devant les juridictions internes quelle autre signification les inscriptions figurant sur leurs banderoles auraient pu avoir.

65. Le Gouvernement soutient également que la détention des requérants était justifiée au regard de l'alinéa b) de l'article 5 § 1, en ce qu'elle était selon lui nécessaire pour garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi : au vu des circonstances de l'espèce, il estime certain que les requérants – qui avaient parcouru plusieurs centaines de kilomètres pour se rendre sur les lieux du sommet du G8 et qui, à l'en croire, avaient résisté au contrôle d'identité, démontrant ainsi qu'ils n'étaient pas disposés à obéir aux ordres donnés par la police – n'auraient respecté ni une obligation de se rendre dans un poste de police de leur ville de résidence à intervalles réguliers (*Meldeauflage*) ni une injonction de ne pas entrer dans une zone donnée (*Platzverweis*). Compte tenu du caractère exceptionnel de la situation qui prévalait alors, il aurait donc été inutile d'attendre qu'ils enfreignent effectivement ces obligations. Etant donné le grand nombre de manifestants présents, il aurait été inenvisageable d'empêcher les requérants de commettre les infractions en cause dans le cadre d'un flagrant délit, et les autorités n'auraient donc pu veiller à ce qu'ils respectent leurs obligations légales et à les empêcher de commettre certaines infractions précises qu'en les plaçant immédiatement en détention.

66. Le Gouvernement ajoute qu'après la décision du tribunal de district ordonnant le maintien en détention des requérants, leur privation de liberté était aussi justifiée au regard de l'alinéa a) de l'article 5 § 1 : contrairement à ce qui ressortirait de la jurisprudence de la Cour (notamment de l'arrêt *M. c. Allemagne*, précité, §§ 87 et 95), le terme « condamnation » figurant dans cette disposition s'appliquerait non seulement aux condamnations pénales mais aussi aux décisions de justice ordonnant un placement en détention préventive.

67. Il soutient également que les requérants ont été placés en détention selon les voies légales : la mesure litigieuse aurait été prévue par l'alinéa a) de l'article 55-1) § 2 de la SOG M-V et, dans le cas du second requérant, qui avait été arrêté en 2002 pour entrave dangereuse à la circulation ferroviaire, par l'alinéa c) de la même disposition.

68. Enfin, le Gouvernement soutient que la privation de liberté des requérants n'était pas arbitraire mais proportionnée au but poursuivi, les autorités ne disposant pas selon lui de moyen moins invasif pour les empêcher de libérer des détenus par la force ou d'inciter autrui à le faire pendant la durée du sommet du G8. En particulier, il estime avoir démontré ci-dessus (paragraphe 65) que ni un ordre de se présenter à un poste de police hors de la zone du G8 à intervalles réguliers ni une interdiction de se trouver dans cette zone n'auraient suffi à les empêcher de commettre les infractions en cause, pas plus que la saisie de leurs banderoles, qu'ils auraient pu reproduire.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Rappel des principes pertinents**

69. La Cour rappelle que les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 énumèrent limitativement les motifs autorisant la privation de liberté, et que pareille mesure n'est pas régulière si elle ne relève pas de l'un de ces motifs (voir notamment *Guzzardi*, précité, § 96, *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, § 49, CEDH 2000-III, et *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 43, CEDH 2008).

70. En vertu de la deuxième branche de l'alinéa c) de l'article 5 § 1, la détention d'une personne peut être justifiée « lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ». Ce motif de détention ménage seulement aux Etats contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée (*Guzzardi*, précité, § 102, *Ciulla c. Italie*, 22 février 1989, § 40, série A n° 148, et *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09, § 54, 21 juin 2011), notamment en ce qui concerne le lieu et le temps de sa commission et les victimes potentielles (*M. c. Allemagne*, précité, §§ 89 et 102). Cela ressort à la fois de l'emploi du singulier (« une infraction », « celle-ci ») et du but de l'article 5, qui est d'assurer que nul ne soit arbitrairement dépouillé de sa liberté (*Guzzardi*, précité, § 102, et *M. c. Allemagne*, précité, § 89).

71. En vertu de la jurisprudence bien établie de la Cour, l'article 5 § 1 c) prescrit qu'une personne arrêtée ou détenue lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction doit être conduite « devant l'autorité judiciaire compétente », et que cette exigence vaut pour toutes les catégories de détention visées à ce paragraphe (*Lawless c. Irlande (n° 3)*, 1^{er} juillet 1961, pp. 51-53, § 14, série A n° 3, et, *mutatis mutandis*, *Ječius*, précité, §§ 50-51, et *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 69, série A n° 22).

72. Ainsi, l'alinéa c) permet exclusivement des privations de liberté ordonnées dans le cadre d'une procédure pénale (*Ječius*, précité, § 50). Cette exigence s'applique également à la détention provisoire (*Ciulla*, précité, §§ 38-40). Cela ressort du libellé de cette disposition, qu'il faut lire en combinaison avec, d'une part, l'alinéa a) et, d'autre part, le paragraphe 3, avec lequel elle forme un tout (voir notamment *Ciulla*, précité, § 38, et *Epple c. Allemagne*, n° 77909/01, § 35, 24 mars 2005). Le paragraphe 3 de l'article 5 § 1 énonce que toute personne arrêtée ou détenue dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) de l'article 5 doit être aussitôt traduite devant un juge – dans toutes les hypothèses envisagées dans les dispositions de ce paragraphe – et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable (voir aussi *Lawless (n° 3)*, précité, pp. 51-53, § 14).

73. Par ailleurs, la deuxième branche de l'alinéa b) de l'article 5 § 1 autorise la privation de liberté prononcée pour «garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi». Cette disposition concerne les cas où la loi autorise à détenir quelqu'un pour le forcer à exécuter une obligation spécifique et réelle qui lui incombe déjà et qu'il a jusque-là négligé de remplir (*Engel et autres*, précité, § 69, *Guzzardi*, précité, § 101, *Ciulla*, précité, § 36, et *Epple*, précité, § 37). L'arrestation et la détention doivent alors viser à assurer l'exécution de l'obligation et non être de nature punitive (*Gatt c. Malte*, n° 28221/08, § 46, CEDH 2010) : dès que l'obligation a été exécutée, la détention devient infondée au regard de l'article 5 § 1 b) (*Vasileva c. Danemark*, n° 52792/99, § 36, 25 septembre 2003, et *Epple*, précité, § 37), qui ne justifie pas, par exemple, un internement administratif tendant à contraindre un citoyen à s'acquitter de son devoir général d'obéissance à la loi (*Engel et autres*, précité, § 69). Enfin, il faut établir un équilibre entre l'importance dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de l'obligation dont il s'agit et l'importance du droit à la liberté (*Vasileva*, précité, § 37, et *Epple*, précité, § 37).

74. Par «condamnation» au sens de l'article 5 § 1 a), il faut entendre, eu égard au texte français, à la fois une «déclaration de culpabilité», consécutive à «l'établissement légal d'une infraction» (*Guzzardi*, précité, § 100), et l'infliction d'une peine ou autre mesure privatives de liberté (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 35, série A n° 50, et *M. c. Allemagne*, précité, § 87).

b) Application de ces principes au cas d'espèce

75. La Cour est appelée à déterminer tout d'abord si la détention imposée aux requérants en vertu de l'article 55-1) § 2 de la SOG M-V afin de les empêcher de commettre une infraction pénale relevait de l'un

des motifs admissibles de privation de liberté visés aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1.

76. Elle observe que le Gouvernement soutient que la détention des requérants était justifiée, en premier lieu, par l'alinéa c) de l'article 5 § 1. Elle note également qu'en se trouvant en possession de banderoles pliées portant les slogans « Liberté pour tous les prisonniers » et « Libérez-les tous maintenant » les requérants n'avaient encore commis aucune infraction pénale et que, par la suite, ils n'ont jamais été accusés d'incitation à libérer des détenus par la force. Ces points ne font pas controverse entre les parties. La détention litigieuse doit donc être examinée sous l'angle de la deuxième branche de l'article 5 § 1 c), c'est-à-dire comme une détention raisonnablement considérée comme nécessaire pour les empêcher de commettre une infraction.

77. En ce qui concerne le point de savoir si l'infraction que les autorités souhaitent empêcher les requérants de commettre peut être considérée comme suffisamment concrète et spécifique, conformément à sa jurisprudence, pour ce qui est, en particulier, du lieu et du moment où elle aurait été commise et des victimes potentielles (paragraphe 70 ci-dessus), la Cour observe que les juridictions internes semblent ne pas avoir envisagé la même infraction. Il apparaît que le tribunal de district et les tribunaux régionaux de Rostock ont considéré que les requérants avaient l'intention d'inciter autrui, à l'aide des banderoles litigieuses, à libérer par la force les détenus incarcérés à la prison de Waldeck (paragraphe 14 et 17 ci-dessus), déduisant cette intention de leur présence sur le parc de stationnement situé devant la prison – et ce bien que, hormis les sept passagers de la fourgonnette, il n'y avait personne à cet endroit (paragraphe 12 ci-dessus). Pour sa part, la cour d'appel de Rostock a considéré qu'ils avaient l'intention de se rendre à Rostock, d'y exhiber les banderoles dans les manifestations en partie violentes qui s'y déroulaient et d'inciter ainsi la foule présente dans la ville à libérer des détenus par la force (paragraphe 19 ci-dessus).

78. De plus, en ce qui concerne le point de savoir si la détention des requérants pouvait être « raisonnablement considérée comme nécessaire » pour les empêcher d'inciter autrui à libérer des détenus par la force, la Cour est forcée de constater qu'ils ont été privés de liberté à des fins préventives pendant environ cinq jours et demi, ce qui représente une durée considérable. De plus, comme la cour d'appel l'a reconnu (paragraphe 22 ci-dessus), les inscriptions figurant sur les banderoles pouvaient être comprises de différentes manières. Les requérants, représentés à la procédure par leur avocate, ont expliqué que ces slogans étaient adressés à la police et aux autorités, qu'ils exhortaient à mettre fin aux nombreuses détentions de manifestants, et qu'ils n'avaient pas été conçus comme un appel à libérer

des détenus par la force. Par ailleurs, il n'est pas contesté que les requérants n'étaient pas eux-mêmes en possession d'instruments susceptibles d'être utilisés pour libérer des détenus par la violence. Dans ces circonstances, la Cour n'est pas convaincue que leur maintien en détention pouvait raisonnablement être considéré comme nécessaire pour les empêcher de commettre une infraction suffisamment concrète et spécifique. De même, elle n'est pas convaincue qu'il ait été nécessaire de les placer en détention car, en toute hypothèse, il aurait suffi de saisir leurs banderoles pour leur faire prendre conscience des conséquences négatives qu'elles pouvaient avoir et les empêcher d'inciter autrui – sans en avoir l'intention – à libérer des détenus.

79. La Cour rappelle sa jurisprudence bien établie selon laquelle, pour être justifiée au regard de l'article 5 § 1 c), la privation de liberté des requérants aurait dû avoir pour but de les traduire devant l'autorité judiciaire compétente dans le cadre d'une détention provisoire ou d'assurer leur présence à un procès pénal (paragraphe 71-72 ci-dessus). Cela étant, ayant déjà constaté ci-dessus que la détention des requérants ne pouvait pas être raisonnablement considérée comme nécessaire dans les circonstances de la présente espèce, elle n'estime pas indispensable de répondre en détail aux arguments développés par les parties sur ce point, en particulier à ceux dans lesquels le Gouvernement appelle de ses vœux une révision de la jurisprudence bien établie des organes de la Convention.

80. Partant, la détention des requérants n'était pas justifiée au regard de l'alinéa c) de l'article 5 § 1.

81. Arguant que les requérants n'auraient pas respecté un ordre de se présenter au poste de police de leurs villes de résidence respectives à intervalles réguliers ou de ne pas entrer dans la zone où avaient lieu les manifestations contre le G8 et qu'il était donc justifié de les placer en détention pour les obliger à se tenir éloignés de cette zone, le Gouvernement soutient que leur détention était justifiée au regard de l'alinéa b) de l'article 5 § 1 « en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». Or la Cour est forcée de constater que la police n'a en fait ordonné aux requérants ni de se présenter à un poste de police de leur ville de résidence ni de ne pas entrer dans la zone où avaient lieu les manifestations contre le G8. On ne peut donc pas considérer qu'ils avaient l'« obligation prescrite par la loi », aux fins de l'article 5 § 1 b), de se présenter à un poste de police ou de ne pas entrer dans cette zone ni, dès lors, qu'ils y ont failli.

82. La Cour observe que le Gouvernement arguë également que les autorités ont détenu les requérants conformément à l'article 5 § 1 b) pour s'assurer qu'ils respectent l'obligation de ne pas commettre une infraction précise, à savoir l'incitation à libérer des détenus. A cet égard, elle renvoie

à sa jurisprudence précitée, en vertu de laquelle l'« obligation prescrite par la loi », aux fins de cette disposition, doit être réelle et spécifique, incomber déjà à l'intéressé et ne pas avoir été exécutée par lui au moment de la privation de liberté (paragraphe 73 ci-dessus). Elle note que les requérants ont été détenus en vertu de l'article 55-1) § 2 de la SOG M-V, qui autorise la détention lorsque « cela est indispensable pour empêcher la commission imminente (...) d'une infraction pénale » (paragraphe 37 ci-dessus), par exemple une infraction prévue à l'article 120 du code pénal. Or l'obligation de ne pas commettre une infraction pénale dans un futur imminent ne peut être considérée comme suffisamment concrète et spécifique au sens de la jurisprudence des organes de la Convention pour relever des cas de détention autorisés par l'article 5 § 1 b), tout au moins tant qu'il n'a pas été ordonné de mesures précises qui n'ont pas été respectées. La Cour rappelle à cet égard qu'une interprétation extensive de l'alinéa b) de l'article 5 § 1 entraînerait des résultats incompatibles avec l'idée de prééminence du droit dont s'inspire la Convention tout entière (*Engel et autres*, précité, § 69). De plus, on ne peut pas considérer que les requérants aient déjà manqué à leur obligation de ne pas commettre pareille infraction. Leur détention n'était donc pas non plus couverte par l'alinéa b) de l'article 5 § 1.

83. La Cour prend note également de l'argument du Gouvernement selon lequel, à la suite de l'ordonnance du tribunal de district autorisant la privation de liberté des requérants en vertu de l'article 55-1) § 2 de la SOG M-V, leur détention était aussi justifiée au regard de l'alinéa a) de l'article 5 § 1. Le Gouvernement soutient que, par son libellé, cette disposition couvre aussi les décisions de justice ordonnant la détention d'un individu à des fins préventives. Or, selon la jurisprudence bien établie de la Cour, il faut entendre par « condamnation », eu égard au texte français, une déclaration de culpabilité consécutive à l'établissement légal d'une infraction (paragraphe 74 ci-dessus); et, dans la procédure en cause, les juridictions internes n'ont pas jugé les requérants coupables d'une infraction pénale mais ont ordonné leur placement en détention afin de les empêcher de commettre une infraction à l'avenir. Cette détention ne relevait donc pas de l'alinéa a) de l'article 5 § 1.

84. La Cour considère par ailleurs – et ce n'est pas contesté par les parties – que la détention préventive des requérants n'était justifiée par aucun autre alinéa de l'article 5 § 1.

85. Elle prend note également de l'argument du Gouvernement selon lequel, sans la possibilité de détenir des individus à des fins préventives, l'Etat ne pourrait pas s'acquitter de son obligation positive consistant à protéger ses citoyens contre les infractions pénales. Elle considère néanmoins que, dans l'affaire en cause, même compte tenu de la situation générale qui

prévalait avant et pendant le sommet du G8, il n'a pas été suffisamment démontré que la libération de détenus ait été imminente. Dès lors, le risque de commission de cette infraction ne pouvait pas justifier une atteinte au droit à la liberté, en particulier alors que des mesures moins invasives auraient pu être prises (paragraphe 78 ci-dessus). La Cour rappelle que, en tout état de cause, la Convention oblige les autorités nationales à prendre les mesures raisonnables qui sont en leur pouvoir pour prévenir la commission d'infractions pénales dont ils ont ou devraient avoir connaissance, mais elle ne permet pas aux Etats de protéger les individus des actes criminels d'autrui par des mesures contraires aux droits qu'elle protège, en particulier le droit à la liberté garanti par l'article 5 § 1 (*Jendrowiak c. Allemagne*, n° 30060/04, §§ 37-38, 14 avril 2011, avec les références citées), en cause en l'espèce.

86. Partant, il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention.
(...)

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 10 ET 11 DE LA CONVENTION

90. Les requérants arguent que leur placement en détention a porté atteinte de manière disproportionnée à leurs droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion garantis par les articles 10 et 11 de la Convention, car il les a empêchés de participer aux manifestations qui se sont tenues pendant le sommet du G8 et d'y exprimer leurs opinions.

91. En leurs parties pertinentes, ces articles sont ainsi libellés :

Article 10

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Article 11

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association (...)

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique,

à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (...)»

92. Le Gouvernement conteste cette thèse.
(...)

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

94. Les requérants soutiennent que leur placement en détention a emporté violation à leur égard tant de l'article 10 (liberté d'expression) que de l'article 11 (liberté de réunion pacifique) de la Convention. L'atteinte portée à leurs droits par cette mesure n'aurait pas été justifiée. Elle n'aurait pas été « prévue par la loi » et n'aurait pas poursuivi un but légitime, pour les raisons qu'ils ont exposées dans le cadre de leur grief tiré de l'article 5 § 1 (paragraphe 57 ci-dessus). En particulier, les autorités n'auraient pas été certaines qu'ils avaient l'intention de déployer les banderoles portant les slogans « Liberté pour tous les prisonniers » et « Libérez-les tous maintenant » ni été en mesure de dire où et quand ils l'auraient fait. En outre, les requérants soulignent que, même dans l'hypothèse où ils auraient agi ainsi, cela n'aurait pas été constitutif d'une infraction prévue par le code pénal. Selon eux, les slogans litigieux ne pouvaient se comprendre comme une incitation à commettre l'infraction citée par les autorités, qui serait une infraction extrêmement rare, ils auraient eu un sens différent et bien plus évident : plus d'un millier de manifestants ayant été arrêtés et placés en détention dans le cadre du sommet du G8, dont une centaine seulement avec l'aval des tribunaux, il y aurait eu des raisons amplement suffisantes de critiquer les privations de liberté imposées dans le cadre du sommet.

95. Les requérants ajoutent que leur détention a constitué une mesure disproportionnée et donc non « nécessaire » au regard du paragraphe 2 des articles 10 et 11. L'intérêt public résidant dans la prévention de la commission incertaine d'une infraction en un lieu et un temps indéterminés ne l'emporterait pas en l'espèce sur leur intérêt à exprimer leur désaccord avec les nombreuses privations de liberté selon eux illégitimes ordonnées dans le cadre du sommet du G8 et à participer à des protestations contre ce sommet. Les slogans « Liberté pour tous les prisonniers » et « Libérez-les tous maintenant » seraient des slogans gauchistes connus et courants de protestation contre ces détentions et ne pourraient s'interpréter comme un appel à la libération de détenus par la violence. Le fait d'avoir privé les

requérants de leur liberté dans les circonstances de l'espèce aurait constitué une dissuasion de discuter ouvertement de questions d'intérêt public.

b) Le Gouvernement

96. Le Gouvernement estime qu'il n'y a eu violation ni de l'article 10 ni de l'article 11 de la Convention. L'atteinte portée à la liberté d'expression et à la liberté de réunion des requérants par leur détention aurait été justifiée et prévue par l'article 55-1) § 2 a) de la SOG M-V, disposition qui aurait été suffisamment précise pour que son application au cas des requérants soit prévisible. La détention des intéressés aurait poursuivi des buts légitimes, à savoir la protection de la sécurité publique et la prévention des infractions.

97. Le Gouvernement ajoute que les autorités ne disposaient pas de mesure moins restrictive que la détention des requérants pour réaliser ces buts légitimes, et que l'ingérence litigieuse était donc « nécessaire dans une société démocratique » au sens des articles 10 § 2 et 11 § 2. Il arguë en particulier qu'il n'aurait pas été suffisant de saisir les banderoles, car les requérants auraient pu selon lui en fabriquer de nouvelles semblables à tout moment et les utiliser pendant les manifestations à Rostock. La mesure aurait aussi été proportionnée, car il y avait eu des émeutes dans le centre ville de Rostock la veille, or les requérants, qui se seraient montrés prêts à utiliser la violence, auraient été en chemin vers Rostock, où ils auraient eu l'intention de participer aux manifestations. Il y aurait eu des raisons de craindre que leurs banderoles incitent d'autres manifestants violents à libérer par la force les personnes détenues dans les centres de rassemblement des personnes arrêtées établis sur place. Dans ces circonstances, l'intérêt public consistant à maintenir l'ordre public et à empêcher la commission d'infractions l'aurait emporté sur l'intérêt des requérants à participer aux manifestations.

2. Appréciation de la Cour

a) Sur l'applicabilité des articles 10 et 11 de la Convention

98. La Cour rappelle que la protection des opinions personnelles, garantie par l'article 10 de la Convention, est l'un des objectifs de la liberté de réunion pacifique consacrée à l'article 11 de cet instrument (*Ezelin c. France*, 26 avril 1991, § 37, série A n° 202, *Djavit An c. Turquie*, n° 20652/92, § 39, CEDH 2003-III, *Women On Waves et autres c. Portugal*, n° 31276/05, § 28, 3 février 2009, *Barraco c. France*, n° 31684/05, § 27, 5 mars 2009, et *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, § 52, CEDH 2011).

99. Elle note que dans les affaires où les requérants se plaignaient d'avoir été empêchés de participer à des rassemblements, par exemple des manifestations, et d'y exprimer leurs opinions, ou d'avoir été sanctionnés pour l'avoir fait, elle a tenu compte de plusieurs éléments pour déterminer la relation entre la liberté d'expression et la liberté de réunion. Les circonstances de l'affaire l'ont souvent amenée à considérer l'article 11 comme la *lex specialis*, prévalant en matière de rassemblements sur l'article 10 (voir par exemple *Ezelin*, précité, § 35, concernant une sanction disciplinaire imposée au requérant, un avocat, pour avoir participé à une manifestation de protestation contre deux décisions de justice, *Osmani et autres c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »* (déc.), n° 50841/99, CEDH 2001-X, concernant la condamnation du requérant, un élu, pour incitation à la haine nationaliste dans un discours qu'il avait prononcé lors d'un rassemblement qu'il avait organisé, *Djavit An*, précité, § 39, concernant le refus des autorités turques et chypriotes turques de laisser le requérant traverser la « ligne verte » pour se rendre dans la partie sud de Chypre afin d'y participer à des réunions intercommunautaires, *Galstyan c. Arménie*, n° 26986/03, § 95, 15 novembre 2007, concernant l'imposition de trois jours de détention à titre de sanction pour avoir participé à une manifestation, et *Barraco*, précité, § 26, concernant la condamnation du requérant pour sa participation à une « opération escargot » qui s'est déroulée dans le cadre d'une journée d'action revendicative organisée à l'appel d'une intersyndicale).

100. Dans d'autres affaires, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce et à la manière dont les requérants avaient formulé leurs griefs, la Cour a considéré qu'ils se plaignaient essentiellement d'une violation du droit à la liberté d'expression et elle a donc examiné l'affaire sous l'angle de l'article 10 seulement (voir par exemple *Karademirci et autres c. Turquie*, n°s 37096/97 et 37101/97, § 26, CEDH 2005-I, concernant une sanction pénale imposée pour avoir lu une déclaration lors d'un rassemblement devant un établissement scolaire, et *Yilmaz et Kılıç c. Turquie*, n° 68514/01, § 33, 17 juillet 2008, concernant la condamnation pénale des requérants pour leur participation à des manifestations organisées en soutien à Abdullah Öcalan).

101. La Cour note qu'en l'espèce, les parties lui ont présenté des arguments tirés des articles 10 et 11 pris ensemble. Elle considère que les requérants se plaignent essentiellement de ce que, en raison de leur détention pendant toute la durée du sommet du G8, ils se sont trouvés dans l'impossibilité d'exprimer leurs opinions *avec les autres manifestants* qui s'étaient rassemblés pour protester contre le sommet. Ils dénoncent certes l'interdiction qui leur a été faite d'exprimer leurs opinions, inscrites sur leurs banderoles, relatives à la détention de manifestants, mais l'essentiel

de leur grief concerne une violation de leur droit à la liberté de réunion, puisqu'ils ont été empêchés de participer aux manifestations et d'y exprimer leurs opinions. C'est pourquoi la Cour examinera cette partie du grief exclusivement sous l'angle de l'article 11. Elle note toutefois que la question de la liberté d'expression ne peut pas en l'espèce être entièrement séparée de celle de la liberté de réunion. Nonobstant son rôle autonome et son domaine d'application particulier, l'article 11 doit donc aussi être examiné à la lumière de l'article 10 (voir, *mutatis mutandis*, *Ezelin*, précité, § 37).

b) Sur l'existence d'une atteinte au droit à la liberté de réunion pacifique

102. La Cour considère que, du fait de leur détention, ordonnée par les juridictions internes pour toute la durée du sommet du G8, les requérants ont été empêchés de participer aux manifestations qui se sont tenues pendant ce sommet.

103. Elle rappelle que l'article 11 de la Convention ne protège que le droit à la liberté de «réunion pacifique». Cette notion ne couvre pas les manifestations dont les organisateurs et participants ont des intentions violentes (*Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, nos 29221/95 et 29225/95, § 77, CEDH 2001-IX, et *Galstyan*, précité, § 101); cependant, la possibilité que des extrémistes aux intentions violentes non membres de l'association organisatrice se joignent à la manifestation, ne peut pas, comme telle, supprimer ce droit. Même s'il existe un risque réel qu'un défilé public soit à l'origine de troubles par suite d'événements échappant au contrôle des organisateurs, ce défilé ne sort pas pour cette seule raison du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 11, et toute restriction imposée à pareille réunion doit être conforme aux termes du paragraphe 2 de cette disposition (*Christians against Racism and Fascism c. Royaume-Uni*, n° 8440/78, décision de la Commission du 16 juillet 1980, Décisions et rapports 21, pp. 148-149, et, *mutatis mutandis*, *Ezelin*, précité, § 41).

104. La Cour note qu'au moment de leur arrestation, les requérants avaient l'intention de participer à des manifestations contre le sommet du G8 qui devaient se tenir ultérieurement. Rien n'indique que les organisateurs de ces manifestations aient eu des intentions violentes. Comme cela a été démontré ci-dessus (paragraphe 8 et 103), le fait que la police ait aussi prévu la présence d'extrémistes aux intentions violentes dans ces manifestations par ailleurs pacifiques ne les faisait pas sortir du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 11.

105. En ce qui concerne les intentions personnelles des requérants quant à leur conduite lors des manifestations, la Cour n'estime pas établi que celles-ci aient été violentes. A cet égard, elle observe, premièrement,

que les juridictions internes n'ont pas considéré que les intéressés, parce qu'ils portaient des banderoles où étaient inscrits les slogans « Liberté pour tous les prisonniers » et « Libérez-les tous maintenant », avaient l'intention de libérer eux-mêmes des détenus par la force, deuxièmement, qu'il n'a pas été retrouvé d'armes sur eux, troisièmement, que la cour d'appel, si elle a conclu qu'une foule prête à recourir à la violence aurait pu être incitée par les banderoles à libérer des détenus par la force, a néanmoins admis que les slogans figurant sur ces banderoles pouvaient être compris de différentes manières (paragraphe 19, 21 et 22 ci-dessus) et, quatrièmement, que les requérants ont expliqué par l'intermédiaire de leur conseil lors de la procédure devant les juridictions internes que les slogans figurant sur les banderoles étaient adressés à la police et aux autorités, qu'ils exhortaient à mettre fin aux nombreuses détentions de manifestants, et qu'ils n'étaient pas conçus comme un appel à attaquer les prisons pour en libérer les détenus par la force (paragraphe 18 et 25 ci-dessus). La Cour juge que les requérants ont donné une interprétation plausible des inscriptions figurant sur leurs banderoles, lesquelles ne prônaient pas ouvertement la violence. Compte tenu également de la conclusion des juridictions internes selon laquelle la teneur ambivalente des slogans permettait différentes interprétations, elle considère qu'il n'a pas été établi que les requérants aient réellement eu l'intention d'inciter autrui à la violence. Elle estime aussi qu'on ne peut pas non plus tirer pareille conclusion du fait que l'un d'eux ait été considéré comme ayant résisté par la force au contrôle d'identité musclé pratiqué par les policiers, dans des circonstances et d'une manière différentes de l'exposition publique de banderoles dans une manifestation. A cet égard, elle note qu'il n'a été démontré pour aucun des deux requérants qu'il ait précédemment été condamné pour des faits de violence pendant une manifestation ou dans une situation comparable.

106. Dès lors, la détention dont l'un et l'autre ont fait l'objet a constitué une ingérence dans leur droit à la liberté de réunion pacifique garantie par l'article 11 § 1, ce qui ne fait d'ailleurs pas débat entre les parties.

c) Sur la justification de l'ingérence

107. Pareille ingérence emporte violation de l'article 11, à moins qu'on établisse qu'elle était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 et était « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre ce ou ces buts.

i. Ingérence « prévue par la loi » et poursuivant un but légitime

108. La Cour rappelle qu'on ne peut qualifier de « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre à chacun – en s'entourant

au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (*Ezelin*, précité, § 45). Elle observe que les parties ne s'entendent pas sur le point de savoir si la détention litigieuse était prévue par une disposition – en l'espèce, l'article 55-1) § 2 de la SOG M-V – suffisamment précise pour que son application au cas des requérants soit prévisible. Elle considère cependant qu'elle peut laisser cette question ouverte et examiner l'affaire en partant du principe que l'ingérence litigieuse était « prévue par la loi », pour les raisons exposées ci-après.

109. La Cour estime établi que le but que poursuivaient les autorités lorsqu'elles ont ordonné le placement en détention des requérants était de les empêcher de commettre une infraction, à savoir l'incitation à libérer des détenus par la force. Ce but était en soi légitime au regard de l'article 11 § 2.

ii. Ingérence « nécessaire dans une société démocratique »

110. La Cour rappelle que pour apprécier la nécessité dans une société démocratique d'une restriction du droit à la liberté de réunion, il faut tenir compte du fait que ce droit est un droit fondamental dans une société démocratique et, à l'instar du droit à la liberté d'expression, l'un des fondements de pareille société. Dès lors, il ne doit pas faire l'objet d'une interprétation restrictive (*Djavit An*, précité, § 56, *Barraco*, précité, § 41).

111. L'expression « nécessaire dans une société démocratique » implique une ingérence fondée sur un « besoin social impérieux », et notamment proportionnée au but légitime recherché. La nature et la lourdeur des sanctions infligées sont également des facteurs à prendre en considération pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence au but qu'elle poursuit (*Osmani et autres*, précité, avec les références citées).

112. La Cour doit ensuite déterminer si les motifs invoqués par les autorités nationales pour justifier l'ingérence apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, elle doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par l'article 11 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 47, *Recueil [des arrêts et décisions] 1998-I*, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden*, précité, § 87).

113. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité dans une société démocratique d'une ingérence, mais cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent (*ibidem*, § 87, et *Barraco*, précité, § 42). L'article 10 de la Convention – à la lumière duquel il faut interpréter l'article 11 (paragraphes 98 et 101 ci-dessus) – ne laisse guère de place à des

restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt général (*Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden*, précité, § 88, avec les références citées). Cependant, là où il y a incitation à l'usage de la violence à l'égard d'un individu, d'un représentant de l'Etat ou d'une partie de la population, les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation plus large dans leur examen de la nécessité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression (*ibidem*, § 90, et, *mutatis mutandis*, *Galstyan*, précité, § 115, et *Osmani et autres*, précité).

114. En l'espèce, la Cour note que les requérants ont été détenus pendant près de six jours par crainte qu'ils n'incitent autrui à libérer des détenus par la force pendant les manifestations contre le sommet du G8. Elle a conclu ci-dessus (paragraphe 75-86) que la détention préventive dont ils ont fait l'objet ne relevait d'aucun des motifs admissibles de privation de liberté aux fins de l'article 5 § 1 et emportait donc violation de cette disposition. Elle observe par ailleurs que le sommet devait attirer un nombre important de manifestants (environ 25 000), dont une grande majorité étaient pacifiques, mais dont un nombre non négligeable étaient prêts à faire usage de la violence. Plusieurs manifestations massives étaient prévues sur une période de plusieurs jours, dont certaines avaient dégénéré en émeutes au centre ville de Rostock avant l'arrestation des requérants. La Cour admet que garantir la sécurité des participants au sommet et maintenir l'ordre public en général dans cette situation représentait pour les autorités internes une formidable gageure et que, dans ce contexte, il leur a souvent fallu prendre des décisions à la hâte.

115. Cela étant, comme elle l'a déjà dit ci-dessus (paragraphe 105), elle ne peut considérer comme établi que les requérants aient eu l'intention délibérée d'inciter d'autres manifestants prêts à se montrer violents à libérer par la force les personnes arrêtées pendant le sommet du G8, en brandissant pendant les manifestations les banderoles portant les inscriptions litigieuses. Il apparaît en revanche que les slogans en question pouvaient être considérés comme ambigus et que les requérants auraient pu sans le vouloir inciter d'autres manifestants à la violence en exhibant leurs banderoles pendant certaines manifestations. C'est en tout cas l'appréciation des faits qu'ont retenue les autorités, et elle est acceptable compte tenu de leur marge d'appréciation (voir, pour un cas d'utilisation de symboles pouvant être interprétés de différentes manières, *Vajnai c. Hongrie*, n° 33629/06, §§ 51 et suivants, CEDH 2008).

116. La Cour considère que les requérants avaient l'intention, en participant aux manifestations contre le sommet du G8, de prendre part à un débat sur des questions d'intérêt public, en l'espèce les effets de la mondialisation sur le quotidien des gens, et que, par l'intermédiaire des

slogans qui figuraient sur leurs banderoles, ils voulaient critiquer la gestion faite par la police de la sécurité du sommet, en particulier le nombre important d'arrestations auxquelles elle avait procédé. Etant donné qu'un grand nombre de manifestants (plus de 1 000 sur les 25 000 attendus) ont été temporairement détenus pendant le sommet, la Cour considère que ces slogans apportaient une contribution à un débat sur une question d'intérêt public. Il est clair en outre que le fait d'avoir privé les requérants de leur liberté pendant plusieurs jours au motif qu'ils avaient l'intention de montrer les banderoles litigieuses a eu un effet dissuasif sur l'expression d'une telle opinion et a restreint le débat public sur cette question.

117. En bref, les protestations que les requérants avaient l'intention d'exprimer pendant le sommet du G8 doivent être considérées comme visant à participer à un débat d'intérêt public, domaine dans lequel il n'y a guère de place pour la restriction (paragraphe 113 ci-dessus). De plus, il n'a pas été démontré qu'ils aient eu l'intention d'inciter autrui à la violence. Dans ces conditions, la Cour considère que la sanction considérable qui leur a été imposée, à savoir une mise en détention pendant près de six jours, n'était pas une mesure proportionnée au but consistant à les empêcher de risquer d'inciter sans le vouloir d'autres personnes à libérer par la force les manifestants détenus pendant le sommet du G8. Dans cette situation, où ils ont été immédiatement placés en détention, pour une durée de plusieurs jours, il n'a pas été ménagé un juste équilibre entre l'objectif consistant à assurer la sécurité publique et la prévention des infractions et leur intérêt à exercer leur liberté de réunion.

118. En particulier, la Cour n'est pas convaincue que les autorités n'aient pas disposé de mesures efficaces et moins invasives pour parvenir aux mêmes buts par des moyens proportionnés. Notamment, elle considère que, dans la situation concrète, où il n'a pas été démontré que les requérants aient eu conscience du fait que les policiers considéraient que les slogans figurant sur leurs banderoles étaient illégaux, il aurait suffi de saisir les banderoles en question. On pouvait raisonnablement penser que cela aurait un effet dissuasif sur les requérants et les empêcherait d'en établir immédiatement de nouvelles semblables. Leur liberté d'expression aurait ainsi été restreinte dans une certaine mesure, mais il ne leur aurait pas été impossible d'emblée de participer aux manifestations.

119. Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut que l'atteinte portée au droit des requérants à la liberté de réunion n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ». Partant, il y a eu violation de l'article 11 de la Convention.

(...)

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

1. *Décide* de joindre les requêtes;
 2. *Déclare* (...) les requêtes recevables;
 3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention;
 4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention;
- (...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 1^{er} décembre 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek
Greffière

Dean Spielmann
Président

LADUNA v. SLOVAKIA
(*Application no. 31827/02*)

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 2011¹

1. English original.

SUMMARY¹**Difference in treatment between remand and convicted prisoners regarding visits and access to television****Article 14 in conjunction with Article 8**

Discrimination – Difference in treatment between remand and convicted prisoners regarding visits and access to television – “Other status” – Relevantly similar situation – Objective and reasonable justification – Restrictions imposed on class of prisoners – Proportionality

*

* *

The applicant was detained pending trial from 1 September 2001 to 9 February 2006, when he began a nine-year prison sentence. In his application to the European Court, he complained that at the material time remand prisoners did not have the same visiting rights as convicted prisoners and that, unlike convicted prisoners, they had no access to television.

Held

(1) Article 14 in conjunction with Article 8: Prison restrictions on family visits and on watching television came within the ambit of private and family life under Article 8. Article 14 was therefore applicable. Detention on remand fell within the notion of “other status” within the meaning of that provision as, even though it could be imposed involuntarily and generally for a temporary period, it constituted a distinct legal situation that was inextricably bound up with the individual’s personal circumstances and existence. Further, as a remand prisoner the applicant was in a relevantly similar situation to the comparator group of convicted prisoners since his complaints concerned visiting rights and access to television in prison which were issues of relevance to all prisoners.

At the material time, remand prisoners were allowed to receive visits for a minimum of thirty minutes a month compared to the two hours allowed for convicted prisoners. Moreover, for much of the relevant period the frequency of visits and the type of contact which convicted prisoners were allowed depended on the security level of the prison in which they were being held, whereas remand prisoners were all subject to the same regime, regardless of the reasons for their detention and the security considerations.

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

The Court was not satisfied that there had been any objective and reasonable justification for these differences in treatment. The provisions of the Detention Act 1993 requiring any restrictions on detainees' rights to be justified by the purpose of the detention and the need to ensure order, the safety of others and the protection of property did not justify restricting remand prisoners' rights to a greater extent than those of convicted prisoners and the arrangements had been criticised by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in its reports on visits to Slovakia in 1995, 2000 and 2005. Furthermore, while particular restrictions on a prisoner's visiting rights might in some instances be justified for security reasons or to protect the legitimate interests of an investigation, those aims could be attained by other means which did not affect all detained persons regardless of whether they were actually required. For example, different categories of detention could be used, or particular restrictions imposed if necessary in an individual case. International instruments such as the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Prison Rules 1987¹ stressed the need to respect the remand prisoner's status as a person who is to be presumed innocent, while the European Prison Rules 2006, which were adopted shortly before the applicant's detention on remand ended, provided that, unless there was a specific reason to the contrary, untried prisoners should receive visits and be allowed to communicate with family and other persons in the same way as convicted prisoners. In the light of these considerations, the visiting restrictions imposed on the applicant had been disproportionate.

As regards the lack of access to television, the Government had failed to put forward any objective justification for treating remand prisoners differently to convicted prisoners, for whom television was considered part of their cultural and educational activities.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 1 of Protocol No. 1: Making the applicant's right to buy additional food and other products in the prison shop conditional on his applying at least the same amount of money to the reimbursement of his registered debts constituted interference with his right to the peaceful enjoyment of his possessions. That interference had a legal basis and securing the reimbursement of debt was undoubtedly in the general interest. As to proportionality, the interference had limited but not deprived the applicant of the ability to use the money in his prison account to buy food and other products in the prison shop. Furthermore, the requirement to reimburse his debts did not apply to medicine, indispensable sanitary items, materials for correspondence, or taxes and fees. Accordingly, regard being had to the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States

1. Recommendation No. R (87) 3 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the European Prison Rules adopted on 12 February 1987, replaced by Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the European Prison Rules adopted on 11 January 2006.

in the debt-recovery sphere, the interference was not disproportionate to the aim pursued.

Conclusion: no violation (unanimously).

(3) Article 13: The Court notes that it declared admissible and examined the applicant's complaints under the substantive provisions of the Convention only to the extent that the alleged breach stemmed from the alleged deficiencies in the relevant law. Article 13 could not be interpreted as requiring a remedy against the state of domestic law.

Conclusion: no violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards in respect of non-pecuniary damage and of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Sidabras and Džiautas v. Lithuania, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

Shelley v. the United Kingdom (dec.), no. 23800/06, 4 January 2008

Vlassov v. Russia, no. 78146/01, 12 June 2008

Moiseyev v. Russia, no. 62936/00, 9 October 2008

Dolenec v. Croatia, no. 25282/06, 26 November 2009

Clift v. the United Kingdom, no. 7205/07, 13 July 2010

Uzun v. Germany, no. 35623/05, ECHR 2010

Bogusław Krawczak v. Poland, no. 24205/06, 31 May 2011

In the case of Laduna v. Slovakia,

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

Josep Casadevall, *President*,

Corneliu Bîrsan,

Alvina Gyulumyan,

Ján Šikuta,

Luis López Guerra,

Nona Tsotsoria,

Mihai Poalelungi, *judges*,

and Santiago Quesada, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 15 November 2011,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 31827/02) against the Slovak Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Slovak national, Mr Peter Laduna (“the applicant”), on 10 August 2002.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr I. Syrový, a lawyer practising in Bratislava. The Government of the Slovak Republic (“the Government”) were represented by their Agent, Ms M. Pirošíková.

3. The applicant alleged, in particular, that his rights under Articles 8, 13 and 14 of the Convention and under Article 1 of Protocol No. 1 had been breached in the context of his detention on remand and his subsequent term of imprisonment.

4. By a decision of 20 October 2010, the Court declared the application partly admissible.

5. The applicant and the Government each filed further observations on the merits (Rule 59 § 1 of the Rules of Court).

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

6. The applicant was born in 1973. At present he is serving a life sentence in Leopoldov Prison.

7. The applicant was accused of several serious offences. In that context he was detained pending trial from 1 September 2001 to 9 February 2006. On the latter date he started serving a nine-year prison term to which he had been sentenced for robbery. Further details are set out in the decision of 20 October 2010 on the admissibility of the present application.

8. During his detention on remand the applicant lodged several complaints with the Directorate General of Prison Administration, in which he complained about the conditions of his detention. He raised many issues, among which were the restrictions on his visiting rights (visits were allowed only once a month for thirty minutes and it was only possible to speak to visitors through a partition), the right to buy food in prison, the lack of hot water in his cell, and a lack of contact with other prisoners. He also alleged that convicted prisoners serving a sentence had more rights than he had as a remand prisoner.

9. The Directorate General of Prison Administration sent replies to the applicant on more than ten occasions. It found all of the applicant's complaints to be ill-founded. It also held that the conditions in the prisons in which the applicant had been detained during the investigation and judicial proceedings had been in conformity with the relevant law.

10. Furthermore, the applicant has been obliged, both during his detention and after his conviction, to use half of the money he received from his family to reimburse the debt which he owed to the State (this debt resulted from court decisions and from the statutory obligation to contribute to his maintenance in prison), failing which he was not allowed to buy supplementary food in the prison shop.

Thus, the applicant's overall debt amounted to the equivalent of some 750 euros (EUR) in March 2008. In the period from December 2002 to January 2008 he had reimbursed approximately EUR 360 of the debt.

11. On 16 January 2003 the applicant lodged a complaint with the Prosecutor General submitting that his human rights had been violated. He complained, *inter alia*, about the manner in which the State had forced him to reimburse the debt resulting from the statutory obligation to contribute to his maintenance in prison.

12. On 30 January 2003 the Prosecutor General dismissed that complaint as no breach of the law had been found in the applicant's case.

13. During the whole period of his detention during the investigation and trial the applicant could not watch television, whereas convicted prisoners had the possibility of watching television programmes collectively in the assembly room of the relevant prison wing. Through the prison broadcast system the prison administration let the detainees listen to a public and a private radio station, each of which was transmitted every

other day. For almost the whole period of his detention pending trial the applicant was kept alone in his cell.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Legal framework concerning detention on remand

1. *Detention Act 1993, in force until 30 June 2006 (Law no. 156/1993)*

14. Pursuant to section 2(1) of the Detention Act 1993, a person's detention during an investigation and judicial proceedings must respect the detained person's right to be presumed innocent. Any restrictions must be justified by the purpose of the detention and by the aim of ensuring order, the safety of others and the protection of property in places where accused persons are detained. Subsection 2 of section 2 permits the restriction of only those rights of detained persons of which they cannot avail themselves in view of the fact that they are detained on remand. Detention on remand must not diminish the human dignity of the accused person.

15. Section 10(1) provides that an accused person detained during an investigation and judicial proceedings is entitled to receive visitors once a month for a minimum of thirty minutes. Where justified, the prison governor may permit more frequent visits or another form of contact. Subsection 5 of section 10 provides that visits to accused persons should take place in the presence of a prison officer and without direct contact between the accused and the visitor. Other arrangements may be authorised by the prison governor in justified cases.

16. Section 12a(10) states that an accused person is entitled to use his or her money to purchase groceries and other items in prison, provided that he or she has fulfilled the relevant statutory requirements. These include, *inter alia*, the obligation to pay at least the same amount of his or her debt to the prison administration or to other entitled people when wishing to withdraw money from his or her account in prison. When this and the other conditions are not met, the prison governor should allow the detained person, at his or her written request, to use money to purchase medicine and medical items which are not provided free of charge under the relevant law, to buy basic toiletries, and also to pay any applicable taxes and fees (section 12(11)).

2. *Detention Act 2006, in force as from 1 July 2006 (Law no. 221/2006)*

17. Pursuant to section 19(1) of the Detention Act 2006, accused persons are entitled to receive visitors every three weeks for at least one hour.

Where an accused is detained on the ground that he or she could influence witnesses or co-accused, or hamper the criminal investigation into the case, he or she can receive visitors only subject to the consent of the prosecuting authority or court dealing with the case (section 19(2)).

Accused persons detained in prisons at the lowest security level are allowed to have direct contact with their visitors as a general rule. In other cases visits take place without direct contact unless the prison governor decides otherwise, and in the presence of a prison officer. In the situations set out in section 19(2), the prosecuting authority or court may request that the visit take place in the presence of one or more of its representatives (section 19(3)).

B. Legal framework concerning the serving of prison sentences

1. Serving of Prison Sentences Act 1965, in force until 31 December 2005 (Law no. 59/1965)

18. Section 1(1) of the Serving of Prison Sentences Act 1965 defines the purpose of the serving of a prison term as preventing convicted persons from committing further offences and preparing them on a continuous basis for an appropriate way of life.

19. Section 2 lists cultural and educational work as one of the means of attaining the purpose of the imprisonment of convicted persons.

20. Section 11 provides for the social rights of convicted persons. Subsection 1 guarantees to convicted persons the necessary material and cultural conditions for ensuring their appropriate physical and mental development.

21. Section 12(3) provides that a convicted person is entitled to receive visitors who are his or her close friends and/or relatives at a time determined by the prison governor. The frequency of the visits depends on the type of security level to which a convicted person is subject: visits are allowed at least once a fortnight for convicted persons at the lowest security level; once a month for convicted persons at the medium security level; and once every six weeks for those at the highest security level. Visits to a convicted person subject to the medium or highest levels of security take place without physical contact. A prison governor may exceptionally decide otherwise.

2. Serving of Prison Sentences Act 2005, in force as from 1 January 2006 (Law no. 475/2005)

22. Section 24(1) of the Serving of Prison Sentences Act 2005 provides that a convicted person is entitled to receive visitors at least once a month for two hours.

23. Section 28(3) provides that, where a convicted person has not paid a part of his or her debt to the State in respect of prisoners' maintenance contributions and to other creditors registered with the prison authorities, he or she can use his or her money only for the purchase of basic sanitary items, objects necessary to engage in correspondence, medicine (which cannot be provided free of charge), medical fees, and for the payment of debts and court and administrative fees.

24. Pursuant to section 34(1), subject to the approval of the prison governor, convicted persons may use in their cells, at their own expense, their own radio and television receivers.

3. Ministry of Justice Serving of Prison Sentences Regulations 1994, in force until 31 December 2005 (Regulation no. 125/1994)

25. Regulation 3(1) provides that convicted persons should be treated in a way which reduces the negative impact of imprisonment on their personality.

26. Regulation 8(1) lists sports and leisure activities, radio and television broadcasts, films and convicted persons' own cultural, educational or entertainment activities among the cultural and educational activities for persons who serve a prison term.

27. Regulation 8(6) provides that convicted persons are allowed to follow radio and television broadcasts. The scope is to be determined by prison rules.

28. The frequency and duration of visits to convicted persons by their close friends and/or relatives is governed by Regulations 80, 86 and 90. Visits are allowed at least once a fortnight for convicted persons at the lowest security level; once a month for convicted persons at the medium security level; and once every six weeks for those at the highest security level. As a rule, visits take place without direct supervision by a prison officer in prisons with the lowest security level. In other cases visits are supervised by a prison officer and no direct contact between the convicted person and the visitor is allowed. In all three types of prison the duration of a visit is to be a minimum of two hours.

III. RELEVANT INTERNATIONAL DOCUMENTS

A. International Covenant on Civil and Political Rights

29. The relevant part of Article 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights concerning humane treatment of persons deprived

of liberty, by which Slovakia has been bound since 28 May 1993, reads as follows:

“2. (a) Accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons; ...”

30. General Comment No. 21 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Article 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights) was adopted by the United Nations Human Rights Committee on 10 April 1992. In its relevant part it reads:

“9. Article 10, paragraph 2 (a), provides for the segregation, save in exceptional circumstances, of accused persons from convicted ones. Such segregation is required in order to emphasise their status as unconvicted persons who at the same time enjoy the right to be presumed innocent as stated in Article 14, paragraph 2. ...”

B. Council of Europe documents

1. European Prison Rules

31. The European Prison Rules are recommendations of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe as to the minimum standards to be applied in prisons. States are encouraged to be guided by the Rules in their legislation and policies and to ensure wide dissemination of the Rules to their judicial authorities and to prison staff and inmates.

(a) The 1987 European Prison Rules

32. The 1987 European Prison Rules (Recommendation No. R (87) 3) were adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 12 February 1987. In Part V they contained a number of basic principles concerning untried prisoners, including the following:

“91. Without prejudice to legal rules for the protection of individual liberty or prescribing the procedure to be observed in respect of untried prisoners, these prisoners, who are presumed to be innocent until they are found guilty, shall be ... treated without restrictions other than those necessary for the penal procedure and the security of the institution.

92. 1. Untried prisoners shall be allowed to inform their families of their detention immediately and given all reasonable facilities for communication with family and friends and persons with whom it is in their legitimate interest to enter into contact.

92. 2. They shall also be allowed to receive visits from them ... subject only to such restrictions and supervision as are necessary in the interests of the administration of justice and of the security and good order of the institution. ...”

(b) The 2006 European Prison Rules

33. On 11 January 2006 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a new version of the European Prison Rules (Recommendation Rec(2006)2). It noted that the 1987 Rules “need[ed] to be substantively revised and updated in order to reflect the developments which ha[d] occurred in penal policy, sentencing practice and the overall management of prisons in Europe”.

34. The 2006 Rules contain the following principles concerning untried prisoners, *inter alia*:

“95. 1. The regime for untried prisoners may not be influenced by the possibility that they may be convicted of a criminal offence in the future.

...

95. 3. In dealing with untried prisoners prison authorities shall be guided by the rules that apply to all prisoners and allow untried prisoners to participate in various activities for which these rules provide.

...

99. Unless there is a specific prohibition for a specified period by a judicial authority in an individual case, untried prisoners:

a. shall receive visits and be allowed to communicate with family and other persons in the same way as convicted prisoners;

b. may receive additional visits and have additional access to other forms of communication; ...”

2. Reports on the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment’s visits to Slovakia

35. On 6 December 2001 the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) published its report on the visit to Slovakia which had taken place from 9 to 18 October 2000. The relevant parts read as follows:

“79. In the report on the 1995 visit (cf. paragraphs 126 to 130 of CPT/Inf (97) 2), the CPT stressed the importance for prisoners to be able to maintain good contact with the outside world. In view of the situation found in 1995, the Committee recommended that the visit entitlement of remand prisoners in Bratislava Prison be substantially increased and invited the Slovak authorities to explore the possibility of offering more open visiting arrangements for such prisoners. ...

80. In their responses, the Slovak authorities expressed some misgivings about the approach proposed by the CPT, principally based on the objective of preserving the interests of justice (preventing collusion, etc.).

It is therefore not surprising that the delegation which carried out the 2000 visit observed little or no change in this area. In particular, remand prisoners' visit entitlement remained limited to a mere 30 minutes every month ..., although they could receive from time to time an additional visit at the director's discretion. Further, visits for such prisoners continued to take place in booths, with prisoner and visitor(s) separated by a screen. ...

81. The CPT accepts that in certain cases it will be justified, for security-related reasons or to protect the legitimate interests of an investigation, to have visits take place in booths and/or monitored. However, the CPT wishes once again to invite the Slovak authorities to move towards more open visiting arrangements for remand prisoners in general.

...

Arguments based on the need to protect the interests of justice are totally unconvincing as a justification for the present inadequate visit entitlement for remand prisoners. The CPT therefore reiterates its recommendation that the visit entitlement for remand prisoners be substantially increased (for example, to 30 minutes every week).

...”

36. On 2 February 2006 the CPT published its report on the visit to Slovakia which had taken place from 22 February to 3 March 2005. The relevant parts read as follows:

“46. A fundamental problem as regards remand prisoners in the Slovak Republic is the total lack of out-of-cell activities offered to such inmates.

At the time of the visit, remand prisoners were being held for 23 hours a day in their cells in a state of enforced idleness; their only source of distraction was reading books from the prison library and listening to the radio and, in a limited number of cases, watching television. No work was offered to such prisoners, and possibilities for sports activities were few and far between, if available at all. ... The deleterious effects of such a restricted regime were exacerbated by the lengthy periods of time for which persons could be held in remand prisons. ...

The CPT calls upon the Slovak authorities to take steps, as a matter of priority, to devise and implement a comprehensive regime of out-of-cell activities (including group association activities) for remand prisoners. The aim should be to ensure that all prisoners are allowed to spend a reasonable part of the day outside their cells, engaged in purposeful activities of a varied nature (group association activities; work, preferably with vocational value; education; sport). The legislative framework governing remand imprisonment should be revised accordingly. ...

...

61. The situation as regards the visiting entitlements for remand prisoners had not changed in the last ten years. It remained the case that adults were entitled to a mere

30-minute visit per month ... The conditions under which visits took place continued to be closed (in booths with a screen separating inmates from their visitors). This was exactly the situation which prevailed during the first visit of the CPT to the Slovak Republic in 1995.

The CPT calls upon the Slovak authorities to revise the relevant legal provisions in order to increase substantially the visit entitlement for remand prisoners. The objective should be to offer the equivalent of a visit every week, of at least [30 minutes]. Further, the Committee invites the Slovak authorities to introduce more open arrangements for visits to remand prisoners.”

37. The Government’s response to the latter report, published on 2 February 2006, contains the following information:

“Under the methodological guidance issued by the General Director of the CPCG (No. GR ZVJS-116-45/20-2003) in conformity with the current legislation on the enforcement of remand imprisonment, remand prisoners are allowed to have their own TV sets subject to certain conditions. The methodological guidance issued by the General Director of the CPCG (No. GR ZVJS-116-38/20-2003) provides for certain leisure-time activities and allows the performance of certain sports and special-interest activities, in particular to juvenile and female remand prisoners. Remand prisons take permanent efforts to create spatial and material conditions for special-interest activities of remand prisoners, and for sports activities both inside and in outdoor premises of prison establishments.

The issue of creating [an] adequate programme of activities for remand prisoners is addressed also in the new draft law on remand imprisonment, which is currently considered by the National Council of the Slovak Republic in connection with the re-codification of the Criminal Code and of the Code of Criminal Procedure. The new draft law on remand imprisonment aims at introducing a lighter remand regime and proposes that remand prisoners be differentiated by categories to enable their participation in special-interest activities that can mitigate or reduce the negative impact of incarceration on remand prisoners. The implementation of adequate activity programmes proposed for all remand prisoners is conditional on the creation of adequate spatial, material and staffing conditions. After the new law has entered into effect, the CPCG will gradually create material conditions for [the] above-mentioned programmes and start [...] their practical implementation.

...

Under the new draft legislation on remand imprisonment, the visit entitlement is to be extended from one visit of at least 30 minutes a month to a visit of at least one hour once in three weeks. In justified cases, the prison governor will have the right to grant more frequent visits. ...”

THE LAW

I. THE SCOPE OF THE CASE

38. On 20 October 2010 the Court declared admissible the applicant's complaints under: (i) Articles 8 and 14 concerning the alleged difference in treatment between the applicant when he was in detention on remand and convicted persons; (ii) Article 1 of Protocol No. 1 concerning the use of his money in prison; and (iii) Article 13 concerning the lack of an effective remedy in this respect. It declared the remainder of the application inadmissible.

39. As regards the complaints under Articles 8 and 14 of the Convention in particular, the issues which the Court considered included the visiting rights of the applicant, the lack of a possibility of watching television and having a private radio receiver, and the lack of appropriate arrangements for having hot water and preparing hot drinks in the cells of persons detained on remand. The Court reiterates that it declared admissible that part of the application to the extent that the alleged breaches of the applicant's rights stemmed from the legislation in force at the relevant time.

40. In his observations on the merits of the case the applicant maintained that the Court should also examine whether the facts complained of amounted to a breach of his rights under Article 3 and Article 6 §§ 1 and 2 of the Convention.

41. The Court notes that the above decision on the admissibility of the application determines the scope of the case currently before it. There is therefore no call for an examination in the context of the present application as to whether the relevant facts of the case gave rise to a breach of other provisions of the Convention as claimed by the applicant.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION TAKEN ALONE AND IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14

42. The applicant complained that during the period of his detention on remand his rights had been restricted to a greater extent than the rights of convicted persons serving their prison terms. He alleged a breach of Articles 8 and 14 of the Convention, the relevant parts of which provide:

Article 8

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

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

in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Article 14

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

A. The parties’ submissions

1. The applicant

43. The applicant alleged, in particular, that during his detention on remand he had been allowed to have visits only once a month and that their duration had always been limited to the statutory minimum, namely thirty minutes. He had not been allowed to have direct contact with his visitors, from whom he had been separated by a partition and with whom he could talk only through a phone. The duration of the visits had been shorter than that to which convicted persons had been entitled.

44. While detained on remand, the applicant could only listen to radio programmes from two stations selected by the prison administration, one public and one private, each of which had been available in turn for one day centrally through the internal wire system. He had not been able to watch television programmes at all. The applicant maintained that, unlike him, convicted prisoners had been allowed to watch television every day in rooms designed for that purpose and to have a private radio receiver in their cell allowing them to choose the broadcasts they wished to follow. Furthermore, during the period of his detention the applicant had been unable to take part in various sport activities, attend cultural events and work in various hobby and interest groups which had been available in prison to convicted prisoners.

45. In the applicant’s view, there had been no justification for the imposition of those types of restrictions on him as a person detained during an investigation and judicial proceedings before any verdict had been delivered. In particular, he contended that detained persons in his position had not been found guilty and should not therefore be placed in a worse situation than convicted prisoners. The restrictions imposed on him had concerned many issues that were irrelevant to the proper conduct of the criminal proceedings and they had been imposed on him for the whole

duration of his detention on remand, namely for a period exceeding four years.

2. The Government

46. The Government maintained that the situations referred to by the applicant in his assertion that he had been in a worse position compared with convicted persons had not been relevantly similar. The aim of detention on remand during judicial proceedings and that of a prison sentence were different. The former was aimed at ensuring the availability of an accused person for the purpose of criminal proceedings and their smooth conduct. The latter represented the most severe form of punishment within the system of criminal law. Any difference in the two regimes, which in any event had not been substantial, resulted from the difference in the relevant law. The applicant had not been discriminated against contrary to Article 14 of the Convention.

47. The law in force at the relevant time contained no provisions governing the possibility for persons detained on remand to watch television programmes either collectively or individually in their cells. In 2003 an instruction issued by the General Prison Administration allowed for the use by persons detained on remand of their own television sets in cells at their own expense where it was technically feasible. The Government admitted that for technical reasons the use of private television sets had not been possible in the building where the applicant had been detained on remand.

At the relevant time convicted persons had been allowed to watch television, in accordance with Regulation no. 125/1994, in prison assembly rooms.

48. Lastly, the Government maintained that, in any event, all the restrictions imposed on the applicant had been standard procedure and had exclusively served the interests of the maintenance of order and the proper functioning of prisons. They argued that individuals detained during investigations and judicial proceedings had to expect certain restrictions on their rights. All the restrictions imposed on the applicant had been in accordance with the relevant law and could not be regarded as discriminatory.

B. The Court's assessment

49. Since the essence of the applicant's grievances is the allegedly unjustified difference in treatment between himself as a person detained on remand and convicted prisoners serving the terms to which they had been sentenced, the Court considers it appropriate to address them first from

the standpoint of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, and then under Article 8 alone.

1. Alleged violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8

50. The Court reiterates that Article 14 of the Convention protects individuals in similar situations from being treated differently without justification in the enjoyment of their Convention rights and freedoms. This provision has no independent existence, since it has effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. However, the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions and to this extent it is autonomous. For Article 14 to become applicable, it suffices that the facts of a case fall within the ambit of another substantive provision of the Convention or its Protocols (see *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, § 38, ECHR 2004-VIII).

51. The Court will therefore establish whether the facts of the case fall within the ambit of Article 8, whether there has been a difference in the treatment of the applicant and, if so, whether such different treatment was compatible with Article 14 of the Convention.

(a) Whether the facts of the case fall under Article 8 of the Convention

52. The Court has held that detention, similarly to any other measure depriving a person of his or her liberty, entails inherent limitations on private and family life. Restrictions such as limitations on the number of family visits and the supervision of those visits constitute an interference with a detained person's rights under Article 8 but are not, of themselves, in breach of that provision (see, among other authorities, *Bogusław Krawczak v. Poland*, no. 24205/06, §§ 107-08, 31 May 2011, and *Moiseyev v. Russia*, no. 62936/00, §§ 207-08, 9 October 2008).

53. The fact that the applicant was unable to watch television programmes while in detention might, in the circumstances, have had a bearing on his private life as protected under Article 8, which includes a right to maintain relationships with the outside world and also a right to personal development (see *Uzun v. Germany*, no. 35623/05, § 43, ECHR 2010). Such an activity can also be regarded as important for maintaining the mental stability of a person who, like the applicant, has been detained on remand for a long period of time. The Court has held that the preservation of mental stability is an indispensable precondition to the effective enjoyment

of the right to respect for one's private life (see, *mutatis mutandis*, *Dolenec v. Croatia*, no. 25282/06, § 57, 26 November 2009). The above considerations do not imply, however, that lack of access to television broadcasts in prison is in itself contrary to Article 8.

54. The Court thus accepts that, among the facts complained of by the applicant and falling within the scope of the present application as determined by the admissibility decision (see also paragraph 39 above), those concerning family visits and his alleged lack of access to television broadcasts interfered with his right under Article 8 to respect for his private and family life. In accordance with the Court's decision on admissibility, the interference and the alleged discriminatory treatment of the applicant in that context will be examined exclusively to the extent that they resulted from the laws applicable at the relevant time.

(b) Whether the applicant had an "other status" and whether his position was analogous to convicted prisoners

55. Detaining a person on remand may be regarded as placing the individual in a distinct legal situation, which even though it may be imposed involuntarily and generally for a temporary period, is inextricably bound up with the individual's personal circumstances and existence. The Court is therefore satisfied, and it has not been disputed between the parties, that by the fact of being detained on remand the applicant fell within the notion of "other status" within the meaning of Article 14 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Shelley v. the United Kingdom* (dec.), no. 23800/06, 4 January 2008, and *Clift v. the United Kingdom*, no. 7205/07, §§ 55-63, 13 July 2010).

56. 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). The requirement to demonstrate an "analogous position" does not mean that the comparator groups must be identical. The fact that the applicant's situation is not fully analogous to that of convicted prisoners and that there are differences between the various groups based on the purpose of their deprivation of liberty does not preclude the application of Article 14. It must be shown that, having regard to the particular nature of his complaint, the applicant was in a relevantly similar situation to others who were treated differently (see *Clift*, cited above, § 66).

57. The applicant's complaints under examination concern the legal provisions regulating his visiting rights, and his lack of access to television programmes in prison. They thus relate to issues which are of relevance to all persons detained in prisons, as they determine the scope of the restrictions

on their private and family life which are inherent in the deprivation of liberty, regardless of the ground on which they are based.

58. The Court therefore considers that, as regards the facts in issue, the applicant can claim to be in a relevantly similar situation to convicted persons.

(c) Whether the difference in treatment was objectively justified

59. A difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background. The Court has accepted that, in principle, a wide margin of appreciation applies in questions of prisoners and penal policy (*ibid.*, § 73, with further references).

60. As to the facts of the present case, the Court notes that the applicant was detained pending trial from 1 September 2001 to 9 February 2006. During that period, the regime of his detention on remand was governed by the Detention Act 1993. Under section 10(1) and (5), all accused persons detained during investigations and judicial proceedings were entitled to receive visitors once a month for at least thirty minutes. The visits took place without direct contact between the accused and the visitor. Other arrangements were within the discretionary power of the prison governor (see paragraph 15 above). However, it does not appear from the documents submitted that such arrangements were frequently made in general or in respect of the applicant in particular.

61. During the same period the statutory duration of visits to convicted persons was fixed at a minimum of two hours. From 1 September 2001 to 31 December 2005 the frequency at which convicted prisoners could receive visitors was determined according to their prison security level. Visits to convicted persons by their close friends and/or relatives were allowed at least once a fortnight for convicted prisoners at the lowest security level and direct contact was allowed between the visitors and the convicted person in such cases. Visits to convicted prisoners at the medium security level by their close friends and/or relatives were allowed once a month, and once every six weeks for those at the highest security level. In medium- and high-security level prisons, visits were supervised by a prison officer and no direct contact between the convicted person and the visitor was allowed. As from 1 January 2006, the Serving of Prison Sentences Act 2005 entitled

convicted persons to meet visitors at least once a month for two hours (see paragraphs 21 and 22 above).

62. Thus, at the relevant time, the duration of visits to persons detained on remand, such as the applicant, was considerably shorter (thirty minutes) than that which the law allowed in respect of convicted persons (two hours).

Moreover, during a substantial part of the relevant period the frequency of visits and the type of contact to which convicted persons were entitled differed according to the security level of the prison in which they were being held. In particular, in prisons with the lowest security level visits took place, under the Serving of Prison Sentences Act 1965, at least once a fortnight and direct contact between convicted persons and their visitors was allowed. The restrictions on the visiting rights of persons detained on remand were applicable in a general manner, regardless of the reasons for their detention and the security considerations related thereto.

63. Pursuant to section 2(1) of the Detention Act 1993, any restrictions on detained persons' rights must be justified by the purpose of the detention and by the aim of ensuring order, the safety of others and the protection of property in places where accused persons are detained. Subsection 2 of section 2 permits the restriction only of those rights of detained persons of which they cannot avail themselves in view of the fact that they are detained on remand.

64. In the Court's view, neither the above provisions nor the arguments put forward by the Government provide an objective and reasonable justification for restricting the visiting rights of persons detained on remand – who are to be presumed innocent (see paragraph 14 above) – in the above respect and in a general manner, to a greater extent than those of convicted persons. The arrangements in place were criticised by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) in its reports on visits to Slovakia which took place in 1995, 2000 and 2005 (see paragraphs 35 and 36 above).

65. As regards the lack of direct contact with visitors, the Court observes that in a previous case it held that the detention on remand of a person who had been physically separated from his visitors throughout his detention lasting three and a half years was, in the absence of any demonstrated need such as security considerations, not justified under Article 8 § 2 (see *Moiseyev*, cited above, §§ 258-59). It further notes that, apart from an exception which was at the discretion of the prison governor, at the relevant time the law in force did not entitle persons detained on remand to have direct contact with their visitors regardless of their particular situation.

66. The Court concurs with the view expressed in the report of 6 December 2001 on the CPT's visit to Slovakia, according to which in

certain cases it may be justified, for security-related reasons or to protect the legitimate interests of an investigation, to have particular restrictions on a detained person's visiting rights (see paragraph 35 above, and also *Vlasov v. Russia*, no. 78146/01, § 123, 12 June 2008, with further references). That aim can, however, be attained by other means which do not affect all detained persons regardless of whether they are actually required, such as the setting up of different categories of detention, or particular restrictions as may be required by the circumstances of an individual case.

67. The above considerations are also in line with the relevant international documents. Thus, Article 10 § 2 (a) of the International Covenant on Civil and Political Rights requires, *inter alia*, that accused persons should, save in exceptional circumstances, be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons who enjoy the right to be presumed innocent (see paragraphs 29 and 30 above).

The 1987 European Prison Rules state that untried prisoners, who are to be presumed innocent until they are found guilty, should be subjected only to such restrictions which are necessary for the penal procedure and the security of the institution (see paragraph 32 above).

Lastly, the 2006 European Prison Rules, which were adopted shortly before the applicant's detention on remand ended, provide, in particular, that unless there is a specific reason to the contrary, untried prisoners should receive visits and be allowed to communicate with family and other persons in the same way as convicted prisoners. Moreover, there should be a possibility of additional visits and other forms of communication (see paragraph 34 above).

68. The Court observes that the subsequent domestic legislation, namely the Detention Act 2006, extended the visiting rights of remand prisoners and allowed for a differentiation between them with a view to ensuring that the restrictions imposed corresponded to an objective need (see paragraph 17 above). This cannot, however, affect the position in the present case.

69. In view of the above, the Court concludes that the restrictions on visits to the applicant by his family members during his detention on remand constituted a disproportionate measure, contrary to his rights under Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention.

70. As regards the lack of access to television broadcasts, the law which governed detention on remand at the relevant time did not provide for such a possibility. By contrast, at the time when the applicant was detained on remand, convicted persons had the right and were able to collectively watch television programmes in special rooms in prison (see paragraphs 26, 27 and 47 above).

71. In the absence of any relevant arguments put forward by the Government, the Court finds no objective justification for such a difference in treatment between persons detained on remand and convicted prisoners. It attaches weight to the fact that being able to follow television broadcasts was considered to be a part of the cultural and educational activities organised for convicted persons, whereas such activities were not provided for in the law applicable to persons detained on remand. This was also criticised by the CPT.

72. It is true that the General Prison Administration issued instructions in 2003 allowing detained persons to have their own television sets in their cells. This does not affect the position in the present case, as such a possibility was open only to persons who could afford the costs involved and, in any event, it was not technically feasible in the prison wing where the applicant was being held.

73. There has therefore been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention.

2. Alleged violation of Article 8 of the Convention taken alone

74. The Court considers that since it has found a breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, it is not necessary to examine whether there has been a violation of Article 8 alone.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

75. The applicant complained that, when receiving a sum of money from his family, he was required to use half of that amount to pay back part of his debt to the State. Refusal to pay the amount would have led to the suspension of his right to buy groceries and other items in the prison shop. He relied on Article 1 of Protocol No. 1, which provides as follows:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

76. The applicant stated that he had been in prison for several years and had not had any income. The only way in which he could have received the money needed to pay for supplementary food, personal items, correspondence, medicine and so forth, had been to ask his family members for help. However, he was under an obligation to use half of the money he

received from his family to pay back his debt to the State. If he had failed to reimburse part of that debt on a monthly basis, he would have been prevented from buying groceries and other items in the prison shop.

77. Overall, considering the amount of money he had received from his family and the obligation to use half of it to pay back his debt to the State, he claimed that he had been left with amounts between EUR 7 and 15 per month that he could use in the prison shop. He also claimed that the quantity of the food provided in prison had been poor, and that the prisoners had therefore been forced to buy supplementary food. The restrictions set by law had not fulfilled the requirement of proportionality, as a fair balance had not been struck between the general interest of society and his fundamental rights. As a result, the legislation had placed an unreasonable burden on him.

78. The Government maintained that the relevant legislation regulating the use of prisoners' money was compatible with the requirements of Article 1 of Protocol No. 1. They argued that that provision did not impair the right of States to adopt such laws as they deemed necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes and other contributions or penalties.

79. The purpose of the relevant legislation was to ensure that prisoners paid their debts. The applicant was entitled to use his money only if he fulfilled the statutory requirements. More specifically, in the previous calendar month, he had had to pay at least the same amount of his debt to the prison administration or other entitled people as he had wished to withdraw. Nevertheless, if a person did not fulfil those requirements, the prison governor was entitled to grant leave to that person to use his or her money to buy medicine or indispensable sanitary items, or to pay taxes or fees.

80. Even though such a regulation interfered with the right of prisoners to freely dispose of their money, it was not a disproportionate interference because prisoners were provided with food, clothing and other items and services. When using additional financial resources, the prisoners secured above-standard conditions for themselves.

81. The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 guarantees in substance the right of property. Any interference with that right must comply with the principle of lawfulness and pursue a legitimate aim by means reasonably proportionate to the aim sought to be realised (for a recapitulation of the relevant principles see, for example, *Metalco Bt. v. Hungary*, no. 34976/05, § 16, 1 February 2011, with further references).

82. In the present case the applicant has been allowed to use money on his account in prison to buy supplementary food and other products

in the prison shop, but only if he used at least the same amount for reimbursement of his registered debts. There has thus been an interference with the applicant's right under Article 1 of Protocol No. 1 to the peaceful enjoyment of his possessions.

83. That interference has had a legal basis, namely section 12a of the Detention Act 1993 and, after the applicant's conviction, section 28 of the Serving of Prison Sentences Act 2005 (see paragraphs 16 and 23 above). The reimbursement of debts undoubtedly falls within the general interest as envisaged in Article 1 of Protocol No. 1.

84. As to the requirement of a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued, the Court has recognised that the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means for the recovery of debts and to ascertaining whether the consequences of such recovery are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question. In such cases the Court will respect the State authorities' judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *Benet Czech, spol. s r.o. v. the Czech Republic*, no. 31555/05, §§ 30 and 35, 21 October 2010, with further references).

85. The Court notes that the interference in issue has limited but has not removed the possibility for the applicant to use the money in his account in prison to buy supplementary food and other products in the prison shop.

It further notes that, even if a person does not fulfil the requirement of using an equivalent amount towards the reimbursement of a part of his or her debt, that person is to be allowed to use his or her money to buy medicine, indispensable sanitary items or items necessary to engage in correspondence, or to pay taxes or fees. It does not appear from the documents submitted that the applicant has not been allowed to use his money for such purposes regardless of whether or not he reimbursed a part of his debt.

86. In view of the information before it, and considering the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States in similar cases, the Court considers that the interference complained of was not disproportionate to the aim pursued.

87. There has therefore been no violation of Article 1 of Protocol No. 1.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

88. The applicant complained that he had no effective remedy at his disposal as regards the complaints set out above. He relied on Article 13 of the Convention, which provides:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

89. The Court notes that it has declared admissible and examined the applicant’s complaints under the substantive provisions of the Convention only to the extent that the alleged breach stemmed from the alleged deficiencies in the relevant law.

90. However, Article 13 cannot be interpreted as requiring a remedy against the state of domestic law (see *Iordachi and Others v. Moldova*, no. 25198/02, § 56, 10 February 2009).

91. In these circumstances, the Court finds no breach of Article 13 of the Convention.

V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

92. 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

93. The applicant claimed 50,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

94. The Government considered that claim to be excessive.

95. The Court, making an assessment on an equitable basis, considers it appropriate to grant EUR 9,000 to the applicant in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

96. The applicant claimed EUR 500 in respect of his own out-of-pocket expenses, which he incurred in the context of his attempts to obtain redress before both the domestic authorities and the Court. He further claimed EUR 3,900 in respect of the costs of his legal representation in the proceedings before the Court, as well as EUR 920 for the translation of submissions and other expenses incurred by his lawyer.

97. The Government considered that any award should correspond to the principles established in the Court’s case-law.

98. The Court reiterates that costs and expenses will not be awarded under Article 41 unless it is established that they were actually and necessarily

incurred and were reasonable as to quantum (see *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands* [GC], no. 38224/03, § 109, 14 September 2010, with further references).

99. Regard being had to the information in its possession and the above-mentioned criteria, and noting that the applicant was granted legal aid under the Council of Europe legal-aid scheme (see paragraph 2 above), the Court considers it reasonable to award the applicant the additional sum of EUR 600 in respect of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable to him on that amount.

C. Default interest

100. 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 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention;
2. *Holds* that it is not necessary to examine whether there has been a violation of Article 8 of the Convention taken alone;
3. *Holds* that there has been no violation of Article 13 of the Convention;
4. *Holds* that there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1;
5. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
 - (i) EUR 9,000 (nine thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 600 (six hundred euros), 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;
6. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 13 December 2011,
pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Santiago Quesada
Registrar

Josep Casadevall
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of
the Rules of Court, the separate opinion of Judges Gyulumyan and Tsotsoria
is annexed to this judgment.

J.C.M.
S.Q.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES GYULUMYAN AND TSOTSORIA

We voted with the majority in finding a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention in the particular circumstances of the present case. However, with due respect, we would like to express our separate opinion on certain points of the judgment that, we believe, are crucial in shaping the Court's case-law on the rights of remand prisoners. From this point of view, the judgment may well go beyond the legal system of the respondent State and have implications for all the Contracting States.

In the present case, the applicant based his complaints on Articles 8 and 14 of the Convention and alleged that as a remand prisoner, his rights were restricted to a greater extent than those of convicted persons (see paragraphs 38-39 and 42 of the judgment).

We are mindful of the tendency towards greater protection of the rights of remand prisoners, which is adequately outlined in the relevant parts of the judgment. The most pertinent elements can be summarised as follows:

(i) when determining the appropriate regime for remand prisoners, the Government should take into consideration the fact that they enjoy the right to be presumed innocent;

(ii) unless there is a time and content-specific restriction imposed by a judicial authority in an individual case, remand prisoners should enjoy at least the same rights as convicted prisoners;

(iii) the restrictions imposed must be necessary in the interests of the administration of justice or for the security of the custodial facility.

Based on the above-mentioned elements, the crucial question that arises is whether remand and convicted prisoners should enjoy the same rights, thus making Article 14 of the Convention applicable. Here we refer to the following facts of the case: the applicant was detained on remand for more than four years (see paragraphs 7 and 60). This unusually long period makes the present case specific in relation to regular cases concerning the rights of remand and convicted prisoners, as detention on remand is normally imposed for a significantly shorter period of time (see paragraph 55). This specific circumstance of the case, namely the long period of detention on remand, did not go unnoticed and was appropriately highlighted in paragraph 53 of the judgment. Therefore, we doubt that the rights of remand and convicted prisoners should be equal in all circumstances.

Having said that, we had no difficulties in agreeing with the majority that the present case fell within the ambit of Article 14 of the Convention, as the respondent Government also accepted the argument that the

applicant, as a remand prisoner, had an “other status” within the meaning of Article 14. However, we did have difficulties in fully aligning ourselves with the majority’s principal argument for the justification of the applicability of Article 14 of the Convention to the present case. In this regard, the majority found:

“57. The applicant’s complaints under examination concern the legal provisions regulating his visiting rights, and his lack of access to television programmes in prison. *They thus relate to issues which are of relevance to all persons detained in prisons, as they determine the scope of the restrictions on their private and family life which are inherent in the deprivation of liberty, regardless of the ground on which they are based.*” (emphasis added)

The paragraph cited above and the overall spirit of the judgment (see also, for instance, paragraph 67) bring us to the conclusion that the majority, at least implicitly, support the idea of making the status of remand and convicted prisoners equal. We think that the effect of the judgment as it now stands might go beyond the circumstances of the present case, irrespective of the preconditions for legitimate restrictions of rights; it is not certain that its impact will be limited to the right to have family visits and access to television, which formed the subject of the complaints in the underlying application. We are afraid that, in the light of the scarce case-law on the cumulative application of Articles 8 and 14 of the Convention in the field of prison rules, the importance of the present case has not been adequately assessed and carefully anticipated.

We feel compelled to say that, despite these unfortunate disagreements with the majority, we fully subscribe to the rationale of the judgment that the rights of remand prisoners should be further strengthened, albeit without prejudice to, *inter alia*, the legitimate interests of the criminal proceedings and the security of the institution concerned. The margin of appreciation enjoyed by the Contracting States in penal policy-making should likewise be respected, as reaffirmed by the majority (see paragraph 59).

The present judgment, as it now stands, fails to shed light on some of the very complex issues in penal policy that are equally important and relevant for the Contracting States. The ambiguity of the arguments in the judgment may turn the indisputably good intentions of the Court into something unintended.

LADUNA c. SLOVAQUIE
(Requête n° 31827/02)

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 2011¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Différence de traitement entre les personnes en détention provisoire et les détenus condamnés en matière de visites et d'accès à la télévision****Article 14 de la Convention combiné avec l'article 8**

Discrimination – Différence de traitement entre les personnes en détention provisoire et les détenus condamnés en matière de visite et d'accès à la télévision – « Autre situation » – Situation comparable – Justification objective et raisonnable – Restrictions imposées à une catégorie de détenus – Proportionnalité

*

* *

Le requérant fut maintenu en détention provisoire du 1^{er} septembre 2001 au 9 février 2006, date à laquelle il commença à purger une peine de neuf ans d'emprisonnement. Dans sa requête à la Cour européenne, il se plaint qu'à l'époque des faits les personnes en détention provisoire n'avaient pas les mêmes droits en matière de visite que les détenus condamnés et que, contrairement à ces derniers, elles n'avaient pas accès à la télévision.

1. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 : les restrictions apportées en milieu carcéral aux visites familiales et à l'accès à la télévision concernent la vie privée et familiale protégée par l'article 8. L'article 14 est dès lors applicable. La détention provisoire relève de la notion d'« autre situation » au sens de cette disposition car, même si elle peut être imposée contre le gré de l'intéressé et si elle est généralement temporaire, elle place l'intéressé dans une situation juridique distincte qui est indissociable de la situation personnelle et de l'existence de l'individu. De plus, en tant que personne maintenue en détention provisoire, le requérant se trouvait dans une situation comparable à celle du groupe comparé des détenus condamnés, puisque ses griefs portaient sur le droit en matière de visite et l'accès à la télévision en prison, questions présentant un intérêt pour tous les détenus.

A l'époque des faits, les prévenus étaient autorisés à recevoir des visiteurs une fois par mois pendant au moins trente minutes, alors que les détenus condamnés avaient droit à des visites de deux heures. En outre, pendant une grande partie de la période considérée, la fréquence des visites et le type de contact auxquels avaient droit les détenus condamnés étaient fonction du niveau de sécurité de l'établissement pénitentiaire où ils se trouvaient, tandis que les personnes en détention provisoire

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

étaient toutes soumises au même régime, indépendamment des raisons de leur placement en détention provisoire et des considérations liées à la sécurité.

La Cour ne voit aucune justification objective à de telles différences de traitement. Les dispositions de la loi de 1993 sur la détention exigeant que toute restriction apportée aux droits des détenus soit justifiée par le but de la détention et par la nécessité de garantir l'ordre, la sécurité d'autrui et la protection de la propriété ne justifient pas de limiter plus strictement les droits des prévenus que ceux des détenus condamnés. Ces dispositions ont d'ailleurs été critiquées par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants dans ses rapports sur ses visites en Slovaquie en 1995, 2000 et 2005. En outre, si des restrictions particulières aux droits d'un détenu de recevoir des visites peuvent dans certains cas être justifiées par des motifs liés à la sécurité ou par la nécessité de protéger les intérêts légitimes d'une enquête, il est possible d'atteindre ces objectifs par d'autres moyens qui ne touchent pas l'ensemble des détenus et qui tiennent compte de la nécessité des restrictions. On pourrait par exemple envisager plusieurs catégories de détention ou définir des restrictions particulières applicables au cas par cas. Des instruments internationaux tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les règles pénitentiaires européennes de 1987¹ soulignent la nécessité de respecter la condition des personnes non condamnées qui jouissent du droit d'être présumées innocentes, alors que les règles pénitentiaires européennes de 2006, qui ont été adoptées peu avant la fin de la détention provisoire du requérant, disposent que, sauf raison spécifique s'y opposant, les prévenus doivent pouvoir recevoir des visites et être autorisés à communiquer avec leur famille et d'autres personnes dans les mêmes conditions que les détenus condamnés. Eu égard à ce qui précède, les restrictions imposées au requérant en matière de visite familiale étaient disproportionnées.

En ce qui concerne le défaut d'accès à la télévision, le Gouvernement n'a pas fourni de justification objective à la différence de traitement opérée entre les prévenus et les condamnés, la possibilité pour ces derniers de regarder la télévision étant considérée comme faisant partie intégrante des activités culturelles et pédagogiques.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 1 du Protocole n° 1 : le fait que le droit du requérant d'acheter des denrées alimentaires supplémentaires et d'autres articles auprès du magasin de la prison ait été subordonné à l'obligation de consacrer un montant au moins équivalent au remboursement de ses dettes inscrites a constitué une atteinte au droit de l'intéressé au respect de ses biens. Cette atteinte avait une base légale et le remboursement des dettes relève incontestablement de l'intérêt général. En ce qui concerne la proportionnalité, l'atteinte litigieuse restreint mais ne supprime pas la possibilité pour le requérant d'utiliser l'argent de son compte en prison

1. Recommandation N° R (87) 3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles pénitentiaires européennes, adoptée le 12 février 1987, remplacée par la Recommandation N° R (2006) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles pénitentiaires européennes, adoptée le 11 janvier 2006.

pour acquérir de la nourriture et d'autres articles dans le magasin de la prison. En outre, l'obligation pour le requérant de rembourser une partie de sa dette ne s'applique pas à l'achat de médicaments, de produits d'hygiène indispensables ou de matériel de correspondance, ou encore au paiement des impôts et frais. Dès lors, considérant l'ample marge d'appréciation accordée aux États contractant en matière de recouvrement des créances, l'atteinte litigieuse n'est pas disproportionnée au but poursuivi.

Conclusion: non-violation (unanimité).

3. Article 13 de la Convention: la Cour note qu'elle n'a déclaré recevables et examiné les griefs du requérant tirés des dispositions normatives de la Convention que pour autant que la violation alléguée découle des prétendues lacunes du droit pertinent. Toutefois, l'article 13 ne saurait être interprété comme exigeant un recours contre l'état du droit national.

Conclusion: non-violation (unanimité).

Article 41 : la Cour accorde une indemnité pour préjudice moral et frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Sidabras et Džiautas c. Lituanie, n^{os} 55480/00 et 59330/00, CEDH 2004-VIII

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

Shelley c. Royaume-Uni (déc.), n^o 23800/06, 4 janvier 2008

Vlassov c. Russie, n^o 78146/01, 12 juin 2008

Moïsseïev c. Russie, n^o 62936/00, 9 octobre 2008

Dolenec c. Croatie, n^o 25282/06, 26 novembre 2009

Clift c. Royaume-Uni, n^o 7205/07, 13 juillet 2010

Uzun c. Allemagne, n^o 35623/05, CEDH 2010

Bogusław Krawczak c. Pologne, n^o 24205/06, 31 mai 2011

En l'affaire Laduna c. Slovaquie,

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

Josep Casadevall, *président*,

Corneliu Bîrsan,

Alvina Gyulumyan,

Ján Šikuta,

Luis López Guerra,

Nona Tsotsoria,

Mihai Poalelungi, *juges*,

et de Santiago Quesada, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 15 novembre 2011,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 31827/02) dirigée contre la République slovaque et dont un ressortissant de cet Etat, M. Peter Laduna («le requérant»), a saisi la Cour le 10 août 2002 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, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M^e I. Syrový, avocat au barreau de Bratislava. Le gouvernement de la République slovaque («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M^{me} M. Pirošiková.

3. Le requérant alléguait en particulier que ses droits découlant des articles 8, 13 et 14 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1 avaient été méconnus dans le cadre de sa détention provisoire et de son emprisonnement ultérieur au titre de sa condamnation.

4. Par une décision du 20 octobre 2010, la Cour a déclaré la requête partiellement recevable.

5. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

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

6. Le requérant est né en 1973. Il purge actuellement une peine perpétuelle à la prison de Leopoldov.

7. Accusé de plusieurs infractions graves, il fut maintenu en détention provisoire du 1^{er} septembre 2001 au 9 février 2006, date à laquelle il commença à purger la peine de neuf ans d'emprisonnement qui lui avait été infligée pour vol. Des précisions à cet égard se trouvent dans la décision sur la recevabilité de la présente requête, adoptée le 20 octobre 2010.

8. Durant sa détention provisoire, le requérant saisit la direction générale de l'administration pénitentiaire de plusieurs plaintes dans lesquelles il dénonçait les conditions de sa détention. Il y soulevait plusieurs points, notamment les restrictions apportées au droit en matière de visite (les visites n'étaient autorisées qu'une fois par mois pendant trente minutes et les détenus ne pouvaient parler à leurs visiteurs qu'à travers une paroi), les conditions régissant l'achat de nourriture en prison, l'absence d'eau chaude dans sa cellule et le manque de contact avec les autres détenus. Il alléguait également que les détenus condamnés qui purgeaient leur peine avaient plus de droits que lui-même qui se trouvait en détention provisoire.

9. La direction générale de l'administration pénitentiaire répondit au requérant à plus de dix reprises, jugeant l'ensemble de ses plaintes mal fondées et estimant que les conditions subies par lui dans les prisons où il était détenu durant l'enquête et la procédure judiciaire étaient conformes au droit applicable.

10. En outre, le requérant fut tenu, durant sa détention provisoire de même qu'après sa condamnation, de consacrer la moitié de l'argent qu'il recevait de sa famille au remboursement de sa dette à l'égard de l'Etat (laquelle résultait de décisions judiciaires et de l'obligation légale de contribuer aux frais de son entretien en prison), à défaut de quoi il n'était pas autorisé à acheter des denrées alimentaires supplémentaires dans le magasin de la prison.

Ainsi, le montant de la dette totale du requérant était d'environ 750 euros (EUR) en mars 2008, dont il remboursa environ 360 EUR de décembre 2002 à janvier 2008.

11. Le 16 janvier 2003, le requérant se plaignit auprès du procureur général d'une violation de ses droits fondamentaux ; il dénonçait notamment les modalités que l'Etat lui avait imposées pour le remboursement de la dette résultant de l'obligation légale de contribuer à sa subsistance en prison.

12. Le 30 janvier 2003, le procureur général rejeta cette plainte, n'ayant constaté aucune violation de la loi dans le cas du requérant.

13. Durant toute la durée de sa détention au cours de l'enquête et du procès, le requérant ne put regarder la télévision, alors que les condamnés avaient la possibilité de la regarder collectivement dans la salle de réunion de l'aile de la prison où ils étaient détenus. L'administration pénitentiaire permettait aux détenus d'écouter par le système de radiodiffusion de la

prison une station de radio privée et une station publique, dont les émissions étaient diffusées en alternance un jour sur deux. Le requérant fut maintenu seul dans sa cellule pendant la quasi-totalité de sa détention provisoire.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Le cadre juridique concernant la détention provisoire

1. *La loi de 1993 sur la détention, en vigueur jusqu'au 30 juin 2006 (loi n° 156/1993)*

14. D'après l'article 2 § 1 de la loi de 1993 sur la détention, l'incarcération d'une personne durant une enquête et une procédure judiciaire devait respecter le droit de l'intéressé à être présumé innocent. Toute restriction devait être justifiée par le but de la détention et par la nécessité d'assurer l'ordre, la sécurité d'autrui et la protection de la propriété dans les lieux de détention des prévenus. L'article 2 § 2 ne permettait de restreindre que les droits dont les personnes détenues ne pouvaient se prévaloir du fait de leur détention provisoire. Celle-ci ne devait pas porter atteinte à la dignité humaine du prévenu.

15. L'article 10 § 1 énonçait qu'un prévenu détenu durant une enquête et une procédure judiciaire était autorisé à recevoir des visiteurs une fois par mois pendant au moins trente minutes. Si cela se justifiait, le directeur de la prison pouvait autoriser des visites plus fréquentes ou une autre forme de contact. L'article 10 § 5 disposait que les visites au prévenu devaient se dérouler en présence d'un gardien et sans contact direct entre le prévenu et le visiteur. Le directeur de la prison pouvait prendre d'autres dispositions lorsque cela se justifiait.

16. D'après l'article 12a § 10, un prévenu était autorisé à utiliser son argent pour l'achat de provisions ou d'autres articles en prison, sous réserve de satisfaire aux exigences légales pertinentes. Celles-ci incluaient notamment l'obligation pour le prévenu de consacrer au remboursement de sa dette à l'égard de l'administration pénitentiaire ou d'autres personnes un montant au moins équivalent à celui qu'il souhaitait retirer de son compte en prison. En cas d'inobservation de cette obligation et des autres conditions, le directeur de la prison devait autoriser le détenu, sur demande écrite, à utiliser son argent pour l'achat de médicaments ou d'autres articles nécessaires aux soins médicaux qui n'étaient pas fournis gratuitement en vertu de la loi pertinente, ainsi que de produits de base d'hygiène personnelle, et pour le paiement des taxes et frais applicables (article 12 § 11).

2. *La loi de 2006 sur la détention, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006 (loi n° 221/2006)*

17. Conformément à l'article 19 § 1 de la loi de 2006 sur la détention, un prévenu est autorisé à recevoir des visiteurs toutes les trois semaines pendant au moins une heure.

Lorsqu'un prévenu est détenu au motif qu'il risque de faire pression sur des témoins ou des coprévenus, ou d'entraver l'enquête pénale sur l'affaire, il ne peut recevoir de visiteurs qu'avec l'accord de l'autorité de poursuite ou du tribunal chargé de l'affaire (article 19 § 2).

Les prévenus détenus dans des prisons de sécurité minimale sont, en règle générale, autorisés à avoir des contacts directs avec leurs visiteurs. Sinon, les visites se déroulent sans contact direct, à moins que le directeur de la prison n'en décide autrement, et en présence d'un gardien. Dans les situations exposées à l'article 19 § 2, l'autorité de poursuite ou le tribunal peuvent demander que la visite se déroule en présence d'un ou plusieurs de leurs représentants (article 19 § 3).

B. Le cadre juridique concernant l'exécution des peines d'emprisonnement

1. *La loi de 1965 sur l'exécution des peines d'emprisonnement, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005 (loi n° 59/1965)*

18. D'après l'article 1 § 1 de la loi de 1965, l'exécution d'une peine d'emprisonnement avait pour but d'empêcher les personnes condamnées de commettre d'autres infractions et de les préparer de façon continue à un mode de vie approprié.

19. L'article 2 énumérait les activités culturelles et pédagogiques comme l'un des moyens d'atteindre le but poursuivi par l'emprisonnement des personnes condamnées.

20. L'article 11 prévoyait les droits sociaux des détenus condamnés. Le paragraphe 1 de cette disposition garantissait à ceux-ci les conditions matérielles et culturelles nécessaires à un développement physique et mental approprié.

21. Aux termes de l'article 12 § 3, un détenu condamné était autorisé à recevoir des visites de ses amis et/ou de ses proches à une heure fixée par le directeur de la prison. La fréquence des visites dépendait du régime de sécurité auquel le détenu condamné était soumis: au moins une visite tous les quinze jours pour les détenus condamnés soumis à un régime de sécurité minimale, une tous les mois pour ceux soumis à un régime de sécurité

moyenne et une toutes les six semaines pour ceux soumis à un régime de sécurité maximale. Les visites aux détenus condamnés soumis à un régime de sécurité moyenne ou maximale se déroulaient sans contact physique. Le directeur de la prison pouvait exceptionnellement en décider autrement.

2. La loi de 2005 sur l'exécution des peines d'emprisonnement, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006 (loi n° 475/2005)

22. L'article 24 § 1 énonce qu'un détenu condamné est autorisé à recevoir des visiteurs au moins une fois par mois pendant deux heures.

23. D'après l'article 28 § 3, lorsqu'un détenu condamné n'a pas payé une partie de sa dette envers l'État au titre de sa contribution aux frais d'entretien due par les détenus et envers d'autres créanciers inscrits auprès des autorités pénitentiaires, il ne peut utiliser son argent que pour l'achat de produits d'hygiène de base, d'articles nécessaires à sa correspondance, de médicaments (ceux qui ne sont pas fournis gratuitement), et pour le paiement de frais médicaux ainsi que de dettes et de frais de procédure et administratifs.

24. En vertu de l'article 34 § 1, un détenu condamné peut utiliser dans sa cellule, à ses frais et sous réserve de l'approbation du directeur de la prison, ses propres postes de radio et de télévision.

3. Le règlement du ministère de la Justice de 1994 relatif à l'exécution des peines d'emprisonnement, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005 (règlement n° 125/1994)

25. L'article 3 § 1 de ce règlement énonçait que le traitement réservé aux détenus condamnés devait être de nature à limiter l'impact négatif de l'emprisonnement sur leur personnalité.

26. L'article 8 § 1 du règlement énumérait les activités auxquelles pouvaient s'adonner les détenus condamnés, notamment les activités sportives et de loisir, l'écoute d'émissions de radio et la possibilité de regarder la télévision et des films, ainsi que des activités culturelles, éducatives ou récréatives personnelles.

27. L'article 8 § 6 disposait que les détenus condamnés étaient autorisés à suivre des émissions de radio et de télévision. Cette activité devait être régie par le règlement de la prison.

28. La fréquence et la durée des visites d'amis et/ou de proches au détenu condamné étaient fixées par les articles 80, 86 et 90 du règlement. Les détenus condamnés soumis à un régime de sécurité minimale avaient droit à une visite au moins une fois tous les quinze jours, ceux soumis à un régime de sécurité moyenne à une visite par mois et ceux soumis à un

régime de sécurité maximale à une visite toutes les six semaines. En principe, les visites devaient se dérouler sans surveillance directe d'un gardien dans les prisons de sécurité minimale. Dans les autres cas, les visites devaient être surveillées par un gardien et il ne devait y avoir aucun contact entre le détenu condamné et le visiteur. Dans les trois types de prison, la durée minimale d'une visite devait être de deux heures.

III. DOCUMENTS INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

29. L'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui lie la République slovaque depuis le 28 mai 1993, est ainsi libellé dans ses parties pertinentes en l'espèce :

«2. a) Les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées; (...)»

30. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a adopté, le 10 avril 1992, l'observation générale n° 21 sur l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les parties pertinentes en l'espèce de cette observation se lisent ainsi :

«9. Le paragraphe 2 de l'article 10 prévoit en son alinéa a que les prévenus doivent, sauf circonstances exceptionnelles, être séparés des condamnés. Cette séparation est nécessaire pour faire ressortir qu'un prévenu n'est pas une personne condamnée et qu'il a le droit d'être présumé innocent, comme le dispose le paragraphe 2 de l'article 14. (...)»

B. Les documents du Conseil de l'Europe

1. *Les règles pénitentiaires européennes*

31. Les règles pénitentiaires européennes sont des recommandations du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe concernant un ensemble de règles minima à mettre en œuvre dans les prisons. Le Comité des Ministres y recommande aux Etats de s'inspirer dans leurs législation et pratique internes des principes retenus dans le texte des règles pénitentiaires européennes, et de donner à ce texte la plus large diffusion possible auprès des autorités judiciaires, du personnel pénitentiaire et des détenus.

a) *Les règles pénitentiaires européennes de 1987*

32. Les règles pénitentiaires européennes de 1987 (Recommandation n° R(87)3), adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

le 12 février 1987, énonçaient dans la cinquième partie les critères de base applicables aux prévenus, notamment les suivantes :

«91. Sans préjudice des dispositions légales relatives à la protection de la liberté individuelle et suivant la procédure applicable aux prévenus, ces derniers, qui jouissent d'une présomption d'innocence jusqu'à ce que leur culpabilité soit établie, doivent (...) être traités sans autres restrictions que celles imposées par la procédure pénale et la sécurité de l'établissement.

92.1. Tout prévenu doit immédiatement pouvoir informer sa famille de sa détention et se voir accorder toutes les facilités raisonnables pour pouvoir communiquer avec celle-ci, et avec ses amis et les personnes avec lesquelles il a un intérêt légitime d'entrer en contact.

2. Il doit aussi être autorisé à recevoir, dans des conditions pleinement satisfaisantes du point de vue humain, des visites de ces personnes, sous réserve des restrictions et des mesures de surveillance nécessaires dans l'intérêt de l'administration de la justice, de la sécurité et du bon ordre de l'établissement.»

b) Les règles pénitentiaires européennes de 2006

33. Le 11 janvier 2006, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une nouvelle version des règles pénitentiaires européennes (Recommandation n° R(2006)2). Il y considère que les règles de 1987 «doive[nt] être révisée[s] et mise[s] à jour de façon approfondie pour pouvoir refléter les développements qui sont survenus dans le domaine de la politique pénale, les pratiques de condamnation ainsi que de gestion des prisons en général en Europe».

34. Les règles de 2006 énoncent notamment les critères suivants applicables aux prévenus :

«95.1. Le régime carcéral des prévenus ne doit pas être influencé par la possibilité que les intéressés soient un jour reconnus coupables d'une infraction pénale.

(...)

95.3. Dans leurs rapports avec les prévenus, les autorités doivent être guidées par les règles applicables à l'ensemble des détenus et permettre aux prévenus de participer aux activités prévues par lesdites règles.

(...)

99. A moins qu'une autorité judiciaire n'ait, dans un cas individuel, prononcé une interdiction spécifique pour une période donnée, les prévenus :

a) doivent pouvoir recevoir des visites et être autorisés à communiquer avec leur famille et d'autres personnes dans les mêmes conditions que les détenus condamnés ;

b) peuvent recevoir des visites supplémentaires et aussi accéder plus facilement aux autres formes de communication ; (...))»

2. Les rapports du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sur ses visites en République slovaque

35. Le 6 décembre 2001, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du Conseil de l'Europe a publié son rapport sur la visite effectuée en Slovaquie du 9 au 18 octobre 2000. Les passages pertinents en l'espèce de ce rapport se lisent ainsi :

«79. Dans le rapport relatif à la visite de 1995 (cf. paragraphes 126 à 130 du document CPT/Inf(97)2), le CPT avait souligné l'importance que revêtait pour les détenus la possibilité de maintenir de bons contacts avec le monde extérieur. Compte tenu de la situation constatée en 1995, le Comité avait recommandé que le nombre d'heures de visite auquel avaient droit les prévenus incarcérés à la prison de Bratislava soit considérablement augmenté et il avait invité les autorités slovaques à réfléchir attentivement à la possibilité de permettre à ces détenus que leurs visites se déroulent dans des conditions plus ouvertes. (...)

80. Dans leurs réponses, les autorités slovaques avaient exprimé quelques doutes concernant l'approche préconisée par le CPT, principalement en raison de l'objectif de préservation de l'intérêt de la justice (empêcher la collusion, etc.).

Il n'est donc pas étonnant que la délégation qui a effectué la visite en l'an 2000 n'ait constaté dans ce domaine que peu ou pas de changements. En particulier, le droit de visite des prévenus restait limité à seulement trente minutes par mois (par quinzaine dans le cas des mineurs), bien que les prévenus puissent recevoir de temps à autre une visite supplémentaire à la discrétion du directeur. En outre, les visites de ces détenus continuaient de se dérouler dans des cabines, le détenu et le(s) visiteur(s) étant séparés par une vitre. (...)

81. Le CPT admet que, dans certains cas, il soit justifié, pour des raisons de sécurité ou pour protéger le bon déroulement d'une enquête, que les visites se déroulent dans des cabines et/ou sous surveillance. Cependant, le CPT souhaite inviter à nouveau les autorités slovaques à s'orienter vers des modalités de visites plus ouvertes pour les prévenus en général. (...)

Les arguments fondés sur la nécessité de protéger l'intérêt de la justice ne sont absolument pas convaincants pour justifier le droit de visite actuellement insuffisant dont bénéficient les prévenus. Le CPT recommande donc à nouveau que le droit de visite des prévenus fasse l'objet d'une augmentation significative (par exemple, qu'il soit porté à trente minutes par semaine). (...)

36. Le 2 février 2006, le CPT a publié son rapport relatif à la visite effectuée en Slovaquie du 22 février au 3 mars 2005. Les passages pertinents en l'espèce sont ainsi libellés :

«46. Un problème fondamental concernant les prévenus dans la République slovaque est le manque total d'activités hors cellule pour les détenus.

Au moment de la visite, les prévenus étaient enfermés vingt-trois heures par jour dans leur cellule dans un état d'oisiveté forcée; leur seule source de distraction était de lire des livres empruntés à la bibliothèque de la prison et d'écouter la radio, et, dans un nombre restreint de cas, de regarder la télévision. Aucun travail n'était proposé à ces détenus, et les possibilités de pratiquer une activité sportive étaient rares et, loin s'en faut accessibles à tous. (...) Les effets délétères d'un régime aussi restrictif étaient exacerbés par la durée prolongée du maintien en détention provisoire. (...)

Le CPT en appelle aux autorités slovaques pour qu'elles prennent des mesures, en priorité, pour définir et mettre en œuvre un programme complet d'activités hors cellules (y compris des activités de groupe) pour les prévenus. L'objectif serait de permettre à tous les prévenus de passer une partie raisonnable de la journée en dehors de leur cellule, occupés à des activités motivantes et de nature variée (activités de groupe, travail, de préférence à vocation professionnelle, éducation, sport). Le cadre juridique qui régit la détention provisoire devrait être révisé en conséquence. (...)

61. La situation concernant les droits aux visites pour les prévenus n'a pas changé au cours des dix dernières années. Comme auparavant, les adultes n'étaient autorisés qu'à une seule visite de trente minutes par mois, (...) Les conditions dans lesquelles avaient lieu les visites étaient toujours les mêmes – en parloir fermé avec un écran séparant le détenu de ses visiteurs. C'est exactement la même situation que lors de la première visite du CPT en République slovaque en 1995.

Le CPT en appelle aux autorités slovaques pour qu'elles révisent les dispositions juridiques pertinentes afin d'accroître substantiellement les droits aux visites pour les prévenus. L'objectif devrait être d'autoriser une visite par semaine, d'une durée minimale de trente minutes. Par ailleurs, le Comité invite les autorités slovaques à mettre en place davantage de parloirs ouverts pour les visites aux prévenus.»

37. La réponse du gouvernement slovaque à ce dernier rapport, publié le 2 février 2006, renferme les informations suivantes :

« En vertu des recommandations méthodologiques émises par le directeur général du CPCG (n° GR ZVJS-116-45/20-2003) conformément à la législation en vigueur sur l'exécution de la détention provisoire, les prévenus sont autorisés à disposer de leur propre poste de télévision dans certaines conditions. Les recommandations méthodologiques émises par le directeur général du CPCG (n° GR ZVJS-116-38/20-2003) prévoient des activités de loisir et autorisent l'exercice de certains sports et d'activités correspondant à un centre d'intérêt personnel, notamment par les jeunes et les femmes en détention provisoire. Les maisons d'arrêt s'efforcent en permanence de créer les conditions spatiales et matérielles permettant aux prévenus de s'adonner à des activités correspondant à un centre d'intérêt personnel ou à des activités sportives en intérieur et en extérieur.

La question de la création d'un programme d'activités approprié à l'intention des prévenus est également traitée dans le nouveau projet de loi sur la détention provisoire, qui est actuellement examiné par le Conseil national de la République slovaque dans le cadre de la recodification du code pénal et du code de procédure pénale. Le nouveau projet de loi sur la détention provisoire tend à l'introduction d'un régime de

détention provisoire moins strict et propose la répartition des prévenus en catégories afin de leur permettre de participer à certaines activités correspondant à un centre d'intérêt personnel qui seraient de nature à modérer ou à réduire l'impact négatif de l'emprisonnement sur eux. La mise en œuvre de programmes d'activités adéquats à l'intention de l'ensemble des prévenus dépend de la création de conditions adaptées en matière d'espace, d'équipement et de personnel. Après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le CPCG mettra progressivement en place les conditions matérielles pour la mise en œuvre des programmes susmentionnés et lancera leur mise en œuvre pratique.

(...)

Dans le cadre du nouveau projet de loi sur la détention provisoire, le nombre de visites auxquelles les prévenus ont droit doit passer d'une visite d'au moins trente minutes par mois à une visite d'au moins une heure toutes les trois semaines. Lorsque cela se justifie, le directeur de la prison sera en droit d'autoriser des visites plus fréquentes (...)»

EN DROIT

I. SUR L'OBJET DU LITIGE

38. Le 20 octobre 2010, la Cour a déclaré recevables les griefs du requérant sur le terrain: i. des articles 8 et 14 concernant la différence de traitement alléguée entre le requérant lorsqu'il se trouvait en détention provisoire et les détenus condamnés; ii. de l'article 1 du Protocole n° 1 relativement à l'utilisation par l'intéressé de son argent en prison; et iii. de l'article 13 concernant l'absence de recours effectif à cet égard. Elle a déclaré la requête irrecevable pour le surplus.

39. Quant aux griefs soulevés sous l'angle des articles 8 et 14 de la Convention en particulier, la Cour a examiné notamment les questions relatives au droit du requérant en matière de visite, à l'impossibilité pour lui de regarder la télévision et de disposer d'un poste de radio personnel, et à l'absence d'installations appropriées permettant aux prévenus d'avoir de l'eau chaude et de préparer des boissons chaudes dans leur cellule. La Cour rappelle qu'elle a déclaré cette partie de la requête recevable pour autant que les violations alléguées des droits du requérant découlaient de la législation en vigueur à l'époque des faits.

40. Dans ses observations sur le fond de l'affaire, le requérant soutient que la Cour doit également examiner si les faits dénoncés s'analysent en une violation de ses droits découlant des articles 3 et 6 §§ 1 et 2 de la Convention.

41. La Cour note que la décision susmentionnée sur la recevabilité de la requête délimite l'objet du litige dont elle se trouve saisie. Elle n'est donc pas appelée à examiner dans le contexte de la présente requête si les faits dénoncés donnent lieu à une violation d'autres dispositions de la Convention, comme le soutient le requérant.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT OU COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14

42. Le requérant allègue que, durant sa détention provisoire, ses droits ont fait l'objet de restrictions plus importantes que ceux des détenus condamnés purgeant leur peine d'emprisonnement. Il y voit une violation des articles 8 et 14 de la Convention, lesquels sont ainsi libellés dans leurs parties pertinentes en l'espèce :

Article 8

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

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

Article 14

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

A. Thèses des parties

1. Le requérant

43. Le requérant allègue en particulier que durant sa détention provisoire il n'a été autorisé à recevoir qu'une fois par mois des visites dont la durée était toujours limitée au minimum légal, à savoir trente minutes. Il n'aurait pu avoir de contacts directs avec ses visiteurs, ayant été séparé de ceux-ci par une paroi et n'ayant pu leur parler qu'au moyen d'un téléphone. La durée des visites qu'il était autorisé à recevoir aurait été plus courte que celle à laquelle les détenus condamnés avaient droit.

44. Pendant sa détention provisoire, le requérant n'aurait pu écouter que deux stations de radio sélectionnées par l'administration pénitentiaire – l'une publique, l'autre privée – chacune étant diffusée en alternance un jour sur deux par le réseau interne central. Il n'aurait jamais pu regarder la télévision. En revanche, les détenus condamnés auraient été autorisés à regarder la télévision tous les jours dans des salles destinées à cette activité et à disposer de leur poste de radio personnel dans leur cellule, ce qui leur aurait permis de suivre les émissions de leur choix. En outre, durant sa détention provisoire, le requérant n'aurait pu s'adonner aux diverses activités sportives, assister à des événements culturels et participer à des groupes de loisir, alors que les détenus condamnés en auraient eu la possibilité.

45. Le requérant estime que rien ne justifiait de lui imposer ce type de restrictions en tant que prévenu détenu durant une enquête et une procédure judiciaire avant qu'un verdict ne fût rendu. Il soutient en particulier que les détenus dans sa situation n'ont pas encore été reconnus coupables et ne devraient donc pas être placés dans une situation plus défavorable que les détenus condamnés. Les restrictions dont il a fait l'objet auraient été sans rapport avec la bonne conduite de la procédure pénale et lui auraient été imposées pendant toute la durée de sa détention provisoire, à savoir pendant plus de quatre ans.

2. Le Gouvernement

46. Le Gouvernement soutient que lorsque le requérant dit avoir été placé dans une position plus défavorable que les détenus condamnés, il met en rapport des situations qui ne sont pas comparables. D'après lui, la détention durant une procédure judiciaire et celle subie au titre d'une peine d'emprisonnement poursuivent des buts différents. La première viserait à assurer la présence du prévenu aux fins de la procédure pénale et le bon déroulement de celle-ci. La seconde représenterait la forme la plus sévère de punition du droit pénal. Toute différence entre les deux régimes, qui en tout état de cause n'aurait pas été importante, résulterait des différences dans le droit applicable. Le requérant n'aurait pas fait l'objet d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention.

47. D'après le Gouvernement, la loi en vigueur à l'époque des faits ne renfermait aucune disposition prévoyant la possibilité pour les prévenus détenus de regarder des émissions télévisées, que ce soit collectivement ou individuellement dans leur cellule. En 2003, une instruction émise par l'administration pénitentiaire générale aurait autorisé les prévenus détenus à utiliser à leurs frais leur propre poste de télévision dans leur cellule lorsque cela était techniquement faisable. Le Gouvernement admet que l'utilisation

de téléviseurs personnels n'était pas possible, pour des raisons techniques, dans le bâtiment où le requérant a été maintenu en détention provisoire.

A l'époque des faits, les détenus condamnés auraient été autorisés à regarder la télévision, conformément au règlement n° 125/1994, dans les salles de réunion de la prison.

48. Enfin, le Gouvernement soutient qu'en tout état de cause toutes les restrictions relevaient d'une pratique normale et étaient imposées au requérant exclusivement dans l'intérêt du maintien de l'ordre et du bon fonctionnement des prisons. D'après lui, les personnes détenues durant une enquête et une procédure judiciaire doivent s'attendre à voir certains de leurs droits restreints. L'ensemble des restrictions imposées au requérant auraient été conformes au droit applicable et ne pourraient passer pour discriminatoires.

B. Appréciation de la Cour

49. Le requérant se plaignant pour l'essentiel d'une différence injustifiée de traitement entre lui-même en tant que personne en détention provisoire et les détenus condamnés purgeant leur peine d'emprisonnement, la Cour estime qu'il y a lieu d'examiner d'abord les griefs sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, puis sur le terrain de l'article 8 isolément.

1. Sur la violation alléguée de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

50. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention protège les personnes placées dans des situations analogues contre toute différence de traitement non justifiée dans la jouissance des droits et libertés que leur garantit la Convention. Cette disposition n'a pas d'existence indépendante puisqu'elle vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés que les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles consacrent. Toutefois, elle peut entrer en jeu même sans un manquement aux exigences de ces clauses et, dans cette mesure, possède une portée autonome. Pour qu'elle trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (*Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, nos 55480/00 et 59330/00, § 38, CEDH 2004-VIII).

51. En conséquence, la Cour recherchera si les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8, s'il y a eu une différence de traitement à l'égard du requérant et, dans l'affirmative, si cette différence est compatible avec l'article 14 de la Convention.

a) Sur le point de savoir si les faits de l'espèce relèvent de l'article 8 de la Convention

52. La Cour a dit précédemment que la détention, tout comme d'autres mesures privatives de liberté, entraîne, par nature, des restrictions à la vie privée et familiale de l'intéressé. Des restrictions telles que la limitation du nombre de visites familiales et la surveillance de ces visites constituent une ingérence dans l'exercice par le détenu de ses droits découlant de l'article 8 mais ne sont pas en elles-mêmes contraires à cette disposition (voir, parmi d'autres, *Bogusław Krawczak c. Pologne*, n° 24205/06, §§ 107-108, 31 mai 2011, et *Moïsseïev c. Russie*, n° 62936/00, §§ 207-208, 9 octobre 2008).

53. L'impossibilité pour le requérant de regarder la télévision pendant sa détention peut, en l'espèce, avoir eu un impact sur sa vie privée telle que protégée par l'article 8, qui englobe le droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec le monde extérieur ainsi que le droit au développement personnel (*Uzun c. Allemagne*, n° 35623/05, § 43, CEDH 2010). Pareille activité peut également être considérée comme importante pour le maintien de l'équilibre mental d'une personne qui, comme le requérant, est demeuré en détention provisoire pendant une longue période. La Cour a dit que la sauvegarde de la stabilité mentale est un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée (voir, *mutadis mutandis*, *Dolenec c. Croatie*, n° 25282/06, § 57, 26 novembre 2009). Les considérations qui précèdent n'impliquent toutefois pas que l'impossibilité de regarder la télévision en prison est en soi contraire à l'article 8.

54. La Cour admet donc que, parmi les faits litigieux entrant dans le cadre de la présente requête tel que délimité par la décision sur la recevabilité (voir également le paragraphe 39 ci-dessus), ceux concernant les visites familiales et l'absence alléguée d'accès à la télévision ont porté atteinte aux droits du requérant au respect de sa vie privée et familiale protégés par l'article 8. Conformément à la décision sur la recevabilité, la Cour examinera l'ingérence et le traitement discriminatoire allégué subi dans ce contexte par le requérant exclusivement dans la mesure où ils découlent des lois applicables à l'époque des faits.

b) Sur le point de savoir si le requérant se trouvait dans une « autre situation » et si sa situation était comparable à celle d'un détenu condamné

55. La détention provisoire d'une personne peut être considérée comme plaçant l'intéressé dans une situation juridique distincte qui, même si elle peut être imposée contre le gré de l'intéressé et si elle est généralement temporaire, est indissociable de la situation personnelle et de l'existence de l'individu. La Cour est donc convaincue, et les parties ne le contestent

pas, que la détention provisoire du requérant relève de la notion d'« autre situation » au sens de l'article 14 de la Convention (voir, *mutadis mutandis*, *Shelley c. Royaume-Uni* (déc.), n° 23800/06, 4 janvier 2008, et *Clift c. Royaume-Uni*, n° 7205/07, §§ 55-63, 13 juillet 2010).

56. Pour qu'une question se pose sous l'angle de l'article 14, il doit y avoir une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans une situation analogue ou comparable (*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-IV). L'obligation de démontrer l'existence d'une « situation analogue » ne signifie pas que les groupes comparés doivent être identiques. Le fait que la situation du requérant ne soit pas totalement analogue à celle d'un détenu condamné et l'existence entre les divers groupes de différences fondées sur le but de la privation de liberté n'exclut pas l'application de l'article 14. Il faut démontrer que le requérant, eu égard à la particularité de son grief, s'est trouvé dans une situation comparable à celle d'autres personnes qui ont été traitées différemment (*Clift*, précité, § 66).

57. Les griefs du requérant qui font l'objet de l'examen de la Cour se rapportent aux dispositions juridiques régissant les droits en matière de visite et à l'impossibilité pour l'intéressé de regarder la télévision en prison. Ces dispositions concernent donc des questions présentant un intérêt pour tous les détenus, puisqu'elles délimitent l'étendue des restrictions à la vie privée et familiale inhérentes à la privation de liberté, quels que soient les motifs sur lesquels ces restrictions sont fondées.

58. La Cour estime donc, en ce qui concerne les faits en litige, que le requérant peut prétendre se trouver dans une situation comparable à celle des détenus condamnés.

c) Sur le point de savoir si la différence de traitement était objectivement justifiée

59. Une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les États 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. L'étendue de cette marge varie selon les circonstances, les domaines et le contexte. La Cour a admis qu'une vaste marge d'appréciation s'applique en principe relativement aux questions concernant les détenus et la politique pénale (*Clift*, précité, § 73 avec les références citées).

60. Quant aux faits de l'espèce, la Cour relève que le requérant a été maintenu en détention provisoire du 1^{er} septembre 2001 au 9 février 2006. Pendant cette période, son régime de détention était régi par la loi de 1993 sur la détention. En vertu de l'article 10 §§ 1 et 5 de cette loi, un prévenu détenu durant l'enquête et la procédure judiciaire était autorisé à recevoir des visiteurs une fois par mois pendant au moins trente minutes. Les visites se déroulaient sans contact direct entre le prévenu et le visiteur. Le directeur de la prison avait le pouvoir discrétionnaire de prendre d'autres dispositions (paragraphe 15 ci-dessus). Il ressort toutefois des documents soumis à la Cour que de telles dispositions n'étaient pas fréquemment prises de manière générale et ne l'ont pas été en ce qui concerne le requérant en particulier.

61. Durant la même période, la durée légale des visites aux détenus condamnés était de deux heures au moins. Du 1^{er} septembre 2001 au 31 décembre 2005, la fréquence de ces visites était fonction du niveau de sécurité de l'établissement pénitentiaire où ils se trouvaient. Dans les établissements de sécurité minimale, les détenus condamnés étaient autorisés à recevoir des visites de proches au moins une fois tous les quinze jours et les contacts directs étaient autorisés entre les visiteurs et les condamnés en pareil cas. Dans les établissements de sécurité moyenne, les détenus condamnés avaient droit à des visites de proches une fois par mois et dans les établissements de sécurité maximale une fois toutes les six semaines. Dans les établissements de sécurité moyenne et maximale, les visites étaient surveillées par un gardien de prison et aucun contact direct n'était autorisé entre le détenu condamné et son visiteur. Depuis le 1^{er} janvier 2006, la loi de 2005 sur l'exécution des peines de prison autorise les condamnés à recevoir des visiteurs au moins une fois par mois pendant deux heures (paragraphe 21-22 ci-dessus).

62. Ainsi, à l'époque des faits, la durée des visites aux prévenus placés en détention provisoire comme le requérant était considérablement plus courte (trente minutes) que celle que la loi prévoyait pour les détenus condamnés (deux heures).

En outre, pendant une large part de la période considérée, la fréquence des visites et le type de contact auxquels avaient droit les détenus condamnés étaient fonction du niveau de sécurité de l'établissement pénitentiaire où ils se trouvaient. En particulier, la loi de 1965 sur l'exécution des peines de prison prévoyait des visites au moins une fois tous les quinze jours et autorisait les contacts directs entre le détenu condamné et ses visiteurs dans les établissements de sécurité minimale. Les restrictions aux droits des prévenus en matière de visite étaient applicables de manière générale, indépendamment des raisons de leur placement en détention provisoire et des considérations liées à la sécurité.

63. En vertu de l'article 2 § 1 de la loi de 1993 sur la détention, toute restriction apportée aux droits des détenus devait être justifiée par le but de la détention et par la nécessité de garantir l'ordre, la sécurité d'autrui et la protection de la propriété dans les lieux de détention des prévenus. Le paragraphe 2 de l'article 2 n'autorisait à restreindre que les droits dont les détenus ne pouvaient pas se prévaloir du fait de leur détention provisoire.

64. De l'avis de la Cour, ni les dispositions précitées ni les arguments avancés par le Gouvernement ne fournissent une justification objective et raisonnable pour restreindre plus strictement en matière de visite les droits des prévenus – qui doivent être présumés innocents (paragraphe 14 ci-dessus) – que ceux des détenus condamnés tant en ce qui concerne les aspects susmentionnés que de manière générale. Ces dispositions ont d'ailleurs été critiquées par le CPT dans ses rapports sur ses visites en Slovaquie en 1995, 2000 et 2005 (paragraphe 35 et 36 ci-dessus).

65. Quant à l'absence de contact direct avec les visiteurs, la Cour rappelle avoir dit dans une affaire antérieure que la séparation physique d'un prévenu de ses visiteurs tout au long des trois ans et demi qu'avait duré sa détention provisoire n'était pas justifiée au regard du second paragraphe de l'article 8 de la Convention, en l'absence de nécessité établie telle que des considérations de sécurité (*Moïsseïev*, précité, §§ 258-259). Elle observe en outre que, sauf exception relevant du pouvoir discrétionnaire du directeur de la prison, la loi en vigueur à l'époque des faits n'autorisait pas les personnes en détention provisoire à avoir des contacts directs avec leurs visiteurs, quelle que fût leur situation particulière.

66. La Cour partage le point de vue exprimé par le CPT dans son rapport du 6 décembre 2001 sur sa visite en Slovaquie, selon lequel des restrictions particulières aux droits d'un détenu de recevoir des visites peuvent dans certains cas être justifiées par des motifs liés à la sécurité ou par la nécessité de protéger les intérêts légitimes d'une enquête (paragraphe 35 ci-dessus, et *Vlassov c. Russie*, n° 78146/01, § 123, 12 juin 2008, avec les références qui y sont citées). Il est toutefois possible d'atteindre cet objectif par d'autres moyens qui ne touchent pas l'ensemble des détenus et qui tiennent compte de la nécessité des restrictions. On pourrait par exemple envisager plusieurs catégories de détention ou définir des restrictions particulières applicables au cas par cas.

67. Les considérations qui précèdent vont également dans le sens des instruments internationaux pertinents. Ainsi, l'article 10 § 2 a) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques exige notamment que les prévenus soient, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et soient soumis à un régime distinct, approprié à leur condition

de personnes non condamnées qui jouissent du droit d'être présumées innocentes (paragraphe 29 et 30 ci-dessus).

Les règles pénitentiaires européennes de 1987 énonçaient que les prévenus, qui jouissent d'une présomption d'innocence jusqu'à ce que leur culpabilité soit établie, devaient être traités sans autres restrictions que celles imposées par la procédure pénale et la sécurité de l'établissement (paragraphe 32 ci-dessus).

Enfin, les règles pénitentiaires européennes de 2006, qui ont été adoptées peu avant la fin de la détention provisoire du requérant, disposent que, sauf raison spécifique s'y opposant, les prévenus doivent pouvoir recevoir des visites et être autorisés à communiquer avec leur famille et d'autres personnes dans les mêmes conditions que les détenus condamnés. En outre, ils doivent pouvoir recevoir des visites supplémentaires et aussi accéder plus facilement aux autres formes de communication (paragraphe 34 ci-dessus).

68. La Cour observe que la législation nationale adoptée ultérieurement, à savoir la loi de 2006 sur la détention, élargit les droits des prévenus en matière de visite et permet de les différencier afin de faire en sorte que les restrictions imposées correspondent à une nécessité objective (paragraphe 17 ci-dessus). Toutefois, cette législation ne saurait influencer sur la position à adopter en l'espèce.

69. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que les restrictions imposées au requérant en matière de visite familiale ont constitué une mesure disproportionnée, contraire aux droits découlant de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

70. En ce qui concerne le défaut d'accès à la télévision, la loi qui régissait la détention provisoire à l'époque des faits ne prévoyait pas la possibilité de regarder la télévision. En revanche, à l'époque où le requérant se trouvait en détention provisoire, les détenus condamnés avaient le droit et la possibilité de regarder collectivement la télévision dans des salles destinées à cette activité en prison (paragraphe 26, 27 et 47 ci-dessus).

71. En l'absence d'arguments pertinents du Gouvernement, la Cour ne voit aucune justification objective à une telle différence de traitement entre les prévenus et les condamnés. Elle accorde du poids au fait que la possibilité de regarder la télévision est considérée comme faisant partie intégrante des activités culturelles et pédagogiques organisées à l'intention des condamnés, alors que de telles activités ne sont pas prévues par la loi applicable aux prévenus. Le CPT a également formulé des critiques à ce sujet.

72. Certes, l'administration pénitentiaire générale a émis en 2003 des instructions autorisant les personnes détenues à disposer de leur propre poste de télévision dans leur cellule. Cependant, cette mesure n'a aucune incidence sur la situation en l'espèce, étant donné que cette possibilité ne

s'offre qu'aux personnes qui ont les moyens de payer les frais y afférents et, en tout état de cause, cela n'était pas techniquement faisable dans l'aile de la prison où le requérant était détenu.

73. Dès lors, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

2. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention pris isolément

74. Ayant constaté une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 8 pris isolément.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

75. Le requérant se plaint d'être tenu de consacrer la moitié de l'argent qu'il reçoit de sa famille au remboursement de sa dette à l'égard de l'Etat. Il allègue que le refus de payer entraînerait la suspension de son droit d'acheter des denrées alimentaires et d'autres articles dans le magasin de la prison. Il invoque l'article 1 du Protocole n° 1, lequel est ainsi libellé :

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

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

76. Le requérant précise qu'il n'a aucun revenu puisqu'il est détenu depuis plusieurs années. La seule façon pour lui de se procurer l'argent nécessaire pour payer notamment des denrées alimentaires supplémentaires, des effets personnels, du matériel nécessaire à sa correspondance et des médicaments serait de solliciter l'aide de sa famille. Toutefois, il serait tenu de consacrer la moitié de l'argent reçu de celle-ci au remboursement de sa dette à l'égard de l'Etat. Il soutient qu'à défaut de remboursement mensuel d'une partie de cette dette, il ne pourrait pas acheter de denrées alimentaires et d'autres articles dans le magasin de la prison.

77. Dans l'ensemble, considérant la somme d'argent qu'il recevrait de sa famille et l'obligation d'en consacrer la moitié au remboursement de sa dette à l'égard de l'Etat, il lui resterait entre sept et quinze euros par mois à dépenser dans le magasin de la prison. La quantité de nourriture fournie en prison serait insuffisante, ce qui obligerait les détenus à acheter des denrées supplémentaires. D'après le requérant, les restrictions prévues par la loi ne

répondent pas à l'exigence de proportionnalité, un juste équilibre n'étant pas ménagé entre l'intérêt général de la société et ses droits fondamentaux. En conséquence, la législation ferait peser une charge déraisonnable sur lui.

78. Le Gouvernement soutient que la législation pertinente régissant l'utilisation par les détenus de leur argent est compatible avec les exigences de l'article 1 du Protocole n° 1. Cette disposition ne porterait pas atteinte au droit que possèdent les Etats d'adopter les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour s'assurer le paiement d'impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

79. Le but de la législation pertinente serait d'assurer que les détenus remboursent leurs dettes. Le requérant n'aurait le droit d'utiliser son argent que s'il remplit les exigences légales. Plus précisément, tous les mois, il serait tenu de consacrer au remboursement de sa dette à l'administration pénitentiaire ou à d'autres créanciers inscrits un montant au moins équivalent à celui qu'il souhaite retirer de son compte en prison. Néanmoins, d'après le Gouvernement, si une personne ne remplit pas ces exigences, le directeur de la prison peut l'autoriser à acheter des médicaments ou d'autres produits d'hygiène indispensables, ou à payer des impôts ou des frais.

80. Pour le Gouvernement, même si une telle réglementation porte atteinte au droit des détenus de disposer librement de leur argent, elle ne constitue pas une ingérence disproportionnée car les détenus reçoivent de la nourriture, des vêtements et d'autres articles et prestations. Lorsqu'ils disposent de ressources financières supplémentaires, les détenus s'assurent des conditions supérieures à la normale.

81. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1 garantit en substance le droit de propriété. Toute atteinte à ce droit doit être conforme au principe de légalité et poursuivre un but légitime par des moyens raisonnablement proportionnés à celui-ci (pour un rappel des principes pertinents voir, par exemple, *Metalco Bt. c. Hongrie*, n° 34976/05, § 16, 1^{er} février 2011, avec d'autres références).

82. En l'espèce, le requérant est autorisé à utiliser l'argent de son compte en prison pour acheter des denrées alimentaires supplémentaires et d'autres articles au magasin de la prison, mais uniquement s'il consacre un montant au moins équivalent au remboursement de ses dettes inscrites. Il y a donc une atteinte au droit de l'intéressé au respect de ses biens au regard de l'article 1 du Protocole n° 1.

83. Cette atteinte avait à l'origine pour base légale l'article 12a de la loi de 1993 sur la détention et, depuis la condamnation de l'intéressé, elle se fonde sur l'article 28 de la loi de 2005 sur l'exécution des peines de prison (paragraphe 16 et 23 ci-dessus). Le remboursement des dettes

relève incontestablement de l'intérêt général, tel qu'envisagé par l'article 1 du Protocole n° 1.

84. Quant à l'exigence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, la Cour a reconnu que les Etats contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation tant pour choisir les moyens de recouvrement des créances que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause. En pareil cas, la Cour se fiera au jugement des autorités nationales quant à l'intérêt général, à moins qu'il soit manifestement dépourvu de base raisonnable (*Benet Czech, spol. s r.o. c. République tchèque*, n° 31555/05, §§ 30 et 35, 21 octobre 2010).

85. La Cour note que l'atteinte litigieuse restreint mais ne supprime pas la possibilité pour le requérant d'utiliser l'argent de son compte en prison pour acquérir de la nourriture supplémentaire et d'autres articles dans le magasin de la prison.

Elle relève en outre que si une personne ne remplit pas l'obligation relative au remboursement d'une partie de sa dette elle doit néanmoins être autorisée à utiliser son argent pour acheter des médicaments, des produits d'hygiène indispensables ou du matériel de correspondance, ou pour payer des impôts et frais. Il ne ressort pas des documents soumis à la Cour que le requérant n'est pas autorisé à utiliser son argent à ces fins, indépendamment du remboursement d'une partie de sa dette.

86. Eu égard aux informations en sa possession, et considérant l'ample marge d'appréciation accordée aux Etats contractants dans des affaires similaires, la Cour estime que l'atteinte litigieuse n'est pas disproportionnée au but poursuivi.

87. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

88. Le requérant se plaint de n'avoir disposé d'aucun recours effectif relativement aux griefs exposés ci-dessus. Il invoque l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

89. La Cour note qu'elle n'a déclaré recevables et examiné les griefs du requérant tirés des dispositions normatives de la Convention que pour

autant que la violation alléguée découle des prétendues lacunes du droit pertinent.

90. Toutefois, l'article 13 ne saurait être interprété comme exigeant un recours contre l'état du droit national (*Jordachi et autres c. Moldova*, n° 25198/02, § 56, 10 février 2009).

91. Par conséquent, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention.

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

92. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

93. Le requérant sollicite 50 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

94. Le Gouvernement estime que ce montant est excessif.

95. Statuant en équité, la Cour juge approprié d'octroyer au requérant 9 000 EUR pour préjudice moral.

B. Frais et dépens

96. Le requérant demande 500 EUR pour les frais qu'il aurait exposés pour tenter d'obtenir réparation à la fois devant les autorités internes et devant la Cour. Il réclame en outre 3 900 EUR pour sa représentation dans la procédure devant la Cour, ainsi que 920 EUR pour la traduction des observations et pour d'autres dépenses engagées par son avocat.

97. Le Gouvernement estime que toute indemnité doit correspondre aux principes établis dans la jurisprudence de la Cour.

98. La Cour rappelle que l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 41 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux (*Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], n° 38224/03, § 109, 14 septembre 2010).

99. Eu égard aux informations à sa disposition et aux critères susmentionnés, et relevant que le requérant a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire du Conseil de l'Europe (paragraphe 2 ci-dessus), la Cour juge raisonnable de lui accorder la somme additionnelle de 600 EUR pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû par le requérant à titre d'impôt sur cette somme.

C. Intérêts moratoires

100. 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 14 combiné avec l'article 8 de la Convention;
2. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention pris isolément;
3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention;
4. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1;
5. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:
 - i. 9 000 EUR (neuf mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
 - ii. 600 EUR (six cents euros), 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;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 13 décembre 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Santiago Quesada
Greffier

Josep Casadevall
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Gyulumyan et Tsotsoria.

J.C.M.
S.Q.

OPINION CONCORDANTE DES JUGES GYULUMYAN ET TSOTSORIA

(Traduction)

Nous avons voté avec la majorité en faveur d'un constat de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention dans les circonstances particulières de l'espèce. Nous souhaitons toutefois exprimer notre opinion séparée sur certains points de l'arrêt qui, d'après nous, sont cruciaux pour l'élaboration de la jurisprudence de la Cour concernant les droits des personnes en détention provisoire. De ce point de vue, l'arrêt peut bien avoir une portée allant au-delà du système juridique de l'Etat défendeur et avoir des implications pour l'ensemble des Etats contractants.

En l'espèce, le requérant a fondé ses griefs sur les articles 8 et 14 de la Convention, alléguant que pendant sa détention provisoire ses droits avaient fait l'objet de restrictions plus importantes que ceux des détenus condamnés (paragraphe 38-39 et 42 de l'arrêt).

Nous sommes conscientes de la tendance à une protection accrue des droits des personnes en détention provisoire, qui est adéquatement décrite dans les parties pertinentes de l'arrêt. Les principaux éléments de cette protection peuvent se résumer comme suit :

- lorsqu'elles déterminent le régime approprié pour les personnes en détention provisoire, les autorités doivent tenir compte du droit de ces personnes à être présumées innocentes ;
- sauf restriction bien définie quant à sa durée et son contenu imposée par une autorité judiciaire dans un cas particulier, les personnes en détention provisoire doivent jouir au moins des mêmes droits que les détenus condamnés ;
- les restrictions imposées doivent être nécessaires à l'administration de la justice et à la sécurité dans le centre de détention.

Sur la base des éléments susmentionnés se pose la question cruciale de savoir si les personnes en détention provisoire et les détenus condamnés doivent jouir des mêmes droits, ce qui entraîne l'applicabilité de l'article 14 de la Convention. Nous renvoyons ici aux faits suivants de l'affaire : le requérant est demeuré en détention provisoire pendant plus de quatre ans (paragraphe 7 et 60 de l'arrêt). Cette période anormalement longue distingue le cas d'espèce des affaires courantes concernant les droits des personnes en détention provisoire et des détenus condamnés, la détention provisoire étant normalement imposée pour une durée beaucoup plus courte (paragraphe 55 de l'arrêt). Cette circonstance particulière de l'affaire, à savoir la longue durée de la détention provisoire, n'est pas passée inaperçue

et est bien mise en évidence au paragraphe 53 de l'arrêt. Dès lors, nous doutons que les droits des personnes en détention provisoire et ceux des détenus condamnés doivent être égaux en toutes circonstances.

Cela dit, nous n'avons aucune difficulté à nous rallier à la majorité lorsqu'elle estime que le cas d'espèce relève du champ d'application de l'article 14 de la Convention, le gouvernement défendeur ayant également admis l'argument que le requérant, en tant que personne en détention provisoire, se trouvait dans une « autre situation » au sens de l'article 14. En revanche, nous éprouvons des difficultés à nous rallier sans réserve au principal argument avancé par la majorité pour justifier l'applicabilité de l'article 14 de la Convention en l'espèce. Sur ce point, la majorité s'est exprimée ainsi :

57. Les griefs du requérant qui font l'objet de l'examen de la Cour se rapportent aux dispositions juridiques régissant les droits en matière de visite et à l'impossibilité pour l'intéressé de regarder la télévision en prison. Ces dispositions concernent donc des questions présentant un intérêt pour tous les détenus, puisqu'elles délimitent l'étendue des restrictions à la vie privée et familiale inhérentes à la privation de liberté, quels que soient les motifs sur lesquels ces restrictions sont fondées.

Le paragraphe précité et tout l'esprit de l'arrêt (voir, par exemple, le paragraphe 67) nous amènent à conclure que la majorité est favorable, pour le moins implicitement, à l'égalité des situations entre les personnes en détention provisoire et les détenus condamnés. A notre sens, la portée de l'arrêt, tel quel, peut aller bien au-delà des circonstances du cas d'espèce, quelles que soient les conditions préalables à l'imposition de restrictions légitimes aux droits ; il n'est pas certain que l'effet de l'arrêt se limite au droit de recevoir des visites familiales et d'accéder à la télévision, objet des griefs à l'origine de la requête. Nous craignons que, à la lumière de la jurisprudence peu abondante relative à l'application cumulative des articles 8 et 14 de la Convention dans le domaine des règlements pénitentiaires, l'importance de la présente affaire n'ait pas été convenablement appréciée et soigneusement anticipée.

Nous nous trouvons contraintes de dire que, malgré nos désaccords regrettables avec la majorité, nous souscrivons pleinement à la motivation de l'arrêt selon laquelle les droits des personnes en détention provisoire devraient être renforcés, toutefois sans préjudice, notamment, des intérêts légitimes de la procédure pénale et de la sécurité de l'institution concernée. La marge d'appréciation laissée aux Etats contractants dans l'élaboration de la politique pénale doit également être respectée, comme l'affirme la majorité (paragraphe 59 de l'arrêt).

Tel quel, le présent arrêt ne fait pas la lumière sur certaines questions très complexes de la politique pénale qui sont tout aussi importantes et

pertinentes pour les Etats contractants. En raison de l'ambiguïté des thèses développées dans l'arrêt, les intentions incontestablement bonnes de la Cour risquent d'avoir des résultats non voulus.

AL-KHAWAJA AND TAHERY v. THE UNITED KINGDOM
(Applications nos. 26766/05 and 22228/06)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 15 DECEMBER 2011¹

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

SUMMARY¹**Convictions based on statements by absent witnesses****Article 6 § 3 (d)**

Examination of witnesses – Convictions based on statements by absent witnesses – Exceptions to rule requiring witnesses to give evidence at trial – Deceased witness – Absence through fear – Availability of alternative means of giving evidence – Weight attached to evidence of absent witness – Sole or decisive rule – Counterbalancing factors – Effective procedural safeguards

*

* *

The first applicant – Mr Al-Khawaja – a consultant physician, was charged with two counts of indecent assault on two female patients. One of the patients, S.T., died before the trial, but had made a statement to the police prior to her death which was read to the jury. The judge stated that the contents of the statement were crucial to the prosecution on count one as there was no other direct evidence of what had taken place. The defence accepted that if the statement were read to the jury at the trial they would be in a position to rebut it through the cross-examination of other witnesses. During the trial, the jury heard evidence from a number of different witnesses, including the other complainant and two of the dead witness's friends in whom she had confided promptly after the incident. The defence was given the opportunity to cross-examine all the witnesses who gave live evidence. In his summing up, the trial judge reminded the jury that they had not seen S.T. give evidence or be cross-examined and that the allegations were denied. The first applicant was convicted on both counts.

The second applicant – Mr Tahery – was charged, *inter alia*, with wounding with intent following a gangland stabbing. None of those questioned at the scene claimed to have seen the applicant stab the victim, but two days later one of those present, T., made a statement to the police implicating the second applicant. At the trial, the prosecution applied for permission to read out T.'s statement on the ground that he was too frightened to appear in court. The trial judge granted that application after finding on the basis of evidence from both T. and a police officer that T. was afraid of giving evidence (although his fear was not caused by the second applicant) and that special measures, such as testifying behind a screen, would not allay his fears. T.'s witness statement was then read to the jury in his absence. The second applicant

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

also gave evidence. The judge, in his summing up, warned the jury about the danger of relying on T.'s evidence, as it had not been tested under cross-examination. The applicant was convicted and his conviction was upheld on appeal.

Both applicants lodged applications with the European Court complaining that their convictions had been based to a decisive degree on statements from witnesses they had been unable to cross-examine in court and that they had therefore been denied a fair trial. In a judgment of 20 January 2009, a Chamber of the Court held unanimously in both cases that there had been a violation of Article 6 § 1 in conjunction with Article 6 § 3 (d) of the Convention on the ground that the loss of the opportunity to cross-examine the witnesses concerned had not been effectively counterbalanced in the proceedings.

Held

Article 6 § 1 in conjunction with Article 6 § 3 (d): Article 6 § 3 (d) enshrined the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle were possible but must not infringe the rights of the defence. As a rule, this required that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness made his statement or at a later stage of the proceedings. Two consequences followed from this general principle.

Firstly, there had to be a good reason for admitting the evidence of an absent witness. Good reason existed, *inter alia*, where a witness had died or was absent owing to fear attributable to the defendant or those acting on his behalf as, in this latter case, the defendant had to be taken to have waived his rights under Article 6 § 3 (d). Where the witness's absence was due to a general fear of testifying not directly attributable to threats by the defendant or his agents, it was for the trial court to conduct appropriate enquiries to determine whether there were objective grounds, supported by evidence, for that fear. Before a witness could be excused from testifying on grounds of fear, the trial court had to be satisfied that all available alternatives, such as witness anonymity and other special measures, would be inappropriate or impracticable.

Secondly, a conviction based solely or to a decisive degree on the statement of an absent witness whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, would generally be considered to be incompatible with the requirements of fairness under Article 6 ("sole or decisive rule"). This was not, however, an absolute rule and was not to be applied in an inflexible way, ignoring the specificities of the particular legal system concerned, as that would transform the rule into a blunt and indiscriminate instrument that ran counter to the traditional way in which the Court approached the issue of the overall fairness of the proceedings, namely to weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice. Accordingly, even where a hearsay

statement was the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence would not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction was based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court had to subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case was whether there were sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permitted a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place.

In that connection, the Court considered that the domestic law had contained strong safeguards designed to ensure fairness¹. As regards how those safeguards were applied in practice, it considered three issues in each case: whether it had been necessary to admit the statements of the absent witnesses; whether untested evidence of the absent witnesses had been the sole or decisive basis for each applicant's conviction; and whether there had been sufficient counterbalancing factors including strong procedural safeguards to ensure that each trial, judged as a whole, was fair.

(a) *The first applicant's case* – It was not in dispute that S.T.'s death had made it necessary to admit her statement if her evidence was to be considered. The judge had been quite clear about its significance (“no statement, no count one”) and it had therefore to be regarded as decisive. The reliability of that evidence was supported by the fact that there were only minor inconsistencies between S.T.'s statement to the police and the account she had given promptly after the alleged incident to two friends, who had both given evidence at the trial. Most importantly, there were strong similarities between her description of the alleged assault and that of the other complainant, with whom there was no evidence of any collusion. In a case of indecent assault by a doctor on his patient during a private consultation where only he and the victim were present, it would be difficult to conceive of stronger corroborative evidence, especially when each of the other witnesses was called to give evidence at trial and their reliability was tested by cross-examination. Although the judge's direction to the jury was found to be deficient on appeal, the Court of Appeal also held that it must have been clear to the jury from that direction that S.T.'s statement should carry less weight because they had not seen or heard her. Having regard to that direction, and the evidence offered by the prosecution in support of S.T.'s statement, the Court considered that the jury was able to conduct

1. These included specific rules defining the circumstances in which an absent witness's statement could be admissible in evidence, a requirement to consider alternative measures to allow a witness absent through fear to give live evidence, discretion to exclude an absent witness's statement and an obligation to stop the proceedings if the case against the accused was based “wholly or partly” on a hearsay statement so unconvincing that a conviction would be unsafe. In addition, the trial judge was required to give the jury the traditional direction on the burden of proof and direct them as to the dangers of relying on a hearsay statement.

a fair and proper assessment of the reliability of S.T.'s allegations against the first applicant. Against this background, and viewing the fairness of the proceedings as a whole, there had been sufficient factors to counterbalance the admission in evidence of S.T.'s statement.

Conclusion: no violation (fifteen votes to two).

(b) *The second applicant's case* – Appropriate enquiries had been made to determine whether there were objective grounds for T.'s fear and the trial judge was satisfied that special measures would not allay it.

T was the only witness who had claimed to see the stabbing and his uncorroborated eyewitness statement was, if not the sole, at least the decisive evidence against the applicant. It was obviously evidence of great weight without which the chances of a conviction would have significantly receded. Neither the trial judge's conclusion that no unfairness would be caused by admitting T.'s statement since the applicant was in a position to challenge or rebut it himself or by calling other witnesses, nor the judge's warning to the jury to approach T.'s evidence with care could be a sufficient counterbalance to the handicap under which the defence had laboured. Even though he had given evidence denying the charge, the applicant had been unable to test the truthfulness and reliability of T.'s evidence through cross-examination and, since T. was the sole witness apparently willing or able to say what he had seen, the applicant was not able to call any other witness to contradict his testimony. Further, no matter how clearly or forcibly expressed, a warning by the judge in his direction to the jury of the dangers of relying on untested evidence could not be a sufficient counterbalance where an untested statement of the only prosecution eyewitness was the only direct evidence against the applicant.

The decisive nature of T.'s statement in the absence of any strong corroborative evidence in the case meant the jury was unable to conduct a fair and proper assessment of the reliability of T.'s evidence. Examining the fairness of the proceedings as a whole, the Court concluded that there had not been sufficient counterbalancing factors to compensate for the difficulties to the defence which resulted from the admission of T.'s statement.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded the second applicant sums in respect of non-pecuniary damage and of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

- X. v. Austria*, no. 4428/70, Commission decision of 1 June 1972, Collection 40
- X. v. Belgium*, no. 8417/78, Commission decision of 4 May 1979, Decisions and Reports 16
- X. v. Germany*, no. 8414/78, Commission decision of 4 July 1979, Decisions and Reports 17
- S. v. Germany*, no. 8945/80, Commission decision of 13 December 1983, Decisions and Reports 39

- Unterpertinger v. Austria*, 24 November 1986, Series A no. 110
Bricmont v. Belgium, 7 July 1989, Series A no. 158
Kostovski v. the Netherlands, 20 November 1989, Series A no. 166
Lüdi v. Switzerland, 15 June 1992, Series A no. 238
Saïdi v. France, 20 September 1993, Series A no. 261-C
Stanford v. the United Kingdom, 23 February 1994, Series A no. 282-A
John Murray v. the United Kingdom, 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I
Doorson v. the Netherlands, 26 March 1996, *Reports* 1996-II
Ferrantelli and Santangelo v. Italy, 7 August 1996, *Reports* 1996-III
A.M. v. Italy, no. 37019/97, ECHR 1999-IX
T. v. the United Kingdom [GC], no 24724/94, 16 December 1999
Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC], no. 28901/95, ECHR 2000-II
Condron v. the United Kingdom, no. 35718/97, ECHR 2000-V
Lucà v. Italy, no. 33354/96, ECHR 2001-II
Solakov v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, no. 47023/99, ECHR 2001-X
Mild and Virtanen v. Finland, nos. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005
Krasniki v. the Czech Republic, no. 51277/99, 28 February 2006
Bonev v. Bulgaria, no. 60018/00, 8 June 2006
Guilloury v. France, no. 62236/00, 22 June 2006
Pello v. Estonia, no. 11423/03, 12 April 2007
Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, ECHR 2008
Mika v. Sweden (dec.), no. 31243/06, 27 January 2009
Dzelili v. Germany (dec.), no. 15065/05, 29 September 2009
Caka v. Albania, no. 44023/02, 8 December 2009
Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05, ECHR 2010
Kornev and Karpenko v. Ukraine, no. 17444/04, 21 October 2010
Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, ECHR 2010

In the case of Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom,

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

Françoise Tulkens, *President*,

Nicolas Bratza,

Jean-Paul Costa,

Christos Rozakis,

Peer Lorenzen,

Elisabet Fura,

Alvina Gyulumyan,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Giorgio Malinverni,

András Sajó,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Kristina Pardalos, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 19 May 2010 and on 9 November 2011,

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

PROCEDURE

1. The cases originated in two applications (nos. 26766/05 and 22228/06) 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 British national, Mr Imad Al-Khawaja ("the first applicant"), on 18 July 2005 and by an Iranian national, Mr Ali Tahery ("the second applicant"), on 23 May 2006.

2. The first applicant was represented by Mr A. Burcombe and Mr D. Wells, lawyers practising in London with Wells Burcombe LLP

Solicitors, assisted by Mr J. Bennathan QC, counsel. The second applicant was represented by Mr M. Fisher, a lawyer practising in London with Peter Kandler & Co. Solicitors, assisted by Ms R. Trowler, counsel. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr J. Grainger of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The first applicant alleged that his trial for indecent assault had been unfair because one of the two women who made complaints against him died before the trial and her statement to the police was read to the jury. The second applicant alleged that his trial for wounding with intent to commit grievous bodily harm had been unfair because the statement of one witness, who feared attending trial, was read to the jury.

4. The applications were allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 20 January 2009, following a hearing on the admissibility and merits (Rule 54 § 3), a Chamber of that Section, composed of Josep Casadevall, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta and Päivi Hirvelä, judges, together with Lawrence Early, Section Registrar, decided unanimously to join the applications, to declare each application admissible and to find a violation of Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d) in respect of each applicant.

5. On 1 March 2010, pursuant to a request by the Government dated 16 April 2009, the panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention.

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24. At the final deliberations, Alvina Gyulumyan, Işıl Karakaş and Nebojša Vučinić, substitute judges, replaced Corneliu Bîrsan, Ireneu Cabral Barreto and Sverre Erik Jebens, who were unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 3). Jean-Paul Costa, Christos Rozakis and Giorgio Malinverni, whose terms of office expired in the course of the proceedings, continued to sit in the case (Article 23 § 7 of the Convention and Rule 24 § 4).

7. The applicants and the Government each filed observations on the merits. In addition, third-party comments were received from the London-based non-governmental organisation JUSTICE, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). The parties replied to those comments (Rule 44 § 5).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 May 2010 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr J. Grainger,	<i>Agent,</i>
Mr D. Perry QC,	
Mr L. Mably,	
Ms V. Ailes,	<i>Counsel,</i>
Mr C. Munro,	
Mr N. Gibbs,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr J. Bennathan QC,	<i>Counsel,</i>
Mr D. Wells,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Bennathan and Mr Perry and their answers in reply to questions put by the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASES

A. Mr Al-Khawaja

9. The first applicant was born in 1956 and lives in Brighton. The facts which gave rise to his application are as follows.

10. While working as a consultant physician in the field of rehabilitative medicine, the first applicant was charged on two counts of indecent assault on two female patients while they were allegedly under hypnosis. The first count in the indictment alleged that he had indecently assaulted a woman called S.T. during a consultation on 3 June 2003. The second count in the indictment alleged that he had indecently assaulted a woman called V.U. also during a consultation, this time on 12 June 2003.

11. For reasons unrelated to the alleged assault, S.T. committed suicide before the trial. However, several months after the alleged assault, she had made a statement to the police. She had also told two friends, B.F. and S.H., that the applicant had indecently assaulted her.

12. On 22 March 2004 a preliminary hearing was held to determine whether S.T.'s statement should be read to the jury. At that hearing, the defence indicated that the defence to each count of the indictment was essentially the same, namely that S.T. and V.U.'s allegations were wholly untrue. The judge at the hearing decided that S.T.'s statement should be

read to the jury at trial. He observed that the first applicant was very likely to feel that he had no realistic alternative other than to give evidence in order to defend himself on the second count relating to V.U. Therefore, the reading of S.T.'s statement would not have the effect of making it very difficult for the applicant not to give evidence. The judge also noted that collusion between S.T. and V.U. was not alleged, and so that issue did not need to be investigated by cross-examination of each woman.

13. Having regard to the contents of S.T.'s statement, the judge also observed that it was crucial to the prosecution on count one as there was no other direct evidence of what took place during the consultation on 3 June 2003. He said: "[P]utting it bluntly, no statement, no count one." He went on to observe that the real issue was whether it was likely to be possible for the first applicant to controvert the statement in a way that achieved fairness to the defendant. The judge found that the first applicant could give evidence as to what had happened during the consultation. It was also the intention of the prosecution to call S.T.'s friends to give evidence as to what she had said to them. There were inconsistencies between their statements and S.T.'s, which provided a route by which S.T.'s statement could be challenged. An expert witness would also be called by the prosecution to give evidence on altered perception during hypnosis and cross-examination of that witness might also serve to undermine S.T.'s credibility.

14. At the trial, once S.T.'s statement had been read, the jury heard evidence from B.F. and S.H., S.T.'s friends. S.T.'s general practitioner also gave evidence as to a letter he had written on S.T.'s behalf to the hospital authorities, which outlined S.T.'s allegations against the first applicant. In respect of the second count, the indecent assault upon V.U., evidence was given by V.U. and by the police officers who had investigated the case. Evidence was then given by two women who alleged that the first applicant had made improper suggestions to them during hypnosis consultations. That evidence was relied on by the prosecution as "similar fact evidence" to support the evidence of S.T. and V.U. As the prosecution had indicated, expert evidence was given as to the effects of hypnosis. The defence was given the opportunity to cross-examine all the witnesses who gave live evidence. The first applicant gave evidence in his own defence. He also called a number of witnesses, who gave evidence as to his good character.

15. In his summing up, the trial judge directed the jury, on two separate occasions, as to how they should regard S.T.'s statement. Firstly, he stated:

"It is very important that you [the jury] bear in mind when considering her [S.T.'s] evidence that you have not seen her give evidence; you have not heard her give evidence; and you have not heard her evidence tested in cross-examination [by counsel

for Mr Al-Khawaja], who would, undoubtedly, have had a number of questions to put to her.”

16. He later stated:

“... bear in mind ... that this evidence was read to you. The allegation is completely denied ... you must take that into account when considering her evidence.”

17. When referring to the evidence of S.T.’s friends, the trial judge reminded the jury that there was an inconsistency between S.T.’s account of the consultation and the account given by S.H. (in her statement S.T. said that the applicant had touched her face and mouth; S.H. gave evidence that it was S.T. herself and not the first applicant who had touched her face and mouth). The trial judge continued:

“It is for you to decide the extent to which the evidence of [B.F.] and [S.H.] helps you in deciding whether or not [S.T.] has spoken the truth in her statement. But bear in mind the evidence as to what [S.T.] said to [B.F.] and [S.H.] is not independent evidence as to the truth of her allegations.”

18. The trial judge also instructed the jury that they were entitled to consider the evidence of V.U., and of the other two women who had given evidence as to the improper suggestions made by the first applicant, when deciding whether S.T.’s statement was true. However, the jury firstly had to discount the possibility of collusion between the four women. Secondly, they had to ask themselves whether it was reasonable that four people independently making similar accusations could all either be lying or mistaken or have all suffered similar hallucinations or false memory. If the jury thought that incredible, they could be satisfied that S.T. and V.U. had spoken the truth. The trial judge also directed the jury that the greater the similarity between the allegations, the greater the likelihood that the four women were telling the truth. He added that the jury also had to consider whether the women could have consciously or unconsciously been influenced by hearing of the complaints of the others.

19. In the course of their deliberations, on two occasions the jury asked for clarification of points raised in the statement of S.T. On 30 November 2004, the first applicant was convicted by a unanimous verdict of the jury on both counts of indecent assault. He was sentenced to a fifteen-month custodial sentence on the first count and a twelve-month custodial sentence on the second count, to run consecutively.

20. The first applicant appealed against his conviction to the Court of Appeal. The appeal centred on the pre-trial ruling to admit S.T.’s statement as evidence. It was also submitted that, in his summing up, the trial judge did not give adequate directions to the jury as to the consequential disadvantage of this evidence to the first applicant.

21. The appeal was heard and dismissed on 6 September 2005. In its written judgment handed down on 3 November 2005 the Court of Appeal concluded that the first applicant's right to a fair trial had not been infringed. With regard to the admission in evidence of the statement of S.T., the court held that it was not necessarily incompatible with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. Relying on *Doorson v. the Netherlands* (26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II), the court held that the admissibility of evidence is primarily a matter of domestic law. It then found:

“25. The important factors in the present case are the following. The witness, S.T., could not be examined on behalf of the [first applicant] because she had died. She was the only witness whose evidence went directly to the commission of an indecent assault on her by the appellant. If her statement had been excluded, the prosecution would have had to abandon the first count. The [applicant] was able to attack the accuracy of [S.T.'s] statement by exploring the inconsistencies between it and the witnesses, [B.F.] and [S.H.], and through the expert evidence relating to 'altered perception' under hypnosis. The relevant sections of the 1988 Act [see paragraph 41 below] contained provisions designed to protect defendants, which were properly considered by the judge, before the statement was admitted in evidence. Lastly, the tribunal of fact, here the jury, could and should take proper account of the difficulties which the admission of a statement might provide for the [applicant], which should be provided by an appropriate direction to the jury.

26. Where a witness who is the sole witness of a crime has made a statement to be used in its prosecution and has since died, there may be a strong public interest in the admission of the statement in evidence so that the prosecution may proceed. That was the case here. That public interest must not be allowed to override the requirement that the defendant have a fair trial. Like the court in *Sellick* [see paragraph 48 below] we do not consider that the case-law of the European Court of Human Rights requires the conclusion that in such circumstances the trial will be unfair. The provision in Article 6 § 3 (d) that a person charged shall be able to [have] the witnesses against him examined is one specific aspect of a fair trial: but if the opportunity is not provided, the question is 'whether the proceedings as a whole, including the way the evidence was taken, were fair' – *Doorson*, paragraph 19 [see paragraph 58 below]. This was not a case where the witness had absented himself, whether through fear or otherwise, or had required anonymity, or had exercised a right to keep silent. The reason was death, which has a finality which brings in considerations of its own, as has been indicated at the start of this paragraph.”

22. Turning to the issue of the trial judge's summing up, the court stated:

“We consider that it would have been better if the judge had stated explicitly that the [first applicant] was potentially disadvantaged by the absence of [S.T.] and that in consequence of the inability to cross-examine her and of the jury to see her, her evidence should carry less weight with them. Nonetheless, in the circumstances of this case it must have been wholly clear to the jury from the directions the judge did give, that this was the purpose of his remarks. We therefore consider that the jury were given

an adequate direction as to the consequences of [S.T.'s] statement being in evidence in her absence, and that this is not a factor which might make the [first applicant's] trial unfair and in breach of Article 6. We should also say that overall the evidence against the [first applicant] was very strong. We were wholly unpersuaded that the verdicts were unsafe."

23. The Court of Appeal refused leave to appeal to the House of Lords but certified that a point of law of general public importance was involved in the decision.

24. On 30 November 2005 the first applicant petitioned the House of Lords on the point of law certified by the Court of Appeal. On 7 February 2006 the House of Lords refused the petition.

B. Mr Tahery

25. The second applicant was born in 1975. His application arises from his conviction for wounding with intent. The background to that conviction is as follows.

26. On 19 May 2004, S., a member of the Iranian community living in London, was involved in an altercation with some Kurdish men. The second applicant interposed himself between S. and the Kurdish men in order to protect S. In the small hours of the morning of 20 May 2004, S. and the second applicant met again outside an Iranian restaurant in Hammersmith, London. The second applicant asked S to have a word with him and led him into a nearby alleyway. The men began discussing the earlier altercation. Although S. denied throwing the first punch, he conceded while giving evidence at the second applicant's trial that he had punched the second applicant. In the fight, the second applicant pushed S. back and, at this stage, S. became aware of a burning sensation in his back, which proved to be the result of three stab wounds to his back. S. and the second applicant had been face-to-face and S.'s account was that he neither saw the second applicant stab him, nor was he aware of the second applicant going behind him or reaching round his back, so as to stab him.

27. During the fight other men were present, including the Kurdish men from the earlier altercation. A friend of S., another member of the Iranian community called T., was there, as were two of T.'s friends and the second applicant's uncle. S could not say which of the men were behind him.

28. S. saw a knife lying on the ground and he realised that he had been stabbed. In his evidence at the second applicant's trial (see paragraph 32 below), he stated that he went to pick it up but that either the second applicant or T. had picked it up and thrown it towards the restaurant. S. assumed that it had been the second applicant who had stabbed him.

According to S., the second applicant immediately denied this. He told S. to sit down beside him and attempted to staunch the blood flow from S.'s wounds until an ambulance arrived; when it did, he accompanied S to the hospital. At the hospital, the second applicant told the police that he had seen two black men stab S.

29. When witnesses were questioned at the scene, no one claimed to have seen the second applicant stab S. Two days later, however, T. made a statement to the police that he had seen the second applicant stab S. In his statement, T. recounted that, when the second applicant and S. had begun fighting in the alleyway, T. had tried to separate them. He then saw the second applicant hold S. by the neck, hold up the knife and stab S. twice in the back. As T. moved towards the second applicant, the second applicant tried to stab T. in the neck. According to T., the second applicant then dropped the knife and shouted "don't tell the police".

30. On 3 November 2004 the second applicant was arrested and taken to Hammersmith police station. In interview, he denied stabbing S. and again stated that two black men were responsible. He was charged with wounding with intent and also with attempting to pervert the course of justice for telling the police, at the hospital and at the police station, that he had seen two black men stab S.

31. On 25 April 2005 the second applicant's trial began at Blackfriars Crown Court. That day, he pleaded guilty in respect of the charge of attempting to pervert the course of justice but maintained his not guilty plea in respect of the charge of wounding with intent.

32. S. gave evidence for the prosecution. He recounted how he and the second applicant had fought in the alleyway. After a minute he realised that he had been injured in the back. He had not seen who stabbed him. The second applicant had made him sit down and had covered the wound. S. had asked the second applicant who had stabbed him and the second applicant had denied that it was him. When cross-examined, S. accepted that he had not seen the second applicant go behind him and that they had been face-to-face. He also testified that he had heard someone shout to him "Tell him it was the blacks"; the voice did not belong to the second applicant.

33. After S had given evidence, the prosecution made an application for leave to read T.'s statement pursuant to section 116(2)(e) and (4) of the Criminal Justice Act 2003 ("the 2003 Act"; see paragraphs 43-45 below). The prosecution argued under the 2003 Act that T. was too fearful to attend trial before the jury and that he should qualify for special measures. The trial judge heard evidence from a police officer conducting the case who testified that the Iranian community was close-knit and that T.'s fear was

genuine. T. also gave evidence to the trial judge (but not the jury) from behind a screen. He told the judge that he was in fear for himself and his family because of visits and telephone calls he had received, none of which were said to have been from the second applicant. He did not say who had been responsible for the visits and telephone calls.

34. In ruling that leave should be given for the statement to be read to the jury, the trial judge stated:

“I am satisfied in those circumstances upon the criminal standard of proof that this witness is genuinely in fear; and I base that not only on his oral testimony, but also upon my opportunity while he was in the witness box to observe him.

I therefore have to go on to consider the questions posed in [section 116(4) of the 2003 Act]. Subsection 4(a) requires me to look at the statement’s contents. I have done so. It is submitted by the defence that they may be unreliable; there being some inconsistencies with the evidence that was given by [S.].

There will always be cases, whether it be oral evidence or evidence that is read, where there are inconsistencies. It is always for the jury to come to a conclusion, based upon submissions of counsel and the evidence that they have heard, as to whether the evidence is reliable or not. And they will receive from me the appropriate warning when the time comes as to how they should view that statement.

It is further submitted that in looking at the statement, it is a statement of great importance; in that it is from a person who purports to witness the incident and consequently goes to the heart of the matter.

In my view, it is precisely this type of witness who is likely to be put in fear, and consequently that must have been what Parliament had in mind when it enacted this particular section.

I therefore have to look, having looked at the contents of the statement, to any risk its admission or exclusion will result in unfairness to any party to the proceedings. I am satisfied that there would be an unfairness caused by its exclusion; but I am equally satisfied that no unfairness would be caused by its admission. And in doing so, I have taken into account the words of [the 2003 Act]; in particular how difficult it will be to challenge the statement if the relevant person does not give oral evidence.

Challenge of a statement does not always come from cross-examination. Challenge of a statement can be caused by evidence given in rebuttal; by either the defendant, if he chooses to do so, or by any other bystander – and we know that there were some – who were on the street at that time.

Consequently I am satisfied that the defendant’s evidence, if he chooses to give it, would be sufficient to rebut and to challenge the evidence that is contained in that statement.

I have further considered other relevant factors, and I have also offered to the witness whilst he was in the witness box behind screens the possibility of him giving evidence with the same special measures in place. He told me his position would not change;

that he could not give evidence before a jury, and the reason that he could not was because he was in fear.

Having taken all those matters into account in those circumstances, I am satisfied that this is the type of case which Parliament envisaged might require a statement to be read.”

35. T.’s witness statement was then read to the jury. Evidence was also given by the doctor who had treated S. at hospital as to the nature of the wound and by a forensic scientist who had tested the blood found on the second applicant’s clothes and confirmed it matched that of S. (though no firm conclusions could be drawn as to how it had been deposited on the clothes). The record of the second applicant’s interview by the police was also tendered by the prosecution (see paragraph 30 above).

36. The second applicant gave evidence in his defence. He stated that he had been present at the earlier altercation with the Kurdish men. When he and S. later met outside the restaurant, he had taken S. by the hand and suggested that they go and talk, but S. had begun to punch him. He had defended himself by grabbing S. by the collar and pushing him. T. had then tried to intervene and a number of other members of the Iranian community had restrained S. T. had been standing between S. and the second applicant and, at this stage, the second applicant noticed the knife on the ground. He had picked it up and thrown it, not knowing at this point that S. had been stabbed. When S. blamed him for the stabbing, the second applicant had told him to sit down and had successfully calmed him down. He placed his hand on the wound on S.’s back. S. then appeared to accept that the second applicant had not stabbed him. The second applicant also gave evidence that he had told the police that two black men were responsible because this was what his uncle had told him to say. Finally, the second applicant gave evidence that, before he had been interviewed by the police, T. had told him that he, T., knew that the second applicant had not stabbed S.

37. The judge, in his summing up, warned the jury about the danger of relying on the evidence of T. He stated:

“That evidence, as you know, was read to you under the provisions that allow a witness who is frightened, it is not a question of nerves it is a question of fright, fear, for his statement to be read to you but you must be careful as to how you treat it. It is right, as has been pointed out by the defence, that they were deprived of an opportunity to test that evidence under cross-examination. It is right also that you did not have the advantage of seeing the witness and his demeanour in court. You did not have the opportunity for him to think back and say ‘possibly because of things I saw I put two and two together and made five’, as counsel for the defence invites you to say. In other words, you must always be alert to [the fact] that he could put things that he did see together and come to the wrong conclusion. That is a way of examining the statement. You must ask yourselves ‘can we rely upon this statement? Is it a statement

which we find convincing?’ It is only, if you are satisfied so that you are sure, that what is in the statement has accurately depicted what happened that night and what the witness saw, that you could rely upon it. That goes for any witness. It is only if you find that the evidence is compelling and satisfies you, so that you are sure, that you act upon it. So you must always ask yourselves ‘is the statement he made reliable?’

You must bear in mind also, importantly, that it is agreed and acknowledged that it is not the defendant who is responsible for putting the witness in fear.”

38. On 29 April 2005 the second applicant was convicted by a majority verdict of wounding with intent to cause grievous bodily harm, for which he was later sentenced to nine years’ imprisonment to be served concurrently with a term of fifteen months’ imprisonment for the charge of attempting to pervert the course of justice to which he had pleaded guilty.

39. The second applicant appealed to the Court of Appeal, arguing that the inability to cross-examine T. infringed his right to a fair trial. The Court of Appeal acknowledged that the Crown accepted that T.’s statement was “both important and probative of a major issue in the case ... had it not been admitted the prospect of a conviction would have receded and that of an acquittal advanced”. The court upheld the reasoning of the trial judge, stating that there was available not only cross-examination of other prosecution witnesses but also evidence from the second applicant himself and the potential for evidence from other bystanders in order to prevent unfairness. It was also stated that the trial judge had explicitly warned the jury in detail as to how they should treat this evidence and properly directed them as to how they should consider it in reaching their verdict. Although the second applicant maintained that even a proper direction by the judge could not cure the unfairness, the Court of Appeal held that the jury was informed of all matters necessary to its decision-making process. Leave to appeal on conviction was refused on 24 January 2006. The Court of Appeal did, however, give the second applicant leave to appeal against his sentence and reduced the sentence of nine years’ imprisonment to seven years’ imprisonment.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Common-law principles relevant to both cases

40. Hearsay evidence is any statement of fact other than one made, of his own knowledge, by a witness in the course of oral testimony (see paragraph 20 of the judgment of Lord Phillips in *R. v. Horncastle and others*, summarised at paragraphs 57 to 62 below). As a general rule it is inadmissible in a criminal case unless there is a common-law rule or statutory provision which allows for its admission. The relevant statutory provisions

applicable to each applicant are set in the following section. Those statutory provisions are supplemented by three common-law principles. Firstly, there is an additional discretion at common law for a trial judge to exclude any evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value. This, in turn, is supplemented by section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984, which provides the court with a discretion to exclude evidence if its admission would have such an adverse effect on the fairness of the trial that it ought not to be admitted. Secondly, if hearsay evidence is admitted and the jury have heard it, the trial judge, in his summing up, must direct the jury as to the dangers of relying on hearsay evidence. Thirdly, in a jury trial, the jury must receive the traditional direction as to the burden of proof, namely that they must be satisfied of the defendant's guilt beyond reasonable doubt.

B. Primary legislation

1. Primary legislation applicable in Mr Al-Khawaja's case

41. At the time of the first applicant's trial, the relevant statutory provisions were to be found in sections 23 to 28 of the Criminal Justice Act 1988 ("the 1988 Act"). Section 23 of the 1988 Act provides for the admission of first-hand documentary hearsay in a criminal trial:

"23. ...

a statement made by a person in a document shall be admissible in criminal proceedings as evidence of any fact of which direct oral evidence by him would be admissible if—

(2) ...

(a) ... the person who made the statement is dead or by reason of his bodily or mental condition unfit to attend as a witness;

...

25. (1) If, having regard to all the circumstances—

(a) the Crown Court—

(i) on a trial on indictment;

(ii) on an appeal from a magistrates' court; or

(iii) on the hearing of an application under section 6 of the Criminal Justice Act 1987 (applications for dismissal of charges of fraud transferred from magistrates' court to Crown Court); or

(b) the criminal division of the Court of Appeal; or

(c) a magistrates' court on a trial of an information,

is of the opinion that in the interests of justice a statement which is admissible by virtue of section 23 or 24 above nevertheless ought not to be admitted, it may direct that the statement shall not be admitted.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1) above, it shall be the duty of the court to have regard—

(a) to the nature and source of the document containing the statement and to whether or not, having regard to its nature and source and to any other circumstances that appear to the court to be relevant, it is likely that the document is authentic;

(b) to the extent to which the statement appears to supply evidence which would otherwise not be readily available;

(c) to the relevance of the evidence that it appears to supply to any issue which is likely to have to be determined in the proceedings; and

(d) to any risk, having regard in particular to whether it is likely to be possible to controvert the statement if the person making it does not attend to give oral evidence in the proceedings, that its admission or exclusion will result in unfairness to the accused or, if there is more than one, to any of them.

26. Where a statement which is admissible in criminal proceedings by virtue of section 23 or 24 above appears to the court to have been prepared ..., for the purposes—

(a) of pending or contemplated criminal proceedings; or

(b) of a criminal investigation,

the statement shall not be given in evidence in any criminal proceedings without the leave of the court, and the court shall not give leave unless it is of the opinion that the statement ought to be admitted in the interests of justice; and in considering whether its admission would be in the interests of justice, it shall be the duty of the court to have regard—

(i) to the contents of the statement;

(ii) to any risk, having regard in particular to whether it is likely to be possible to controvert the statement if the person making it does not attend to give oral evidence in the proceedings, that its admission or exclusion will result in unfairness to the accused or, if there is more than one, to any of them; and

(iii) to any other circumstances that appear to the court to be relevant ...”

Schedule 2 to the Act allows for the admission of evidence relating to the credibility and consistency of the maker of the statement, where such evidence would have been admissible had he or she given evidence in person, or where the matter could have been put to him or her in cross-examination. The Schedule also provides that, in estimating the weight, if any, to be attached to such a statement regard shall be had to all the

circumstances from which any inference can reasonably be drawn as to its accuracy or otherwise.

2. Primary legislation applicable in Mr Tahery's case

(a) The Law Commission's report

42. In its report of April 1997, entitled "Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics", the Law Commission recommended a series of reforms to the law of hearsay in England and Wales, including the provisions contained in the 1988 Act. In addition to recommending clarification of the conditions under which a witness statement could be admitted at trial (including the existing grounds of death and fear), the Commission proposed that there should be a limited discretion to admit hearsay evidence that did not fall within any other statutory or common-law exception (recommendation 28).

In its earlier consultation paper, published in January 1995, the Commission had reviewed the case-law of this Court on Article 6 § 3 (d) and concluded that there was a risk of a breach of the Convention where a person stood to be convicted on hearsay evidence alone. The Commission considered that this risk was sufficiently serious to warrant requiring the trial court to stop the case where hearsay is the only evidence of an element of the offence (paragraph 9.5 of the consultation paper). After criticisms of this proposal (principally that it was unduly cautious and was beset with practical difficulties), in its 1997 report the Commission decided not to maintain its proposal (see paragraphs 5.33-5.41 of the report). It concluded instead that the adequate protection would be provided by the safeguards it proposed, in particular its recommendation 47, which proposed giving the trial judge the power to stop a case if hearsay evidence was unconvincing (see paragraph 45 below).

(b) The Criminal Justice Act 2003

43. Part 11, Chapter 2 of the Criminal Justice Act 2003 ("the 2003 Act") came into force in April 2005. It was intended to reform substantially the law governing the admission of hearsay evidence in criminal proceedings on the basis of the draft bill proposed by the Law Commission.

Under section 114 of the 2003 Act, hearsay evidence is only admissible in criminal proceedings if one of a number of "gateways" applies. Although it was not relied upon in the second applicant's case, one such "gateway" is section 114(1)(d) which allows for the admission of hearsay evidence if the court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible. Section 114(2) provides:

“In deciding whether a statement not made in oral evidence should be admitted under subsection (1)(d), the court must have regard to the following factors (and to any others it considers relevant)—

- (a) how much probative value the statement has (assuming it to be true) in relation to a matter in issue in the proceedings, or how valuable it is for the understanding of other evidence in the case;
- (b) what other evidence has been, or can be, given on the matter or evidence mentioned in paragraph (a);
- (c) how important the matter or evidence mentioned in paragraph (a) is in the context of the case as a whole;
- (d) the circumstances in which the statement was made;
- (e) how reliable the maker of the statement appears to be;
- (f) how reliable the evidence of the making of the statement appears to be;
- (g) whether oral evidence of the matter stated can be given and, if not, why it cannot;
- (h) the amount of difficulty involved in challenging the statement;
- (i) the extent to which that difficulty would be likely to prejudice the party facing it.”

44. The “gateway” relied on in the second applicant’s case was section 116, which allows for the admission of statements of absent witnesses. Section 116, where relevant, provides:

“(1) In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if—

- (a) oral evidence given in the proceedings by the person who made the statement would be admissible as evidence of that matter;
- (b) the person who made the statement (the relevant person) is identified to the court’s satisfaction; and
- (c) any of the five conditions mentioned in subsection (2) is satisfied.

(2) The conditions are—

- (a) that the relevant person is dead;
- (b) that the relevant person is unfit to be a witness because of his bodily or mental condition;
- (c) that the relevant person is outside the United Kingdom and it is not reasonably practicable to secure his attendance;
- (d) that the relevant person cannot be found although such steps as it is reasonably practicable to take to find him have been taken;

(e) that through fear the relevant person does not give (or does not continue to give) oral evidence in the proceedings, either at all or in connection with the subject matter of the statement, and the court gives leave for the statement to be given in evidence.

(3) For the purposes of subsection (2)(e) ‘fear’ is to be widely construed and (for example) includes fear of the death or injury of another person or of financial loss.

(4) Leave may be given under subsection (2)(e) only if the court considers that the statement ought to be admitted in the interests of justice, having regard—

(a) to the statement’s contents;

(b) to any risk that its admission or exclusion will result in unfairness to any party to the proceedings (and in particular to how difficult it will be to challenge the statement if the relevant person does not give oral evidence);

(c) in appropriate cases, to the fact that a direction under section 19 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 (c. 23) (special measures for the giving of evidence by fearful witnesses etc.) could be made in relation to the relevant person; and

(d) to any other relevant circumstances.

(5) A condition set out in any paragraph of subsection (2) which is in fact satisfied is to be treated as not satisfied if it is shown that the circumstances described in that paragraph are caused—

(a) by the person in support of whose case it is sought to give the statement in evidence; or

(b) by a person acting on his behalf;

in order to prevent the relevant person giving oral evidence in the proceedings (whether at all or in connection with the subject matter of the statement).”

45. By section 121 of the 2003 Act, section 116(2)(e) can only be relied upon in respect of first-hand hearsay; it cannot be relied only to allow the admission of multiple hearsay.

In addition, section 124 allows the admission of evidence to challenge the credibility of the absent witness, for example through the admission of evidence of his bad character, including previous convictions, a propensity to be untruthful and so on. It also allows the admission of inconsistent statements that the witness has made. Section 124(2) allows the admission of evidence to challenge the credibility of the absent witness in circumstances where it would not be admissible in respect of a live witness, for example when it relates to a collateral issue in the case.

Where a case is based wholly or partly on hearsay evidence, section 125 requires the trial judge to stop the case (and either direct an acquittal or discharge the jury) if, considering its importance to the case against the defendant, the hearsay evidence is so unconvincing that a conviction would

be unsafe. This enacted the Law Commission's recommendation 47 (see paragraph 42 above).

Section 126 preserves both the common-law discretion and the section 78 discretion of the trial judge to exclude hearsay evidence (see paragraph 40 above). It also provides a statutory discretion to exclude hearsay evidence if the trial judge is satisfied that "the case for excluding it, taking account of the danger that to admit it would result in undue waste of time, substantially outweighs the case for admitting it, taking account of the value of the evidence".

3. *The Coroners and Justice Act 2009*

46. The conditions under which witnesses can give evidence anonymously in criminal proceedings are now regulated by the Coroners and Justice Act 2009 ("the 2009 Act"). Formerly, this was regulated by similar provisions in the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008, which was enacted following the House of Lords' judgment in *R. v. Davis* (see paragraphs 49 and 50 below). Under the 2009 Act, witnesses can only give evidence anonymously when, upon the application of either the prosecution or a defendant in the proceedings, the trial judge makes a "witness anonymity order". Section 87 requires that the trial judge be informed of the identity of the witness. Sections 88(2)-(6) and 89 lay down the conditions for the making of a witness anonymity order. In deciding whether those conditions are met, the court must have regard, *inter alia*, to whether evidence given by the witness might be the sole or decisive evidence implicating the defendant (section 89(2)(c)).

4. *The Human Rights Act 1998*

47. Section 2 of the Human Rights Act 1998 provides that, in determining any question that arises in connection with a Convention right, courts and tribunals must take into account any case-law from this Court so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen. Section 6(1) provides that it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.

C. Relevant case-law from England and Wales

1. *R. v. Sellick and Sellick*

48. This Court's judgment in *Lucà v. Italy* (no. 33354/96, § 40, ECHR 2001-II) was considered by the Court of Appeal in *R. v. Sellick and Sellick*

[2005] EWCA Crim 651, which concerned two defendants who were alleged to have intimidated witnesses. Leave was given by the trial judge to have the witnesses' statements read to the jury. The defendants appealed on the ground that the admission of the statements breached Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d). The Court of Appeal dismissed the appeal. In considering the relevant case-law of this Court, at paragraph 50 of its judgment, it stated that what appeared from that case-law were the following propositions:

- “(i) The admissibility of evidence is primarily for the national law;
- (ii) Evidence must *normally* be produced at a public hearing and as a *general rule* Article [6 §§ 1 and 3 (d)] require a defendant to be given a proper and adequate opportunity to challenge and question witnesses;
- (iii) It is not necessarily incompatible with Article [6 §§ 1 and 3 (d)] for depositions to be read and that can be so even if there has been no opportunity to question the witness at any stage of the proceedings. Article [6 § 3 (d)] is simply an illustration of matters to be taken into account in considering whether a fair trial has been held. The reasons for the court holding it necessary that statements should be read and the procedures to counterbalance any handicap to the defence will all be relevant to the issue, whether, where statements have been read, the trial was fair;
- (iv) The quality of the evidence and its inherent reliability, plus the degree of caution exercised in relation to reliance on it, will also be relevant to the question whether the trial was fair.”

The Court of Appeal then stated:

“The question is whether there is a fifth proposition to the effect that where the circumstances justify the reading of the statement where the defendant has had no opportunity to question the witness at any stage of the trial process, the statement must not be allowed to be read if it is the sole or decisive evidence against the defendant. Certainly at first sight paragraph 40 of *Lucà* seems to suggest that in whatever circumstances and whatever counterbalancing factors are present if statements are read then there will be a breach of Article 6, if the statements are the sole or decisive evidence. Furthermore there is some support for that position in the previous authorities. But neither *Lucà* nor any of the other authorities were concerned with a case where a witness, whose identity was well-known to a defendant, was being kept away by fear, although we must accept that the reference to Mafia-type organisations and the trials thereof in paragraph 40 shows that the court had extreme circumstances in mind.”

2. *R. v. Davis*

49. In *R. v. Davis* [2008] UKHL 36, the House of Lords considered an appeal against conviction by a defendant who had been convicted of two counts of murder by shooting. Three witnesses had given evidence at trial identifying the defendant as the gunman. They gave evidence anonymously, testifying behind a screen so that they could be seen by the judge and

jury but not the defendant. The House of Lords unanimously allowed the defendant's appeal.

It found that the witnesses' testimony was inconsistent with the long-established principle of the English common law that, subject to certain exceptions and statutory qualifications, the defendant in a criminal trial should be confronted by his accusers in order that he may cross-examine them and challenge their evidence, a principle which originated in ancient Rome (Lord Bingham at paragraph 5).

Moreover, this Court had not set its face absolutely against the admission of anonymous evidence in all circumstances. However, it had said that a conviction should not be based solely or to a decisive extent on anonymous statements. In any event, on the facts in Davis's case, this Court would have found a violation of Article 6: not only was the anonymous witnesses' evidence the sole or decisive basis on which Davis had been convicted, but effective cross-examination had been hampered.

50. Lord Mance, concurring in judgment, considered the relevant authorities of this Court on Article 6. Having done so, he doubted that there was an absolute requirement that anonymous testimony should not be the sole or decisive evidence against a defendant. Instead, the extent to which such testimony is decisive might be no more than a very important factor to balance in the scales. He also considered that *R. v. Sellick and Sellick* (among other authorities) served as a caution against treating the Convention, or apparently general statements by this Court, as containing absolutely inflexible rules.

3. *R. v. Horncastle and others*

51. The Chamber judgment of 20 January 2009 in the present cases was considered by the Court of Appeal and the Supreme Court of the United Kingdom in *R. v. Horncastle and others*. The case concerned the appeals of four defendants who had been convicted on the basis of statements of absent victims, which were read at trial under section 116 of the 2003 Act. For two of the defendants, the maker of the statement had died. For another two, the witness was too fearful to attend trial. Their appeals were heard together with that of a fifth defendant, Carter, who had been convicted on the basis of business records, which were introduced at his trial.

(a) **The judgment of the Court of Appeal**

52. On 22 May 2009 the Court of Appeal unanimously dismissed the appeals of the first four defendants ([2009] EWCA Crim 964). It accepted that Article 6 § 3 (d) had a content of its own but, given that it did not create any absolute right to have every witness examined, the balance struck

by the 2003 Act was legitimate and wholly consistent with the Convention. There could be a very real disadvantage in admitting hearsay evidence and it needed cautious handling. However, having regard to the safeguards contained in the 2003 Act, which were rigorously applied, there would be no violation of Article 6 if a conviction were based solely or to a decisive degree on hearsay evidence. Where the hearsay evidence was demonstrably reliable, or its reliability could properly be tested and assessed, the rights of the defence would be respected, there would be sufficient counterbalancing measures and the trial would be fair. It was not appropriate that there should be a rule that counterbalancing measures could never be sufficient where the evidence was sole or decisive. This had been considered and rejected by the Law Commission and Parliament when it enacted the 2003 Act.

53. There were also principled and practical difficulties with a sole or decisive rule. Firstly, as a principled difficulty, the test assumed that all hearsay evidence was unreliable in the absence of testing in open court, and secondly, it further assumed that the fact-finder (such as the jury) could not be trusted to assess the weight of the evidence. Neither assumption was justified. For the first, the Court of Appeal gave examples of hearsay evidence that would be reliable such as a victim who, before dying, revealed the name of his or her murderer. For the second, the Court of Appeal found that juries were perfectly able to understand the limitations of written statements and, under section 124 of the 2003 Act, would be provided with material about the maker of the statement (see paragraph 45 above). The mere fact that the evidence was an essential link in the chain of evidence against the accused did not alter that conclusion. For example, forensic evidence might depend on work done by unidentified laboratory assistants (and to that extent was hearsay). However, it was not necessary for every member of the laboratory who had worked with the evidence to be called in order for the strength of the evidence to be tested.

54. The court also found that there were practical difficulties with the sole or decisive rule as a test of admissibility of evidence. It observed:

“It is clear from the judgment in *Al-Khawaja [v. the United Kingdom]* that the [European Court of Human Rights] took the view that the error had lain in *admitting* the hearsay evidence: see in particular paragraphs 37, 40, 42 and 46. Any test of admissibility must be one which can be applied in advance of the giving of the evidence, let alone of the outcome of the trial. A routine test of admissibility of evidence which can only be applied in retrospect, after the outcome of the trial is known, makes the trial process little more than speculative. Judge, jury, witnesses and parties may find themselves engaged in shadow-boxing without knowing whether the solemn result of the trial will stand to be reversed on the grounds that, as things have turned out, the test of admissibility was not met. Nor can any defendant decide how to conduct his

case, and indeed whether or not to plead guilty, if he does not know what evidence can and cannot be relied upon.

It will no doubt often be possible to identify in advance a case in which the hearsay evidence in question is the sole evidence against the accused. An obvious case is that of the single eyewitness case, with no suggested support from any other source. But this frequently may not be clear from the outset; there may be other evidence which the prosecution intends to present, but which, on hearing, turns out not to incriminate the accused, or is effectively demolished. Conversely, what appears at the outset to be hearsay evidence standing alone may sometimes come to be supported by other material as the evidence develops. A witness may add something of great significance not previously mentioned, or the significance of something always said may become apparent when apparently unconnected other evidence is given. In any case where there is more than one accused jointly charged, it is common experience that the evidence of one may well shed enormous light upon the guilt or innocence of another. So even the concept of 'sole' evidence is an impractical test for admissibility.

It is, however, the second limb of the suggested test which is apt to cause the greatest difficulty. No one can know what evidence is decisive until the decision-making process is over. On no view can it be possible to rule in advance, at the stage when admissibility is in question, which evidence will be decisive ... The application of the test is made the more difficult yet if the meaning of 'decisive' is extended to encompass any evidence of which it can be said that, if it were absent, 'the prospect of a conviction would have receded and that of an acquittal advanced' (see paragraph 21 of *Al-Khawaja*). Indeed, if that is the test of what is decisive, virtually all evidence would qualify; evidence which does not, if accepted by the jury, advance the prospect of conviction will ordinarily be excluded as irrelevant."

The Court of Appeal also observed that the test would also be impossible to apply at a trial of two or more defendants, where one defendant sought to introduce hearsay evidence for his defence. In such a case, the trial judge would be bound to allow the defendant to introduce that evidence even if it might also incriminate one of the other defendants and indeed be decisive evidence against that other defendant.

55. The Court of Appeal also considered that the safeguard in section 125 of the 2003 Act (the power of a trial judge to stop the case if the hearsay evidence is unconvincing; see paragraph 45 above) provided for a "proportionate assessment of the reliability" of hearsay evidence and it would not serve justice if that power were to be trammelled by a requirement that it be exercised in every case in which the hearsay evidence were the sole or decisive evidence. Sole or decisive hearsay could be wholly convincing and, equally, evidence which was neither sole nor decisive might have such a potential influence on the jury that the judge would be persuaded that a conviction was unsafe. Where there was a legitimate argument that that hearsay was unconvincing and important to the case, the trial judge was required to make up his own mind as to whether a conviction would be

safe; this involved assessing the reliability of the hearsay evidence, its place in the evidence as a whole, the issues in the case as they had emerged, and all the other individual circumstances of the case. Finally, the other safeguards contained in the 2003 Act were rigorously applied and the difficulties faced by defendants when hearsay was admitted were well understood by the courts. The Act did not equate hearsay with first-hand evidence; on the contrary it required cautious handling.

56. The Court of Appeal also gave guidance as to assessing when it would be appropriate to allow hearsay evidence to be introduced because a witness was in fear. There was, in the case-law of this Court, no requirement that the fear had to be attributable to the defendant, and the essential questions were whether there was a justifiable reason for the absence of the witness supported by evidence and whether the evidence was demonstrably reliable or its reliability could be properly tested and assessed. The Court of Appeal added:

“It is, however, important that all possible efforts are made to get the witness to court. As is clear, the right to confrontation is a long-standing requirement of the common law and recognised in Article 6 [§ 3 (d)]. It is only to be departed from in the limited circumstances and under the conditions set out in the [2003 Act]. The witness must be given all possible support, but also made to understand the importance of the citizen’s duty, and indeed that the violent and intimidatory will only flourish the more if that duty is not done, whilst they will normally back down in the face of determination that it be performed. For this reason it is of especial importance that assurances are never given to potential witnesses that their evidence will be read. Unless the defendant consents, it is only the court applying the strict conditions of the [2003 Act] based on evidence that can admit such a statement. Any indication, let alone an assurance, can only give rise to an expectation that this will indeed happen, when if it does the impact of the evidence will be diminished and the disadvantage to the accused may result in it not being given at all.

It may well be that in the early stage of police enquiries into a prominent crime the investigators need to seek out information on a confidential basis: that is a matter for practical policing and not for us. But no person who is becoming not simply a source of information but a witness should be told that his evidence will be read, or indeed given any indication whatsoever that this is likely. The most that he can be told is that witnesses are expected to be seen at court, that any departure from that principle is exceptional, and that the decision whether to depart from it is one for the judge and not for the police. In the case before us of *Marquis and Graham* [two of the appellants], as we set out at paragraphs 127 and 132, the judge found that the investigating police officer had significantly contributed to the fear of the witness by referring repeatedly to a notorious local example of witnesses being hunted down, although relocated, and killed. Although notorious, that incident was an extreme and very unusual case. The need for police officers to tender careful advice to potential witnesses in order to discharge their duty of care towards them should not lead to

such frightening information being laboured out of defensiveness. Whilst the [2003 Act] requires fear to be construed broadly, it is not to be expected that fear based upon inappropriate assurances by police officers will result in the evidence being read and the case proceeding on the basis of it to the jury. If the evidence can really only be assessed by the jury by seeing the witness, as will often be the case, it may not be admitted. If it is admitted and central to the case, there is a significant possibility that at the end of the trial the judge may have to rule under [section] 125 that a conviction relying upon it would be unsafe.”

(b) The judgment of the Supreme Court

57. On 9 December 2009 the United Kingdom Supreme Court unanimously upheld the Court of Appeal’s judgment ([2009] UKSC 14). Lord Phillips, giving the judgment of the Supreme Court, found that, although domestic courts were required by the Human Rights Act 1998 to take account of the Strasbourg jurisprudence in applying principles that were clearly established, on rare occasions, where a court was concerned that the Strasbourg judgment did not sufficiently appreciate or accommodate some aspect of English law, it might decline to follow the judgment. The Chamber judgment was such a case.

58. Lord Phillips considered that a defendant should not be immune from conviction where a witness, who had given critical and apparently reliable evidence in a statement, was unavailable to give evidence at trial through death or some other reason. In analysing the relevant case-law of this Court on Article 6 § 3 (d), Lord Phillips concluded that, although this Court had recognised the need for exceptions to the strict application of Article 6 § 3 (d), the manner in which it approved those exceptions resulted in a jurisprudence which lacked clarity. The sole or decisive rule had been introduced into the Strasbourg case-law in *Doorson* (cited above) without discussion of the underlying principle or full consideration of whether there was justification for imposing the rule as an overriding principle applicable equally to continental and common-law jurisdictions. Indeed, the rule seemed to have been created because, in contrast to the common law, continental systems of criminal procedure did not have a comparable body of jurisprudence or rules governing the admissibility of evidence.

59. Lord Phillips, in agreement with the Court of Appeal, found that the rule would create severe practical difficulties if applied to English criminal procedure. Firstly, it was not easy to apply because it was not clear what was meant by “decisive”: under English criminal procedure no evidence could be admitted unless it was potentially probative and, in theory, any item of probative evidence could make the difference between conviction and acquittal. Secondly, it would be hard enough to apply that test at first

instance but it would be impossible for national appellate courts or this Court to decide whether a particular statement was the sole or decisive basis for a conviction. In a jury trial, the only way the rule could be applied would be to exclude all hearsay evidence.

60. Lord Phillips also observed:

“The sole or decisive test produces a paradox. It permits the court to have regard to evidence if the support that it gives to the prosecution case is peripheral, but not where it is decisive. The more cogent the evidence the less it can be relied upon. There will be many cases where the statement of a witness who cannot be called to testify will not be safe or satisfactory as the basis for a conviction. There will, however, be some cases where the evidence in question is demonstrably reliable. The Court of Appeal has given a number of examples. I will just give one, which is a variant of one of theirs. A visitor to London witnesses a hit and run road accident in which a cyclist is killed. He memorises the number of the car, and makes a statement to the police in which he includes not merely the number, but the make and colour of the car and the fact that the driver was a man with a beard. He then returns to his own country, where he is himself killed in a road accident. The police find that the car with the registration number that he provided is the make and colour that he reported and that it is owned by a man with a beard. The owner declines to answer questions as to his whereabouts at the time of the accident. It seems hard to justify a rule that would preclude the conviction of the owner of the car on the basis of the statement of the deceased witness, yet that is the effect of the sole or decisive test.”

61. Lord Phillips instead concluded that the 2003 Act made such a rule unnecessary in English criminal procedure because, if the 2003 Act were observed, there would be no breach of Article 6 § 3 (d) even if a conviction were based solely or to a decisive extent on hearsay evidence. To demonstrate this point, Annex 4 to the judgment analysed a series of cases against other Contracting States where this Court had found a violation of Article 6 § 1 when taken in conjunction with Article 6 § 3 (d). In each case, had the trial taken place in England and Wales, the witness’s testimony would not have been admissible under the 2003 Act either because the witness was anonymous and absent or because the trial court had not made sufficient enquiries to ensure there was good reason for the witness’s absence. Alternatively, had the evidence been admitted, any conviction would have been quashed on appeal.

62. Lord Brown delivered a concurring judgment in which he stated:

“These appeals are of the utmost importance. If the Strasbourg case-law does indeed establish an inflexible, unqualified principle that any conviction based solely or decisively on evidence adduced from an absent or anonymous witness is necessarily to be condemned as unfair and set aside as contrary to [Article 6 §§ 1 and 3 (d)] of the Convention, then the whole domestic scheme for ensuring fair trials – the scheme now enshrined (as to hearsay evidence) in the Criminal Justice Act 2003 and (as to anonymous evidence) in the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008 [see

paragraph 46 above] – cannot stand and many guilty defendants will have to go free. It is difficult to suppose that the Strasbourg Court has in fact laid down so absolute a principle as this and, indeed, one exception to it, at least, appears to be acknowledged: the fairness of admitting hearsay evidence from a witness absent as a result of the defendant’s own intimidation.

...

Nor can Strasbourg readily be supposed to have intended the sort of practical problems and anomalies identified by the Court of Appeal (paragraphs 61-63 and 68-71 [of its judgment]) that must inevitably flow from any absolute principle of the kind here contended for. Obviously, the more crucial the evidence is to the proof of guilt, the more scrupulous must the court be to ensure that it can be fairly adduced and is likely to be reliable. In this connection there can be no harm in using the concept of ‘sole or decisive’ so long as it is used broadly – as it is in the 2008 Act with regard to anonymous witnesses and, indeed, in the control order context where it relates rather to the allegations made against the suspect than the evidence adduced in support. Understood and applied inflexibly, however, the concept would involve insoluble problems of detailed interpretation and application.

The better view may therefore be that no such absolute principle emerges from the Strasbourg Court’s judgment in *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom ...*”

III. RELEVANT COMPARATIVE LAW

A. Scotland

63. Subject to certain statutory exceptions, in Scots criminal law a person cannot be convicted of a crime or statutory offence on the uncorroborated testimony of one witness, however credible (see *Morton v. HM Advocate* 1938 JC 52, quoted in *Campbell v. HM Advocate* 2004 SLT 135).

64. Hearsay is regulated by section 259 of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, which allows for its admissibility under certain conditions, including when the person who made the statement is dead. Section 259(4) permits evidence to be admitted which is relevant to the credibility of the person as a witness. In *N v. HM Advocate* 2003 SLT 761 the High Court of Justiciary, sitting as an appeal court, reluctantly reached the conclusion that section 259 deprived the court of the discretion it previously enjoyed at common law to exclude such evidence if it was unreliable. Lord Justice Clerk observed that, notwithstanding section 259, the long-recognised dangers in hearsay evidence remained. He added:

“Where a general provision such as [section] 259 applies, there are bound to be cases in the circumstances of which hearsay evidence would be so prejudicial to the fairness of the trial that the only just and proper course would be to exclude it. This, I think, is such a case.

I am not impressed by the three safeguards to which the trial judge referred (*HM Advocate v. N*, at p. 437C–E). The requirement of corroboration is a neutral consideration. It is a safeguard that applies to prosecution evidence in any form. I cannot see what worthwhile safeguard the principle of corroboration provides if the primary evidence sought to be corroborated is *per se* unfair to the accused. Moreover, the leading of evidence bearing upon the credibility of the maker of the hearsay statement may be at most an exercise in damage limitation where clearly prejudicial evidence has already been led. As for the safeguard of the judge’s directions, I think that there may be cases where the hearsay evidence is so prejudicial that no direction, however strong, could make adequate amends for the unfairness of its having been admitted. ...

In English provisions governing the admissibility of a statement made in a document, Parliament has expressly conferred a discretion on the court to exclude such a statement if it is of the opinion that in the interests of justice it ought not to be admitted. One specific consideration to which the court must have regard is the risk that the admission of the evidence will result in unfairness to the accused (Criminal Justice Act 1988, [sections] 25(1), 25(2)(d) and 26(ii); cf. *R. v. Gokal*). These, in my view, are prudent provisions. If provisions of this kind had been available to the trial judge in this case, they could have enabled him to exclude the hearsay at the outset.”

65. The High Court of Justiciary also considered the compatibility of the introduction of the evidence of an absent witness with Article 6 § 3 (d) in *McKenna v. HM Advocate*. In that case, a murder trial, the prosecution sought to introduce statements made to the police by a possible co-accused who had since died. In a previous ruling given before trial (2000 SLT 508), the High Court of Justiciary, sitting as an appeal court, had found that it was only in extreme circumstances that an accused could contend in advance of trial that the introduction of the hearsay evidence would be so prejudicial to the prospects of a fair trial that the court could determine the issue in advance. It therefore allowed the trial to proceed. When the statements were introduced at trial and the accused was convicted, he appealed against his conviction. In its judgment dismissing the appeal (2003 SLT 508), the High Court of Justiciary found that, while the statements were important evidence, having regard to the other evidence led at trial (which included admissions by the accused and forensic evidence), it could not be said that the appellant’s conviction was based to a decisive extent on them. The jury had also been adequately and satisfactorily directed as to how to approach the absent witness’s statement. A similar conclusion was reached by the same court in *HM Advocate v. M* 2003 SLT 1151.

66. The compatibility of the admission of hearsay evidence with Article 6 § 3 (d) was further considered by the High Court of Justiciary in *Campbell v. HM Advocate* (cited above). The court observed that, in the

relevant case-law of this Court, many of the violations of Article 6 § 3 (d) which had been found had arisen in jurisdictions which did not apply the Scots law rule of corroboration:

“Most of the situations in which it has been held by the court that there had been a violation of [Article 6 §§ 1 and 3 (d)] could not arise in Scotland. Against the requirement for corroboration of all crucial facts, a conviction could not be based solely on the evidence of a single witness, whether in primary or in secondary form. Violations of the Convention right have been established where the principal witness against the accused has not been made available for questioning or, in circumstances where there have been a number of principal witnesses, where none of them has been made so available. No case was cited to us in which a violation was held to have occurred in circumstances where the accused had had an opportunity to question or have questioned the complainer or other direct or central witness and other supporting evidence was in statement form. ‘To a decisive extent’, as used in the European authorities, appears to be concerned with the significance of the evidence as a matter of weight. It is not concerned with any rule that a conviction cannot be based on a single source of evidence. The fact that the hearsay is required to meet the rule about corroboration does not of itself render that hearsay ‘decisive’ in the European sense.

In these circumstances we are not persuaded that in every case in which hearsay evidence is a necessary ingredient of the Crown’s corroborated proof there will be a violation of [Article 6 §§ 1 and 3 (d)]. It will, however, be necessary for the trial judge to address, in the context of the whole evidence in the case, the significance of any hearsay evidence relied on by the Crown and to take appropriate action to ensure that the accused’s entitlement to a fair trial is not violated thereby.”

67. The court added that, in directing a jury, the guidance given by the Lord Justice Clerk in the case of *N v. HM Advocate* (cited above), should be borne in mind. The High Court allowed the appeal of the first appellant in the case of *Campbell* (cited above) because of the inadequacy of the trial judge’s direction to the jury. It dismissed the second appellant’s appeal in so far as it related to Article 6 of the Convention, finding that the hearsay evidence was not decisive and that the principal evidence against him came from a witness who had testified in court.

68. *Campbell* was applied in *HM Advocate v. Johnston* 2004 SLT 1005 where, in a ruling given during the trial, the Lord Ordinary allowed the admission of a witness statement made to the police by a witness who subsequently died before trial; the statement was admissible, *inter alia*, because it could not be “decisive”. In *Humphrey v. HM Advocate* [2008] HCJAC 30, the High Court of Justiciary observed that it had “great difficulty” in understanding the meaning of the word “decisive” in the context of a case based on circumstantial evidence but, in that case, the

evidence in the form of a police statement of a witness who had died was not “remotely decisive” and there was sufficient evidence to support the conviction without it. Similar results were reached in *Allison v. HM Advocate* [2008] HCJAC 63, and *Harkins v. HM Advocate* [2008] HCJAC 69.

B. Ireland

69. In its March 2010 Consultation Paper on Hearsay in Civil and Criminal Cases, the Law Reform Commission of Ireland provisionally recommended that, subject to existing common law and statutory inclusionary exceptions, hearsay should continue to be excluded in criminal proceedings. It also provisionally recommended that there should be no statutory introduction of a residual discretion to include hearsay evidence and that the concepts of reliability and necessity should not form the basis for reform of the hearsay rule because they lacked clarity.

70. The Commission also noted:

“Article 38.1 of the Constitution of Ireland protects the right to cross-examination and that the free admissibility of hearsay evidence in criminal proceedings would infringe this constitutionally protected right. There are dangers associated with allowing evidence of unavailable witnesses: it undermines the defendant’s right to a fair trial and creates the potential of miscarriages of justice arising if evidence adduced from the following categories of witnesses is admitted:

Where the witness is dead (with the exception of dying declarations);

Where a witness because of a bodily or mental infirmity cannot give evidence;

Where the witness is outside of the jurisdiction;

Where the witness cannot be found.”

71. The Commission declined to recommend that the statutory scheme in England and Wales, and in particular section 114 of the 2003 Act, be adopted in Ireland. It observed:

“This model of reform relaxes the rule in such a manner as to potentially render the rule against hearsay redundant. The categories of admissible hearsay under this model are extended significantly and, in light of the constitutional protection afforded to the right to cross-examination, the Commission is of the provisional opinion that to allow in untested evidence from frightened and unavailable witnesses would undermine this right. The Commission notes that it has provisionally recommended that the courts should retain a discretion to develop the hearsay rule if the necessity exists.”

The Commission also found that (subject to possible reservations concerning the ultimate outcome in the present cases), the case-law of this Court appeared broadly in line with the approach taken in Irish law.

C. Australia

72. A strict approach to the exclusion of out-of-court statements has always been taken by the Australian courts (see, for example, *Bannon v. The Queen* (1995) 185 CLR 1).

73. The admission of hearsay in federal criminal proceedings in Australia is now regulated by the Evidence Act 1995. Section 65 of the Act allows the admission of evidence as to previous representations (for example statements) when a witness is not available to give evidence about an “asserted fact”. Such evidence will be admissible, *inter alia*, when: (i) the representation was made when or shortly after the asserted fact occurred in circumstances that make it unlikely that the representation is a fabrication (section 65(2)(b)); or (ii) when the representation was made in circumstances that make it highly probable that the representation was reliable (section 65(2)(c)).

74. The use of these provisions to admit the statement of a witness who died before trial was considered by the Federal Court of Australia in *Williams v. The Queen* (2000) 119 A Crim R 490. The court found that, in the circumstances of the case, the statement made to the police was not sufficiently reliable, particularly when the witness had reasons to tell the police what they wanted to hear. Equivalent statutory provisions were considered by the Supreme Court of New South Wales in *Harris v. The Queen* (2005) 158 A Crim R 454, where the deceased complainant’s statement was found to be sufficiently reliable to be admitted, given that, *inter alia*, the complainant knew that the police would interview other witnesses in the case.

D. Canada

75. The law of hearsay in Canada has been reformed as a result of three principal decisions of the Supreme Court of Canada, which created a “principled approach” to the admissibility of hearsay evidence.

76. Firstly, in *R. v. Khan* [1990] 2 SCR 531, the Supreme Court found that the trial judge had erred in refusing to allow the victim, a three-and-a-half-year-old girl who alleged that she had been sexually assaulted, to give unsworn evidence and his refusal to allow the Crown to introduce statements the child had made to her mother fifteen minutes after the assault. If unsworn evidence could not be given there would be a danger that offences against very young children could never be prosecuted. In respect of the statements to the mother, the Supreme Court found that it was appropriate to take a more flexible but “principled” approach to hearsay. Despite the need for caution, hearsay could be admitted where the two general requirements of necessity and reliability were met. In determining admissibility the trial

judge was required to have regard to the need to safeguard the interests of the accused. Concerns as to the credibility of the evidence remained to be addressed by submissions as to the weight to be accorded to it and submissions as to the quality of any corroborating evidence.

77. Secondly, in *R. v. Smith* [1992] 2 SCR 915 the Court approved the “principled approach” taken in *Khan* and found that two telephone calls made by the deceased to her mother shortly before her death were admissible. However, the mother’s evidence as to the contents of a third telephone call should have not been admitted as the conditions under which that call was made did not provide the “circumstantial guarantee of trustworthiness” which would justify its admission without the possibility of cross-examination.

78. *Khan* and *Smith* were followed in *R. v. Rockey* [1996] 3 SCR 829. The Supreme Court was satisfied that any reasonable trial judge would have found it necessary to admit pre-trial statements made by a child, who was five years old at trial, in which he complained that he had been sexually assaulted. It was observed by McLachlin J (concurring in judgment) that the case against the appellant was strong: the child’s statements were entirely consistent and supported, *inter alia*, by medical evidence and evidence of behavioural changes in him after the assault and the absence of any plausible explanation of someone other than the appellant perpetrating the assault.

79. The third and most significant development in the Supreme Court’s case-law was its judgment in *R. v. Khewaloon* [2006] 2 SCR 787, which took a stricter approach to reliability. The case concerned a complaint of assault made by an elderly resident at a retirement home against one of the home’s employees. The patient, S., gave the police a videotaped statement; the statement was unsworn. After S.’s statement other residents came forward to give statements that they too had been assaulted by the accused. By the time of trial, all those who had made statements, including S, had either died or were no longer competent to testify. Some of the statements were admitted by the trial judge because of the striking similarity between them. The Court of Appeal for Ontario excluded all the statements and acquitted the accused. The Supreme Court dismissed the Crown’s appeal from that decision and affirmed the acquittal. The Supreme Court clarified its previous case-law on reliability and stated that the reliability requirement would generally be met by showing: (i) that there was no real concern about whether the statement was true or not because of the circumstances in which it came about; or (ii) that no real concern arose because the truth and accuracy of the statement could nonetheless be sufficiently tested by means other than cross-examination. It was for the trial judge to make a preliminary assessment of the “threshold” reliability of the statement and to leave the

ultimate determination of its worth to the fact-finder/jury. All relevant factors had to be considered by the trial judge including, in appropriate cases, the presence of supporting or contradictory evidence. Charron J, giving the unanimous judgment of the court, stated (at paragraph 49 of the judgment):

“In some cases, because of the circumstances in which it came about, the contents of the hearsay statement may be so reliable that contemporaneous cross-examination of the declarant would add little if anything to the process. In other cases, the evidence may not be so cogent but the circumstances will allow for sufficient testing of evidence by means other than contemporaneous cross-examination. In these circumstances, the admission of the evidence will rarely undermine trial fairness. However, because trial fairness may encompass factors beyond the strict inquiry into necessity and reliability, even if the two criteria are met, the trial judge has the discretion to exclude hearsay evidence where its probative value is outweighed by its prejudicial effect.”

80. The court concluded that S.’s statements were not admissible. It observed that the charges against Khelawon in respect of S. were “entirely based” on the truthfulness of the allegations contained in S.’s statements (paragraph 101 of the judgment). The absence of any opportunity to cross-examine him had a bearing on the question of reliability and there were no adequate substitutes for testing the evidence. The principled exceptions to the hearsay rule did not provide a vehicle for founding a conviction on the basis of a police statement, videotaped or otherwise, without more (paragraph 106 of the judgment). Nor could the reliability requirement be met by relying on the inherent trustworthiness of the statement; this was not a case such as *Khan* where the cogency of the evidence was such that it would be pedantic to insist upon testing by cross-examination. S. was elderly and frail; his mental capacity was at issue and there was medical evidence that his injuries could have arisen from a fall. It was also not clear that he had understood the consequences of his statement for the accused. In the circumstances, S.’s unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused’s ability to test the evidence and, in turn, on the trier of fact’s ability to properly assess its worth.

E. Hong Kong

81. In its report of November 2009, the Law Reform Commission of Hong Kong proposed substantial reforms to the admission of hearsay evidence in criminal proceedings in that jurisdiction. It proposed that the present rule in Hong Kong against the admission of hearsay evidence should be retained but there should be greater scope to admit hearsay evidence in specific circumstances. The Commission rejected the English statutory scheme contained in the 2003 Act, observing that Hong Kong had none of

the statutory mechanisms for excluding hearsay which applied in England and Wales, such as section 126(1) of the 2003 Act and section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (see paragraphs 40 and 45 above). The Commission also observed that grounds for admitting hearsay under section 116 of the 2003 Act, although offering a fair degree of certainty and consistency in decision-making, had “an over-inclusive effect by allowing in all types of relevant evidence, including unreliable hearsay evidence” (paragraph 8.25 of the report).

The Commission instead proposed a model of reform, which was based on the approach taken by the New Zealand Law Commission (see paragraph 82 below) and the Canadian courts since *Khelawon*. It recommended that hearsay evidence should be admissible, *inter alia*, if the trial judge was satisfied that it was necessary to admit the hearsay evidence and that it was reliable. Assessment of reliability by a trial judge should include consideration of whether the hearsay evidence was supported by other admissible evidence. The Commission also recommended that, at any stage of criminal proceedings after hearsay evidence had been admitted, the court should have the power to direct the acquittal of the accused if the trial judge considered that it would be unsafe to convict. In reaching that decision, the court should have regard, *inter alia*, to the importance of such evidence to the case against the accused. The Commission also found that these recommendations meant that its model of reform would comply with the Chamber judgment in the present cases.

F. New Zealand

82. The New Zealand Law Commission, in its 1999 Report on Evidence, recommended that the admissibility of hearsay should be based on two considerations: reliability and necessity. That recommendation was enacted in the Evidence Act 2006, which came into force in 2007. Section 18(1) of the Act provides:

“A hearsay statement is admissible in any proceeding if—

- (a) the circumstances relating to the statement provide reasonable assurance that the statement is reliable; and
- (b) either—
 - (i) the maker of the statement is unavailable as a witness; or
 - (ii) the Judge considers that undue expense or delay would be caused if the maker of the statement were required to be a witness.”

83. “Circumstances” for these purposes are defined in section 16(1) as including: (a) the nature of the statement; (b) the contents of the

statement; (c) the circumstances that relate to the making of the statement; (d) any circumstances that relate to the veracity of the person; and (e) any circumstances that relate to the accuracy of the observation of the person.

84. Section 8(1) of the Act provides that evidence must be excluded if its probative value is outweighed by the risk that the evidence will (a) have an unfairly prejudicial effect on the proceeding; or (b) needlessly prolong the proceeding. Section 8(2) provides that in determining whether the probative value of evidence is outweighed by the risk that the evidence will have an unfairly prejudicial effect on a criminal proceeding, the judge must take into account the right of the defendant to offer an effective defence.

G. South Africa

85. Although jury trials are no longer used in South Africa, it too has substantially reformed its law of hearsay. Section 3(4) of the Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988 defines hearsay as evidence, whether oral or in writing, the probative value of which depends upon the credibility of any person other than the person giving evidence. By section 3(1) such hearsay evidence is not admissible unless (i) it is admitted by consent; (ii) the person upon whose credibility the evidence depends testifies; or (iii) the court is of the opinion that the evidence should be admitted in the interests of justice. Section 3(1)(c) provides that, in forming its opinion, the court must have regard to: (i) the nature of the proceedings; (ii) the nature of the evidence; (iii) the purpose for which the evidence is tendered; (iv) the probative value of the evidence; (v) the reason why the evidence is not given by the person upon whose credibility the probative value of such evidence depends; (vi) any prejudice to a party which the admission of such evidence might entail; and (vii) any factor which should in the opinion of the court be taken into account.

86. In *State v. Ramavhale* [1996] ZASCA 14, the Supreme Court observed that, notwithstanding the wording of section 3(1), there remained an “intuitive reluctance to permit untested evidence to be used against an accused in a criminal case”. It also endorsed previous authority that a court should “hesitate long” in admitting or relying on hearsay evidence which plays a decisive or even significant part in convicting an accused, unless there are compelling reasons for doing so. Despite the reforms enacted by section 3(1), the Supreme Court found that reliability was a factor that should continue to be considered in determining the admissibility of hearsay. Moreover, in that case, in assessing what prejudice would arise to the accused if the hearsay were admitted, the trial judge had erred in relying upon the fact that the accused had other avenues open to him to counter the

evidence, one of which was to give evidence himself; the logical conclusion of this approach was that the State, by introducing “flimsy” hearsay could force the accused to testify in a case where the absence of direct evidence was such that he would be entitled not to testify.

Compelling reasons for admitting hearsay evidence, even though it was decisive, were found to exist in *State v. Ndhlovu and others* [2002] ZASCA 70, not least because the guarantees as to the reliability of the evidence were high and the hearsay evidence interlinked powerfully with the other evidence in the case. The concerns expressed in *Ramavhale* as to admitting or relying on hearsay evidence which played a decisive or even significant part in convicting an accused were reiterated by the Supreme Court in *State v. Libazi and others* [2010] ZASCA 91, *State v. Mpungose and another* [2011] ZASCA 60, and *State v. Mamushe* [2007] ZASCA 58. In the latter, the Supreme Court observed that it stood to reason that a hearsay statement which would only serve to complete a “mosaic pattern” would be more readily admitted than one which was destined to become a vital part of the State’s case.

H. United States of America

87. The Sixth Amendment to the Constitution of the United States of America guarantees the accused in all criminal prosecutions the right to be confronted with the witnesses against him (“the confrontation clause”). In *Ohio v. Roberts* 448 US 56 (1980) the Supreme Court of the United States of America held that evidence with “particularized guarantees of trustworthiness” was admissible without confrontation. That was overruled in *Crawford v. Washington* 541 US 36 (2004), where the court ruled that the confrontation clause applied to all evidence which was testimonial in nature and there was no basis in the Sixth Amendment for admitting evidence only on the basis of its reliability. Where testimonial statements were at issue, the only indicium of reliability which was sufficient was the one prescribed by the Constitution: confrontation. Consequently, testimonial evidence was thus inadmissible unless the witness appeared at trial or, if the witness was unavailable, the defendant had a prior opportunity for cross-examination (see also *Melendez-Diaz v. Massachusetts* 129 SCt 2527 (2009), and *Bullcoming v. New Mexico* 131 SCt 2705 (2011)).

The right to confront witnesses will be forfeited if it can be demonstrated that the defendant has frightened the witness into not testifying (see *Davis v. Washington* 547 US 813 (2006), and *Giles v. California* 554 US 353 (2008)).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (D) OF THE CONVENTION

88. Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention read as follows:

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

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; ...”

A. The Chamber’s conclusions

89. For the Chamber, the provisions of Article 6 § 3 (d), as with the other elements of Article 6 § 3, was one of the minimum rights which had to be accorded to anyone who was charged with a criminal offence. The Chamber also observed that as minimum rights, the provisions of Article 6 § 3 constituted express guarantees and could not be read as illustrations of matters to be taken into account when considering whether a fair trial had been held.

90. The Chamber then observed that whatever the reason for the defendant’s inability to examine a witness, whether absence, anonymity or both, the starting point for the Court’s assessment of whether there was a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) was set out in *Lucà*, cited above, § 40:

“If the defendant has been given an adequate and proper opportunity to challenge the depositions either when made or at a later stage, their admission in evidence will not in itself contravene Article 6 §§ 1 and 3 (d). The corollary of that, however, is that where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 [references omitted].”

91. The Chamber noted that both parties were content to approach the matter on the basis that each conviction was based solely or to a decisive degree on the two witnesses concerned and it proceeded on the same basis. The Chamber then considered the counterbalancing factors which the Government relied on in each case. Firstly, it considered the counterbalancing factors that, in each case, the trial judge correctly applied

the relevant statutory test and that the Court of Appeal reviewed the safety of each conviction. It found these factors to be of limited weight since the very issue in each case was whether the trial judges and the Court of Appeal had acted compatibly with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.

92. In respect of Mr Al-Khawaja, the Chamber continued:

“41. In examining the facts of Mr Al-Khawaja’s case, the Court observes that the counterbalancing factors relied by the Government are the fact that S.T.’s statement alone did not compel the applicant to give evidence; that there was no suggestion of collusion between the complainants; that there were inconsistencies between S.T.’s statement and what was said by other witnesses which could have been explored in cross-examination of those witnesses; the fact that her credibility could be challenged by the defence; and the warning to the jury to bear in mind that they had neither seen nor heard S.T.’s evidence and that it had not been tested in cross-examination.

42. Having considered these factors, the Court does not find that any of them, taken alone or together, could counterbalance the prejudice to the defence by admitting S.T.’s statement. It is correct that even without S.T.’s statement, the applicant may have had to give evidence as part of his defence to the other count, count two. But had S.T.’s statement not been admitted, it is likely that the applicant would only have been tried on count two and would only have had to give evidence in respect of that count. In respect of the inconsistencies between the statement of S.T. and her account as given to two witnesses, the Court finds these were minor in nature. Only one such inconsistency was ever relied on by the defence, namely the fact that at one point during the alleged assault, S.T. had claimed in her statement that the applicant had touched her face and mouth while in the account given to one of the witnesses she had said that she had touched her own face at the instigation of the applicant. While it was certainly open to the defence to attempt to challenge the credibility of S.T., it is difficult to see on what basis they could have done so, particularly as her account corresponded in large part with that of the other complainant, with whom the trial judge found that there was no evidence of collusion. The absence of collusion may be a factor in domestic law in favour of admissibility but in the present case it cannot be regarded as a counterbalancing factor for the purposes of Article 6 § 1 read with Article 6 § 3 (d). The absence of collusion does not alter the Court’s conclusion that the content of the statement, once admitted, was evidence on count one that the applicant could not effectively challenge. As to the judge’s warning to the jury, this was found by the Court of Appeal to be deficient. Even if it were not so, the Court is not persuaded that any more appropriate direction could effectively counterbalance the effect of an untested statement which was the only evidence against the applicant.”

The Chamber therefore found a violation of Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d) in respect of Mr Al-Khawaja.

93. In respect of Mr Tahery, the Chamber observed:

“45. In this case, the Government relied on the following principal counterbalancing factors: that alternative measures were considered by the trial judge; that the applicant was in a position to challenge or rebut the statement by giving evidence himself and by calling other witnesses; that the trial judge warned the jury that it was necessary to approach the evidence given by the absent witness with care; and that the judge told the jury that the applicant was not responsible for T.’s fear.

46. The Court does not find that these factors, whether considered individually or cumulatively, would have ensured the fairness of the proceedings or counterbalanced the grave handicap to the defence that arose from the admission of T.’s statement. It is appropriate for domestic courts, when faced with the problem of absent or anonymous witnesses, to consider whether alternative measures could be employed which would be less restrictive of the rights of the defence than admitting witness statements as evidence. However, the fact that alternative measures are found to be inappropriate does not absolve domestic courts of their responsibility to ensure that there is no breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) when they then allow witness statements to be read. Indeed, the rejection of less restrictive measures implies a greater duty to ensure respect for the rights of the defence. As regards the ability of the applicant to contradict the statement by calling other witnesses, the very problem was that there was no witness, with the exception of T., who was apparently able or willing to say what he had seen. In these circumstances, the Court does not find that T.’s statement could have been effectively rebutted. The Court accepts that the applicant gave evidence himself denying the charge, though the decision to do so must have been affected by the admission of T.’s statement. The right of an accused to give evidence in his defence cannot be said to counterbalance the loss of opportunity to see and have examined and cross-examined the only prosecution eyewitness against him.

47. Finally, as to the trial judge’s warning to the jury, the Court accepts that this was both full and carefully phrased. It is true, too, that in the context of anonymous witnesses in *Doorson*, cited above, § 76, the Court warned that ‘evidence obtained from witnesses under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care’. In that case, it was satisfied that adequate steps had been taken because of the express declaration by the Court of Appeal that it had treated the relevant statements ‘with the necessary caution and circumspection’. However, in the case of an absent witness such as T., the Court does not find that such a warning, including a reminder that it was not the applicant who was responsible for the absence, however clearly expressed, would be a sufficient counterbalance where that witness’s untested statement was the only direct evidence against the applicant.”

The Chamber therefore also found a violation of Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d) in respect of Mr Tahery.

B. The parties' submissions

1. The Government

(a) The Chamber judgment

94. The Government considered that Article 6 § 3 (d) was an express guarantee but not an absolute rule from which no derogation was possible: the focus was on the proceedings as a whole, the safeguards available to the accused, the reliability of the evidence and, in appropriate cases, the interests of witnesses or victims. An inflexible sole or decisive rule was incompatible with the Court's general approach to Article 6 § 3 (d).

95. The Government submitted that the manner in which the Court had applied and developed the test lacked clarity in a number of respects: there had been no adequate discussion of the principle underlying the rule; there had never been a full consideration of whether it should be applied equally to civil and common-law jurisdictions; prior to *A.M. v. Italy* (no. 37019/97, ECHR 1999-IX), there was no support in the Court's case-law for applying the test in respect of an absent witness whose identity was known to the defence; and it was not possible to discern any consistency in the Court's case-law as to when evidence was to be regarded as decisive.

96. The Government further submitted that the sole or decisive rule, as applied by the Chamber in its judgment, was predicated on the false assumption that all hearsay evidence which was critical to a case was either unreliable or, in the absence of cross-examination of the witness, incapable of proper assessment. In fact, sole or decisive hearsay might be perfectly reliable and cross-examination might add little or nothing to the assessment of its reliability. The rule could produce arbitrary results; it could operate to exclude evidence simply because it was important, irrespective of its reliability or cogency. The Chamber had not explained whether or how the issue of reliability was relevant to the application of the rule. It had not conducted a full analysis of the safeguards available in England and Wales, nor had it appreciated the important difference between common-law trial procedures and those of other Contracting States. It had not explained when evidence would be decisive with sufficient precision to enable a trial court to apply the sole or decisive rule in practice or given adequate consideration to the practical problems which would arise by application of the rule in England and Wales.

97. The test would also serve as an incentive to intimidate witnesses, particularly when only one witness had been courageous enough to come forward. It would have greatest impact in sexual abuse cases, where the

offending usually took place in private and thus the evidence of the victim was likely to be “sole or decisive”.

98. For these reasons, the Government invited the Court to adopt the approach taken by the Supreme Court in *Horncastle and others*. The Supreme Court’s judgment demonstrated that this Court’s case-law permitted a more flexible approach than the apparently hard-edged sole or decisive rule set out by the Chamber. In the light of the Supreme Court’s conclusion in *Horncastle and others* that the sole or decisive rule would give rise to severe practical difficulties in England and Wales, the Government invited the Court to make clear that the importance of the untested evidence was better regarded as one factor among others which were to be taken into account when deciding whether the proceedings as a whole were fair. Alternatively, the Government suggested that any sole or decisive rule should not apply when there were good reasons for the unavailability of the witness such as those set out in section 23 of the Criminal Justice Act 1988 (“the 1988 Act”) and section 116(2) of the Criminal Justice Act 2003 (“the 2003 Act”).

(b) Domestic law and practice

99. The Government underlined that general safeguards protected the defendant against unfairness as a result of the admission of hearsay evidence. The trial judge acted as “gatekeeper”: he had a duty at common law and under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 to prevent the jury hearing evidence which would have such an adverse effect on proceedings that it ought not to be received. The trial judge had to be satisfied that the prosecution could not adduce the evidence by calling the witness and he had to direct the jury on the dangers of relying on hearsay evidence. The jury had to be satisfied of the defendant’s guilt beyond reasonable doubt and there remained the possibility of appeal to the Court of Appeal, which would grant the appeal if the conviction were unsafe.

100. In the 1988 Act, section 23 made provision for the admissibility of a written statement in certain, enumerated circumstances and it applied equally to the prosecution and defence. The trial judge was required to subject the need to admit the evidence to rigorous scrutiny. Section 25 allowed the judge to refuse to admit the statement if he was of the opinion that it ought not to be admitted in the interests of justice (a reliability and due process safeguard). Section 26, which applied to statements prepared for the purpose of criminal proceedings, required the judge to have regard to the nature, source and contents of the statement, the availability of other evidence, the relevance of the evidence and the extent to which its admission would result in unfairness to the accused. Schedule 2 to the 1988 Act also

allowed the admission of evidence relating to the credibility and consistency of the maker of the statement.

101. In respect of the 2003 Act, the Government underlined that this had been enacted after a detailed review of the hearsay rule by the Law Commission, which had concluded that many of the assumptions underpinning the traditional exclusion of hearsay were not justified: for example, it had found that hearsay evidence was not necessarily inaccurate or unreliable and that, in many cases, the rule had led to the arbitrary exclusion of cogent evidence.

102. As with the 1988 Act, the 2003 Act allowed both the prosecution and defence to apply to adduce hearsay evidence. Section 116(2)(e) had been included in the 2003 Act in order to tackle crime by providing special measures to protect witnesses who have a genuine fear of intimidation and repercussions. When application was made because the witness was in fear, the trial judge could only give leave when the admission of the statement was in the interests of justice. Moreover, and contrary to many other member States of the Council of Europe, the Act did not allow for the admission of hearsay evidence from anonymous and absent witnesses. Finally, the Government underlined the further protections provided by sections 124 to 126 of the Act (see paragraph 45 above).

(c) The facts of each case

103. In respect of Mr Al-Khawaja, the Government submitted that the relevant facts were that S.T. had not been called to give evidence for a justifiable reason (death). The trial judge accepted that the admission of her statement was in the interests of justice and, in reaching that conclusion, had taken into account the disadvantages that might be caused to the first applicant. The defence had accepted that they would be in a position to rebut the statement.

104. S.T.'s statement was not sole or decisive. There was other evidence in the case supporting it, including evidence that she had made a prompt complaint, evidence of her demeanour when she made the complaint and strikingly similar allegations made by other women. The first applicant had been able to cross-examine the other witnesses, give evidence in his own defence and address the jury in relation to the case against him. The jury was carefully directed both in relation to S.T.'s statement and the burden of proof in the case. The 1988 Act had been properly applied and there was no basis for contradicting the assessment of the trial judge and the Court of Appeal that admission of the statement was fair.

105. In Mr Tahery's case, T.'s fear was a justifiable reason for not calling him. As in the case of the first applicant, the trial judge had concluded that

the admission of the evidence was in the interests of justice and, in reaching that conclusion, had taken into account the disadvantages that might be caused to the defence. T.'s evidence was not sole or decisive: there was other evidence supporting it, including the second applicant's admission that he was present at the time of the offence, had handled the knife used to stab the victim, had been involved in an altercation with S and had lied to the police. The second applicant had been able to cross-examine the other witness, give evidence in his own defence and address the jury in relation to the case against him. The jury was carefully directed both in relation to T.'s statement and the burden of proof in the case. The 2003 Act had been properly applied and there was no basis for contradicting the assessment of the trial judge and the Court of Appeal that admission of the statement was fair.

2. *The applicants*

(a) **The Chamber judgment**

106. The applicants submitted that there were three possible approaches to Article 6 § 3 (d). The first was the rigid and literal approach taken by the United States Supreme Court in respect of the similar provisions of the Sixth Amendment, which the applicants did not urge the Court to adopt. The second, the approach taken by the Court, did not treat the words of Article 6 § 3 (d) as inflexible but interpreted them as setting a minimum irreducible core of fairness. This approach rested on the sole or decisive rule and was the correct one. The third approach was that taken by the United Kingdom Government and the Supreme Court in *Horncastle and others*, which, in the applicants' submission, reduced the guarantees offered by Article 6 § 3 to matters only to be considered in deciding whether an accused had had a fair trial.

For these reasons, the applicants submitted that the domestic courts and the Government had not given appropriate weight to the right of a defendant to examine the witnesses against him. That right was not to be dismissed as formalistic or historic; there were a number of reasons why a conviction based solely or decisively on the evidence of an absent witness would be unsafe and unfair. For example, the person's demeanour could be observed in court; there could be enquiries into the witness's perception, memory or sincerity, without which there was the possibility of mistakes, exaggerations or deliberate falsehoods going undetected. It was also one thing for a person to make a damaging statement in private and quite another to repeat the statement in the course of a trial.

107. Moreover, the rationale for the rule was clear: in assessing whether, when hearsay evidence had been admitted, the procedures followed had been sufficient to counterbalance the difficulties caused to the defence, due weight had to be given to the extent to which the relevant evidence had been decisive in convicting the applicant. If the evidence was not decisive, the defence was handicapped to a much lesser degree and, if the evidence was decisive, the handicap was much greater. The applicants submitted that the rule had been stated in clear and simple terms in *Lucà* (cited above, § 40); it was well-established in the Court's case-law and a principled, practical and sensible interpretation of Article 6 § 3 (d).

108. The applicants submitted that the Supreme Court was incorrect to take the approach it had taken in *Horncastle and others*. It had erred in finding that the approach taken by the Chamber would lead to the exclusion of evidence that was cogent and demonstrably reliable. There were inherent dangers in admitting untested evidence which appeared to be demonstrably reliable: the law was full of cases where evidence had appeared overwhelming only for it to be shown later that this was not the case.

109. Lord Phillips had suggested that Article 6 § 3 (d) was intended to address a weakness in civil-law, as opposed to common-law, systems. However, the applicants submitted that, whatever the historic roots of that Article, English law had moved away from the traditional rule against hearsay. It was also impermissible for different standards to apply to different legal systems: this would undermine the very nature of the Convention system.

110. The applicants also considered that the Supreme Court was wrong to find that there would be practical difficulties in applying the sole or decisive rule in England and Wales. "Decisive" clearly meant evidence that was central to the case and, in applying the rule, the Court itself had shown that it was possible to decide what evidence was sole or decisive. Before the Chamber the Government had had no difficulty in conceding that the evidence of the absent witness in each case was sole or decisive. Trial judges in the United Kingdom routinely assessed complicated factual circumstances and assessed whether legal tests such as "fairness" or "sufficient evidence" had been met. In addition, the test had been included in the Coroners and Justice Act 2009 in respect of anonymous witnesses (see paragraph 46 above). The applicants also observed that the Supreme Court had laid great emphasis on demonstrating that the outcome of cases decided by this Court would have been the same if decided under the 1988 and 2003 Acts. The corollary of this proposition was that the implementation of the sole or

decisive rule would lead to the same result in many cases before the domestic courts prior to any such implementation.

(b) Domestic law and practice

111. The applicants also submitted that, contrary to the Government's submissions and the observations of the Supreme Court in *Horncastle and others*, the Chamber had understood the procedural safeguards contained in the 1988 and 2003 Acts. Those procedures could only provide adequate protection if they operated as part of a scheme where the core values of Article 6 prevailed; they could not do so until the domestic courts had proper regard to the right of an accused to examine witnesses against him.

(c) The facts of each case

112. For the applicants, the sole or decisive nature of the untested evidence in each case meant that no procedures short of questioning the relevant witnesses could have secured a fair trial. In the first applicant's case, there were obvious questions which could have been posed to S.T., not least whether she had heard of V.U.'s allegations before she made her statement and why she had waited nearly four months before making the statement. In the second applicant's case, the obvious questions which could have been posed to T. were why he had not spoken to the police on the night of the incident, what view he had of the very quick incident, whether he knew the other men at the scene and whether he had any reason to protect them. In the absence of cross-examination, therefore, the procedural safeguards contained in the 1988 and 2003 Acts were insufficient. The fact that the trial judge in each case had applied the "interests of justice" test took the question to be determined no further: that test had to be applied in accordance with Article 6 and whether the trial judges had correctly decided that the admission of each statement was in the interests of justice was, in effect, the issue for the Court to determine.

113. Nor was it of any relevance that the applicants were entitled to introduce evidence challenging the credibility of the absent witnesses: there was no such material available for each witness and the statutory provisions provided no opportunity for challenging the credibility or truthfulness of the witnesses as to the central allegation in each case. The applicants also submitted that no warning from the trial judge could compensate for the lack of opportunity for the jury to see and hear a witness of such importance, nor prevent the danger that the evidence would have a probative value that it did not deserve. The right of appeal against conviction was of no effect since the Court of Appeal in each case had refused to apply the sole or decisive rule as set out in *Lucà* (cited above).

3. *The third-party intervener*

114. JUSTICE (see paragraph 7 above) submitted that the right to examine witnesses was an ancient one. It was rooted in Roman law and the historic common-law right of confrontation. That common-law right recognised the dangers of admitting hearsay, including its inherent unreliability. It had, in turn, shaped the fair-trial guarantees enshrined in the Sixth Amendment to the United States Constitution, the criminal procedure of all common-law countries and international human rights law. Although the hearsay rule had become too rigid in English law, it was incorrect to state, as the Supreme Court had in *Horncastle and others*, that the Law Commission's proposed reforms had been "largely implemented" in the 2003 Act. For example, the 2003 Act had included in section 114 a more general discretion to admit hearsay when it was "in the interests of justice" than the Law Commission had envisaged (see paragraphs 42 and 43 above). Moreover, even if the hearsay rule was in need of reform the common-law right of confrontation was not: the right enshrined the principle that a person could not offer testimony against a criminal defendant unless it was given under oath, face-to-face with the defendant and subject to cross-examination.

115. The Supreme Court had also been wrong to suggest that there was no justification for imposing the sole or decisive rule equally on continental and common-law jurisdictions. The Supreme Court had placed too much faith in the possibility of counterbalancing measures as a means of overcoming the manifest unfairness of convicting a person wholly or largely on the basis of unchallenged testimony. The essence of the common-law right of confrontation lay in the insight that cross-examination was the most effective way of establishing the reliability of a witness's evidence. It was instructive to remember the warning of Megarry J (in *John v. Rees* [1970] Ch 345) that "the path of the law [was] strewn about with examples of open and shut cases which, somehow, were not; of unanswerable charges which, in the event, were completely answered". In addition, JUSTICE submitted that it was, as Sedley LJ had observed in *Secretary of State for the Home Department v. AF and others* [2008] EWCA Civ 1148, "seductively easy to conclude that there can be no answer to a case of which you have only heard one side". It was for this reason that the paradox referred to by Lord Phillips was not a paradox at all. Hearsay did not become more cogent simply because it might be the sole or substantive evidence of a person's guilt. The need for the exclusion of apparently "decisive" hearsay evidence was justified by the centuries-old fear of common-law judges that juries might give it undue weight.

116. The sole or decisive rule was not difficult to apply in English criminal procedure as trial judges already had to consider the potential consequences of admitting evidence in various statutes, including parts of the 2003 Act. Section 125(1), for example, obligated a trial judge to direct an acquittal where the case against an accused was based “wholly or partly” on unconvincing hearsay. JUSTICE accepted that some clarification of what was meant by “decisive” was required but considered that the test was still workable and indeed had been applied in England and Wales in the context of witness anonymity orders (see the Coroners and Justice Act 2009 at paragraph 46 above). In the context of criminal proceedings, “decisive” should be understood narrowly: it should not mean merely “capable of making a difference” but instead “likely to be determinative or conclusive”.

117. Finally, the Supreme Court’s analysis of comparative law was, at best, a partial one. On the available evidence (see, *inter alia*, paragraphs 63-87 above), it was simply not possible to conclude, as the Supreme Court had, that other common-law jurisdictions would find a criminal conviction which was based solely or decisively on hearsay evidence to be compatible with the right to a fair trial.

C. The Grand Chamber’s assessment

1. *The general principles*

118. The Court notes that the guarantees in paragraph 3 (d) of Article 6 are specific aspects of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1 of this provision which must be taken into account in any assessment of the fairness of proceedings. In addition, the Court’s primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (see, as a recent authority, *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 84, ECHR 2010, with further references therein). In making this assessment the Court will look at the proceedings as a whole having regard to the rights of the defence but also to the interests of the public and the victims that crime is properly prosecuted (see *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 175, ECHR 2010) and, where necessary, to the rights of witnesses (see, among many authorities, *Doorson*, cited above, § 70). It is also observed in this context that the admissibility of evidence is a matter for regulation by national law and the national courts and that the Court’s only concern is to examine whether the proceedings have been conducted fairly (see *Gäfgen*, cited above, § 162, and the references therein).

Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his

presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings (see *Lucà*, cited above, § 39, and *Solakov v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”*, no. 47023/99, § 57, ECHR 2001-X).

A similar and long-established principle exists in the common law of England and Wales (see Lord Bingham’s observation at paragraph 5 of *R. v. Davis*, summarised at paragraph 49 above).

119. Having regard to the Court’s case-law, there are two requirements which follow from the above general principle. Firstly, there must be a good reason for the non-attendance of a witness. Secondly, when a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence may be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (the so-called “sole or decisive rule”). The Court will examine below whether the latter rule is to be considered as an absolute rule the breach of which automatically leads to a finding that the proceedings have not been fair in violation of Article 6 § 1 of the Convention.

2. *Whether there is a good reason for the non-attendance of a witness*

120. The requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined (see, for example, *Lüdi v. Switzerland*, 15 June 1992, Series A no. 238; *Mild and Virtanen v. Finland*, nos. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005; *Bonev v. Bulgaria*, no. 60018/00, 8 June 2006; and *Pello v. Estonia*, no. 11423/03, 12 April 2007). As a general rule, witnesses should give evidence during the trial and all reasonable efforts will be made to secure their attendance. Thus, when witnesses do not attend to give live evidence, there is a duty to enquire whether that absence is justified. There are a number of reasons why a witness may not attend trial but, in the present cases, it is only necessary to consider absence owing to death or fear.

121. It is plain that, where a witness has died, in order for his or her evidence to be taken into account, it will be necessary to adduce his or

her witness statement (see, for example, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 7 August 1996, § 52, *Reports* 1996-III, and *Mika v. Sweden* (dec.), no. 31243/06, § 37, 27 January 2009).

122. Absence owing to fear calls for closer examination. A distinction must be drawn between two types of fear: fear which is attributable to threats or other actions of the defendant or those acting on his or her behalf and fear which is attributable to a more general fear of what will happen if the witness gives evidence at trial.

123. When a witness's fear is attributable to the defendant or those acting on his behalf, it is appropriate to allow the evidence of that witness to be introduced at trial without the need for the witness to give live evidence or be examined by the defendant or his representatives – even if such evidence was the sole or decisive evidence against the defendant. To allow the defendant to benefit from the fear he has engendered in witnesses would be incompatible with the rights of victims and witnesses. No court could be expected to allow the integrity of its proceedings to be subverted in this way. Consequently, a defendant who has acted in this manner must be taken to have waived his rights to question such witnesses under Article 6 § 3 (d). The same conclusion must apply when the threats or actions which lead to the witness being afraid to testify come from those who act on behalf of the defendant or with his knowledge and approval.

In the *Horncastle and others* case the Supreme Court observed that it was notoriously difficult for any court to be certain that a defendant had threatened a witness. The Court does not underestimate the difficulties which may arise in determining whether, in a particular case, a defendant or his associates have been responsible for threatening or directly inducing fear in a witness. However, the *Tahery* case shows that, with the benefit of an effective inquiry, such difficulties are not insuperable.

124. The Court's own case-law shows that it is more common for witnesses to have a general fear of testifying without that fear being directly attributable to threats made by the defendant or his agents. For instance, in many cases, the fear has been attributable to the notoriety of a defendant or his associates (see, for example, *Dzelili v. Germany* (dec.), no. 15065/05, 29 September 2009). There is, therefore, no requirement that a witness's fear be attributable directly to threats made by the defendant in order for that witness to be excused from giving evidence at trial. Moreover, fear of death or injury of another person or of financial loss are all relevant considerations in determining whether a witness should not be required to give oral evidence. This does not mean, however, that any subjective fear of the witness will suffice. The trial court must conduct appropriate enquiries to determine, firstly, whether or not there are objective grounds for that fear,

and, secondly, whether those objective grounds are supported by evidence (see, for example, *Krasniki v. the Czech Republic*, no. 51277/99, §§ 80-83, 28 February 2006, where the Court was not satisfied that the domestic courts had carried out an examination of the reasons for the witnesses' fear before granting them anonymity).

125. Finally, given the extent to which the absence of a witness adversely affects the rights of the defence, the Court would emphasise that, when a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings, allowing the admission of a witness statement in lieu of live evidence at trial must be a measure of last resort. Before a witness can be excused from testifying on grounds of fear, the trial court must be satisfied that all available alternatives, such as witness anonymity and other special measures, would be inappropriate or impracticable.

3. *The sole or decisive rule*

(a) **General considerations**

126. The Court notes that the present cases concern only absent witnesses whose statements were read at trial. It is not the Court's task to consider the operation of the common-law rule against hearsay *in abstracto* or to consider generally whether the exceptions to that rule which now exist in English criminal law are compatible with the Convention. As the Court has reiterated (at paragraph 118 above), Article 6 does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law.

127. The Court further observes that, in the present cases, it is not concerned with testimony that is given at trial by witnesses whose identity is concealed from the accused (anonymous testimony). While the problems raised by anonymous and absent witnesses are not identical, the two situations are not different in principle, since, as was acknowledged by the Supreme Court, each results in a potential disadvantage for the defendant. The underlying principle is that the defendant in a criminal trial should have an effective opportunity to challenge the evidence against him. This principle requires not merely that a defendant should know the identity of his accusers so that he is in a position to challenge their probity and credibility but that he should be able to test the truthfulness and reliability of their evidence, by having them orally examined in his presence, either at the time the witness was making the statement or at some later stage of the proceedings.

128. The seeds of the sole or decisive rule are to be found in *Unterpertinger v. Austria* (24 November 1986, § 33, Series A no. 110), which also provides

the rationale for the test to be applied: if the conviction of a defendant is solely or mainly based on evidence provided by witnesses whom the accused is unable to question at any stage of the proceedings, his defence rights are unduly restricted. As was pointed out by the Supreme Court, in the earlier case-law of the Court, where the rule had been adumbrated in cases of absent or anonymous witnesses, the violation found of Article 6 § 3 (d) had been based at least in part on the fact that there was no justification for not calling or identifying the witness in question. It was in *Doorson* (cited above) that the Court first held that, even in a case where there was a justification for the failure to call a witness, a conviction based solely or to a decisive extent on evidence of that witness would be unfair.

(b) Objections to the sole or decisive rule

129. Drawing on the judgment of the Supreme Court in *Horncastle and others*, the Government challenge the sole or decisive rule, or its application by the Chamber in the present cases, on four principal grounds.

Firstly, it is argued that the common law, through its rules of evidence outlawing the admission of hearsay, which long preceded the coming into force of the Convention, protected that aspect of fair trial that Article 6 § 3 (d) was designed to ensure without the necessity of applying a sole or decisive rule. By contrast, civil-law countries had no such rules of evidence. Therefore, much of the impact of Article 6 § 3 (d) was on procedures in continental systems which previously allowed an accused person to be convicted on the basis of evidence from witnesses whom he had not had an opportunity to challenge.

Secondly, it is said that its application gives rise to practical difficulties, in that the Chamber did not explain when evidence would be decisive with sufficient precision to enable a trial court to apply the sole or decisive rule in practice. Equally, no adequate consideration has been given to the practical problems which would arise by the application of the rule in a common-law system such as that of England and Wales.

Thirdly, it is said that there has been no adequate discussion of the principle underlying the rule, which is predicated on the false assumption that all hearsay evidence which is critical to a case is either unreliable or, in the absence of cross-examination of the witness, incapable of proper assessment.

Finally, it is said that the Chamber applied the rule with excessive rigidity and that it failed to conduct a full analysis of the safeguards available in England and Wales or to appreciate the important difference between common-law trial procedures and those of other Contracting States.

The Court will address each of these arguments in turn.

130. As to the first argument, the Court accepts that the sole or decisive rule may have been developed in the context of legal systems which permitted a defendant to be convicted on evidence of witnesses whom he did not have an opportunity to challenge, a situation which would not have arisen if the strict common-law rule against hearsay evidence had been applied. However, the Court notes that the present cases have arisen precisely because the legal system in England and Wales has abandoned the strict common-law rule against hearsay evidence. Exceptions to the rule have been created, notably in the 1988 and 2003 Acts, which allowed for the admission of S.T.'s statement in the *Al-Khawaja* case and T.'s statement in the *Tahery* case (see paragraphs 41 and 44 above). The Court recognises that these dilutions of the strict rule against hearsay have been accompanied by statutory safeguards and, accordingly, the central question in the present cases is whether the application of these safeguards was sufficient to secure the applicants' rights under Article 6 §§ 1 and 3 (d). Against this background, while it is important for the Court to have regard to substantial differences in legal systems and procedures, including different approaches to the admissibility of evidence in criminal trials, ultimately it must apply the same standard of review under Article 6 §§ 1 and 3 (d), irrespective of the legal system from which a case emanates.

131. Secondly, as to the alleged lack of precision of the rule, the Court notes that the word "sole", in the sense of the only evidence against an accused (see, for example, *Saïdi v. France*, 20 September 1993, Series A no. 261-C), does not appear to have given rise to difficulties, the principal criticism being directed to the word "decisive". "Decisive" (or "*déterminante*") in this context means more than "probative". It further means more than that, without the evidence, the chances of a conviction would recede and the chances of an acquittal advance, a test which, as the Court of Appeal in *Horncastle and others* pointed out (see paragraph 54 above), would mean that virtually all evidence would qualify. Instead, the word "decisive" should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive.

132. It is also argued that the sole or decisive rule cannot be applied without excessive practical difficulties in a common-law system. In *Horncastle and others*, the Supreme Court observed that a duty not to treat a particular piece of evidence as decisive was hard enough for a professional judge to discharge, but that if the rule were to be applied in the context of a jury trial

the only practical way to apply it would be as a rule of admissibility: the trial judge would have to rule inadmissible any witness statement capable of proving decisive, which would be no easy task. As for the Court of Appeal or the European Court, it was said that it would often be impossible to decide whether a particular statement was the sole or decisive basis of a conviction in the absence of reasons being given for a jury's verdict.

133. The Court accepts that it might be difficult for a trial judge in advance of a trial to determine whether evidence would be decisive without having the advantage of examining and weighing in the balance the totality of evidence that has been adduced in the course of the trial.

134. However, once the prosecution has concluded its case, the significance and weight of the untested evidence can be assessed by the trial judge against the background of the other evidence against the accused. In common-law systems, at the conclusion of the prosecution case, trial judges are frequently asked to consider whether there is a case to answer against the accused. As part of that process they are often asked to assess the strength and reliability of the evidence for the prosecution. Indeed, the Court notes that section 125 of the 2003 Act expressly requires the trial judge to stop the case if, considering its importance to the case against the defendant, the hearsay evidence is so unconvincing that a conviction would be unsafe.

135. The Court is further not persuaded that an appellate court in a common-law system, where a jury gives no reasons for its verdict, will be unable to determine whether untested evidence was the sole or decisive evidence in the conviction of the defendant. Appellate judges are commonly required to consider whether evidence was improperly admitted at trial and, if it was, whether the conviction is still safe. In doing so, they must consider, *inter alia*, the significance of the impugned evidence to the prosecution's case and the extent to which it prejudiced the rights of the defence. An appellate court is thus well placed to consider whether untested evidence could be considered to be the sole or decisive evidence against the accused and whether the proceedings as a whole were fair.

136. The Court observes that the comparative materials before it support this conclusion as regards the application of the rule in different common-law jurisdictions (see paragraphs 63-87 above and, in particular, the approach of the Scottish High Court of Justiciary).

137. The Court also notes in this context that, in the case of *R. v. Davis* (see paragraphs 49 and 50 above), the House of Lords appeared to foresee no apparent difficulty in the application of the sole or decisive rule in the context of anonymous witnesses. Lord Bingham observed that a conviction which was based solely or to a decisive extent on statements or testimony of anonymous witnesses resulted from a trial which could not be regarded

as fair and that “this [was] the view traditionally taken by the common-law of England” (see paragraph 25 of the *Davis* judgment). The House of Lords concluded in the *Davis* case that not only had the evidence of the anonymous witness been the sole or decisive basis on which the defendant could have been convicted but that effective cross-examination had been hampered. The decision in the *Davis* case led to the introduction into the Coroners and Justice Act 2009 of the very requirement that, in deciding whether to make a witness anonymity order, a judge must have regard, *inter alia*, to whether evidence given by the witness might be the sole or decisive evidence implicating the defendant (see paragraph 46 above).

138. The Court further notes in this regard that, in the context of the drawing of adverse inferences from a defendant’s silence, the Court has applied the rule that it would be incompatible with the right to silence to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself (see *John Murray v. the United Kingdom*, 8 February 1996, § 47, *Reports* 1996-I, and *Condron v. the United Kingdom*, no. 35718/97, § 56, ECHR 2000-V).

139. The Court similarly cannot accept the third argument that the sole or decisive rule is predicated on the assumption that all hearsay evidence which is crucial to a case is unreliable or incapable of proper assessment unless tested in cross-examination. Rather, it is predicated on the principle that the greater the importance of the evidence, the greater the potential unfairness to the defendant in allowing the witness to remain anonymous or to be absent from the trial and the greater the need for safeguards to ensure that the evidence is demonstrably reliable or that its reliability can properly be tested and assessed.

140. In *Kostovski v. the Netherlands* (20 November 1989, § 42, Series A no. 166), where it was accepted that the applicant’s conviction was based to a decisive extent on the evidence of both anonymous and absent witnesses, the Court emphasised:

“Testimony or other declarations inculpating an accused may well be designedly untruthful or simply erroneous and the defence will scarcely be able to bring this to light if it lacks the information permitting it to test the author’s reliability or cast doubt on his credibility. The dangers inherent in such a situation are obvious.”

The Court further found that while the trial courts had observed caution in evaluating the statements in question, this could scarcely be regarded as a proper substitute for direct observation. It thus concluded that the use of the evidence involved limitations on the rights of the defence which were irreconcilable with the guarantees contained in Article 6.

141. In the subsequent *Doorson* case (cited above, § 72), the Court observed that the anonymity of two witnesses in the case presented the

defence with “difficulties which criminal proceedings should not normally involve” but that no violation could be found if the handicaps under which the defence laboured were sufficiently counterbalanced by the procedures followed. It then considered that, in contrast to *Kostovski* (cited above), the defence was able to challenge the reliability of the anonymous witnesses (see *Doorson*, §§ 73 and 75). Moreover, even after its statement that a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous witnesses, the Court emphasised that “evidence obtained from witnesses under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care” (*ibid.*, § 76).

142. With respect to the Government’s final argument, the Court is of the view that the two reasons underpinning the sole or decisive rule that were set out in the *Doorson* judgment remain valid. For the first, the Court finds no reason to depart from its finding in *Kostovski* that inculpatory evidence against an accused may well be “designedly untruthful or simply erroneous”. Moreover, unsworn statements by witnesses who cannot be examined often appear on their face to be cogent and compelling and it is, as Lord Justice Sedley pointed out, “seductively easy” to conclude that there can be no answer to the case against the defendant (see paragraph 115 above). Experience shows that the reliability of evidence, including evidence which appears cogent and convincing, may look very different when subjected to a searching examination. The dangers inherent in allowing untested hearsay evidence to be adduced are all the greater if that evidence is the sole or decisive evidence against the defendant. As to the second reason, the defendant must not be placed in the position where he is effectively deprived of a real chance of defending himself by being unable to challenge the case against him. Trial proceedings must ensure that a defendant’s Article 6 rights are not unacceptably restricted and that he or she remains able to participate effectively in the proceedings (see *T. v. the United Kingdom* [GC], no. 24724/94, § 83, 16 December 1999, and *Stanford v. the United Kingdom*, 23 February 1994, § 26, Series A no. 282-A). The Court’s assessment of whether a criminal trial has been fair cannot depend solely on whether the evidence against the accused appears *prima facie* to be reliable, if there are no means of challenging that evidence once it is admitted.

143. For these reasons, the Court has consistently assessed the impact that the defendant’s inability to examine a witness has had on the overall fairness of his trial. It has always considered it necessary to examine the significance of the untested evidence in order to determine whether the defendant’s rights have been unacceptably restricted (see, as early examples, *Unterpertinger*, cited above, and *Bricmont v. Belgium*, 7 July 1989, Series A

no. 158; and, more recently, *Kornev and Karpenko v. Ukraine*, no. 17444/04, §§ 54-57, 21 October 2010; *Caka v. Albania*, no. 44023/02, §§ 112-16, 8 December 2009; *Guilloury v. France*, no. 62236/00, §§ 57-62, 22 June 2006; and *A.M. v. Italy*; *Krasniki*; *Lucà*; and *Saïdi*, all cited above).

The Commission had taken the same approach in its case-law (see, among the earliest cases of the Commission, *X. v. Austria*, no. 4428/70, Commission decision of 1 June 1972, Collection 40, p. 1; *X. v. Belgium*, no. 8417/78, Commission decision of 4 May 1979, Decisions and Reports (DR) 16, p. 205; *X. v. Germany*, no. 8414/78, Commission decision of 4 July 1979, DR 17, p. 231; and *S. v. Germany*, no. 8945/80, Commission decision of 13 December 1983, DR 39, p. 43).

At the same time, however, the Court has always interpreted Article 6 § 3 in the context of an overall examination of the fairness of the proceedings. (see, as a recent authority, *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 50, ECHR 2008).

144. Traditionally, when examining complaints under Article 6 § 1, the Court has carried out its examination of the overall fairness of the proceedings by having regard to such factors as the way in which statutory safeguards have been applied, the extent to which procedural opportunities were afforded to the defence to counter handicaps that it laboured under and the manner in which the proceedings as a whole have been conducted by the trial judge (see, for example, *John Murray*, cited above).

145. Also, in cases concerning the withholding of evidence from the defence in order to protect police sources, the Court has left it to the domestic courts to decide whether the rights of the defence should cede to the public interest and has confined itself to verifying whether the procedures followed by the judicial authorities sufficiently counterbalance the limitations on the defence with appropriate safeguards. The fact that certain evidence was not made available to the defence was not considered automatically to lead to a violation of Article 6 § 1 (see, for example, *Rowe and Davis v. the United Kingdom* [GC], no. 28901/95, ECHR 2000-II). Similarly, in *Salduz* (cited above, § 50), the Court reiterated that the right to legal assistance, set out in Article 6 § 3 (c) was one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1.

146. The Court is of the view that the sole or decisive rule should also be applied in a similar manner. It would not be correct, when reviewing questions of fairness, to apply this rule in an inflexible manner. Nor would it be correct for the Court to ignore entirely the specificities of the particular legal system concerned and, in particular its rules of evidence,

notwithstanding judicial *dicta* that may have suggested otherwise (see, for instance, *Lucà*, cited above, § 40). To do so would transform the rule into a blunt and indiscriminate instrument that runs counter to the traditional way in which the Court approaches the issue of the overall fairness of the proceedings, namely to weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice.

(c) General conclusion on the sole or decisive rule

147. The Court therefore concludes that, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales, to use the words of Lord Mance in *R. v. Davis* (see paragraph 50 above), and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.

(d) Procedural safeguards contained in the 1988 and 2003 Acts

148. The Court will therefore examine the counterbalancing measures in place in English law at the relevant time. The Court observes that under the terms of the 1988 and 2003 Acts the absence of witnesses must be justified and fall within one of the defined categories (see section 23 of the 1988 Act and section 116 of the 2003 Act at paragraphs 41 and 44 above). Whatever the reasons for the absence of a witness, the admission of statements of a witness who is not only absent but anonymous is not admissible.

Moreover, where the absence is due to fear, under the 2003 Act, the trial judge may only give leave if he considers the admission of the statement to be in the interests of justice and he must decide whether special measures can be put in place to allow the witness to give live evidence. In such a case, the trial judge must have regard to the difficulty faced by the defendant in challenging the witness statement if the maker of the statement is not called.

149. The 2003 Act also provides that, whatever the reason for the absence of a witness, evidence relevant to the credibility or consistency of

the maker of the statement may be admitted even where the evidence would not have been admissible had the witness given evidence in person. The trial judge retains a specific discretion to refuse to admit a hearsay statement if satisfied that the case for its exclusion substantially outweighs the case for admitting it. Of particular significance is the requirement under the 2003 Act that the trial judge should stop the proceedings if satisfied at the close of the case for the prosecution that the case against the accused is based “wholly or partly” on a hearsay statement admitted under the 2003 Act, provided he or she is also satisfied that the statement in question is so unconvincing that, considering its importance to the case against the accused, a conviction would be unsafe.

150. The Court also notes that, in addition to the safeguards contained in each Act, section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 provides a general discretion to exclude evidence if its admission would have such an adverse effect on the fairness of the trial that it ought not to be admitted. Finally, the common law requires a trial judge to give the jury the traditional direction on the burden of proof, and direct them as to the dangers of relying on a hearsay statement.

151. The Court considers that the safeguards contained in the 1988 and 2003 Acts, supported by those contained in section 78 of the Police and Criminal Evidence Act and the common law, are, in principle, strong safeguards designed to ensure fairness. It remains to be examined how these safeguards were applied in the present cases.

4. The present cases

152. In turning to the present cases, the Court begins by observing that, in the course of the hearing before the Grand Chamber, a question was put to the parties as to whether it was accepted that the testimony of S.T. was the sole or decisive evidence in respect of Mr Al-Khawaja and that the testimony of T. was the sole or decisive evidence in respect of Mr Tahery. In reply to that question, the Government departed from the position they had taken before the Chamber and submitted that neither S.T. nor T.’s testimony was sole or decisive (see paragraphs 104 and 105 above). The Court will therefore consider three issues in each case: firstly, whether it was necessary to admit the witness statements of S.T. or T.; secondly, whether their untested evidence was the sole or decisive basis for each applicant’s conviction; and thirdly, whether there were sufficient counterbalancing factors including strong procedural safeguards to ensure that each trial, judged as a whole, was fair within the meaning of Article 6 §§ 1 and 3 (d).

(a) *The Al-Khawaja case*

153. The Court observes that it is not in dispute that S.T.'s death made it necessary to admit her witness statement if her evidence was to be considered.

154. Notwithstanding the Government's submission that S.T.'s statement was not sole or decisive because there was other evidence supporting it, the Court notes that the judge who admitted S.T.'s statement was well placed to evaluate its significance. He was quite clear when he observed "no statement, no count one" (see paragraph 13 above). It is not for the Court, so far removed from the trial proceedings, to gainsay such an evaluation. The Court is therefore compelled to conclude that S.T.'s statement was decisive.

155. Nevertheless, as the Court has indicated (see paragraph 147 above) the admission of the statement in evidence cannot be considered as conclusive as to the unfairness of the trial, but as a very important factor to be placed in the balance alongside the procedural safeguards noted above and other counterbalancing factors present in the case.

156. The interests of justice were obviously in favour of admitting in evidence the statement of S.T., which was recorded by the police in proper form. The reliability of the evidence was supported by the fact that S.T. had made her complaint to two friends, B.F. and S.H., promptly after the events in question, and that there were only minor inconsistencies between her statement and the account given by her to the two friends, who both gave evidence at the trial. Most importantly, there were strong similarities between S.T.'s description of the alleged assault and that of the other complainant, V.U., with whom there was no evidence of any collusion. In a case of indecent assault by a doctor on his patient, which took place during a private consultation where only he and the victim were present, it would be difficult to conceive of stronger corroborative evidence, especially when each of the other witnesses was called to give evidence at trial and their reliability was tested by cross-examination.

157. It is true that the judge's direction to the jury was found to be deficient by the Court of Appeal. However, the Court of Appeal also held that it must have been clear to the jury from that direction that, in consequence of the applicant's inability to cross-examine S.T. and the fact that they were unable to see and hear her, her statement should carry less weight with them (see paragraph 22 above). Having regard to this direction, and the evidence offered by the prosecution in support of S.T.'s statement, the Court considers that the jury was able to conduct a fair and proper assessment of the reliability of S.T.'s allegations against the first applicant.

158. Against this background, and viewing the fairness of the proceedings as a whole, the Court considers that, notwithstanding the difficulties caused to the defence by admitting the statement and the dangers of doing so, there were sufficient counterbalancing factors to conclude that the admission in evidence of S.T.'s statement did not result in a breach of Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d).

(b) The *Tahery* case

159. The Court considers that appropriate enquiries were made to determine whether there were objective grounds for T.'s fear. The trial judge heard evidence from both T. and a police officer as to that fear. The trial judge was also satisfied that special measures, such as testifying behind a screen, would not allay T.'s fears. Even though T.'s identity as the maker of the incriminating statement was publicly disclosed, the conclusion of the trial judge that T. had a genuine fear of giving oral evidence and was not prepared to do so even if special measures were introduced in the trial proceedings provides a sufficient justification for admitting T.'s statement.

160. The Court notes that when those present at the scene of the stabbing were originally interviewed, no one claimed to have seen the applicant stab S., and S. himself had not seen who had stabbed him, although initially he presumed it was the second applicant. T. had made his statement implicating the applicant two days after the event. He was the only witness who had claimed to see the stabbing. His uncorroborated eyewitness statement was, if not the sole, at least the decisive evidence against the applicant for that reason. It was obviously evidence of great weight and without it the chances of a conviction would have significantly receded. Even though the testimony may have been coherent and convincing on its face it cannot be said to belong to the category of evidence that can be described as "demonstrably reliable" such as a dying declaration or other examples given by the Court of Appeal and Supreme Court in their *Horncastle and others* judgments (see paragraphs 53 and 60 above).

161. Such untested evidence weighs heavily in the balance and requires sufficient counterbalancing factors to compensate for the consequential difficulties caused to the defence by its admission. Reliance is placed by the Government on two main counterbalancing factors: the fact that the trial judge concluded that no unfairness would be caused by the admission of T.'s statement since the applicant was in a position to challenge or rebut the statement by giving evidence himself or calling other witnesses who were present, one of whom was his uncle; and the warning given by the trial judge to the jury that it was necessary to approach the evidence given by the absent witness with care.

162. However, the Court considers that neither of these factors, whether taken alone or in combination, could be a sufficient counterbalance to the handicap under which the defence laboured. Even if he gave evidence denying the charge, the applicant was, of course, unable to test the truthfulness and reliability of T.'s evidence by means of cross-examination. The fact is that T. was the sole witness who was apparently willing or able to say what he had seen. The defence was not able to call any other witness to contradict the testimony provided in the hearsay statement.

163. The other evidence was that given by the victim S who did not know who had stabbed him, although initially he presumed it was the applicant. His evidence was circumstantial in nature and largely uncontested by the applicant. He gave evidence of the fight and the applicant's actions after the stabbing (see paragraph 32 above). While this evidence corroborated some of the details of T.'s testimony, it could only provide at best indirect support for the claim by T. that it was the applicant who had stabbed S.

164. It is true that the direction in the judge's summing up to the jury was both full and carefully phrased, drawing attention to the dangers of relying on untested evidence. However, the Court does not consider that such a warning, however clearly or forcibly expressed, could be a sufficient counterbalance where an untested statement of the only prosecution eyewitness was the only direct evidence against the applicant.

165. The Court therefore considers that the decisive nature of T.'s statement in the absence of any strong corroborative evidence in the case meant the jury in this case was unable to conduct a fair and proper assessment of the reliability of T.'s evidence. Examining the fairness of the proceedings as a whole, the Court concludes that there were not sufficient counterbalancing factors to compensate for the difficulties to the defence which resulted from the admission of T.'s statement. It therefore finds that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d) in respect of Mr Tahery.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

166. 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.”

167. As no violation has been found in respect of the first applicant, just satisfaction need only be considered in respect of the second applicant.

A. Damage

168. The second applicant maintained his submission that, unlike the majority of Article 6 cases, it could properly be said that his conviction for the offence in question and his subsequent sentence of imprisonment would not have occurred had it not been for the violation. Based on the additional time he served in prison and with reference to comparable domestic awards for unlawful detention, the second applicant claimed 65,000 pounds sterling (GBP) (approximately 83,830 euros (EUR)). The Government maintained their submissions that there was no causal connection between the alleged violation and the conviction of the applicant, that domestic case-law was of limited relevance and that any finding of a violation amounted to sufficient just satisfaction. Alternatively, a much lower sum, such as the EUR 6,000 awarded in *Visser v. the Netherlands* (no. 26668/95, § 56, 14 February 2002), would be appropriate.

169. In its judgment, the Chamber accepted that domestic case-law was of limited relevance to the question of non-pecuniary damage in proceedings before it. It found, however, that the criminal proceedings against the second applicant, at least in respect of the charge which was based on T.'s statement, was not conducted in conformity with the Convention and that the applicant had inevitably suffered a degree of distress and anxiety as a result. It awarded the sum of EUR 6,000 by way of compensation for non-pecuniary damage.

170. The Grand Chamber sees no reason to depart from the Chamber's assessment and accordingly makes the same award of EUR 6,000.

B. Costs and expenses

171. Before the Chamber, the second applicant claimed a total of GBP 7,995 for costs and expenses, which is approximately EUR 9,079. This comprised GBP 5,571.47 (inclusive of value-added tax (VAT)) for approximately 45 hours' work by Ms Trowler, which included attendance at the Chamber hearing and travelling time to Strasbourg. Solicitor's costs and expenses were GBP 2,423.56 (inclusive of VAT) which covered costs of GBP 1,734.16 for approximately 15 hours' work and GBP 689.40 in expenses.

172. Before the Grand Chamber, the second applicant claimed a total of GBP 3,614.82 in respect of solicitor's costs and expenses, which covered the proceedings before the Chamber and the Grand Chamber. He also claimed an additional GBP 3,643 (inclusive of VAT) for a further 37 hours' work by Ms Trowler. This included 17 hours' work to cover her anticipated

attendance at the Grand Chamber hearing and travelling time to Strasbourg. She was, in the event, unable to attend the hearing.

173. The Government considered the hourly rates which had been charged to be excessive.

174. The Court finds that the amounts claimed are not excessive in the light of the complexity of the case. Thus, with the exception of the 17 hours' attendance and travelling time to the Grand Chamber hearing (which were not actually incurred), the remainder of the second applicant's costs and expenses should be met in full. It therefore awards EUR 13,150, inclusive of VAT, less EUR 1,150 already received in legal aid from the Council of Europe, to be converted into pounds sterling on the date of settlement.

C. Default interest

175. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d) in respect of Mr Al-Khawaja;
2. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention read in conjunction with Article 6 § 3 (d) in respect of Mr Tahery;
3. *Holds*, unanimously,
 - (a) that the respondent State is to pay the second applicant, Mr Tahery, within three months, the following amounts, to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of settlement:
 - (i) EUR 6,000 (six thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 12,000 (twelve thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the second 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*, unanimously, the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 15 December 2011.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Françoise Tulkens
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 Bratza;
- (b) joint partly dissenting and partly concurring opinion of Judges Sajó and Karakaş.

F.T.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE BRATZA

1. In his judgment in the case of *R. v. Horncastle and others* ([2009] UKSC 14), with which the other members of the Supreme Court agreed, Lord Phillips declined to apply this Court’s “sole or decisive test” rather than the provisions of the Criminal Justice Act 2003 (“the 2003 Act”). Those provisions, in his view, struck the right balance between the imperative that a trial had to be fair and the interests of victims in particular and society in general that a criminal should not be immune from conviction where a witness, who had given critical evidence in a statement that could be shown to be reliable, had died or could not be called to give evidence for some other reason. While stating that he had, in reaching this view, taken careful account of the jurisprudence of the Court, Lord Phillips concluded by expressing the hope that “in due course the Strasbourg Court may also take account of the reasons that have led me not to apply the sole or decisive test in this case” (see the *Horncastle and others* judgment, paragraph 108).

2. The present cases afford, to my mind, a good example of the judicial dialogue between national courts and the European Court on the application of the Convention to which Lord Phillips was referring. The *Horncastle and others* case was decided by the Supreme Court after delivery of the judgment of the Chamber in the present cases, to which I was a party, and it was, in part, in order to enable the criticisms of that judgment to be examined that the panel of the Grand Chamber accepted the request of the respondent Government to refer the case to the Grand Chamber.

3. As the national judge in a case brought against the United Kingdom, I had the uncomfortable duty under the Convention of sitting and voting again in the Grand Chamber. The judgment of the Grand Chamber, in which I concur, not only takes account of the views of the Supreme Court on the sole or decisive test and its application by the Chamber but re-examines the safeguards in the 2003 Act (and its predecessor, the Criminal Justice Act 1988) which are designed to ensure the fairness of a criminal trial where hearsay evidence is admitted. While, as is apparent from the judgment, the Court has not been able to accept all the criticisms of the test, it has addressed what appears to be one of the central problems identified by the Supreme Court, namely the inflexible application of the test or rule, as reflected in the Chamber’s *Lucà v. Italy* judgment (no. 33354/96, ECHR 2001-II), whereby a conviction based solely or to a decisive degree on the statement of an absent witness is considered incompatible with the requirements of fairness in Article 6, notwithstanding any counterbalancing procedural safeguards within the national system. I share the view of the majority that

to apply the rule inflexibly, ignoring the specificities of the particular legal system concerned, would run counter to the traditional way in which the Court has, in other contexts, approached the issue of the overall fairness of criminal proceedings. While, as the Court has now held, in assessing the fairness of the proceedings, the fact that a conviction is based solely or to a decisive extent on the statement of an absent witness is a very important factor to weigh in the scales and one which requires strong counterbalancing factors, including the existence of effective procedural safeguards, it should not automatically result in a breach of Article 6 § 1 of the Convention.

4. Having re-examined the two cases in the light of these principles, I agree with the majority that, contrary to my original view in the Chamber, Article 6 § 1 was not violated in the *Al-Khawaja* case but that there was a violation of that Article in the *Tahery* case.

JOINT PARTLY DISSENTING AND PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES SAJÓ AND KARAKAŞ

We were invited by the Supreme Court of the United Kingdom (*R. v. Horncastle and others* [2009] UKSC 14) to clarify the principles behind the exclusionary rule in cases where hearsay evidence is the sole or decisive evidence. Such requests, which reflect genuine concerns about, and apparent inconsistencies within, our case-law, deserve due consideration to enable a bona fide dialogue to take place¹.

Apparently, the issue to be clarified is as follows. When a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are generally considered to be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (the so-called “sole or decisive rule”). The question is whether the latter rule is to be considered as an absolute rule whose breach automatically leads to a finding that the proceedings have not been fair, in violation of Article 6 § 1 of the Convention (see paragraph 119 of the judgment). But there is a much more important issue at stake, namely the relationship between the fundamental human rights of the accused and society’s legitimate interest in imposing punishment – after a fair trial. (Fairness also implies that the innocent shall not be punished.) In fact, the issue is to what extent the right to a fair trial, which is an institutional concern and a matter of striking a fair balance between the conflicting interests of the accused and the administration of justice, can absorb or undermine specific individual rights which are defined in the Convention in absolute and categorical terms.

To clarify the principles in this case it is necessary to start from the express protection of the defence’s rights under Article 6 §§ 1 and 3 (d).

1. We agree with the Supreme Court that insufficient guidance may have been given concerning the concept of “decisive evidence”. This shortcoming is partly the result of the case-specific approach of this Court’s jurisprudence, which is intended to respect national legislative and judicial sovereignty, and is partly due to the assumption that such definitions are best developed within the context of the national legal system. This approach is in accordance with the subsidiarity principle. With the intention of responding to the request, the present judgment provides a definition.

In our view, “decisive” evidence is reasonably taken to mean evidence without which the prosecuting authorities could not bring a case. A higher standard is likely to revert to an absolute bar on hearsay. A lower standard invites abuse. Moreover, where testimony is such that without it there could be no prosecution, let alone conviction, failure to afford an adequate opportunity to cross-examine the witness restricts the defence to a far greater extent than in cases where other evidence independently supports the conviction. The sole or decisive test operates here as a backstop on Article 6 § 3 (d), so as to guarantee that the exception does not undermine the principle and that any resulting conviction does not rest ultimately or exclusively on hearsay.

It should be stressed that Article 6 §§ 1 and 3 (d) exist in the context of an inherent power imbalance between the accused and the State. The impetus behind Article 6 is the premise that the interests of justice will not properly safeguard the accused against the dangers of an unfair trial and improper conviction. Because prosecutorial power is subject to abuse as well as to the bureaucratic pressure to single out and punish a perpetrator, the defence should not be unduly impeded in countering the State's allegations. It is sometimes said that the defendant's rights must be "balanced" against the public interest in administering justice, and in particular against the Convention rights of victims and witnesses. But the protection of the defence's rights, including the right to examine adverse witnesses, is already embedded as fundamental to a fair trial in the administration of justice, prior to such considerations. When the Convention singled out paragraph 3 rights this meant that these basic rights of the defence were necessary to counterbalance the dominant power of the prosecution, in the interests of fairness. To balance these rights a second time against the interests of the administration of justice, as the Government have sought to do in *Al-Khawaja and Tahery*, is to give the prosecution and the interests of administering justice (namely, to punish) a clear advantage. This Court has never held that "Article [6 § 3 (d)] is simply an illustration of matters to be taken into account in considering whether a fair trial has been held" as Waller LJ claimed, reviewing Strasbourg case-law in *R. v. Sellick and Sellick* [2005] EWCA Crim 651, quoted in *Horncastle and others*, paragraph 79¹.

In paragraph 143 of the judgment the Court states as follows:

"At the same time, however, the Court has always interpreted Article 6 § 3 in the context of an *overall examination* of the fairness of the proceedings (see, as a recent authority, *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 50, ECHR 2008)." (Emphasis added.)

The term "overall examination" is new in the context of Article 6. It is true that the Court has consistently assessed the impact that the defendant's inability to examine a witness has had on the overall fairness of his trial. In fact, the Court has recognised that even where an element of a specific named defence right has been restricted, this can be counterbalanced and the fairness of the trial can be achieved. But in applying the holistic approach (now presented as "an overall examination") in order to determine the fairness of the trial, this Court has never stated that fairness can still be achieved if one of the fundamental rights is deprived of its essence. With regard to the right to cross-examine witnesses and the related but broader equality-of-arms principle, the Court has systematically and consistently

1. The *travaux préparatoires* indicate that, there, paragraphs 1 and 3 were considered separately.

drawn a bright line, which it has never abandoned, in the form of the sole or decisive rule. Today this last line of protection of the right to defence is being abandoned in the name of an overall examination of fairness.

In the light of our case-law it is undeniable that the rights listed under Article 6 § 3 are subject to interpretation in the context of the concept of fair trial. Reference is made in that regard to *Salduz* (see paragraph 143 of the judgment). But the differences in the reasoning in *Salduz*, which follows a long line of cases, are quite telling. The term “overall examination” is noticeably absent. The Court found a violation “of Article 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1”¹. Of course, the terminology itself is not particularly telling but the change in terminology is quite instructive.

What was relevant in *Salduz* (and is applicable, *mutatis mutandis*, in the present cases, given the structural similarity of Article 6 § 3 (c) and (d) rights) for the nature of the relationship under consideration is the following: the reliance on Article 6 § 1 in the interpretation of the right to counsel was dictated by the needs of an extensive interpretation of the specific right at stake. The Convention grants the right to legal assistance for a person’s defence (the right to “defend himself”); it does not say at which stage of the proceedings this right is to be granted. It could be argued that it is limited to the trial stage. However, the Court did not accept such a narrow construction, and it interpreted the right to counsel in terms of its consequences for a fair trial, and extended its scope. Neither in *Salduz* nor elsewhere has the Court argued that a fair trial absorbs the specific rights enumerated in Article 6 § 3.

Undeniably, there is a line of cases in our jurisprudence in which the rights enumerated under Article 6 § 3, including the right to examine witnesses, were interpreted restrictively and where the requirements of a fair trial were nevertheless found to have been satisfied. Article 6 § 1 was always used as a fallback position; the restriction was found not to have been fatal to the fairness of the trial where it was counterbalanced to some extent, at least in theory. The restrictions were found to be dictated by the practical needs of an effective investigation and trial (the needs of the administration of justice) or by conflicts with the Convention rights of others (for example, where the right to life of a witness had to be protected). In all these cases additional safeguards were demanded and the essence of the right to cross-

1. Some of the concurring opinions use the expression “Article 6 § 3 (c), read in conjunction with Article 6 § 1”. Another standard formula that is used is: “As the requirements of Article 6 § 3 are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1, the Court will examine the complaint under Article 6 §§ 1 and 3 (d) taken together” (see *Gossa v. Poland*, no. 47986/99, § 51, 9 January 2007).

examine in the sense of equality of arms was always considered to have been respected (as in the case of “special counsel”, or where special confrontation techniques were used for the protection of vulnerable witnesses).

This Court’s case-law supports four propositions concerning the rights of the defence in the context of a fair trial. Firstly, those rights are premised on the principles of equality of arms and adversarial proceedings, both of which require that the defence should not be disadvantaged relative to the prosecution and that a criminal defendant should be able to test the evidence underlying his conviction. Secondly, although some derogation is permitted with respect to these rights, it must be justified and sufficiently counterbalanced by procedural safeguards. Thirdly, the extent of disadvantage to the defence is a factor in determining whether the trial as a whole has been fair. Finally, where statements by witnesses whom the defence has had no chance to examine before or at trial underpin the conviction in a decisive manner, the disadvantage is of such a degree as to constitute in itself a violation of Article 6 which no procedural safeguards can effectively counterbalance. It is the fourth proposition that has come to be known as the sole or decisive rule. But, as we suggest below, it is perhaps more sensible to understand the second, third, and fourth propositions together, as carving out a narrow exception to the prohibition of hearsay. Once again, it is up to States to determine what kind of evidence is admissible, and the Court has never imposed a blanket prohibition in that regard. But it is obvious in the light of its case-law that hearsay remains a problematic source of evidence which requires special caution because of the general inability to test the reliability of hearsay statements. As the Court has put it, “[t]he dangers inherent in such a situation are obvious” (see *Kostovski v. the Netherlands*, 20 November 1989, § 42, Series A no. 166). While the Court calls for “extreme” care in the treatment of untested evidence, the reality is that either evidence is used or it is not¹.

The Convention does not list grounds for restricting the rights of the defence. Rather, it is often understood as singling these rights out for protection in the context of ensuring a fair trial, as being essential for fairness. Where practical difficulties arise, the measures taken to remedy them are to be assessed by determining whether the rights were adequately protected, not whether the rights were outweighed by other legitimate interests. One must not allow prosecutorial interests to prevail simply because they appear in the guise of witness protection or the need to convict the accused (which is presented as *the* interest of justice).

1. See the criticism by Stefan Trechsel in *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 313.

This Court has reiterated in its prior case-law that the admissibility of evidence is a matter of national law and that the Court's task is to rule not on whether a piece of evidence was correctly admitted but on whether the proceedings as a whole were fair (see *Kostovski*, cited above, § 39). To determine the fairness of a trial, the Court must nevertheless assess, *inter alia*, the manner in which evidence for the defence and prosecution was given. In principle, Article 6 § 3 (d) demands that witness statements be made at a public hearing in the presence of the accused with a view to adversarial argument. In the absence of confrontation at trial, examination at the pre-trial stage may suffice (*ibid.*). Concerns around Article 6 § 3 (d) will be triggered above all in cases like *Al-Khawaja and Tahery*, where the defence was afforded no opportunity to examine key witnesses in either the pre-trial or trial proceedings. The point of departure is thus that the defence shall be given a chance to contest the witness's statement in court and, unless compelling reasons dictate otherwise, in the very court judging the case. The fact that the Court will not review issues of admissibility of evidence (except for evidence resulting from a violation of Article 3) does not mean that it is not aware of its problematic nature.

The need for cross-examination is well founded, particularly where testimony is central to the prosecution. The value of testimony hinges on a witness's credibility. To challenge that credibility requires knowledge of the witness's identity. Personal demeanour is of great importance, as is the direct impression of the evidence on the judge or jury hearing the case. Even experienced trial judges may erroneously give undue weight to evidence by witnesses whom the defence has not cross-examined. *A fortiori*, these factors are more significant in a jury system, in so far as a professional judge is better positioned than a layperson to evaluate information obtained by or in the presence of another judge conducting a prior hearing. Asking members of a jury to weigh evidence in the light of its being untested demands far more in the way of judicial competence than asking judges to rule on admissibility in the light of the potential value of the evidence to the prosecution's case. To conform with Article 6 § 3 (d), special care may therefore be necessary to ensure that untested evidence does not go before the jury if that evidence is likely by itself to decide the case. In this regard this Court has to ask: (a) is the care applied in the English and Welsh legal system in the light of the present cases sufficient; or (b) are the risks associated with an otherwise carefully counterbalanced admission of hearsay as sole or decisive evidence such that they put the defence rights and hence the fairness of the trial in jeopardy to an extent that undermines effective human rights protection?

The paradigmatic injustice that requires the robust protection granted by Article 6 § 3 (d) is a criminal conviction based (decisively) on hearsay.

The issue cannot be, then, whether the court is otherwise satisfied that the untested evidence is reliable. Justice Scalia's cautionary reminder is instructive in this regard, "[d]ispensing with confrontation because testimony is obviously reliable is akin to dispensing with jury trial because a defendant is obviously guilty" (see *Crawford v. Washington*, 541 US 36, 62 (2004))¹. The Government's assessment of cogency and reliability in *Al-Khawaja and Tahery* is dubious for the very reason that the means by which that assessment was reached restricted the defence's right to examine key witnesses.

Once we recognise the relationship in principle between the rights of the defence and a fair trial, the sole or decisive test looks like an exception to the total prohibition of hearsay provided by a separate rule. As an exception, it should be interpreted strictly and narrowly. Where this Court has previously found no violation of Article 6 § 3 (d), it has also noted the presence of corroborating evidence capable of supporting the conviction (see, for example, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 7 August 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III; *Doorson v. the Netherlands*, 26 March 1996, § 72, *Reports* 1996-II; and *Gossa*, cited above, § 61).

English law as applied in *Al-Khawaja and Tahery* amounts to asking for an exception to what is already the exception. The question before the Court is, hence, whether the principles underlying Article 6 §§ 1 and 3 (d) can survive this further retrenchment. The Government asserted that the evidence in these cases was trustworthy because, in effect, the common-law system could be trusted to assess reliability without confrontation and to protect the defence's rights independently of the Convention. This reasoning is unpersuasive. The very aim of the Convention is to protect human rights from violation by the State, which includes a judiciary composed of fallible triers of fact, be they as professional as is humanly possible. It is no accident that mistrust with regard to non-confronted evidence continues to prevail

1. In its submissions to the Grand Chamber, the Government mischaracterise the *Crawford* holding as absolutist and anachronistic. Justice Scalia's references to the Framers' concerns about the trial of Sir Walter Raleigh are, on the contrary, where one finds the principle behind the rule. Albeit more exacting than our standard, *Crawford* is hardly absolutist. The US exclusionary rule applies only to testimonial statements and recognises what were already well-known exceptions at the time of the Republic's founding (see *Davis v. Washington*, 547 US 813 (2006)). The unavailability of a witness and an adequate prior opportunity to cross-examine the witness will, taken together, suffice to satisfy the confrontation requirement under current US law. In *Davis* and *Hammon*, both domestic violence cases, the Supreme Court explained that "[s]tatements are non-testimonial when made in the course of police interrogation under circumstances objectively indicating that the [interrogation's] primary purpose ... is to enable police assistance to meet an ongoing emergency" but they "are testimonial when the circumstances objectively indicate that there is no such ongoing emergency, and that the [interrogation's] primary purpose is to establish or prove past events potentially relevant to later criminal prosecution" (547 US 822).

in common-law systems. The views of the Law Reform Commission of Ireland are particularly instructive:

“There are dangers associated with allowing evidence of unavailable witnesses: it undermines the defendant’s right to a fair trial and creates the potential of miscarriages of justice and ... to allow in untested evidence from frightened and unavailable witnesses would undermine this right. The Commission notes that it has provisionally recommended that the courts should retain a discretion to develop the hearsay rule if the necessity exists.” (see paragraphs 69-71 of the judgment)

The dangers of admitting hearsay in a context comparable to *Al-Khawaja* forced the Supreme Court of Canada to restrict the admissibility of non-contestable witness statements in *R. v. Khewalton* ([2006] 2 SCR 787). And, as previously noted, the United States of America, which has a fully functioning common-law system, employs a more stringent requirement of confrontation than the one established under the European Convention on Human Rights. Most importantly, the United Kingdom, like other countries, ratified the Convention on the assumption that its legal system was in conformity with the Convention. At the time of ratification the applicable rule of common law was one that precluded hearsay¹.

Populism, the police and the prosecuting authorities subject courts all around the world to pressure to disregard fundamental safeguards of criminal procedure. Sometimes the demands are legitimately grounded in practical difficulties, but this is not a good enough reason to disregard the protection of the rights of the accused, which are decisive for a fair trial and the fair administration of justice.

Since the reasons behind a witness’s absence or anonymity may differ (for instance, death, witness intimidation, vulnerability as victims of domestic abuse or child sexual abuse), we should avoid dealing with the cases in a one-size-fits-all fashion. The protection of child witnesses from further trauma, for instance, requires special care. Even in such cases it should be possible for the defence to have questions put to the witness during a pre-trial hearing or preliminary investigation. Such sessions can be videotaped to ensure that the defence is also able to challenge the witness’s credibility before the jury (see, for example, *S.N. v. Sweden*, no. 34209/96, § 52, ECHR 2002-V). In

1. See Lord Bingham’s statement: “As my noble and learned friend Lord Rodger of Earlsferry suggested ... ‘the introduction of [Article 6 § 3 (d)] will not have added anything of significance to any requirements of English law for witnesses to give their evidence in the presence of the accused’. It may well be (this was not explored in argument) that the inclusion of [Article 6 § 3 (d)], guaranteeing to the defendant a right to examine or have examined witnesses against him, reflected the influence of British negotiators. It is in any event clear, as my noble and learned friend observed in the same case, [paragraph 11], that ‘An examination of the case-law of the European Court of Human Rights tends to confirm that much of the impact of [Article 6 § 3 (d)] has been on the procedures of continental systems which previously allowed an accused person to be convicted on the basis of evidence from witnesses whom he had not had an opportunity to challenge’.” (*R. v. Davis*, paragraph 24)

general, any restrictions on the rights of the defence should be treated with extreme care (*ibid.*, § 53). Here again, the acceptable solution was a special form of testing evidence. But the evidence was tested and there was no reliance on untested sole or decisive witness evidence.

In *Al-Khawaja and Tahery* no pre-trial opportunity to cross-examine the witnesses was provided. Nor were any clear interests alleged as justification for the handicap to the defence, apart from the ever-present interests in ensuring public safety and criminal punishment. S.T.'s suicide in *Al-Khawaja* and T.'s refusal in *Tahery* to testify in court for fear of being branded an informer in his community are clearly distinguishable from cases involving child abuse victims or organised crime prosecutions, both of which involve an unusual need to shield the witness from the defendant. Special caution may well be needed where key witnesses die or are intimidated as a result of the defendant's actions. *Al-Khawaja and Tahery*, however, do not constitute such cases. We need not, therefore, tackle this question in order to resolve them.

While we understand the nature of the challenges faced by the prosecution when key witnesses die or refuse to appear at trial out of genuine fear, the protections guaranteed by Article 6 speak only to the rights of the defence, not to the plight of witnesses or the prosecution. The task of this Court is to protect the accused precisely when the Government limit rights under the Convention in order to bolster the State's own position at trial. Counterbalancing procedures may, when strictly necessary, allow the Government flexibility in satisfying the demands of Article 6 § 3 (d). Our evolving application of the sole or decisive test, however, shows that this exception to the general requirement of confrontation is not itself without limits in principle. In the end, it is the job of the Government to support their case with non-hearsay corroborating evidence. Failure to do so leaves the Government open to serious questions about the adequacy of their procedures and violates the State's obligations under Article 6 § 1 read in conjunction with Article 6 § 3 (d).

Today the Court has departed from its previous position according to which, where a witness cannot be cross-examined and the conviction is based on hearsay as the sole or decisive evidence, the rights protected under Article 6 will be violated. The Court relies on cases concerning the withholding of evidence from the defence in order to protect police sources (see *Rowe and Davis v. the United Kingdom* [GC], no. 28901/95, ECHR 2000-II). According to the present judgment:

“[In those cases], the Court has left it to the domestic courts to decide whether the rights of the defence should cede to the public interest and has confined itself to verifying whether the procedures followed by the judicial authorities sufficiently

counterbalance the limitations on the defence with appropriate safeguards. The fact that certain evidence was not made available to the defence was not considered automatically to lead to a violation of Article 6 § 1.” (see paragraph 145 of the judgment)

In other words, the Court asserts that it has already accepted that access to evidence is a matter of striking an appropriate balance between the public and private interests at stake. It is clear that, unlike in the case of Articles 8 to 11, the language and the general practice of the Court do not allow such a balancing exercise.

We simply cannot see how one can rely on this line of cases, which do not deal with sole witness evidence. In fact, *Rowe and Davis* (cited above, § 61) was about the entitlement to disclosure of relevant evidence. It was found that this was not an absolute right:

“In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (see, for example, [*Doorson*, cited above,] § 70).”

It was in *Doorson* that the Court indicated that this counterbalancing exercise applied only where the evidence was not sole or decisive evidence (and particularly, as in the present cases, was based on hearsay). Counterbalancing exercises run the risk of falling short of the standard of precision and reliability expected of legal rule¹, and that risk has been found to be impermissibly high and beyond any counterbalancing measures in the case of sole or decisive evidence.

Beyond the reference to fairness based on the misconstruction of *Rowe and Davis* no reason is offered for departing from the categorical interpretation of the “sole or decisive” rule, except to say that the Court will demand that the counterbalancing measures be such as to satisfy the most searching scrutiny. The uncertainty and inadequate protection of rights resulting from the counterbalancing approach are well illustrated in *Al-Khawaja*, where even the Court of Appeal had to concede that the directions given by the judge were deficient. However, the court assumed that the jury was able to make the necessary distinction, which then enabled the latter to rely on the

1. See Trechsel, op. cit., p. 313. For reliance on the sense of justice of the judge on the admissibility of untested hearsay, see the wording of Part 11, Chapter 2 of the Criminal Justice Act 2003, section 116:

“...
(4) Leave may be given under subsection (2)(e) only if the court considers that the statement ought to be admitted in the interests of justice, having regard—
(a) to the statement’s contents;
(b) to any risk that its admission or exclusion will result in unfairness to any party to the proceedings (and in particular to how difficult it will be to challenge the statement if the relevant person does not give oral evidence); ...”

strong similarities with the complaint of the other alleged victim of assault. We consider such trust to be cavalier, for the reasons given by the Supreme Court in *Horncastle and others*. As the Supreme Court stated, one of the themes that have marked the common-law approach to a fair criminal trial “has been a reluctance to trust the lay tribunal to attach the appropriate weight to the evidence placed before them” (paragraph 17). This is what was expressly allowed to happen in *Al-Khawaja*¹. In other words, the assurances allegedly offered in the counterbalancing system provided by the legislation and applied by the most competent judges trained in the noble tradition of the common law failed their first test, and in the second case (*Tahery*), even this Court had to find that the trial judge had misapplied the allegedly foolproof guarantee.

In conclusion, for the above reasons we are of the view that Article 6 § 3 (d) read in conjunction with Article 6 § 1 has been violated in *Al-Khawaja* and we must therefore dissent in that case; in the *Tahery* case, meanwhile, we follow the majority but on a different ground, namely because the sole or decisive rule was disregarded.

This Court, in its efforts to accommodate legitimate demands in the context of a fair trial, has systematically and consistently drawn a bright line in the form of the sole or decisive rule. Today this position is being abandoned in the name of an overall examination of fairness, in the hope that the fairness of the trial will be achieved by demanding a counterbalancing of the restrictions on the right in question and requiring very stringent reasons for, and genuine proof of, such counterbalancing. Even where this is achieved, it will remain a questionable achievement, as it comes at the price of sacrificing an expressly granted Convention right. Legal history shows that convictions based on untested hearsay evidence are often wrong and certainly a favourite instrument of political abuse. True, this is not the case with the current counterbalancing approach as applied in England and Wales. But the very cases in front of us today, and others reported in *Horncastle and others*, show the uncertainties inherent in the counterbalancing approach, which undermines legal certainty in the proceedings and also the foreseeability of the law. The dangers of such an approach were highlighted as late as 2008, a year before the ruling in *Horncastle and others*.

In *R. v. Davis* (paragraph 8), Lord Bingham, in a noble effort to protect the principles of a fair trial, found it necessary to quote the Court of Appeal of New Zealand in *R. v. Hughes* [1986] 2 NZLR 129, in which Richardson J observed:

1. We would note the statement of the judge at the preliminary hearing: “[P]utting it bluntly, no statement, no count one.” See further his instructions to the jury (paragraphs 15 and 16 of the judgment).

“Clearly the accused cannot be assured of a true and full defence to the charge unless he is supplied with sufficient information about his accuser in order to decide on investigation whether his credibility should be challenged.” (p. 147)

Lord Bingham quoted further:

“We would be on a slippery slope as a society if on a supposed balancing of the interests of the State against those of the individual accused the courts were by judicial rule to allow limitations on the defence in raising matters properly relevant to an issue in the trial. Today the claim is that the name of the witness need not be given: tomorrow, and by the same logic, it will be that the risk of physical identification of the witness must be eliminated in the interests of justice in the detection and prosecution of crime, either by allowing the witness to testify with anonymity, for example from behind a screen, in which case his demeanour could not be observed, or by removing the accused from the Court, or both. The right to confront an adverse witness is basic to any civilised notion of a fair trial. That must include the right for the defence to ascertain the true identity of an accuser where questions of credibility are in issue.” (pp. 148-49)¹

The sole or decisive rule that has been followed so far was intended to protect human rights against the “fruit of the poisonous tree” (if the source of the evidence (the “tree”) is tainted, then anything gained from it (the “fruit”) is as well). The adoption of the counterbalancing approach means that a rule that was intended to safeguard human rights is replaced with the uncertainties of counterbalancing. To our knowledge this is the first time ever that this Court, in the absence of a specific new and compelling reason, has diminished the level of protection. This is a matter of gravest concern for the future of the judicial protection of human rights in Europe.

1. In a sad sequel to the judicial efforts to ensure fairness, thirty-three days after the Lords’ ruling, Parliament authorised by law what the Lords had held to be eminently contrary to common law and the principles of a fair trial, in a matter that the Lords had considered settled by this Court’s case-law. A year later the Supreme Court was convinced (in a different context and on the basis of earlier laws) that the principles reaffirmed by the late Lord Bingham were satisfied in a comparable context with lesser guarantees, notwithstanding the concerns expressed by him and his fellow judges. So it goes.

AL-KHAWAJA ET TAHERY c. ROYAUME-UNI
(Requêtes n^{os} 26766/05 et 22228/06)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 15 DÉCEMBRE 2011¹

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

SOMMAIRE¹**Condamnations reposant sur les dépositions de témoins absents****Article 6 § 3 d)**

Interrogatoire des témoins – Condamnations reposant sur les dépositions de témoins absents – Exceptions à la règle imposant la comparution des témoins au procès – Témoin décédé – Absence due à la peur – Disponibilité d'autres moyens de témoigner à l'audience – Poids accordé à la déposition de témoins absents – Règle de la preuve unique ou déterminante – Éléments compensateurs – Garanties procédurales solides

*

* *

Le premier requérant (M. Al-Khawaja), un médecin, était accusé d'avoir agressé sexuellement deux de ses patientes. L'une des deux, S.T., décéda avant l'ouverture du procès mais après que la police eut recueilli sa déposition. Le juge déclara que la teneur de cette déposition était capitale pour les poursuites relatives au premier chef d'accusation car il n'y avait aucune autre preuve directe de ce qui s'était passé. La défense admit que, s'il en était donné lecture au procès, elle serait en mesure de la contester en interrogeant d'autres témoins. Il en fut donc donné lecture aux jurés, qui entendirent également plusieurs témoins, dont l'autre plaignante et deux amis de la défunte, auxquels celle-ci s'était confiée peu après les faits. La défense put soumettre tous les témoins ayant comparu à un contre-interrogatoire. Dans son résumé à leur intention, le juge rappela aux jurés qu'ils n'avaient pas vu S.T. déposer, qu'ils n'avaient entendu ni son témoignage ni le contre-interrogatoire correspondant, et que l'accusé niait les faits qui lui étaient reprochés. Le premier requérant fut reconnu coupable des deux chefs d'accusation retenus contre lui.

Le second requérant (M. Tahery) était accusé notamment de coups et blessures volontaires portés à l'arme blanche pendant une bataille entre bandes. Aucun des témoins interrogés sur les lieux de l'incident ne déclara avoir vu le second requérant poignarder la victime mais, deux jours plus tard, l'un des témoins, T., fit aux policiers une déclaration le mettant en cause. Au procès, le ministère public sollicita l'autorisation de donner lecture au jury de la déposition de T., soutenant que celui-ci avait trop peur pour comparaître en personne. Après avoir entendu T. et un agent de police responsable de l'enquête, le juge conclut que les craintes du témoin étaient réelles, même si le second requérant n'en était pas la cause, et que l'adoption de

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

mesures spéciales, telles que la possibilité de témoigner derrière un écran, ne lèverait pas ses peurs. Ainsi, T. ne comparut pas au procès et sa déposition fut lue aux jurés. Le second requérant déposa également à l'audience. Dans son résumé à l'intention des jurés, le juge les avertit des risques qu'il y avait à ajouter foi à la déposition de T. en l'absence de contre-interrogatoire. L'intéressé fut condamné et le verdict fut confirmé en appel.

Devant la Cour européenne, les requérants se plaignaient que leurs condamnations respectives aient reposé dans une mesure déterminante sur des dépositions de témoins qu'ils n'avaient pas pu contre-interroger à l'audience. Ils estimaient avoir été privés d'un procès équitable. Dans son arrêt de chambre du 20 janvier 2009, la Cour joignit les deux affaires et conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention, au motif que l'impossibilité pour les requérants de soumettre les témoins capitaux à un contre-interrogatoire n'avait pas été effectivement compensée dans la procédure.

Article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) : le droit d'interroger les témoins énoncé à l'article 6 § 3 d) repose sur le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions, mais on ne peut les accepter que sous réserve des droits de la défense ; en règle générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur. De ce principe général découlent deux conséquences.

Premièrement, l'absence d'un témoin doit être justifiée par un motif sérieux. C'est le cas par exemple lorsque le témoin est décédé ou qu'il craint de se présenter au procès et que cette peur est imputable à l'accusé ou à des personnes agissant pour son compte. En effet, dans ce dernier cas, l'accusé doit être réputé avoir renoncé à son droit garanti par l'article 6 § 3 d). Lorsque l'absence du témoin est due à une peur plus générale de témoigner, qui n'est pas directement imputable à des menaces de l'accusé ou de personnes agissant pour son compte, il appartient au juge de mener les investigations appropriées pour déterminer si cette peur est fondée sur des motifs objectifs, qui reposent sur des éléments concrets. Avant de pouvoir dispenser un témoin de comparaître au motif qu'il craint de se présenter au procès, le juge doit estimer établi que toutes les autres possibilités, telles que l'anonymat ou d'autres mesures spéciales, seraient inadaptées ou impossibles à mettre en œuvre.

Deuxièmement, lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déposition d'un témoin absent que l'accusé n'a pas eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger soit au stade de l'enquête soit pendant le procès, les droits de la défense peuvent se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 (règle de la preuve « unique ou déterminante »). Cette règle n'est cependant pas absolue et ne doit pas être appliquée de manière rigide ou en ignorant totalement les spécificités de l'ordre juridique

concerné: ce serait en faire un instrument aveugle et inflexible n'ayant rien à voir avec la manière dont la Cour examine traditionnellement la question de l'équité globale de la procédure, à savoir en mettant en balance les intérêts concurrents de la défense, de la victime et des témoins et l'intérêt public à assurer une bonne administration de la justice. Ainsi, la condamnation reposant sur une preuve par ouï-dire unique ou déterminante n'emporte pas automatiquement violation de l'article 6 § 1. Cependant, lorsqu'une condamnation repose exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les dépositions de témoins absents, la Cour doit soumettre la procédure à l'examen le plus rigoureux. Etant donné les risques inhérents aux témoignages par ouï-dire, le caractère unique ou déterminant d'une preuve de ce type admise dans une affaire est un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure, et il doit être contrebalancé par des éléments suffisants, notamment par des garanties procédurales solides. Dans chaque affaire, il s'agit de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs, y compris des mesures permettant une appréciation correcte et équitable de la fiabilité du témoignage.

A cet égard, la Cour considère que le droit interne prévoyait des garanties solides, propres à assurer l'équité de la procédure¹. Pour ce qui est de la manière dont ces garanties ont été appliquées en pratique, elle examine, dans chacune des deux affaires, premièrement, s'il était nécessaire d'admettre les dépositions des témoins absents, deuxièmement, si leur témoignage non vérifié a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant et, troisièmement, si son admission a été contrebalancée par des éléments, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour assurer l'équité de la procédure examinée dans son ensemble.

a) *Concernant le premier requérant* – Il n'est pas contesté que le décès de S.T. a rendu nécessaire aux fins de la prise en compte de son témoignage l'admission de sa déposition écrite. De plus, le juge a clairement souligné son importance (« pas de déclaration, pas de premier chef d'accusation »). Cette déposition doit donc être considérée comme déterminante. Cela étant, sa fiabilité était corroborée par le fait qu'il n'existait que des divergences mineures entre cette déposition faite par S.T. à la police et le récit fait par elle peu après les faits allégués à ses deux amis, qui témoignèrent tous deux au procès. Surtout, il existait des similitudes importantes entre la description de l'agression alléguée faite par S.T. et celle faite par l'autre plaignante, avec laquelle rien n'indiquait qu'il y eût eu collusion. Dans le cas d'une agression sexuelle perpétrée par un médecin sur une patiente au cours d'une

1. Notamment des règles définissant précisément les circonstances dans lesquelles la déposition d'un témoin absent pouvait être recevable, l'obligation d'envisager d'autres mesures pour permettre aux témoins apeurés de comparaître, la liberté pour le juge de refuser d'admettre un témoignage par ouï-dire et l'obligation pour lui de mettre fin au procès s'il lui paraissait que les accusations reposaient « en tout ou en partie » sur un témoignage par ouï-dire si peu concluant qu'une condamnation aurait été hasardeuse. Le juge était aussi tenu de délivrer aux jurés l'instruction classique en matière de charge de la preuve et de les mettre en garde contre les dangers du témoignage par ouï-dire.

consultation où il se trouvait seul avec elle, on voit mal comment les éléments produits pourraient être plus convaincants et concordants, d'autant que tous les autres témoins furent cités à comparaître au procès et que leur fiabilité fut mise à l'épreuve au travers d'un contre-interrogatoire. Il est vrai que la Cour d'appel a estimé que les recommandations faites par le juge aux jurés avaient été déficientes, mais elle a également considéré qu'elles avaient dû néanmoins leur faire clairement comprendre qu'en égard au fait qu'ils ne l'avaient pas vue ni entendue, ils devaient accorder moins de poids à la déposition de S.T.. Compte tenu de cette indication et des éléments présentés par l'accusation à l'appui de la déposition de S.T., la Cour considère que les jurés ont pu apprécier correctement et équitablement la fiabilité des allégations portées dans cette déposition à l'encontre du premier requérant. Dans ces conditions, considérant l'équité du procès dans son ensemble, elle estime qu'il existait en l'espèce des éléments suffisants pour compenser l'admission de la déposition de S.T..

Conclusion: non-violation (quinze voix contre deux).

b) *Concernant le second requérant* – Le juge a procédé à des investigations appropriées pour déterminer si la peur éprouvée par T. reposait sur des motifs objectifs, et il a vérifié si l'adoption de mesures spéciales ne serait pas de nature à apaiser ses craintes. T. était la seule personne disant avoir vu la scène. Son témoignage oculaire non corroboré était donc, sinon la preuve unique, du moins la preuve déterminante contre le requérant. Il s'agissait clairement d'une preuve de poids sans laquelle la probabilité d'une condamnation aurait été bien moindre. Ni le fait que le juge a conclu qu'il ne serait pas inéquitable d'admettre la déposition de T. dès lors que le requérant pouvait la contester ou la réfuter en témoignant lui-même ou en faisant citer à comparaître d'autres témoins ni la mise en garde faite par le juge dans son résumé à l'intention des jurés n'ont suffisamment compensé les obstacles auxquels la défense s'est trouvée confrontée du fait de l'admission de cette déposition non vérifiée. Même si le requérant a déposé en personne et nié les faits, il n'a pas pu contester la sincérité et la fiabilité de T. au moyen d'un contre-interrogatoire et, T. étant le seul témoin apparemment disposé ou apte à rapporter ce qu'il avait vu, la défense n'a pas pu appeler d'autres témoins pour contredire son témoignage par oui-dire. De plus, même si, dans son résumé à l'intention des jurés, le juge les a mis en garde clairement et énergiquement contre le risque qu'il y avait à se fier à un témoignage livré par une personne n'ayant pu être contre-interrogée, il n'en reste pas moins que T. était le seul témoin à charge et que sa déposition était le seul élément mettant directement en cause le requérant.

Le caractère déterminant du témoignage de T. en l'absence dans le dossier de preuves solides aptes à le corroborer emporte la conclusion que les jurés n'ont pas pu en apprécier correctement et équitablement la fiabilité. Considérant l'équité de la procédure dans son ensemble, la Cour juge que les éléments censés compenser les difficultés auxquelles la défense s'est trouvée confrontée du fait de l'admission de la déposition de T. n'étaient pas suffisants.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41 : la Cour octroie au second requérant des sommes pour dommage moral et pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

- X. c. Autriche*, n° 4428/70, décision de la Commission du 1^{er} juin 1972, Recueil de décisions 40
- X. c. Belgique*, n° 8417/78, décision de la Commission du 4 mai 1979, Décisions et rapports 16
- X. c. Allemagne*, n° 8414/78, décision de la Commission du 4 juillet 1979, Décisions et rapports 17
- S. c. Allemagne*, n° 8945/80, décision de la Commission du 13 décembre 1983, Décisions et rapports 39
- Unterperntinger c. Autriche*, 24 novembre 1986, série A n° 110
- Bricmont c. Belgique*, 7 juillet 1989, série A n° 158
- Kostovski c. Pays-Bas*, 20 novembre 1989, série A n° 166
- Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, série A n° 238
- Saïdi c. France*, 20 septembre 1993, série A n° 261-C
- Stanford c. Royaume-Uni*, 23 février 1994, série A n° 282-A
- John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I
- Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996, *Recueil* 1996-II
- Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, *Recueil* 1996-III
- A.M. c. Italie*, n° 37019/97, CEDH 1999-IX
- T. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94, 16 décembre 1999
- Rowe et Davis c. Royaume-Uni* [GC], n° 28901/95, CEDH 2000-II
- Condron c. Royaume-Uni*, n° 35718/97, CEDH 2000-V
- Lucà c. Italie*, n° 33354/96, CEDH 2001-II
- Solakov c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 47023/99, CEDH 2001-X
- Mild et Virtanen c. Finlande*, n^{os} 39481/98 et 40227/98, 26 juillet 2005
- Krasniki c. République tchèque*, n° 51277/99, 28 février 2006
- Bonev c. Bulgarie*, n° 60018/00, 8 juin 2006
- Guilloury c. France*, n° 62236/00, 22 juin 2006
- Pello c. Estonie*, n° 11423/03, 12 avril 2007
- Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, CEDH 2008
- Mika c. Suède* (déc.), n° 31243/06, 27 janvier 2009
- Dzelili c. Allemagne* (déc.), n° 15065/05, 29 septembre 2009
- Caka c. Albanie*, n° 44023/02, 8 décembre 2009
- Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, CEDH 2010
- Kornev et Karpenko c. Ukraine*, n° 17444/04, 21 octobre 2010
- Taxquet c. Belgique* [GC], n° 926/05, CEDH 2010

En l'affaire Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni,

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

Françoise Tulkens, *présidente*,

Nicolas Bratza,

Jean-Paul Costa,

Christos Rozakis,

Peer Lorenzen,

Elisabet Fura,

Alvina Gyulumyan,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Giorgio Malinverni,

András Sajó,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Kristina Pardalos, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 19 mai 2010 et 9 novembre 2011,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 26766/05 et 22228/06) dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant de cet Etat, M. Imad Al-Khawaja («le premier requérant»), et un ressortissant iranien, M. Ali Tahery («le second requérant»), ont saisi la Cour le 18 juillet 2005 et le 23 mai 2006 respectivement en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Devant la Cour, le premier requérant a été représenté par M^e A. Burcombe et M^e D. Wells, avocats membres du cabinet Wells Burcombe LLP Solicitors, établi à Londres, assistés de M^e J. Bennathan Q.C., conseil. Le second requérant a été représenté par M^e M. Fisher – avocat membre du cabinet Peter Kandler & Co. Solicitors, établi à Londres – assisté de

M^c R. Trowler, conseil. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. J. Grainger, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Dans sa requête, M. Al-Khawaja alléguait que le procès dont il avait fait l'objet pour agression sexuelle avait été inéquitable en ce qu'il y avait été donné lecture au jury de la déclaration que l'une des plaignantes, décédée avant l'ouverture des débats, avait faite à la police. Pour sa part, M. Tahery soutenait que le procès dont il avait fait l'objet pour coups et blessures volontaires avait revêtu un caractère inéquitable en ce qu'il y avait été donné lecture au jury de la déclaration d'un témoin à charge que la peur avait amené à refuser de comparaître.

4. Les requêtes furent attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 20 janvier 2009, après une audience portant tant sur les questions de recevabilité que sur les questions de fond (article 54 § 3), une chambre de ladite section, composée des juges Josep Casadevall, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta et Päivi Hirvelä, ainsi que de T.L. Early, greffier de section, décida, à l'unanimité, de joindre les requêtes, de les déclarer toutes deux recevables et de conclure à la violation de l'article 6 § 3 de la Convention dans le chef de chacun des requérants.

5. Le 1^{er} mars 2010, faisant droit à une demande formulée par le Gouvernement le 16 avril 2009, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre, en application de l'article 43 de la Convention.

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément à l'article 27 §§ 2 et 3 de la Convention et à l'article 24 du règlement. Aux dernières délibérations, Işıl Karakaş, Kristina Pardalos et Nebojša Vučinić, juges suppléants, ont remplacé Corneliu Bîrsan, Ireneu Cabral Barreto et Sverre Erik Jebens, empêchés (article 24 § 3 du règlement). Jean-Paul Costa, Christos Rozakis et Giorgio Malinverni, dont les mandats avaient expiré au cours de la procédure, ont continué à siéger dans l'affaire (articles 23 § 7 de la Convention et 24 § 4 du règlement).

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire. Des observations ont également été reçues de JUSTICE, une organisation non gouvernementale ayant son siège à Londres, que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Les parties ont répondu à ces observations (article 44 § 5 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 19 mai 2010 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. J. Grainger,	<i>agent,</i>
D. Perry <i>Q.C.</i> ,	
L. Mably,	
M ^{me} V. Ailes,	<i>conseils,</i>
MM. C. Munro,	
N. Gibbs,	<i>conseillers;</i>

– *pour les requérants*

M ^e J. Bennathan <i>Q.C.</i> ,	<i>conseil,</i>
M ^e D. Wells,	<i>conseiller.</i>

La Cour a entendu M^e Bennathan et M. Perry en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par la Cour.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DES ESPÈCES

A. M. Al-Khawaja

9. Le requérant est né en 1956 et réside à Brighton. Les faits à l'origine de sa requête peuvent se résumer comme suit.

10. Expert en médecine rééducative, M. Al-Khawaja fut accusé d'avoir agressé sexuellement deux de ses patientes – S.T. (premier chef d'accusation) et V.U. (second chef d'accusation) – après les avoir placées sous hypnose au cours de consultations données les 3 et 12 juin 2003 respectivement.

11. S.T. se suicida avant l'ouverture du procès, pour des raisons apparemment étrangères à l'agression reprochée au requérant. Elle avait toutefois livré une déposition à la police plusieurs mois après la survenance des faits litigieux et confié à deux amis – B.F. et S.H. – qu'elle avait subi une agression sexuelle de la part de l'intéressé.

12. Le 22 mars 2004 se tint une audience préliminaire sur la question de savoir si la déclaration de S.T. pourrait être lue au jury. La défense indiqua que les moyens qu'elle entendait opposer à chacun des chefs d'accusation étaient pour l'essentiel identiques, et qu'ils consistaient à démontrer que les déclarations de S.T. et de V.U. étaient entièrement mensongères. Le juge président l'audience décida que la déclaration de S.T. pourrait être lue aux jurés. Il estima que le premier requérant aurait très probablement le

sentiment que le seul moyen réaliste qui s'offrirait à lui pour se défendre contre le second chef d'accusation – celui concernant V.U. – consisterait à déposer. Il en conclut que la lecture de la déclaration de S.T. n'aurait pas pour effet de rendre problématique pour l'intéressé une éventuelle absence de déposition de sa part. Observant que l'hypothèse d'une collusion entre S.T. et V.U. n'avait pas été avancée, il jugea que le contre-interrogatoire des deux femmes sur ce point ne s'imposait pas.

13. Il releva en outre que la déclaration de S.T. était capitale pour les poursuites relatives au premier chef d'accusation, car il n'y avait aucune autre preuve directe de ce qui s'était passé lors de la consultation du 3 juin 2003. Il s'exprima ainsi: «pour dire les choses comme elles sont, pas de déclaration, pas de premier chef d'accusation». Estimant que la véritable question qui se posait était celle de savoir si l'accusé pourrait contester cette déclaration dans des conditions équitables pour lui, il fit observer que l'intéressé pourrait s'expliquer sur ce qui s'était passé au cours de la consultation, que le ministère public avait l'intention de faire citer à comparaître les amis de S.T. pour qu'ils rapportent les propos qu'elle leur avait tenus et que les incohérences entre leurs déclarations et celle de S.T. offriraient au requérant un moyen de contester cette dernière. Il ajouta que le ministère public entendait appeler un témoin expert à la barre pour témoigner sur les altérations de la perception provoquées par l'hypnose et que la défense pourrait lui faire subir un contre-interrogatoire en vue de jeter le doute sur la crédibilité des déclarations de S.T.

14. Au cours du procès, la déclaration de S.T. fut lue aux jurés, qui entendirent aussi celles des amis de S.T. – B.F. et S.H. – et du médecin traitant de S.T. Ce dernier témoigna sur une lettre qu'il avait adressée aux autorités hospitalières pour le compte de sa patiente et dans laquelle il avait fait état des allégations formulées par elle contre le premier requérant. V.U. et les policiers qui avaient enquêté sur l'affaire furent entendus sur le second chef d'accusation, celui relatif à la personne de V.U. Deux autres femmes furent appelées à témoigner. Elles déclarèrent que le requérant leur avait fait des propositions déplacées au cours de consultations d'hypnose. Le ministère public qualifia leurs déclarations de «preuves de faits similaires» corroborant les déclarations de S.T. et de V.U. Il fit déposer un témoin expert sur les effets de l'hypnose. La défense put soumettre tous les témoins ayant comparu à un contre-interrogatoire. Le requérant témoigna pour sa propre défense et fit citer à comparaître plusieurs témoins de moralité.

15. Dans son résumé à leur intention, le juge indiqua à deux reprises aux jurés comment ils devraient apprécier la déclaration de la plaignante décédée dont il leur avait été donné lecture. Il leur adressa d'abord les instructions suivantes:

« Lorsque vous examinerez la déclaration [de S.T.], vous devrez absolument garder à l'esprit que vous ne l'avez pas vue déposer et que vous n'avez pas entendu son témoignage ni le contre-interrogatoire de [l'avocat de M. Al-Khawaja], qui lui aurait sûrement posé des questions. »

16. Il leur déclara ensuite :

« (...) n'oubliez pas (...) qu'il vous a été donné lecture de cette déclaration. L'accusé nie en bloc les faits qui lui sont reprochés (...), ce dont vous devez tenir compte pour apprécier ce témoignage. »

17. Renvoyant aux dépositions des amis de S.T., il rappela aux jurés qu'il existait des divergences entre les déclarations respectives de S.T. et de S.H., la première ayant indiqué que le requérant lui avait touché le visage et la bouche, tandis que la seconde avait déclaré que S.T. s'était elle-même touché le visage et la bouche. Il poursuivit ainsi :

« Il vous appartient de déterminer dans quelle mesure les dépositions de [B.F.] et de [S.H.] peuvent vous aider à décider si [S.T.] a dit la vérité dans sa déclaration. Mais gardez à l'esprit que les dépositions de [B.F.] et [S.H.] rapportant les propos tenus par [S.T.] ne constituent pas des preuves indépendantes de la véracité des allégations de cette dernière. »

18. Il indiqua également aux jurés que, pour apprécier la véracité des propos tenus par S.T., ils pourraient tenir compte de la déposition de V.U. et des déclarations des deux autres femmes sur les propositions déplacées imputées au requérant. Toutefois, il les invita d'abord à écarter l'hypothèse d'une collusion entre les quatre femmes, puis à se demander s'il était raisonnable d'envisager que quatre personnes ayant porté séparément des accusations analogues aient pu toutes mentir ou se tromper, ou avoir été victimes d'hallucinations similaires ou de faux souvenirs. Il leur précisa que, au cas où cette hypothèse leur apparaîtrait invraisemblable, ils pourraient se déclarer convaincus que S.T. et V.U. avaient dit la vérité. Il ajouta que plus les déclarations des intéressées leur paraîtraient se ressembler et plus leur véracité serait probable. Il les invita à se demander si chacune de ces femmes avait pu être influencée, consciemment ou non, par les allégations des autres.

19. Au cours de leurs délibérations, les jurés sollicitèrent à deux reprises des éclaircissements sur la déclaration de S.T. Le 30 novembre 2004, ils déclarèrent, à l'unanimité, M. Al-Khawaja coupable des deux chefs d'agression sexuelle retenus contre lui. Le requérant fut condamné à deux peines d'emprisonnement, de quinze et douze mois respectivement pour le premier et pour le second chef d'accusation, à purger consécutivement.

20. Il interjeta appel de sa condamnation devant la Cour d'appel, critiquant principalement la décision préjudicielle par laquelle la déclaration de S.T. avait été déclarée admissible. Il soutenait par ailleurs que, dans son

résumé à leur intention, le juge n'avait pas suffisamment indiqué aux jurés que cette déclaration était de nature à nuire à ses intérêts.

21. L'appel fut examiné et rejeté le 6 septembre 2005. Dans son arrêt écrit, notifié le 3 novembre 2005, la Cour d'appel conclut que le droit du requérant à un procès équitable n'avait pas été méconnu. En ce qui concerne l'admission comme preuve de la déclaration de S.T., elle estima que celle-ci n'était pas nécessairement incompatible avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention. S'appuyant sur l'arrêt *Doorson c. Pays-Bas* (26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II), elle déclara que la question de l'admissibilité des preuves relevait au premier chef des règles du droit interne. Elle poursuivit ainsi :

« 25. Les éléments importants en l'espèce peuvent se résumer comme suit. S.T. étant décédée, [le requérant] n'a pu la faire interroger. Elle était l'unique témoin dont la déclaration portait directement sur l'agression sexuelle alléguée. Si sa déclaration avait été écartée des débats, le ministère public aurait dû abandonner le premier chef d'accusation. Le [requérant] a eu la possibilité de contester l'exactitude de la déclaration de [S.T.] en exploitant les divergences qu'elle présente avec celles des témoins [B.F.] et [S.H.] et le témoignage de l'expert sur les « altérations de la perception » créées par l'hypnose. Les articles pertinents de la loi de 1988 [paragraphe 41 ci-dessous] contiennent des dispositions visant à protéger les accusés que le juge a dûment prises en considération avant de déclarer admissible la déclaration litigieuse. Enfin, le juge du fait – en l'occurrence le jury – peut et doit tenir compte des difficultés que l'admission d'une déclaration est susceptible de causer à l'accusé, difficultés qui doivent être évoquées de façon pertinente dans les instructions aux jurés.

26. Lorsque l'unique témoin d'une infraction décède après avoir fait une déclaration que l'accusation entend exploiter, il peut arriver qu'un intérêt public impérieux commande d'autoriser l'admission de cet élément de preuve en vue du maintien des poursuites. Tel était le cas en l'espèce. Toutefois, cet intérêt général ne saurait prévaloir sur le droit de l'accusé à un procès équitable. Comme nous l'avons indiqué dans l'arrêt *Sellick* [voir paragraphe 48 ci-dessous], nous ne pensons pas que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose de conclure que le procès est inéquitable en pareilles circonstances. La clause de l'article 6 § 3 d) reconnaissant à l'accusé le droit de [faire] interroger les témoins à charge constitue un aspect particulier du procès équitable. Mais lorsque l'accusé ne peut exercer ce droit, il faut se demander si « la procédure, envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable » (*Doorson*, paragraphe 19). En l'espèce, le témoin n'avait pas refusé de comparaître par peur ou pour d'autres raisons, il n'avait pas demandé l'anonymat et n'avait pas exercé son droit de garder le silence. Son absence s'expliquait par sa mort, circonstance dont le caractère irréversible appelle des considérations particulières, comme nous l'avons indiqué en début de paragraphe. »

22. En ce qui concerne le résumé du juge à l'intention des jurés, la Cour d'appel s'exprima ainsi :

«Il aurait été préférable que le juge indique explicitement aux jurés que la non-comparution de [S.T.] était susceptible de nuire [au requérant] et qu'il les invite à accorder moins de poids à la déclaration de celle-ci en raison de l'impossibilité de lui faire subir un contre-interrogatoire et de la voir témoigner. Cela dit, dans les circonstances de l'espèce, les instructions données par le juge aux jurés ne pouvaient recevoir de leur part une autre interprétation. C'est pourquoi nous estimons que le juge a dûment renseigné le jury sur les conséquences de l'admission de la déclaration du témoin non comparant [S.T.], et que cette circonstance n'est pas de nature à rendre le procès [du requérant] inéquitable et incompatible avec l'article 6. En outre, nous tenons à souligner que les preuves à charge retenues contre [le requérant] sont dans l'ensemble très solides. Nous n'avons aucun doute quant au bien-fondé du verdict.»

23. La Cour d'appel refusa au requérant l'autorisation de saisir la Chambre des lords mais reconnut que l'affaire soulevait un point de droit d'intérêt général.

24. Le 30 novembre 2005, l'intéressé sollicita auprès de la Chambre des lords l'autorisation de lui soumettre le point de droit en question. La haute juridiction rejeta cette demande le 7 février 2006.

B. M. Tahery

25. Le deuxième requérant est né en 1975. Sa requête porte sur la condamnation pour coups et blessures volontaires qu'il s'est vu infliger pour les faits exposés ci-dessous.

26. Le 19 mai 2004, S., un membre de la communauté iranienne de Londres, se querella avec plusieurs Kurdes. Pour protéger S., le requérant s'interposa entre eux et lui. Le 20 mai 2004, au petit matin, S. et l'intéressé se rencontrèrent à nouveau aux abords d'un restaurant iranien du quartier d'Hammersmith (Londres). Le requérant invita S. à lui parler et le conduisit dans une ruelle proche. Les deux hommes commencèrent à discuter de l'altercation survenue la veille. Dans la déposition qu'il fit au procès de M. Tahery, S. nia avoir frappé le premier, mais reconnut qu'il s'était battu avec l'intéressé, que celui-ci l'avait repoussé et qu'il avait ressenti à ce moment-là une sensation de brûlure dans le dos, qui se révéla avoir été provoquée par trois coups de couteau. Il déclara qu'il n'avait pas vu M. Tahery le poignarder alors qu'ils étaient face à face et qu'il ne se souvenait pas que l'intéressé se fût placé derrière lui ou l'eût contourné pour le frapper avec un couteau.

27. Plusieurs individus assistèrent à ces événements, notamment les Kurdes impliqués dans l'altercation de la veille ainsi qu'un ami de S., un autre membre de la communauté iranienne dénommé T., deux amis de ce dernier et l'oncle du requérant. S. ne put préciser lesquels d'entre eux se trouvaient derrière lui à ce moment-là.

28. S. avait vu un couteau sur le sol après avoir compris qu'il avait été poignardé. Au cours du procès de M. Tahery (paragraphe 32 ci-dessous),

il déclara qu'il avait tenté de ramasser l'arme, mais que le requérant ou T. l'avait devancé et avait lancé le couteau vers le restaurant. Il indiqua qu'il supposait que les coups lui avaient été portés par le requérant. Il précisa que celui-ci s'en était immédiatement défendu, lui avait demandé de s'asseoir et de s'appuyer sur lui, avait tenté d'endiguer l'hémorragie dans l'attente d'une ambulance, puis, une fois celle-ci arrivée, l'avait accompagné à l'hôpital. Là-bas, le requérant affirma à la police qu'il avait vu deux hommes noirs porter des coups de couteau à S.

29. Aucun des témoins interrogés sur les lieux de l'incident ne déclara avoir vu l'intéressé poignarder S. Toutefois, T. indiqua deux jours plus tard à la police qu'il avait vu le requérant porter des coups de couteau à S. Dans sa déposition, il précisa qu'il avait tenté de séparer le requérant et S. au moment où ceux-ci avaient commencé à se battre dans une ruelle, puis qu'il avait vu l'intéressé attraper S. par le cou, se saisir d'un couteau, et l'en frapper à deux reprises dans le dos. Il ajouta que le requérant avait tenté de le poignarder à la gorge lorsqu'il s'était approché de lui, puis qu'il avait lâché son arme et crié « ne dis rien à la police! ».

30. Le 3 novembre 2004, le requérant fut arrêté et conduit au commissariat d'Hammersmith. Lors de son interrogatoire, il nia avoir poignardé S., accusant à nouveau deux hommes noirs. Il fut inculpé de coups et blessures volontaires ainsi que de tentative d'entrave à la justice pour avoir indiqué à la police, à l'hôpital et au commissariat, qu'il avait vu deux hommes noirs poignarder S.

31. Le 25 avril 2005, le procès du requérant s'ouvrit devant la *Crown Court* de Blackfriars. L'intéressé plaida coupable du chef de tentative d'entrave à la justice, mais non coupable du chef de coups et blessures volontaires.

32. S. témoigna à charge. Il expliqua comment il s'était battu avec le second requérant dans la ruelle, précisant qu'il avait mis quelques instants à comprendre qu'il avait été blessé au dos, mais qu'il n'avait pas vu qui l'avait poignardé. Il indiqua que M. Tahery l'avait aidé à s'asseoir et avait posé la main sur sa blessure. Il déclara qu'il lui avait demandé qui était l'auteur des coups de couteau et que l'intéressé lui avait assuré que ce n'était pas lui. Au cours de son contre-interrogatoire, il admit qu'il n'avait pas vu le requérant se placer derrière lui et qu'ils se faisaient face. Il assura en outre qu'il avait entendu quelqu'un crier « dis-lui que c'étaient les noirs! » à son intention et que la voix de cette personne n'était pas celle du requérant.

33. Après la déposition de S., le ministère public sollicita l'autorisation de donner lecture au jury de la déposition de T. au titre de l'article 116 §§ 2 e) et 4 de la loi de 2003 sur la justice pénale (*Criminal Justice Act 2003* – « la loi de 2003 » ; paragraphes 43-45 ci-dessous), soutenant que T. avait

trop peur pour comparaître en personne devant le jury et que des mesures particulières devaient être prises à son égard. Le juge recueillit la déposition d'un agent de police responsable de l'enquête. Il en ressortait que la communauté iranienne était extrêmement unie et que les craintes de T. étaient réelles. Dissimulé derrière un écran, T. déposa devant le juge, mais non devant le jury. Il expliqua que ses craintes pour sa famille comme pour lui provenaient de certaines visites et de certains appels téléphoniques qu'il disait avoir reçus. Il n'imputa aucune de ces visites et aucun de ces appels au requérant et ne révéla pas l'identité de leur auteur.

34. Le juge autorisa la lecture de la déposition de T. au jury. Il s'en expliqua ainsi :

« Au vu des circonstances de l'espèce, et compte tenu des critères de la preuve en matière pénale, je suis certain que la peur éprouvée par ce témoin est réelle. Cela ressort non seulement de la déposition orale qu'il a faite, mais aussi du comportement qu'il a adopté sur le banc des témoins et que j'ai pu observer.

Dès lors, il m'incombe de me pencher sur les questions que pose [l'article 116 § 4 de la loi de 2003]. L'alinéa a) du paragraphe 4 m'oblige à tenir compte du contenu de la déposition, ce que j'ai fait. La défense met en doute la fiabilité des énonciations qu'elle contient, faisant valoir qu'elles présentent des incohérences avec celles figurant dans la déposition de [S.].

Il y aura toujours des cas où les dépositions, qu'elles aient été faites oralement ou lues, présentent des incohérences. Il appartient en toute hypothèse au jury d'apprécier la fiabilité des preuves au vu des conclusions des avocats et des déclarations livrées devant lui. Le moment venu, je lui donnerai les instructions nécessaires sur la manière dont il devra s'acquitter de cette tâche.

Il est aussi soutenu que la déposition litigieuse revêt une importance considérable en ce qu'elle émane d'une personne qui prétend avoir assisté aux événements, et qu'elle porte donc sur le cœur du sujet.

A mes yeux, le témoin concerné appartient précisément à la catégorie des personnes susceptibles de recevoir des menaces, et c'est sans doute cela que le législateur avait à l'esprit lorsqu'il a adopté la disposition susmentionnée.

Il est donc de mon devoir de rechercher, après avoir pris connaissance du contenu de la déposition, si l'admission ou l'exclusion de cette pièce risque d'entraîner une injustice pour une partie à la procédure. Je suis persuadé qu'il serait injuste de l'écarter des débats, et tout aussi persuadé que son admission n'aurait rien d'inéquitable. Cette conviction se fonde sur le libellé de [la loi de 2003], en particulier sur la disposition voulant que soit prise en compte la difficulté de contester une déclaration dont l'auteur refuse de déposer oralement.

Une déposition peut être contestée par des moyens autres que le contre-interrogatoire. Elle peut être mise en doute par la contre-déposition de l'accusé – si celui-ci accepte

de déposer –, ou celle d'un tiers qui était présent sur les lieux du crime, et nous savons qu'il y en a plusieurs en l'espèce.

Dans ces conditions, je considère que les déclarations de l'accusé, s'il accepte de déposer, peuvent suffire à combattre et à réfuter les éléments à charge contenus dans la déposition de T.

J'ai aussi examiné plusieurs autres éléments pertinents, et j'ai proposé à T., dissimulé derrière l'écran installé sur le banc des témoins, de témoigner dans les mêmes conditions. Il m'a répondu qu'il ne changerait pas d'avis et que la peur qu'il éprouvait l'empêchait de comparaître devant un jury.

Au vu de l'ensemble des circonstances de la cause, je considère que la présente affaire est de celles pour lesquelles le législateur a prévu que la lecture d'une déposition pouvait être requise.»

35. La déposition de T. fut lue aux jurés. Le médecin qui avait soigné S. à l'hôpital témoigna sur la nature des blessures infligées à celui-ci. Un expert médico-légal qui avait analysé le sang trouvé sur les vêtements du requérant confirma à la barre qu'il correspondait au sang de S., mais sa déposition ne permit pas d'aboutir à des conclusions certaines sur la manière dont ce sang était parvenu sur les vêtements de T. En outre, le ministère public produisit le procès-verbal de l'interrogatoire du requérant par la police (paragraphe 30 ci-dessus).

36. Le requérant déposa lui aussi. Il déclara qu'il avait assisté à la première altercation avec les Kurdes. Il expliqua qu'il avait rencontré S. aux abords du restaurant, qu'il l'avait pris par le bras et lui avait proposé de faire un tour pour discuter, que S. avait alors commencé à le frapper, et qu'il avait répliqué en le saisissant au cou et en le repoussant. Il indiqua que T. avait ensuite essayé d'intervenir et que plusieurs autres membres de la communauté iranienne avaient maîtrisé S., précisant que T. se trouvait entre S. et lui. Il ajouta qu'il avait remarqué qu'un couteau se trouvait sur le sol et qu'il l'avait ramassé et lancé sans savoir à ce moment-là que S. avait été poignardé. Il affirma que lorsque S. l'avait accusé de l'avoir poignardé, il lui avait demandé de s'asseoir, était parvenu à le calmer et avait posé la main sur sa blessure au dos. Il déclara que S. avait semblé par la suite comprendre qu'il n'était pas l'auteur des coups. Il reconnut qu'il avait dit à la police que S. avait été poignardé par deux hommes noirs, ajoutant qu'il avait agi ainsi sur le conseil de son oncle. Enfin, il signala qu'avant son interrogatoire par la police T. lui avait dit qu'il savait qu'il n'avait pas poignardé S.

37. Dans son résumé à l'intention des jurés, le juge les avertit dans les termes suivants des risques qu'il y avait à ajouter foi à la déposition de T. :

« Comme vous le savez, cette déposition vous a été lue en application des règles qui autorisent cette mesure lorsqu'un témoin éprouve de la peur – pas de la nervosité, mais de la frayeur, de la crainte – et vous devez l'examiner avec circonspection. La défense

a justement souligné qu'elle avait été privée de la possibilité de soumettre cette pièce à l'épreuve d'un contre-interrogatoire. Il est également vrai que vous n'avez pas pu observer le témoin et ses réactions à la barre. Vous n'avez pas eu l'occasion de lui faire repenser à sa déposition et de lui faire dire, ce qu'eût souhaité l'avocat de la défense, « il est possible que j'aie mal interprété ce que j'ai vu ». En d'autres termes, vous ne devez jamais perdre de vue qu'il a pu associer des faits dont il a été réellement témoin tout en se trompant sur les conclusions qu'il en a tirées. Voilà comment vous devez apprécier sa déposition. Vous devez vous demander si elle vous paraît fiable, convaincante. Vous ne pouvez vous y référer que si vous êtes certains que son contenu reflète fidèlement ce qui s'est passé cette nuit-là et ce que le témoin a vu. Cette règle vaut pour tous les témoignages. Vous ne devez vous fonder sur cette pièce que si elle vous semble convaincante. C'est pourquoi vous devrez constamment vous interroger sur sa fiabilité.

Il importe également de garder à l'esprit qu'il est reconnu et établi que l'accusé n'est pas responsable de la peur éprouvée par le témoin.»

38. Le 29 avril 2005, à l'issue d'un vote majoritaire, les jurés déclarèrent le requérant coupable de coups et blessures visant à causer des lésions corporelles graves. L'intéressé fut ultérieurement condamné à une peine d'emprisonnement de neuf ans, confondue avec une peine d'emprisonnement de quinze mois pour tentative d'entrave à la justice, chef d'accusation pour lequel il avait plaidé coupable.

39. Le requérant forma un recours devant la Cour d'appel, alléguant que son droit à un procès équitable avait été méconnu en ce qu'il n'avait pas pu soumettre T. à un contre-interrogatoire. La Cour d'appel releva que le ministère public avait reconnu que la déposition litigieuse était « importante et probante relativement à un point crucial de l'affaire (...) et que, si elle avait été écartée des débats, la perspective d'une condamnation se serait éloignée et celle d'un acquittement rapprochée ». Souscrivant au raisonnement suivi par le juge de première instance, elle déclara que la possibilité offerte à la défense de contre-interroger les autres témoins à charge et de faire témoigner le requérant ainsi que les tiers ayant assisté aux événements litigieux suffisait à exclure tout risque d'injustice. Elle souligna en outre que le juge avait donné aux jurés des instructions explicites et précises sur la méthode à adopter pour apprécier la déposition litigieuse et qu'il les avait dûment renseignés sur la manière dont ils devaient en tenir compte dans leur verdict. Bien que le requérant eût argué que les instructions du juge, aussi judicieuses eussent-elles été, ne pouvaient passer pour avoir remédié à l'injustice qu'il dénonçait, la Cour d'appel jugea que les jurés avaient disposé de toutes les informations requises pour rendre leur verdict. Le 24 janvier 2006, le requérant se vit refuser l'autorisation d'interjeter appel de sa condamnation. En revanche, faisant droit à l'appel formé par l'intéressé contre la peine qu'il s'était vu infliger, la Cour d'appel ramena celle-ci de neuf à sept ans d'emprisonnement.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Les principes de *common law* applicables à chacune des deux affaires

40. On entend par preuve par ouï-dire toute déclaration de fait autre que formulée par une personne déposant oralement et rapportant des faits dont elle a été personnellement témoin (Lord Phillips au paragraphe 20 de l'arrêt *R. v. Horncastle and others*, résumé aux paragraphes 57-62 ci-dessous). En principe, le ouï-dire n'est pas admissible en matière pénale, sauf disposition contraire de la *common law* ou de la loi. Les règles législatives pertinentes applicables à chacune des deux affaires ici examinées sont exposées ci-après. S'y ajoutent trois principes de *common law*, dont le premier confère au juge le pouvoir d'écarter toute preuve dont l'effet préjudiciable l'emporterait sur la valeur probatoire. Ce principe est à son tour complété par l'article 78 de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale (*Police and Criminal Evidence Act 1984* («PACE»)), qui autorise les tribunaux à exclure des éléments de preuve dont l'admission porterait atteinte à l'équité du procès au point qu'ils doivent être écartés. Le deuxième principe exige que, dès lors qu'un ouï-dire a été admis et que les jurés en ont pris connaissance, le résumé du juge à leur intention comporte une mise en garde sur les dangers qu'il y a à y ajouter foi. Le troisième veut que l'on avertisse les jurés qu'ils ne peuvent déclarer l'accusé coupable que s'ils sont convaincus de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable, instruction classique en matière de charge de la preuve dans les procès avec jury.

B. La législation primaire

1. La législation primaire applicable en l'affaire *Al-Khawaja*

41. Les dispositions législatives pertinentes applicables à l'époque de la tenue du procès de M. Al-Khawaja figuraient aux articles 23 à 28 de la loi de 1988 sur la justice pénale. L'article 23 réglementait l'admissibilité, en matière pénale, des preuves par ouï-dire documentaire direct dans les termes suivants :

«23. (...) en matière pénale, une déclaration contenue dans un document peut être admise comme preuve de tout fait dont son auteur aurait été admis à apporter une preuve orale directe lorsque

2. a) l'auteur de la déclaration est décédé ou se trouve dans l'incapacité de comparaître en qualité de témoin en raison de son état de santé physique ou mentale

(...)

25. 1) Si, au vu de l'ensemble des circonstances,

a) la *Crown Court* –

i. connaissant d'un procès sur mise en accusation ;

ii. connaissant d'un appel d'une décision rendue par une *magistrates' court* ; ou

iii. connaissant d'une requête fondée sur l'article 6 de la loi de 1987 sur la justice pénale (requêtes tendant au rejet d'une accusation d'escroquerie auparavant de la compétence des *magistrates' courts* et désormais de celle des *Crown Courts*) ; ou

b) la chambre criminelle de la Cour d'appel ; ou

c) une *magistrates' court* connaissant d'un procès sur citation directe

estime que l'intérêt de la justice l'exige, elle peut ordonner qu'une déclaration admissible en vertu des articles 23 ou 24 ci-dessus soit écartée des débats.

2. Sans préjudice de l'ensemble du paragraphe 1) ci-dessus, la juridiction saisie doit tenir compte

a) de la nature et de l'origine du document contenant la déclaration, de la probabilité de son authenticité au regard de ces éléments, et de toute autre circonstance qu'elle estime pertinente ;

b) de la mesure dans laquelle la déclaration contient des éléments de preuve difficiles à obtenir par d'autres voies ;

c) de la pertinence des réponses que la déclaration semble pouvoir apporter à toute question susceptible de se poser dans l'instance ; et

d) de l'injustice que l'admission ou l'exclusion de la déclaration pourrait entraîner pour l'accusé ou l'un quelconque des accusés, en recherchant notamment s'il serait possible en pratique de la contester en cas de non-comparution de son auteur.

26. Lorsque la juridiction saisie estime qu'une déclaration admissible en matière pénale en vertu des articles 23 et 24 ci-dessus a été recueillie (...) pour les besoins

a) d'une procédure pénale pendante ou dont l'introduction est envisagée ; ou

b) d'une enquête pénale,

la déclaration en question ne doit pas être admise dans une procédure pénale sans son autorisation, qu'elle ne peut accorder que si elle considère que l'admission de cette pièce est dans l'intérêt de la justice. Pour se prononcer sur ce dernier point, elle aura égard :

i. au contenu de la déclaration ;

ii. au risque que son admission ou son exclusion conduise à une injustice pour l'accusé ou l'un quelconque des accusés, en tenant compte en particulier de la question de savoir s'il serait possible en pratique de contester la déclaration en cas de non-comparution de son auteur ; et

iii. à toute autre circonstance lui paraissant pertinente (...)»

L'annexe 2 de la loi autorise l'admission de preuves relatives à la crédibilité et à la cohérence de l'auteur d'une déclaration de ce genre dans les cas où elles auraient été admissibles s'il avait témoigné à la barre et dans ceux où il aurait pu être interrogé à leur sujet dans le cadre d'un contre-interrogatoire. Elle prévoit en outre que, pour déterminer le poids qu'il convient éventuellement d'accorder à une telle déclaration, il faut avoir égard à toutes les circonstances sur lesquelles on peut raisonnablement se fonder pour tirer des conclusions quant à l'exactitude de la déclaration en question.

2. La législation primaire applicable en l'affaire Tahery

a) Le rapport de la Commission des lois

42. Dans un rapport publié en avril 1997 sous le titre *Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*, la Commission des lois a préconisé plusieurs modifications aux règles régissant la preuve par ouï-dire en Angleterre et au pays de Galles, notamment les dispositions de la loi de 1988. Elle a d'abord appelé de ses vœux une clarification des conditions d'admissibilité des témoignages (notamment dans les circonstances déjà envisagées de décès ou de crainte de leurs auteurs). Elle a ensuite indiqué qu'à son sens les juges devaient se voir conférer un pouvoir d'appréciation limité leur permettant d'admettre un ouï-dire ne relevant d'aucune des exceptions prévues par la loi ou la *common law* (recommandation n° 28).

Dans son précédent document d'information publié en janvier 1995, la Commission s'était livrée à une analyse de la jurisprudence de la Cour sur l'article 6 § 3 d), au terme de laquelle elle avait conclu qu'un verdict de culpabilité fondé uniquement sur une preuve par ouï-dire risquait de se heurter à la Convention. Elle avait estimé que ce risque était suffisamment sérieux pour justifier que les juridictions de jugement soient invitées à mettre fin aux procès dans lesquels la seule preuve de l'un des éléments constitutifs de l'infraction reposerait sur un ouï-dire (paragraphe 9.5 du document d'information). Cette recommandation ayant suscité des critiques (portant essentiellement sur son caractère exagérément circonspect et sur les nombreuses difficultés d'ordre pratique qui en auraient découlé), la Commission s'abstint de la réitérer dans son rapport publié en 1997 (paragraphe 5.33-5.41 du rapport) et préféra conclure que les garanties proposées par elle étaient suffisamment protectrices, notamment celle consistant à conférer au juge le pouvoir de mettre fin au procès lorsque la preuve par ouï-dire ne lui semble pas convaincante (recommandation n° 47, voir le paragraphe 45 ci-dessous).

b) La loi de 2003 sur la justice pénale

43. La partie 11 du chapitre 2 de la loi de 2003 sur la justice pénale, entrée en vigueur en avril 2005, visait à réformer en profondeur les règles régissant l'admissibilité du oui-dire en matière pénale sur la base des propositions formulées par la Commission des lois en vue de l'élaboration d'un texte de loi.

En vertu de l'article 114 de la loi de 2003, une preuve par oui-dire ne peut être admise au pénal que si elle relève de l'une des « dérogations » prévues par la loi, notamment celle instaurée par l'article 114 § 1 d), disposition qui autorise l'admission d'un oui-dire si la juridiction saisie estime que l'intérêt de la justice l'exige, mais qui n'a pas été invoquée lors du procès du requérant. L'article 114 § 2 est ainsi libellé :

« Pour déterminer s'il convient de déclarer admissible, en vertu du paragraphe 1 d) [du présent article], une déclaration n'ayant pas été faite sous la forme d'une déposition orale, le tribunal doit prendre en compte, outre les autres éléments qu'il estime pertinents,

a) la valeur probante de la déclaration – pour autant que celle-ci soit véridique – à l'égard d'une question en débat ou son utilité pour la compréhension d'autres circonstances de la cause;

b) les autres éléments de preuve produits – ou susceptibles de l'être – relativement à la question ou aux circonstances mentionnées à l'alinéa a) ci-dessus;

c) l'importance de la question ou des circonstances mentionnées à l'alinéa a) ci-dessus au regard de l'ensemble de l'affaire;

d) les conditions dans lesquelles la déclaration a été faite;

e) la fiabilité apparente de l'auteur de la déclaration;

f) la fiabilité apparente des preuves des conditions dans lesquelles la déclaration a été faite;

g) la possibilité qu'il soit donné un témoignage oral sur les énonciations contenues dans la déclaration et, le cas échéant, les raisons expliquant pourquoi cette possibilité est exclue;

h) la difficulté qu'il y aurait à contester la déclaration;

i) les inconvénients que cette difficulté pourrait entraîner pour la partie qui y serait confrontée. »

44. La « dérogation » dont il a été fait application au procès du second requérant est celle prévue à l'article 116, qui autorise l'admission de déclarations de témoins absents. Les passages pertinents de cette disposition sont ainsi libellés :

«1. En matière pénale, une déclaration n'ayant pas été recueillie sous la forme d'une déposition orale effectuée dans le cadre de la procédure peut être admise comme preuve de toute énonciation qu'elle contient si :

a) une déposition orale faite par l'auteur de la déclaration au cours de la procédure aurait été admise comme preuve de cette énonciation ;

b) la juridiction saisie estime que l'identité de l'auteur de la déclaration («le déclarant») est suffisamment établie; et

c) l'une des cinq conditions énumérées au paragraphe 2 ci-dessous se trouve remplie.

2. Conditions :

a) le déclarant est décédé ;

b) le déclarant est inapte à témoigner en raison d'une incapacité physique ou mentale ;

c) le déclarant ne se trouve pas au Royaume-Uni et il n'est pas raisonnablement possible d'assurer sa comparution ;

d) le déclarant demeure introuvable malgré les démarches raisonnables entreprises pour le localiser ;

e) le déclarant, sous l'effet de la peur, refuse de déposer – ou de continuer à déposer – totalement ou seulement sur les points sur lesquels portait sa déclaration, et la juridiction saisie accepte que sa déclaration soit produite à titre de preuve.

3. Aux fins du paragraphe 2 e) ci-dessus, le terme « crainte » doit recevoir une interprétation large. Il englobe notamment la crainte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui, ou encore la crainte d'une perte financière.

4. La juridiction saisie ne peut autoriser l'admission d'une déclaration sur le fondement du paragraphe 2 e) du présent article que si elle estime que l'intérêt de la justice l'exige, après avoir tenu compte :

a) de la teneur de la déclaration ;

b) de l'injustice que son admission ou son exclusion pourrait entraîner à l'égard de l'une quelconque des parties à la procédure (compte tenu notamment des difficultés que l'absence de déposition orale du déclarant pourrait causer à quiconque entendrait contester sa déclaration) ;

c) le cas échéant, du fait qu'une mesure pourrait être prise à l'égard du déclarant en application de l'article 19 de la loi de 1999 sur la justice pour mineurs et la preuve en matière pénale ([*Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*]), c. 23 (mesures particulières pour l'audition des témoins intimidés, etc.) ; et

d) de toute autre circonstance pertinente.

5. Lorsque l'une des conditions prévues par l'un des alinéas du paragraphe 2 ci-dessus se trouve remplie, elle doit être réputée non remplie s'il apparaît que les faits décrits dans cet alinéa ont été provoqués par :

a) la personne au profit de laquelle l'admission de la déclaration à titre de preuve est demandée, ou ;

b) une personne agissant pour le compte de celle-ci ;

en vue d'empêcher le déclarant de déposer en personne au procès (soit totalement, soit seulement sur les énonciations contenues dans sa déclaration).»

45. L'article 121 de la loi dispose que l'article 116 § 2 ne peut être invoqué que pour solliciter l'admission d'un ouï-dire de première main, non pour un ouï-dire de seconde main.

En outre, l'article 124 permet la production en justice d'éléments propres à mettre en doute la crédibilité du témoin non comparant, notamment ceux tendant à démontrer son manque de probité (antécédents judiciaires, propension au mensonge, etc.), et de déclarations incohérentes formulées par lui. L'article 124 § 2 autorise l'admission de preuves visant à contester la crédibilité d'un témoin absent dans des conditions où ces preuves ne seraient pas admissibles si elles concernaient un témoin comparant, par exemple lorsque les preuves en cause ont trait à des questions sans rapport direct avec l'affaire.

Dans le cas où l'accusation repose totalement ou partiellement sur un ouï-dire, l'article 125 oblige le juge à mettre fin au procès – en acquittant l'accusé ou en ordonnant la dissolution du jury – lorsque, compte tenu de son importance au regard des accusations dirigées contre l'accusé, le ouï-dire apparaît si peu concluant qu'une condamnation serait sujette à caution. Cette disposition met en œuvre les préconisations contenues dans la recommandation n° 47 de la Commission des lois (paragraphe 42 ci-dessus).

L'article 126 ne modifie en rien le pouvoir discrétionnaire que la *common law* reconnaît au juge et celui que l'article 78 de la loi de 1984 sur la police et la justice pénale lui attribue en matière d'exclusion de preuves par ouï-dire (paragraphe 40 ci-dessus). En outre, il lui confère celui d'écarter un ouï-dire s'il estime que «les raisons de l'exclure, notamment le risque de perte de temps injustifiée que son admission pourrait entraîner, l'emportent largement sur les raisons de l'admettre, eu égard à sa valeur probatoire.»

3. *La loi de 2009 sur les coroners et la justice*

46. Autrefois réglementées par la loi de 2008 sur la preuve en matière pénale (témoignages anonymes), qui avait été adoptée à la suite de l'arrêt rendu par la Chambre des lords en l'affaire *R. v. Davis* (paragraphe 49 et 50 ci-dessous), les conditions dans lesquelles des témoins peuvent déposer anonymement à un procès pénal relèvent désormais de la loi de 2009 sur les *coroners* et la justice, laquelle énonce qu'un témoin ne peut déposer anonymement qu'en vertu d'une «ordonnance d'octroi de l'anonymat»

délivrée à la demande du ministère public ou d'un accusé par le juge, lequel doit être informé de l'identité du témoin, conformément à l'article 87. La délivrance d'une ordonnance d'octroi de l'anonymat est subordonnée aux conditions énumérées aux articles 88 §§ 2-6 et 89. Pour déterminer si elles sont réunies, le juge doit notamment rechercher si la déclaration dont l'admission est demandée pourrait constituer la preuve unique ou déterminante incriminant l'accusé (article 89 § 2 c)).

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

47. L'article 2 de la loi de 1998 sur les droits de l'homme oblige les cours et tribunaux appelés à statuer sur une question se rapportant à un droit garanti par la Convention à tenir compte de la jurisprudence de la Cour pour autant qu'elle leur paraît pertinente pour l'affaire dans laquelle la question se pose. L'article 6 § 1 de cette loi dispose qu'une autorité publique est dans l'illégalité lorsqu'elle agit de manière incompatible avec un droit consacré par la Convention.

C. La jurisprudence pertinente des juridictions d'Angleterre et du pays de Galles

1. *L'affaire R. v. Sellick and Sellick*

48. Pour statuer sur l'affaire *R. v. Sellick and Sellick* ([2005] EWCA Crim 651), la Cour d'appel s'est livrée à une analyse de l'arrêt *Lucà c. Italie* (n° 33354/96, § 40, CEDH 2001-II) rendu par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ladite affaire était en cause la décision par laquelle un juge avait ordonné que les déclarations de témoins censés avoir fait l'objet d'intimidations de la part de deux accusés soient lues au jury. Les accusés avaient contesté cette décision, arguant que l'admission des déclarations litigieuses emportait violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention. La Cour d'appel débouta les intéressés. S'arrêtant sur la jurisprudence de Strasbourg au paragraphe 50 de son arrêt, elle considéra que les principes qui en découlaient pouvaient s'énoncer comme suit :

- «i. La recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne ;
- ii. Les éléments de preuve doivent en principe être produits en audience publique et, en règle générale, les paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6 commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur ;
- iii. La lecture d'une déclaration n'est pas nécessairement incompatible avec l'article 6 §§ 1 et 3 d), même lorsque le témoin n'a pu être interrogé à aucun stade de la procédure. L'article 6 § 3 d) se borne à fournir des exemples d'éléments à prendre en compte

dans l'appréciation du caractère équitable du procès. Lorsqu'il a été donné lecture d'une déclaration, les raisons pour lesquelles la juridiction saisie a estimé nécessaire d'autoriser cette mesure et les procédures destinées à compenser les inconvénients qui pourraient en résulter pour la défense doivent entrer en ligne de compte aux fins de l'appréciation du caractère équitable du procès;

iv. La qualité et la crédibilité intrinsèque des preuves, ainsi que les précautions prises lors de leur utilisation, sont également des éléments pertinents pour ce qui est de l'équité du procès.»

Elle poursuivit ainsi :

«Se pose la question de savoir s'il existe un cinquième principe en vertu duquel, lorsque les circonstances justifieraient qu'il soit donné lecture de la déclaration, il est interdit de procéder de la sorte si l'accusation est tout entière ou dans une mesure déterminante fondée sur celle-ci et que l'accusé n'a eu l'occasion d'interroger le témoin à aucun stade de la procédure. Il est vrai que, de prime abord, le paragraphe 40 de l'arrêt *Lucà* paraît impliquer que la lecture d'une déclaration constituant le seul élément de preuve ou l'élément déterminant emporte nécessairement violation de l'article 6, quelles que soient les circonstances de la cause et les contreparties offertes à la défense, et que cette interprétation trouve un appui dans certaines décisions rendues par le passé. Cela dit, la peur de comparaître éprouvée par un témoin connu de l'accusé n'était en cause ni dans l'affaire *Lucà* ni dans les précédentes affaires, même si force est de reconnaître que les allusions aux organisations mafeuses et aux poursuites dirigées contre elles faites par la Cour au paragraphe 40 de son arrêt montrent qu'elle songeait en l'occurrence à des cas extrêmes.»

2. *L'affaire R. v. Davis*

49. Dans l'affaire *R. v. Davis* ([2008] UKHL 36), la Chambre des lords était appelée à examiner un recours formé par un individu reconnu coupable de deux homicides par balles. Au cours du procès, celui-ci avait été identifié comme étant l'auteur des coups de feu par trois témoins anonymes qui avaient déposé devant le juge et le jury derrière un écran qui les dissimulait à la vue de l'accusé. La Chambre des lords accueillit à l'unanimité le pourvoi de l'accusé.

Elle estima que les dépositions des témoins portaient atteinte au principe établi de longue date dans la *common law* selon lequel, sous réserve de quelques exceptions et tempéraments, l'accusé dans un procès pénal doit être confronté à ses accusateurs afin de pouvoir les interroger et contester leur témoignage, principe dont elle précisa qu'il remontait à la Rome antique (Lord Bingham, paragraphe 5). Elle ajouta que la Cour n'avait pas interdit en toutes circonstances et de manière absolue l'admission de témoignages anonymes, mais qu'elle avait jugé qu'une condamnation ne pouvait se fonder uniquement ou dans une mesure déterminante sur des témoignages anonymes. Elle précisa que la Cour aurait en tout état de cause conclu à la

violation de l'article 6 dans les circonstances de l'espèce car, outre le fait que les témoignages anonymes constituaient la preuve unique ou déterminante de la culpabilité de l'accusé, celui-ci n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger les témoins de manière effective.

50. Dans l'opinion séparée concordante qu'il joignit à l'arrêt de la Chambre des lords, Lord Mance se livra à une analyse de la jurisprudence de la Cour sur l'article 6 qui le conduisit à douter de l'existence d'une règle interdisant de manière absolue l'admission d'un témoignage anonyme constituant la preuve unique ou déterminante contre un accusé et à estimer au contraire que la question de savoir dans quelle mesure un témoignage de ce genre était déterminant pouvait n'être qu'un élément – certes très important – à mettre dans la balance. Il ajouta que certaines décisions, notamment l'arrêt rendu dans l'affaire *R. v. Sellick and Sellick*, avaient montré que l'on devait se garder de considérer que la Convention et les formules apparemment générales employées par la Cour énonçaient des règles absolument inflexibles.

3. *L'affaire R. v. Horncastle and others*

51. Dans les décisions rendues par elles dans l'affaire *R. v. Horncastle and others* ([2009] EWCA Crim 964), la Cour d'appel et la Cour suprême du Royaume-Uni se sont livrées à une analyse de l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* rendu par la chambre le 20 janvier 2009. L'affaire *Horncastle and others* portait sur les recours formés par quatre justiciables condamnés sur la base de déclarations de victimes non comparantes dont il avait été donné lecture à l'audience sur le fondement de l'article 116 de la loi de 2003. Deux d'entre eux avaient été reconnus coupables sur la foi d'une déclaration d'un témoin décédé avant la tenue du procès. Les deux autres avaient été condamnés sur la base des propos tenus par un individu que la peur avait empêché de comparaître. Leurs recours furent examinés en même temps que celui d'un cinquième accusé, dénommé Carter, dont la condamnation était fondée sur des livres de comptes qui avaient été versés aux débats.

a) **L'arrêt de la Cour d'appel**

52. Le 22 mai 2009, la Cour d'appel rejeta à l'unanimité les recours formés par les quatre premiers accusés. Tout en reconnaissant que l'article 6 § 3 d) constituait une norme à part entière, elle observa que celle-ci ne conférait pas à l'accusé un droit absolu à faire interroger tous les témoins et que dès lors la loi de 2003 ménageait un juste équilibre, parfaitement respectueux de la Convention. Elle concéda que l'admission d'une preuve par oui-dire comportait des risques bien réels et que ce mode de preuve

devait être utilisé avec une grande circonspection. Toutefois, elle considéra que la stricte application des garanties prévues par la loi de 2003 permettait d'éviter qu'une condamnation fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur un oui-dire n'enfreigne l'article 6. Elle jugea que lorsque la crédibilité d'une preuve par oui-dire était avérée ou pouvait être dûment contrôlée et vérifiée, le respect des droits de la défense était assuré, les mesures compensatoires étaient suffisantes et l'équité du procès était garantie. Elle estima que l'adoption d'un principe voulant qu'aucune mesure compensatoire ne puisse être suffisante dès lors qu'une preuve par oui-dire revêt un caractère unique ou déterminant ne se justifiait pas, précisant que cette proposition avait été discutée par la Commission des lois et le Parlement et qu'elle avait été rejetée lors de l'élaboration de la loi de 2003.

53. Elle souligna que l'adoption de la « règle de la preuve unique ou déterminante » soulèverait aussi des difficultés de principe et d'ordre pratique. Sur les difficultés de principe, elle fit observer que cette règle reposait sur l'idée qu'aucune preuve par oui-dire ne pouvait être considérée comme fiable dès lors qu'elle ne pouvait être discutée en audience publique, et qu'il s'en dégageait par ailleurs que l'on ne pouvait se fier au juge du fait (par exemple au jury) pour apprécier la valeur des éléments de preuve. Elle estima qu'aucune des deux prémisses ne se justifiait. En ce qui concerne la première, elle cita des exemples de oui-dire fiable, tel celui d'une victime ayant livré le nom de son assassin avant de mourir. Quant à la seconde, elle considéra que les jurés étaient parfaitement capables d'apprécier les limites d'une déclaration écrite faite par un témoin sur lequel ils auraient reçu des informations conformément à l'article 124 de la loi de 2003 (paragraphe 45 ci-dessus), et que la circonstance que celle-ci représentait un maillon essentiel de la chaîne des preuves à charge ne changeait rien à cet état de choses. A cet égard, elle observa que la découverte d'une preuve médico-légale pouvait être le fruit de travaux réalisés par des laborantins anonymes (raison pour laquelle pareille preuve pouvait selon elle être qualifiée de oui-dire), et que l'appréciation de la valeur probante de celle-ci ne requérait pas l'audition de tous ceux qui avaient contribué à sa mise au jour.

54. Par ailleurs, elle estima que l'adoption de la règle de la preuve unique ou déterminante en tant que critère d'admissibilité de la preuve poserait des problèmes d'ordre pratique, et ce pour les motifs suivants :

« Il ressort clairement de l'arrêt *Al-Khawaja* [c. *Royaume-Uni*, 20 janvier 2009] que la [Cour européenne des droits de l'homme] a estimé que l'erreur résidait dans l'admission de la preuve par oui-dire mise en cause (voir, en particulier, les paragraphes 37, 40, 42 et 46). Tout critère d'admissibilité des preuves doit pouvoir être appliqué avant qu'elles ne soient produites, et *a fortiori* avant l'issue du procès. Le procès ne serait guère plus qu'un processus abstrait si un critère d'admissibilité ne trouvait à s'appliquer

que de manière rétrospective, après son dénouement. Le juge, les jurés et les parties se trouveraient alors engagés dans un combat d'ombres, car ils seraient dans l'incapacité de prévoir si le résultat formel du procès ne pourrait pas être déclaré nul et non avenu au motif que, compte tenu de la façon dont les choses ont tourné, les critères d'admissibilité n'ont pas été remplis. De la même manière, si un accusé n'est pas en mesure de déterminer quels sont les éléments de preuve favorables à sa thèse, il ne peut opter pour telle ou telle ligne de défense, ni même savoir s'il doit ou non plaider coupable.

Certes, il est souvent possible de déterminer à l'avance si dans une affaire la preuve par ouï-dire constitue l'unique élément incriminant. Le cas topique est celui où il n'existe qu'un seul témoin oculaire, dont les déclarations ne sont corroborées par aucun autre élément. Mais dans bien des cas, les choses ne sont pas d'emblée aussi claires. Il peut arriver que le ministère public produise des éléments de preuve qui, au cours du procès, se révèlent inopérants contre l'accusé ou se trouvent réfutés. À l'inverse, il arrive qu'un élément pouvant passer de prime abord pour une preuve par ouï-dire isolée se trouve corroboré par d'autres éléments au fur et à mesure que les preuves sont produites. Un témoin peut apporter une précision de grande importance non mentionnée auparavant. La portée d'un élément connu depuis le début de la procédure peut n'être découverte qu'après la production d'une preuve apparemment sans rapport avec lui. En tout état de cause, l'expérience démontre en général que, dans les affaires dirigées contre plusieurs accusés, les déclarations de l'un d'entre eux peuvent permettre à la juridiction saisie d'en apprendre beaucoup sur la culpabilité ou l'innocence d'un autre. Il en résulte que la notion même de preuve « unique » est inopérante en tant que critère d'admissibilité.

Toutefois, les principales difficultés risquent de provenir de la seconde branche du critère proposé. Nul ne peut savoir quel élément de preuve sera déterminant avant l'issue du processus décisionnel. Il sera toujours impossible d'identifier à l'avance, c'est-à-dire au stade de l'admissibilité, la preuve déterminante (...). Le critère en question serait encore plus difficile à appliquer si la portée du terme « déterminant » devait être étendue au point d'englober tout élément en l'absence duquel « la perspective d'une condamnation se serait éloignée et celle d'un acquittement rapprochée » (voir le paragraphe 21 de l'arrêt *Al-Khawaja*). En effet, si le caractère déterminant des preuves devait être apprécié à l'aune de ce critère, presque toutes mériteraient cette qualification. Les preuves qui, si elles sont acceptées par le jury, sont inaptes à rapprocher la perspective d'une condamnation, doivent en principe être écartées pour défaut de pertinence. »

La Cour d'appel releva en outre que le critère litigieux serait impossible à appliquer dans le cadre d'un procès dirigé contre deux ou plusieurs accusés si l'un d'entre eux sollicitait l'autorisation de produire un ouï-dire pour sa défense, car le juge serait alors tenu de la lui accorder même si cet élément était susceptible d'incriminer un coaccusé, voire de constituer contre celui-ci une preuve déterminante.

55. La Cour d'appel indiqua que le pouvoir conféré au juge par l'article 125 de la loi de 2003 de mettre un terme au procès devant le

caractère non concluant d'un oui-dire (paragraphe 45 ci-dessus) représentait une garantie propre à assurer une « appréciation équilibrée de la fiabilité » de ce mode de preuve et que la justice n'aurait rien à gagner à ce que ce pouvoir soit bridé par une règle imposant qu'il en soit fait usage à chaque fois que le oui-dire constitue la preuve unique ou déterminante de la culpabilité d'un accusé. Elle expliqua qu'un oui-dire unique ou déterminant pouvait être parfaitement convaincant, de la même manière qu'une preuve ne possédant pas ces caractères pouvait influencer le jury au point de conduire le juge à estimer qu'une condamnation serait hasardeuse. Elle ajouta qu'en présence de raisons légitimes de douter de la valeur probante d'un oui-dire important pour l'issue d'une affaire, il incombait au juge de se forger sa propre conviction sur la solidité d'une éventuelle condamnation en portant une appréciation sur la fiabilité du oui-dire, sa place dans l'ensemble des éléments de preuve, les questions mises au jour dans l'affaire et toutes les autres circonstances propres à celle-ci. Elle déclara que les autres garanties prévues par la loi de 2003 étaient rigoureusement appliquées et que les tribunaux avaient pleinement conscience des difficultés auxquelles les accusés étaient confrontés, précisant que, loin d'assimiler le oui-dire à la preuve directe, la loi imposait qu'il soit manié avec prudence.

56. La Cour d'appel donna aussi des indications sur la manière d'apprécier l'opportunité de l'admission d'un oui-dire dans le cas d'un témoin craignant de comparaître. A cet égard, elle releva que la jurisprudence pertinente de la Cour n'exigeait pas que l'accusé fût à l'origine de la crainte ressentie par le témoin, et qu'il importait surtout de s'assurer que la non-comparution du témoin était fondée sur une raison légitime avérée et que la crédibilité du oui-dire pouvait être objectivement contrôlée ou véritablement mise à l'épreuve et évaluée. Elle ajouta :

« Cela étant, il faut s'employer autant que possible à faire comparaître les témoins. Le droit à la confrontation est un principe reconnu depuis longtemps par la *common law* et consacré par l'article 6 § 3 d) de la Convention. Il ne peut y être dérogé que dans les cas limités et conditions prévus par [la loi de 2003]. S'il convient de fournir aux témoins toute l'assistance possible, il faut aussi leur faire comprendre que leur devoir civique revêt une grande importance et que la violence et l'intimidation progresseront s'ils s'y dérobent, tandis qu'elles reculeront devant leur détermination à l'accomplir. C'est pourquoi il est capital de ne jamais promettre aux témoins potentiels que leurs déclarations seront lues. L'admission d'une déclaration écrite sans l'accord de l'accusé ne peut être autorisée que par le juge, dans le respect des conditions et exigences probatoires rigoureuses prévues par la [loi de 2003]. Une indication – et *a fortiori* une promesse – aux termes de laquelle une telle déclaration pourra être admise ne peut manquer de susciter une attente en ce sens, et si la déclaration vient à être admise sa valeur probatoire s'en trouve amoindrie et les difficultés qu'elle est susceptible de causer à l'accusé peuvent conduire à ce qu'elle soit en définitive écartée.

Dans les premiers moments d'une enquête sur un crime grave, il peut arriver que les enquêteurs aient besoin de recueillir des informations de manière confidentielle. Il s'agit là d'une question de pratique policière qui ne relève pas de notre compétence. Mais on ne doit jamais dire ni même laisser entendre à des informateurs susceptibles de témoigner que leurs déclarations seront lues. Tout au plus peut-on leur indiquer que les témoins doivent en principe comparaître, qu'il ne peut être dérogé à ce principe que dans des cas exceptionnels, et que seul le juge peut en décider ainsi, non la police. Comme nous l'avons précisé aux paragraphes 127 et 132, le juge ayant connu de l'affaire Marquis et Graham [deux des appelants] – dont nous sommes aujourd'hui saisis – a estimé que l'inspecteur responsable de l'enquête avait grandement contribué à effrayer un témoin par ses multiples allusions à une affaire qui avait fait grand bruit dans la région, où des témoins qui avaient déménagé avaient cependant été retrouvés et assassinés. Cette affaire avait certes eu un grand retentissement, mais elle présentait un caractère atypique et exceptionnel. Si le devoir de vigilance auquel les policiers sont tenus envers les témoins potentiels les oblige à leur fournir des conseils avisés, ils ne doivent pas pour autant les accabler de but en blanc d'informations aussi effrayantes. Si la [loi de 2003] impose une interprétation large de la notion de crainte, il ne faut pas en conclure que les appréhensions d'un témoin suscitées par des déclarations intempestives de la police peuvent suffire pour que sa déposition soit lue et que la procédure se poursuive sur cette base devant les jurés. Si, comme c'est fréquemment le cas, la déposition ne peut être correctement appréciée par les jurés que si ceux-ci peuvent voir le déposant, elle risque d'être déclarée inadmissible. Si elle est jugée admissible et revêt une importance centrale pour l'affaire, le juge risque fort de conclure, au terme du procès et en application de l'article 125, qu'une condamnation fondée sur cette pièce serait hasardeuse.»

b) L'arrêt de la Cour suprême

57. Par un arrêt du 9 décembre 2009 ([2009] UKSC 14), la Cour suprême du Royaume-Uni confirma à l'unanimité la décision de la Cour d'appel. Dans cet arrêt, qu'il lui revint de prononcer, Lord Phillips déclara que, si la loi de 1998 sur les droits de l'homme imposait aux juridictions internes de « tenir compte » de la jurisprudence de Strasbourg s'agissant des principes bien établis, dans les rares cas où la Cour de Strasbourg pouvait sembler ne pas avoir bien compris ou suffisamment pris en compte telle ou telle particularité du droit anglais dans l'un de ses arrêts, il leur était loisible de ne pas se conformer à la solution retenue par elle. Il considéra que l'arrêt rendu par la Cour le 20 janvier 2009 relevait de ce cas de figure.

58. Il ajouta qu'un accusé contre lequel il existait des preuves accablantes et apparemment solides contenues dans une déclaration faite par une personne entre-temps décédée ou dans l'incapacité de comparaître ne devait pas rester impuni. Il précisa que l'examen de la jurisprudence de Strasbourg sur l'article 6 § 3 d) l'avait conduit à conclure que la Cour avait reconnu la nécessité d'apporter certains tempéraments à la rigueur de cette disposition,

mais que les cas dans lesquels elle avait accepté d'y aménager des exceptions formaient une jurisprudence manquant de clarté. Il releva que le critère de la preuve unique ou déterminante avait été énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Doorson*, précité, sans que son fondement eût été débattu et sans que la question de savoir s'il se justifiait de l'ériger en critère impératif applicable tant aux pays de droit continental qu'aux pays de *common law* eût fait l'objet d'un examen approfondi. Il ajouta qu'il lui semblait que la raison pour laquelle ce critère avait été élaboré tenait à ce que la procédure pénale continentale ne possédait pas, en matière d'admissibilité des moyens de preuve, un corpus de règles législatives et jurisprudentielles comparable à celui de la *common law*.

59. A l'instar de la Cour d'appel, il jugea que l'introduction du critère de la preuve unique ou déterminante dans la procédure pénale britannique causerait de sérieuses difficultés d'ordre pratique. Il releva d'abord que le critère en question serait difficile à appliquer en raison du manque de clarté du terme « déterminant ». A cet égard, il rappela que la procédure pénale britannique interdisait l'admission d'éléments de preuve non susceptibles d'emporter la conviction et que, en théorie, n'importe quel élément probant pouvait faire toute la différence entre une condamnation et un acquittement. Il observa ensuite que l'application de ce critère présenterait déjà des difficultés pour les tribunaux de première instance, mais que les juridictions d'appel nationales et la Cour suprême se trouveraient quant à elles dans l'impossibilité de savoir dans une affaire donnée si telle ou telle déclaration constitue l'élément de preuve unique ou déterminant de la culpabilité de l'accusé. Il en conclut que la seule manière d'appliquer le critère en question dans un procès avec jury consisterait à écarter tous les éléments de preuve par ouï-dire.

60. Il poursuivit ainsi :

« Le critère de la preuve unique ou déterminante aboutit à un paradoxe : il autorise le juge à prendre en compte les éléments de preuve à charge accessoires pour la thèse du ministère public, mais non ceux qui présentent pour celle-ci un caractère déterminant. Autrement dit, plus la preuve est convaincante, moins elle peut être invoquée. Il arrive certes fréquemment que des déclarations de témoins qui ne peuvent être cités à comparaître soient insuffisamment crédibles ou solides pour fonder un verdict de culpabilité. Mais dans d'autres affaires, dont la Cour d'appel a fourni quelques exemples, la crédibilité de déclarations de ce genre peut être démontrée. Je n'en donnerai ici qu'un seul exemple, inspiré de l'un de ceux cités par la Cour d'appel. Imaginons qu'un touriste de passage à Londres soit témoin d'un accident de la circulation à l'origine de la mort d'un cycliste et provoqué par un véhicule dont le conducteur a pris la fuite. Dans sa déposition à la police, ce témoin indique le numéro d'immatriculation du véhicule, la marque et la couleur de celui-ci, et précise que son conducteur était barbu. De retour dans son pays, il trouve la mort dans un accident de

la route. Par la suite, la police découvre que la marque et la couleur du véhicule portant le numéro d'immatriculation relevé par le témoin correspondent à celles indiquées dans la déposition et que son propriétaire est un homme portant la barbe. Interrogé, ce dernier refuse de dire où il se trouvait au moment de l'accident. Dans ce cas de figure, une règle interdisant que le propriétaire du véhicule soit condamné sur la foi de la déposition du témoin décédé ne peut guère se justifier. Pourtant, c'est bien là le résultat auquel conduirait l'application du critère de la preuve unique ou déterminante.»

61. Pour finir, Lord Phillips estima que l'introduction du critère de la preuve unique ou déterminante dans la procédure pénale anglaise était inutile, dans la mesure où, si les dispositions de la loi de 2003 étaient respectées, il était exclu qu'une condamnation – même fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur une preuve par oui-dire – pût être contraire à l'article 6 § 3 d). A cet égard, il fit valoir à titre principal que toutes les déclarations de témoins mises en cause dans les décisions de violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) rendues par la Cour contre d'autres Etats contractants et analysées dans l'annexe 4 jointe à l'arrêt de la Cour suprême auraient été rejetées en application de la loi de 2003 si les affaires avaient été jugées en Angleterre ou au pays de Galles, soit en raison de l'anonymat ou de la non-comparution des témoins, soit en raison de l'insuffisance des efforts déployés par les juridictions concernées pour s'assurer que la non-comparution était justifiée. Il ajoute que si d'aventure les déclarations litigieuses avaient été admises, les condamnations prononcées auraient été annulées en appel.

62. Souscrivant aux conclusions de Lord Phillips, Lord Brown s'exprima ainsi :

«La présente affaire revêt une importance capitale. S'il fallait considérer que la jurisprudence de Strasbourg énonce un principe strict et inflexible selon lequel une condamnation fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déclaration d'un témoin non comparant ou anonyme est nécessairement inéquitable et doit être annulée pour violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention, l'ensemble des règles internes visant à garantir l'équité du procès – qui figurent désormais dans la loi de 2003 sur la justice pénale pour ce qui est de la preuve par oui-dire, et dans la loi de 2008 sur la preuve en matière pénale (témoins anonymes) pour ce qui est du témoignage anonyme [paragraphe 46 ci-dessus] – devraient être remises en cause et un grand nombre de condamnés devraient être remis en liberté. On a peine à concevoir que la Cour de Strasbourg ait pu énoncer un principe aussi absolu. Il semble d'ailleurs qu'elle admette au moins une exception à ce principe puisqu'elle reconnaît que l'admission d'une déclaration dont l'auteur refuse de comparaître en raison de la crainte que lui inspire l'accusé revêt un caractère équitable.

(...)

De la même manière, il n'est guère pensable que la Cour de Strasbourg ait eu conscience des difficultés pratiques et des inconvénients qu'un principe tel que celui

qui est ici en cause ne manquerait pas d'engendrer, comme la Cour d'appel l'a relevé aux paragraphes 61-63 et 68-71 de son arrêt, s'il revêtait un caractère absolu. Il est évident que le contrôle exercé par la Cour pour s'assurer du caractère équitable de la production d'un élément de preuve et de la fiabilité apparente de celui-ci doit être d'autant plus rigoureux qu'il revêt un caractère crucial pour la question de la culpabilité de l'accusé. A cet égard, l'expression « unique ou déterminante » ne présente aucun inconvénient à condition qu'elle soit utilisée souplement, comme c'est le cas dans la loi de 2008 sur les témoins anonymes ainsi qu'en matière d'ordonnances de contrôle, où elle s'applique plutôt aux allégations formulées contre les suspects qu'aux preuves étayant ces allégations. En revanche, si cette notion devait être comprise et appliquée de manière inflexible, son interprétation précise et son application soulèveraient des difficultés insurmontables.

Dans ces conditions, il paraît préférable de considérer que la Cour n'a pas énoncé un principe absolu dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* (...)»

III. ÉLÉMENTS PERTINENTS DE DROIT COMPARÉ

A. Ecosse

63. Sous réserve de certaines exceptions définies dans des lois, le droit pénal écossais interdit qu'une personne soit reconnue coupable d'un crime ou d'une autre infraction à la loi sur le fondement du témoignage non corroboré d'un témoin, même si ce témoignage est crédible (*Morton v. HM Advocate* 1938 JC 52, cité dans *Campbell v. HM Advocate* 2004 S.L.T. 135).

64. La preuve par ouï-dire est réglementée par l'article 259 de la loi sur la procédure pénale (écossaise) de 1995, disposition qui autorise l'admission de ce mode de preuve dans certains cas bien délimités, par exemple lorsque l'auteur d'une déclaration est décédé. L'article 259 § 4 permet la production d'éléments de preuve pertinents pour la question de la crédibilité de la personne appelée à témoigner. Dans l'affaire *N v. HM Advocate* (2003 S.L.T. 761), où elle siégeait en instance d'appel, la *High Court of Justiciary* a conclu, avec réticence, que l'article 259 privait la juridiction saisie de la latitude dont elle jouissait auparavant sous l'empire de la *common law* pour écarter une preuve de ce type lorsqu'elle la jugeait non fiable. Le *Lord Justice Clerk* observa que, en dépit de l'article 259, les risques depuis longtemps connus du ouï-dire demeuraient entiers. Il ajouta ceci :

« Dans les situations où une disposition générale telle que l'article 259 trouve à s'appliquer, il y aura toujours des cas présentant des circonstances dans lesquelles la preuve par ouï-dire porterait à ce point atteinte à l'équité du procès que la seule ligne de conduite juste et appropriée serait de la déclarer inadmissible. A mon avis, nous trouvons ici devant l'un de ces cas de figure.

Les trois garanties que le juge du procès a mentionnées (*HM Advocate v. N*, p. 437C–E) ne me convainquent pas. L'exigence de corroboration est une considération inopérante. Il s'agit là d'une garantie qui s'applique à toutes les catégories de preuves à charge. Je ne vois pas ce que le principe de corroboration peut utilement garantir si la preuve principale que l'on cherche à corroborer est en soi inéquitable pour l'accusé. En outre, dans le cas où une déclaration manifestement préjudiciable a été admise, la possibilité de produire des éléments de nature à jeter le doute sur la crédibilité du déclarant ne peut avoir d'autre effet que de limiter les dégâts. En ce qui concerne la garantie que constituent les instructions du juge, je pense qu'il y a des cas où la preuve par ouï-dire a des conséquences si préjudiciables qu'aucune instruction, aussi énergique soit-elle, ne peut suffisamment remédier à l'atteinte à l'équité découlant de son admission. (...)

Les rédacteurs des dispositions du droit anglais régissant l'admissibilité des déclarations faites par écrit ont expressément conféré au juge le pouvoir de les écarter s'il considère que l'intérêt de la justice commande de refuser leur admission. A cet égard, le juge doit notamment rechercher si l'admission de ces déclarations risque d'entraîner une injustice pour l'accusé (loi de 1988 sur la justice pénale – *Criminal Justice Act 1988*, articles 25 § 1, 25 § 2 d) et 26 ii.; voir *R. v. Gokal*). Il s'agit là, à mon avis, de mesures avisées. Si le juge du procès avait disposé de pareils pouvoirs en l'espèce, il aurait pu en faire usage pour écarter d'emblée la preuve par ouï-dire.»

65. La *High Court of Justiciary* fut également appelée à examiner la compatibilité avec l'article 6 § 3 d) de l'admission d'une déclaration faite par un témoin absent dans l'affaire *McKenna v. HM Advocate*. Dans cette affaire, qui portait sur un procès pénal, le ministère public avait sollicité l'admission en preuve de déclarations faites à la police par un coaccusé potentiel décédé avant l'audience. Par une précédente décision avant dire droit (2000 SLT 508), la *High Court of Justiciary*, siégeant en appel, avait conclu qu'il était exceptionnel qu'un accusé pût à juste titre prétendre, avant l'ouverture du procès, que l'admission d'une preuve par ouï-dire porterait atteinte à la perspective d'un procès équitable au point que la juridiction saisie pourrait préjuger l'affaire. En conséquence, elle avait autorisé la tenue du procès. Les déclarations avaient été produites au procès et l'accusé, reconnu coupable, avait fait appel de sa condamnation. Dans son arrêt rejetant l'appel (2003 SLT 508), la *High Court of Justiciary* conclut que, si les déclarations constituaient des preuves importantes, on ne pouvait dire, eu égard aux autres éléments de preuve administrés dans le cadre du procès (notamment des faits reconnus par l'accusé et des avis d'experts), que la condamnation de l'intéressé était fondée dans une mesure déterminante sur les déclarations en question. Elle jugea en outre que les instructions données au jury sur la manière d'apprécier les déclarations du témoin absent avaient été satisfaisantes et suffisantes. Elle parvint à une conclusion analogue dans l'affaire *HM Advocate v. M* (2003 SLT 1151).

66. La *High Court of Justiciary* fut également amenée à se prononcer sur la question de la compatibilité de l'admission d'une preuve par ouï-dire avec les exigences de l'article 6 § 3 d) dans son arrêt *Campbell v. HM Advocate*, précité. Elle y considéra que bon nombre des violations de cette disposition constatées par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence pertinente étaient survenues dans des pays ignorant la règle de la corroboration applicable en droit écossais :

« La plupart des situations dans lesquelles la Cour a conclu à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) n'auraient pas pu survenir en Ecosse. L'exigence de corroboration de tous les faits cruciaux exclut qu'une condamnation puisse être fondée exclusivement sur la déclaration d'un témoin unique, qu'il s'agisse de ses propres propos ou de propos rapportés. La Cour a constaté des violations de la Convention dans des affaires où la présence du principal témoin à charge n'avait pu être assurée en vue d'un contre-interrogatoire et dans des affaires où aucun des principaux témoins n'avait pu être cité à comparaître. Nous ne connaissons aucune affaire où une violation aurait été constatée dans des conditions où l'accusé aurait eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger le plaignant ou d'autres témoins directs ou cruciaux et où il aurait existé d'autres éléments de preuve contenus dans des déclarations. Telle qu'elle est employée dans la jurisprudence européenne, l'expression « dans une mesure déterminante » semble se rattacher au poids dont peut peser une preuve, non à un principe excluant qu'une condamnation puisse être fondée sur une source de preuve unique. Le fait que le ouï-dire doive satisfaire à l'exigence de corroboration ne lui confère pas *per se* un caractère « déterminant » au sens de la jurisprudence européenne.

En conséquence, nous estimons que l'on ne peut conclure à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) dans toutes les affaires où une preuve par ouï-dire constitue une pièce essentielle dans l'éventail des moyens de preuve corroborés à la disposition du ministère public. En revanche, il incombe au juge du procès d'examiner, à la lumière de l'ensemble des preuves disponibles, la portée de chaque preuve par ouï-dire invoquée par le ministère public et de prendre des mesures propres à garantir l'absence d'atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. »

67. La haute juridiction ajouta que, aux fins des instructions à adresser aux jurés, il convenait de garder à l'esprit la directive donnée par le *Lord Justice Clerk* dans l'arrêt *N v. HM Advocate*, précité. Elle accueillit le recours du premier appelant dans l'affaire *Campbell*, précitée, au motif que les instructions données au jury par le juge du procès avaient été inappropriées. En revanche, elle rejeta le moyen tiré par le second appelant d'une violation alléguée de l'article 6 de la Convention, considérant que le ouï-dire n'avait pas été déterminant et que la preuve à charge décisive émanait d'un témoin qui avait déposé à la barre.

68. Les principes posés dans l'arrêt *Campbell*, précité, furent mis en œuvre dans l'affaire *HM Advocate v. Johnston* (2004 S.L.T. 1005) où, par une décision interlocutoire, le Lord Ordinary autorisa l'admission en preuve d'une déclaration qu'un témoin décédé avant l'ouverture du procès

avait faite à la police, au motif notamment que la déclaration en question ne pouvait passer pour « déterminante ». Dans l'affaire *Humphrey v. HM Advocate* ([2008] HCJAC 30), la *High Court of Justiciary* avoua ses « grandes difficultés » à comprendre ce que pouvait signifier le terme « déterminant » dans le cadre d'une affaire fondée sur des preuves circonstanciées, mais que, dans l'affaire sous examen, la déposition faite à la police par un témoin ultérieurement décédé n'était pas « déterminante, même de façon lointaine » et qu'il y avait suffisamment d'autres preuves à charge. Elle parvint à des conclusions similaires dans ses arrêts *Allison v. HM Advocate* ([2008] HCJAC 63) et *Harkins v. HM Advocate* ([2008] HCJAC 69).

B. Irlande

69. Dans un document de réflexion sur le oui-dire en matière civile et pénale publié en mars 2010, la Commission irlandaise de réforme du droit recommanda, à titre provisoire, le maintien du principe d'exclusion de la preuve par oui-dire en matière pénale, avec les exceptions consacrées par la *common law* et par diverses dispositions légales. Elle préconisa aussi, également à titre provisoire, de n'introduire dans la loi aucune disposition qui conférerait une certaine latitude pour admettre le oui-dire, précisant que les notions de fiabilité et de nécessité ne pouvaient servir de base à une réforme du régime de la preuve par oui-dire parce qu'elles manquaient de clarté.

70. La Commission émit en outre les observations suivantes :

« L'article 38 § 1 de la Constitution d'Irlande garantit le droit au contre-interrogatoire. La liberté de la preuve par oui-dire en matière pénale porterait atteinte à ce droit constitutionnellement protégé. L'admission de déclarations de témoins non-comparants comporte des dangers en ce qu'elle compromet le droit du défendeur à un procès équitable, et l'on ouvrirait la porte à l'erreur judiciaire si l'on déclarait admissibles les preuves émanant :

- d'un témoin décédé (à l'exception des déclarations recueillies *in extremis*) ;
- d'un témoin qu'une incapacité physique ou mentale empêche de comparaître ;
- d'un témoin ne relevant pas de la juridiction du pays ;
- d'un témoin introuvable. »

71. La Commission refusa de recommander à son pays l'adoption du dispositif législatif applicable en Angleterre et au pays de Galles, en particulier en ce qui concerne l'article 114 de la loi de 2003. A cet égard, elle s'exprima ainsi :

« Ce modèle de réforme assouplit le principe d'exclusion du oui-dire au point de le rendre potentiellement obsolète. Les catégories de oui-dire admissibles s'y trouvent largement étendues. A titre provisoire, la Commission estime que la protection

constitutionnelle accordée au droit d'interroger ou de faire interroger les témoins se trouverait compromise par l'admission d'éléments de preuve non vérifiés émanant de témoins intimidés ou non disponibles. Elle rappelle avoir recommandé, à titre provisoire, que les juridictions disposent d'une certaine latitude pour interpréter en tant que de besoin le principe applicable à la preuve par ouï-dire.»

Elle ajouta que, sous réserves des changements que pourrait éventuellement apporter la décision définitive à intervenir dans l'affaire *Al-Khawaja*, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme apparaissait largement comparable à l'approche adoptée par les juridictions irlandaises.

C. Australie

72. Les juridictions australiennes ont toujours eu une position stricte en ce qui concerne la non-admissibilité des déclarations faites hors prétoire (voir, par exemple, *Bannon v. The Queen* [(1995) 185 CLR 1]).

73. Les règles gouvernant l'admissibilité du ouï-dire dans les procédures pénales fédérales figurent désormais dans la loi sur la preuve de 1995. L'article 65 de ce texte autorise l'admission d'éléments de preuve testimoniale – notamment des déclarations – extrajudiciaires donnés par des témoins non disponibles pour déposer sur des « faits allégués ». Aux termes de cette disposition, ce genre de preuve est admissible notamment i) lorsque les témoignages ont été recueillis concomitamment ou de manière immédiatement postérieure à la survenance du fait allégué, et dans des conditions telles qu'il est peu probable qu'ils constituent des faux (article 65 § 2 b)); ou ii) lorsqu'ils ont été recueillis dans des conditions telles que leur fiabilité est hautement probable (article 65 § 2 c)).

74. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Williams v. The Queen* ((2000) 119 A Crim R 490), la Cour fédérale d'Australie s'est penchée sur la question de l'utilisation de ces dispositions en vue de l'admission de la déclaration d'un témoin décédé avant l'ouverture du procès. Elle a jugé que, dans les circonstances de l'espèce, la déclaration en question n'était pas suffisamment crédible, notamment en ce qu'elle émanait d'un témoin qui avait des raisons de dire aux policiers ce qu'ils voulaient entendre. Dans l'affaire *Harris v. The Queen* [(2005) 158 A Crim R 454] la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud, se basant sur des dispositions analogues, a conclu que le témoignage qu'avait livré l'auteur d'une plainte avant de mourir était suffisamment fiable pour être admis en preuve, notamment parce que l'intéressé savait que la police allait interroger d'autres témoins.

D. Canada

75. Les règles gouvernant le ouï-dire au Canada ont été modifiées à la suite de trois grands arrêts par lesquels la Cour suprême du Canada a imposé

une « méthode fondée sur des principes » pour le règlement de la question de l'admissibilité de ce mode de preuve.

76. Le premier des arrêts en question, rendu dans l'affaire *R. v. Khan* ([1990] 2 S.C.R. 531), conduisit la Cour suprême à conclure que le juge du procès avait refusé à tort à la victime d'une agression alléguée, une fillette de trois ans et demi qui disait avoir subi une agression sexuelle, l'autorisation de déposer sans prêter serment, et qu'il avait également eu tort de rejeter la demande formulée par le ministère public en vue de la production de déclarations qu'elle avait faites à sa mère un quart d'heure après l'agression alléguée. Pour se prononcer ainsi, la Cour suprême observa que l'impossibilité de faire déposer des témoins non assermentés pouvait conduire à ce que des infractions commises contre de très jeunes enfants restent à jamais à l'abri de poursuites. Quant aux déclarations faites à la mère de l'enfant, la Cour suprême estima qu'il convenait d'adopter une approche de la preuve par ouï-dire plus souple, « fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire » et que, bien que la prudence fût de rigueur, la preuve par ouï-dire pouvait être reçue dès lors que les deux exigences générales de nécessité et de fiabilité étaient respectées. Elle ajouta que, pour se prononcer sur l'admissibilité de la preuve, le juge devait tenir compte de la nécessité de sauvegarder les intérêts de l'accusé, et que les préoccupations de celui-ci quant à la crédibilité devaient être traitées au moyen d'arguments quant à la valeur à accorder au témoignage et quant à la qualité de toute preuve concordante.

77. Le deuxième arrêt de principe fut rendu dans l'affaire *R. v. Smith* ([1992] 2 S.C.R. 915), où la Cour confirma l'adoption de la « méthode fondée sur des principes » inaugurée dans l'arrêt *Khan*, précité, en jugeant que la preuve de deux appels téléphoniques que la victime d'un meurtre avait passés à sa mère peu avant sa mort était admissible. En revanche, elle estima que le témoignage que cette dernière avait apporté au sujet de la teneur d'une troisième conversation téléphonique n'aurait pas dû être admis, car les conditions dans lesquelles cette déclaration avait été faite ne présentaient pas la « garantie circonstancielle de fiabilité » qui aurait justifié son admission malgré l'impossibilité d'un contre-interrogatoire.

78. Dans l'arrêt *R. v. Rockey* ([1996] 3 S.C.R. 829), la Cour suprême maintint la position qu'elle avait adoptée dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités. Dans cette affaire, elle considéra que tout juge raisonnable aurait estimé nécessaire d'admettre les déclarations extrajudiciaires formulées par un garçon âgé de cinq ans au moment du procès et d'où il ressortait qu'il avait subi une agression sexuelle. Souscrivant aux conclusions de la Cour, le juge McLachlin releva que les accusations pesant sur l'accusé étaient solides, car les déclarations faites par l'enfant, parfaitement cohérentes, étaient en

outre corroborées notamment par des preuves médicales, des changements dans son comportement intervenus après l'agression alléguée et l'absence de toute explication plausible étayant l'existence d'un autre agresseur que l'accusé.

79. Le troisième – et le plus important – de cette série d'arrêts fut rendu par la Cour suprême en l'affaire *R. v. Khewalon* ([2006] 2 S.C.R. 787), où elle inaugura une approche plus rigoureuse de l'exigence de fiabilité. L'affaire avait pour origine une plainte d'un pensionnaire âgé d'une maison de retraite, qui avait accusé l'un des employés de celle-ci de mauvais traitements. Le plaignant, un dénommé S., avait fait à la police une déclaration enregistrée sur bande vidéo, mais sans avoir prêté serment. Par la suite, d'autres pensionnaires de la maison de retraite se plaignirent à leur tour d'avoir été agressés par l'accusé. Au moment où s'ouvrit le procès de ce dernier, toutes les personnes ayant déposé étaient mortes ou devenues incapables de témoigner, y compris S. Le juge du procès admit en preuve certaines de leurs déclarations, en raison de leur similitude frappante. En revanche, la cour d'appel de l'Ontario les écarta toutes et acquitta l'accusé. Saisie à son tour, la Cour suprême rejeta le pourvoi interjeté par le ministère public contre cette décision et confirma l'acquittement. A cette occasion, elle clarifia sa jurisprudence antérieure sur l'exigence de fiabilité, indiquant qu'il était en général possible d'y satisfaire en démontrant i) que, compte tenu des conditions dans lesquelles la déclaration a été recueillie, la question de sa véracité ne pose pas réellement problème ou ii) qu'aucun problème ne se pose car la véracité et l'exactitude de la déclaration peuvent être suffisamment vérifiées autrement que par un contre-interrogatoire. Elle ajouta que l'appréciation préliminaire du « seuil » de fiabilité d'une déclaration relatée incombait au juge du procès et que celui-ci devait laisser aux juges des faits/aux jurés le soin d'en déterminer la valeur en dernier ressort. Elle précisa que le juge du procès devait prendre en considération tous les facteurs pertinents, y compris, le cas échéant, la présence d'éléments de preuve concordants ou contradictoires. Dans l'arrêt – adopté à l'unanimité – qu'il lui revint de prononcer, la juge Charron s'exprima ainsi (paragraphe 49 de l'arrêt) :

« Dans certains cas, le contenu d'une déclaration relatée peut être si fiable, en raison des circonstances dans lesquelles elle a été recueillie, qu'il aurait été peu ou prou inutile de contre-interroger le déclarant au moment précis où il s'est exprimé. Dans d'autres cas, il arrive que la preuve proposée ne soit pas aussi convaincante, mais que les circonstances de la cause puissent permettre une vérification suffisante de sa fiabilité par d'autres moyens qu'un contre-interrogatoire contemporain des faits. En pareil cas, l'admission de la preuve en question ne risque guère de porter atteinte à l'équité procédurale. Cela étant, comme l'équité procédurale peut englober des considérations dépassant le strict examen de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès doit se voir reconnaître le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve par oui-dire lorsque l'effet

préjudiciable qu'elle pourrait avoir l'emporte sur sa valeur probante, même dans les cas où ces deux exigences sont respectées.»

80. La Cour conclut à l'inadmissibilité des déclarations de S. Elle observa que les accusations portées contre M. Khelawon relativement à ce plaignant « reposaient entièrement » sur la véracité des allégations contenues dans les déclarations de ce dernier (paragraphe 101 de l'arrêt). Elle jugea que l'impossibilité de lui faire subir un contre-interrogatoire avait une incidence sur la question de la fiabilité et constata qu'il n'y avait pas d'autre moyen adéquat de vérifier les déclarations en cause. Précisant que les exceptions raisonnées au principe d'exclusion du ouï-dire ne pouvaient être invoquées pour fonder une condamnation sur la seule foi d'une déclaration enregistrée par la police sur bande vidéo ou autrement (paragraphe 106 de l'arrêt), elle considéra que la fiabilité intrinsèque de la déclaration litigieuse ne pouvait pas non plus suffire à satisfaire à l'exigence de fiabilité car, contrairement à la déclaration en cause dans l'affaire *Khan*, précitée, la déclaration litigieuse n'avait pas une valeur probante telle qu'il eût été excessivement scrupuleux d'insister sur la nécessité d'en vérifier l'exactitude au moyen d'un contre-interrogatoire. Elle releva que S. était âgé et faible au moment où il avait formulé ses accusations, que ses facultés mentales posaient question, que les observations médicales le concernant indiquaient que ses blessures avaient pu résulter d'une chute et qu'il n'était pas certain qu'il ait compris les conséquences de sa déclaration pour l'accusé. Elle en conclut que l'impossibilité de contre-interroger S. avait considérablement limité la capacité de l'accusé à faire contrôler la preuve litigieuse et, par conséquent, celle du juge à en apprécier correctement la valeur.

E. Hong Kong

81. Dans un rapport publié en novembre 2009, la Commission de révision du droit de Hong Kong proposa d'importantes modifications aux règles d'admissibilité du ouï-dire en matière pénale. Dans l'une de ces propositions, elle préconisait le maintien du principe d'exclusion des preuves de ce type tout en recommandant que les possibilités de les admettre dans des circonstances précises soient élargies. Rejetant le modèle législatif anglais instauré par la loi de 2003, elle observa que Hong Kong ne disposait d'aucun des mécanismes législatifs d'exclusion du ouï-dire applicables en Angleterre et au pays de Galles, tels l'article 126 § 1 de la loi de 2003 et l'article 78 de la PACE (paragraphe 40 et 45 ci-dessus). Elle releva en outre que, bien qu'ils eussent présenté un niveau de certitude et de cohérence satisfaisant aux fins du processus décisionnel, les motifs d'admission du ouï-dire énumérés à l'article 116 de la loi de 2003 avaient « une portée excessive

en ce qu'ils autorisaient l'admission d'éléments de preuve de tous genres, y compris des ouï-dire manquant de fiabilité» (paragraphe 8.25 du rapport).

La Commission proposa un modèle de réforme fondé sur l'approche adoptée par la Commission juridique néo-zélandaise (paragraphe 82 ci-dessous) et par les juridictions canadiennes (depuis l'adoption de l'arrêt *Khewalon*, précité). Elle recommanda l'admission de la preuve par ouï-dire notamment dans le cas où la juridiction saisie estime que cette opération est « nécessaire » et que la preuve est « fiable ». Elle indiqua que, pour apprécier la fiabilité d'une déclaration, le juge devrait notamment rechercher si elle était ou non corroborée par d'autres éléments de preuve admissibles. Elle préconisa que, à tout moment de la procédure pénale postérieur à l'admission d'une preuve par ouï-dire, la juridiction saisie pût ordonner l'acquittement de l'accusé dont la condamnation serait sujette à caution aux yeux du juge du procès et que, dans l'exercice de ce pouvoir, elle eût notamment égard à l'importance de la preuve en question pour l'accusation. Elle estima que, grâce à ces recommandations, son modèle de réforme était compatible avec l'arrêt de chambre rendu dans la présente affaire.

F. Nouvelle-Zélande

82. Dans son rapport sur le droit de la preuve publié en 1999, la Commission juridique néo-zélandaise a recommandé que l'admissibilité du ouï-dire soit conditionnée par deux critères, à savoir la fiabilité et la nécessité. Cette recommandation fut mise en œuvre dans la loi de 2006 sur la preuve, entrée en vigueur en 2007. L'article 18 § 1 de ce texte se lit ainsi :

« Une déclaration relatée peut être admise en preuve dans toute procédure, lorsque

- a) les circonstances dans lesquelles elle a été recueillie offrent des garanties raisonnables de sa fiabilité,
- b) et que
 - i. l'auteur de la déclaration n'est pas disponible pour témoigner; ou que
 - ii. le juge considère que le faire citer à comparaître en qualité de témoin causerait des frais ou des retards injustifiés. »

83. L'article 16 § 1 précise que, aux fins de cette disposition, le terme « circonstances » englobe a) la nature de la déclaration; b) la teneur de la déclaration; c) les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite; d) tout élément relatif à la crédibilité du déclarant; e) toute circonstance ayant trait à la précision des observations faites par le déclarant.

84. L'article 8 § 1 énonce qu'un élément de preuve doit être écarté lorsque a) le risque qu'il porte atteinte à l'équité de la procédure excède sa valeur probatoire, ou b) que son admission prolongerait inutilement la

durée du procès. L'article 8 § 2 dispose que, pour déterminer si le risque d'atteinte à l'équité de la procédure pénale excède la valeur probatoire de l'élément de preuve, le juge doit prendre en compte le droit de l'accusé à l'effectivité de sa défense.

G. Afrique du Sud

85. Bien que l'Afrique du Sud ait abandonné la procédure avec jury, elle a procédé à d'importantes réformes du droit de la preuve par ouï-dire. En son article 3 § 4, la loi de 1988 portant modification du droit de la preuve définit le ouï-dire comme étant un témoignage, écrit ou oral, dont la valeur probatoire dépend de la crédibilité d'une personne autre que celle dont il émane. L'article 3 § 1 de la loi exclut l'admission des témoignages de ce genre à moins que i) leur admission n'ait été acceptée; ou que ii) les personnes dont leur crédibilité dépend ne déposent en justice; ou encore que iii) la juridiction saisie n'estime que l'intérêt de la justice exige leur admission. L'article 3 § 1 c) énonce que, pour statuer sur ce dernier point, la juridiction saisie doit avoir égard i) à la nature de la procédure; ii) à la nature du témoignage dont l'admission est demandée; iii) au but poursuivi par la production du témoignage; iv) à la valeur probatoire du témoignage; v) à la raison expliquant la non-comparution de la personne dont dépend la crédibilité du témoignage et la valeur probatoire de celui-ci; vi) au préjudice que l'admission de ce témoignage pourrait causer à une partie; et vii) à tout élément jugé pertinent par la juridiction.

86. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *State v. Ramavhale* ([1996] ZASCA 14), la Cour suprême d'Afrique du Sud a évoqué « la persistance d'une réticence instinctive à accepter qu'une preuve non vérifiée puisse être utilisée contre un accusé dans un procès pénal » malgré le texte de l'article 3 § 1. Approuvant la jurisprudence qui invitait les juges à « hésiter longuement », sauf raisons impérieuses, avant d'admettre ou de se fonder sur une preuve par ouï-dire jouant un rôle déterminant ou important dans la reconnaissance de la culpabilité d'un accusé, elle a estimé qu'il convenait de continuer à tenir compte du critère de fiabilité aux fins de l'appréciation de l'admissibilité du ouï-dire, malgré les changements apportés par l'article 3 § 1. En outre, dans l'affaire dont elle était saisie, elle a jugé que, pour se prononcer sur la question de savoir si l'admission du ouï-dire pouvait causer à l'accusé un quelconque préjudice, le juge du procès avait eu tort de se fonder sur le fait qu'il pouvait contester cet élément de preuve par d'autres moyens, notamment en déposant personnellement. Pour la Cour suprême, pareille approche aurait logiquement conduit à reconnaître au ministère public le pouvoir de contraindre l'accusé, par la production d'une preuve

par oui-dire «de médiocre valeur», à témoigner dans des situations où les preuves directes manquent au point que celui-ci aurait dû être autorisé à garder le silence.

Dans l'affaire *State v. Ndhlovu and others* ([2002] ZASCA 70), la Cour suprême a estimé que, malgré leur caractère déterminant, des preuves par oui-dire devaient être admises pour des raisons impérieuses, surtout parce que leur fiabilité s'appuyait sur des garanties solides et qu'elles étaient étroitement associées aux autres éléments de preuve disponibles. Elle a réitéré les réserves qu'elle avait exprimées dans l'affaire *Ramavhale*, précitée, quant à l'admission ou à l'invocation d'éléments de preuve par oui-dire jouant un rôle déterminant ou seulement important dans la condamnation d'un accusé dans les affaires *State v. Libazi and others* ([2010] ZASCA 91), *State v. Mpungose and another* ([2011] ZASCA 60), et *State v. Mamushe* ([2007] ZASCA 58). Dans cette dernière affaire, la Cour suprême a déclaré qu'il allait de soi qu'un oui-dire censé servir uniquement à compléter un «faisceau de preuves» pouvait plus facilement être admis qu'un oui-dire ayant vocation à jouer un rôle central pour la thèse de l'accusation.

H. Etats-Unis d'Amérique

87. Le sixième amendement à la Constitution américaine garantit à tous les accusés en matière pénale le droit d'être confrontés aux témoins à charge («droit à la confrontation»). Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Ohio v. Roberts* (448 U.S. 56 (1980)), la Cour suprême des Etats-Unis a jugé que des éléments de preuve présentant des «garanties particulières de fiabilité» pouvaient être admissibles même en l'absence de confrontation. Cet arrêt a été remis en cause dans l'affaire *Crawford v. Washington* (541 U.S. 36 (2004)), où la haute juridiction a jugé que le droit à la confrontation s'appliquait à toute preuve de nature testimoniale et que le sixième amendement à la Constitution n'offrait aucune base légale pour l'admission de preuves sur le seul fondement de leur fiabilité. Ajoutant que le seul critère de fiabilité suffisant en matière de déclarations de témoins était celui prévu par la Constitution, à savoir la confrontation, elle a conclu que la preuve testimoniale devait être écartée à moins que le témoin ne compare à l'audience ou, à défaut, que l'accusé ait eu l'occasion de contre-interroger le témoin à un stade antérieur de la procédure (voir aussi *Melendez-Diaz v. Massachusetts* (129 S.Ct. 2527 (2009)) et *Bullcoming v. New Mexico* (131 S. Ct. 2705 (2011))).

Elle a également jugé que l'accusé était déchu de son droit à une confrontation dès lors qu'il était établi qu'il avait intimidé le témoin en vue de le dissuader de témoigner (*Davis v. Washington* (547 U. S. 813 (2006)) et *Giles v. California* (554 U.S. 353 (2008))).

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 D) DE LA CONVENTION

88. Les paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6 de la Convention sont ainsi libellés :

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

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

d) 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. »

A. Les conclusions de la chambre

89. La chambre a jugé que les dispositions de l'alinéa d) de l'article 6 § 3, comme toutes les clauses de l'article 6 § 3, traduisaient une exigence minimale devant être satisfaite à l'égard de tout accusé. Elle a précisé que dès lors qu'elles consacraient des droits minimaux, les dispositions de l'article 6 § 3 constituaient des garanties expresses que l'on ne pouvait considérer comme de simples exemples d'éléments à prendre en compte pour apprécier l'équité d'un procès.

90. Elle a ensuite précisé qu'indépendamment du motif à l'origine de l'impossibilité pour un accusé d'interroger un témoin – absence du témoin, non-divulgence de son identité ou combinaison des deux facteurs – la Cour devait examiner la question de l'éventuelle violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) en partant des principes énoncés au paragraphe 40 de l'arrêt *Lucà*, précité :

« Si l'accusé a eu une occasion adéquate et suffisante de contester pareilles dépositions, au moment où elles [ont été] faites ou plus tard, leur utilisation ne se heurte pas en soi à l'article 6 §§ 1 et 3 d). Il s'ensuit, cependant, que les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde (...) uniquement ou dans une mesure déterminante (...) sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats [références omises]. »

91. La chambre a relevé qu'en l'espèce chacune des parties admettait qu'il convenait d'examiner l'affaire en partant du principe que les condamnations prononcées se fondaient exclusivement ou dans une mesure

déterminante sur les dépositions des deux témoins concernés et elle a suivi cette démarche. Elle a ensuite apprécié les éléments compensateurs invoqués par le Gouvernement dans les deux affaires. En premier lieu, elle s'est penchée sur l'argument selon lequel, dans chaque affaire, le juge avait correctement appliqué les critères légaux pertinents et la Cour d'appel avait examiné la solidité du verdict de culpabilité. Elle a estimé toutefois que ces considérations étaient d'un intérêt limité dès lors que la question essentielle dans chacune des affaires était celle de savoir si le juge du premier degré et la Cour d'appel avaient respecté l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention.

92. En ce qui concerne l'affaire *Al-Khawaja*, la chambre s'est exprimée comme suit :

« 41. La Cour observe que, d'après le Gouvernement, les difficultés causées à la défense ont été contrebalancées par le fait qu'à elle seule la déposition de S.T. n'obligeait pas le requérant à déposer, qu'il n'existait aucun indice de collusion entre les plaignantes, que le contre-interrogatoire des autres témoins aurait pu permettre d'approfondir les contradictions entre leurs dépositions et celle de S.T., que la crédibilité de celle-ci aurait pu être mise en doute par la défense, et que les jurés avaient été invités à se souvenir qu'ils n'avaient [pas] été confrontés à S.T., qu'ils ne l'avaient pas entendue déposer et que son témoignage n'avait pas donné lieu à un contre-interrogatoire.

42. Aux yeux de la Cour, aucun de ces éléments, considéré isolément ou combiné avec les autres, ne saurait compenser les inconvénients causés à la défense par l'admission de la déposition de S.T. S'il est exact que le requérant aurait pu être contraint de témoigner pour se défendre contre l'autre accusation formulée contre lui-même si la déposition de S.T. n'avait pas été retenue, il est probable qu'il n'aurait été poursuivi que pour ce second chef d'accusation et que son témoignage n'aurait porté que sur ce point. Les contradictions constatées entre la déposition de S.T. et le récit que celle-ci avait livré à deux témoins paraissent négligeables. La défense n'en a relevé qu'une, faisant valoir qu'il ressortait du témoignage de S.T. que le requérant lui avait touché le visage et la bouche au cours de l'agression alléguée, alors qu'elle avait indiqué à l'un des témoins que l'intéressé l'avait incitée à se toucher le visage. La défense avait certainement la possibilité de mettre en doute la crédibilité de S.T., mais on voit mal sur quels éléments elle aurait pu se fonder, notamment parce que les déclarations de S.T. concordaient largement avec celles de la seconde plaignante et que le juge (...) avait écarté tout risque de collusion entre l'une et l'autre. L'absence de collusion peut militer en faveur de l'admission d'une déposition en droit interne, mais elle ne saurait en l'espèce être considérée comme un élément compensateur aux fins de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d). Elle ne change rien à la conclusion de la Cour selon laquelle, une fois admise, la déposition constituait un élément de preuve relatif au premier chef d'accusation que le requérant n'était pas en mesure de contester de manière effective. Quant à la mise en garde adressée aux jurés par le juge, la Cour d'appel l'a estimée insuffisante. Même si tel n'avait pas été le cas, la Cour n'est pas convaincue qu'un avertissement, aussi judicieux soit-il, puisse contrebalancer efficacement les effets d'une déposition non discutée qui constituait le seul élément de preuve à charge contre l'intéressé. »

La chambre a donc conclu à la violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention dans le chef de M. Al-Khawaja.

93. En ce qui concerne l'affaire Tahery, la chambre s'est exprimée comme suit :

«45. Le Gouvernement invoque les éléments compensateurs principaux suivants : d'autres mesures auraient été envisagées par le juge, le requérant aurait eu la possibilité de contester ou de réfuter la déposition litigieuse en témoignant lui-même ou en faisant citer d'autres témoins à comparaître, les jurés auraient été invités à faire preuve de circonspection dans leur examen de la déposition en question compte tenu de l'absence de son auteur, le juge leur aurait dit que l'accusé n'était pas responsable de la peur éprouvée par T.

46. La Cour estime que ces facteurs, pris isolément ou combinés entre eux, n'étaient pas de nature à garantir l'équité de la procédure ou à compenser le grave handicap que l'admission de la déposition de T. avait causé à la défense. Il est légitime que des juridictions internes devant lesquelles des témoins ne se présentent pas ou requièrent l'anonymat recherchent si des mesures moins restrictives pour les droits de la défense que l'admission de leurs dépositions peuvent être prises. Toutefois, le fait qu'elles jugent ces mesures inadaptées ne les exonère pas de leur responsabilité de s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte à l'article 6 §§ 1 et 3 d) lorsqu'elles décident en définitive d'autoriser la lecture de pareilles dépositions. Le rejet de mesures moins restrictives leur impose au contraire un devoir accru de veiller au respect des droits de la défense. La Cour relève qu'il était loisible au requérant de contester la déposition litigieuse en faisant citer d'autres témoins, mais que, hormis T., personne ne semblait apte ou disposé à rapporter ce qu'il avait vu, raison pour laquelle les déclarations de T. ne pouvaient pas être réellement réfutées. La Cour observe que l'intéressé a pu témoigner en personne pour nier les accusations portées contre lui – démarche à laquelle l'admission de la déposition de T. n'était certainement pas étrangère – mais estime que le droit pour un accusé de témoigner à décharge ne saurait compenser une impossibilité pour lui d'être confronté au seul témoin oculaire à charge et de le soumettre à un interrogatoire ou à un contre-interrogatoire.

47. La Cour reconnaît aussi que le juge avait adressé aux jurés un avertissement précis formulé en des termes soigneusement choisis. Elle rappelle avoir déclaré, au sujet des dépositions anonymes en cause dans l'affaire *Doorson*, précitée, qu'il convient de « traiter avec une extrême prudence les déclarations obtenues de témoins dans des conditions telles que les droits de la défense ne pouvaient être garantis dans la mesure normalement requise par la Convention » (§ 76 de l'arrêt), et avoir conclu au caractère approprié des mesures prises dans cette affaire au motif que la Cour d'appel avait expressément précisé qu'elle avait utilisé les dépositions litigieuses « avec la prudence et la retenue requises ». Toutefois, dans le cas d'un témoin absent, ce qui était le cas de T. dans l'affaire sous examen, la Cour considère que, aussi claire soit-elle, une mise en garde précisant que l'accusé n'est pas responsable de l'absence du témoin en question ne saurait passer pour une compensation suffisante lorsque la déposition non discutée de ce témoin constitue la seule preuve à charge directe. »

La chambre a donc conclu également à la violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention dans le chef de M. Tahery.

B. Thèses des parties

1. Le Gouvernement

a) L'arrêt de la chambre

94. Le Gouvernement considère que les dispositions de l'article 6 § 3 d) constituent certes des garanties expresses mais non une règle absolue à laquelle il ne serait pas possible de déroger : selon lui, l'important est la procédure envisagée dans son ensemble, les garanties dont dispose l'accusé, la fiabilité des preuves et, dans les cas appropriés, l'intérêt des témoins ou des victimes. Une règle rigide de la preuve unique ou déterminante serait incompatible avec l'interprétation générale faite par la Cour de l'article 6 § 3 d).

95. La manière dont la Cour aurait appliqué et développé cette règle manquerait de clarté à plusieurs égards : le principe sous-jacent n'aurait pas fait l'objet d'un débat suffisant, la question de savoir si elle doit être appliquée de la même manière aux pays de droit romain et à ceux de *common law* n'aurait jamais été pleinement examinée, et on ne pourrait discerner dans la jurisprudence de la Cour aucun critère fiable permettant de dire quand une preuve doit passer pour déterminante ni, avant l'affaire *A.M. c. Italie* (n° 37019/97, CEDH 1999-IX), aucun élément à l'appui de l'utilisation de la règle en cas d'absence d'un témoin connu de la défense.

96. Le Gouvernement arguë également que, tel que l'a appliquée la chambre dans son arrêt, la règle de la preuve unique ou déterminante repose sur la supposition erronée que tout témoignage par oui-dire crucial pour une affaire doit être considéré soit comme sujet à caution soit, en l'absence d'un contre-interrogatoire du témoin, comme impossible à évaluer correctement. Selon lui, un oui-dire « unique ou déterminant » peut en fait être parfaitement digne de foi et le contre-interrogatoire peut ne contribuer en rien ou que de manière très marginale à l'évaluation de sa fiabilité. La règle pourrait en réalité produire des résultats arbitraires et aboutir à l'exclusion de certaines preuves pour la seule raison qu'elles sont importantes, indépendamment du point de savoir si elles sont ou non convaincantes et dignes de foi. La chambre n'aurait pas expliqué si la question de la fiabilité est pertinente pour l'application de cette règle et, si oui, en quoi. Elle n'aurait pas procédé à une analyse complète des garanties offertes en Angleterre et au pays de Galles ni compris l'importante différence existant, de l'avis du Gouvernement, entre

les règles gouvernant les procès pénaux dans les pays de *common law* et celles en vigueur dans les autres Etats contractants. De plus, elle n'aurait pas expliqué avec la précision requise à partir de quel moment un témoignage doit être considéré comme suffisamment déterminant pour permettre à une juridiction d'appliquer la règle de la preuve unique ou déterminante en pratique et elle n'aurait pas dûment examiné les problèmes concrets susceptibles de résulter de l'application de cette règle en Angleterre et au pays de Galles.

97. La règle de la preuve unique ou déterminante pourrait également inciter à l'intimidation des témoins, notamment dans les cas où seul un d'entre eux aurait eu le courage de se présenter. Elle aurait un impact maximal dans les affaires d'abus sexuels, où l'infraction serait généralement commise en privé et où le témoignage de la victime serait donc souvent la preuve « unique ou déterminante ».

98. Aussi, le Gouvernement invite-t-il la Cour à souscrire au raisonnement tenu par la Cour suprême dans l'arrêt *Horncastle and others*, qui démontrerait que la jurisprudence de la Cour permet une approche plus souple que celle de la règle apparemment inflexible de la preuve unique ou déterminante appliquée par la chambre en l'espèce. S'appuyant sur le fait que la Cour suprême a déclaré dans l'arrêt *Horncastle and others* que la règle de la preuve unique ou déterminante créerait en pratique des difficultés importantes si elle était appliquée en Angleterre et au pays de Galles, le Gouvernement invite la Cour à dire sans ambiguïté que l'importance d'une preuve non vérifiée doit plutôt être considérée comme un élément parmi d'autres à prendre en compte pour l'appréciation de l'équité d'une procédure envisagée dans son ensemble. A titre subsidiaire, il avance que la règle de la preuve unique ou déterminante ne devrait pas s'appliquer lorsque l'absence d'un témoin est justifiée par un motif valable tel que ceux visés aux articles 23 de la loi de 1988 et 116 § 2 de la loi de 2003.

b) Le droit et la pratique internes pertinents

99. Le Gouvernement arguë que des garanties générales protègent l'accusé contre toute injustice pouvant résulter de l'admission d'un témoignage par oui-dire. Le juge aurait un rôle de gardien du système judiciaire : il serait tenu par les règles de *common law* et par l'article 78 de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale d'empêcher le jury de recevoir des témoignages dont l'effet négatif sur l'équité de la procédure serait tel qu'il conviendrait de ne pas les entendre. Avant d'admettre un témoignage par oui-dire il aurait l'obligation de s'assurer que l'accusation ne peut pas faire comparaître le témoin, et il serait tenu d'attirer l'attention des

jurés sur les dangers qu'il peut y avoir à se fier à un tel témoignage. Les jurés devraient quant à eux être convaincus de la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable, et l'intéressé aurait toujours la possibilité de saisir la Cour d'appel, qui ferait droit à son recours dans l'hypothèse où le verdict de culpabilité ne reposerait pas sur des bases solides.

100. L'article 23 de la loi de 1988 disposerait qu'une déposition écrite est recevable dans certaines circonstances limitativement énumérées, et il s'appliquerait également à l'accusation et à la défense. Le juge serait tenu d'exercer un contrôle rigoureux sur la nécessité d'admettre une telle preuve. L'article 25 lui permettrait de refuser d'admettre la déposition dans l'hypothèse où il estimerait ce refus nécessaire dans l'intérêt de la justice (garantie de fiabilité et de respect des droits de la défense). L'article 26, qui s'appliquerait aux déclarations établies aux fins d'une procédure pénale, imposerait au juge de tenir compte de la nature, de l'origine et de la teneur de la déclaration, de la possibilité d'examiner d'autres preuves, de la pertinence de la déclaration et de l'injustice que son admission pourrait entraîner pour l'accusé. L'annexe 2 à la loi permettrait également l'admission de preuves relatives à la crédibilité et à la cohérence de l'auteur de la déclaration.

101. La loi de 2003 aurait quant à elle été adoptée après que la Commission des lois eut procédé à un examen minutieux des règles relatives au ouï-dire. La Commission aurait conclu que bon nombre des suppositions sous-tendant l'exclusion traditionnelle du ouï-dire n'étaient pas justifiées: par exemple, elle aurait estimé que les témoignages par ouï-dire n'étaient pas nécessairement inexacts ou sujets à caution et que, dans bien des cas, le rejet du ouï-dire avait conduit à l'exclusion arbitraire de preuves convaincantes.

102. Comme la loi de 1989, celle de 2003 permettrait tant à la défense qu'à l'accusation de demander à pouvoir produire des témoignages par ouï-dire. Son article 116 § 2 e) aurait été adopté pour combattre la criminalité par des mesures spéciales de protection pour les témoins ayant des raisons légitimes de craindre de subir des intimidations ou des représailles. Pour accueillir une demande de témoignage par ouï-dire motivée par la peur de déposer du témoin, le juge devrait avoir la conviction que pareille décision sert l'intérêt de la justice. De plus, contrairement aux législations de bon nombre d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe, la loi de 2003 ne permettrait pas l'admission de dépositions de témoins à la fois absents et anonymes. Enfin, les articles 124 à 126 de la loi prévoiraient diverses garanties supplémentaires (paragraphe 45 ci-dessus).

c) Les faits des deux affaires

103. En ce qui concerne l'affaire de M. Al-Khawaja, le Gouvernement indique que si S.T. n'avait pas été citée à comparaître c'était pour une raison

valable (elle était décédée). Le juge aurait conclu que l'admission de sa déclaration servait l'intérêt de la justice et il aurait tenu compte à cet égard des inconvénients que sa décision était susceptible de causer au premier requérant. La défense aurait admis qu'elle serait en mesure de contester ce témoignage.

104. Par ailleurs, la déposition de S.T. n'aurait pas été la preuve unique ou déterminante dans cette affaire: elle aurait été corroborée par d'autres éléments, notamment par la preuve que l'intéressée avait déposé plainte rapidement, par son comportement au moment du dépôt de sa plainte et par des allégations remarquablement semblables formulées par d'autres femmes. Le premier requérant aurait eu la possibilité de contre-interroger les autres témoins, de présenter des preuves à décharge et de contester lui-même devant le jury les éléments à charge. Le jury aurait été soigneusement averti quant à la nature de la déposition de S.T. et quant à la charge de la preuve. La loi de 1988 aurait été correctement appliquée et rien ne permettrait de contredire l'appréciation du juge de première instance et de la Cour d'appel selon laquelle l'admission de cette déposition n'avait rien d'inéquitable.

105. Dans l'affaire de M. Tahery, la peur éprouvée par T. aurait constitué une raison valable de ne pas le citer à comparaître. Comme dans l'affaire de M. Al-Khawaja, le juge aurait conclu que l'admission de la déclaration servait l'intérêt de la justice et il aurait tenu compte à cet égard des inconvénients que sa décision était susceptible de causer à la défense. La déposition de T. n'aurait pas été la preuve unique ou déterminante dans l'affaire: elle aurait été corroborée par d'autres éléments, notamment par le fait que le second requérant avait reconnu qu'il était présent au moment de l'infraction, qu'il avait eu entre les mains le couteau ayant servi à poignarder S., qu'il avait été mêlé à une altercation avec lui et qu'il avait menti à la police. Le second requérant aurait eu la possibilité de contre-interroger les autres témoins, de présenter des preuves à décharge et de contester lui-même devant le jury les éléments à charge. Le jury aurait été soigneusement averti quant à la nature de la déposition de T. et quant à la charge de la preuve. La loi de 2003 aurait été correctement appliquée et rien ne permettrait de contredire l'appréciation du juge de première instance et de la Cour d'appel selon laquelle l'admission de cette déposition n'avait rien d'inéquitable.

2. Les requérants

a) L'arrêt de la chambre

106. Les requérants soutiennent que les termes de l'article 6 § 3 d) se prêtent à trois interprétations. La première serait celle, rigide et littérale,

adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis lorsqu'elle a eu à interpréter les dispositions comparables du sixième amendement à la Constitution. Les requérants ne préconisent pas cette approche. La deuxième serait celle adoptée par la Cour, qui, sans considérer les termes de l'article 6 § 3 d) comme inflexibles, les interpréterait comme un noyau d'équité minimale et irréductible. Cette approche, qui reposerait sur la règle de la preuve unique ou déterminante, serait la bonne. La troisième interprétation serait celle préconisée tant par le Gouvernement que par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Horncastle and others*, précitée. Elle s'analyserait en une réduction des garanties offertes par l'article 6 § 3 à des questions qu'il n'y aurait lieu d'examiner qu'au moment de déterminer si l'accusé a ou non bénéficié d'un procès équitable.

Les requérants soutiennent ainsi que les juridictions internes et le Gouvernement n'ont pas accordé suffisamment de poids au droit de tout accusé à interroger ou faire interroger les témoins à charge. On ne peut d'après eux écarter ce droit en prétextant de son caractère formel ou dépassé; il y aurait toute une série de raisons de considérer qu'un verdict de culpabilité reposant en totalité ou de manière déterminante sur la déposition d'un témoin absent est friable et inéquitable. Par exemple, la présence du témoin à l'audience permettrait au tribunal d'observer son attitude et de sonder sa perception, sa mémoire ou sa sincérité; en l'absence de pareilles possibilités de vérification, des erreurs, des exagérations ou des mensonges délibérés pourraient toujours passer inaperçus. Faire en privé une déclaration préjudiciable à quelqu'un serait une chose, répéter cette déclaration lors d'un procès en serait une autre.

107. De plus, la justification de la règle de la preuve unique ou déterminante serait claire: pour apprécier si, lorsqu'un témoignage par ouï-dire a été admis, les difficultés ainsi causées à la défense ont été suffisamment contrebalancées dans le cadre de la procédure, il faudrait tenir dûment compte de la mesure dans laquelle ce témoignage a été déterminant pour le verdict de culpabilité rendu contre l'accusé. Plus le témoignage aurait été déterminant, plus le handicap subi par la défense serait important. Exposée en termes clairs et simples dans l'affaire *Luca c. Italie* (n° 33354/96, § 40, CEDH 2001-II), cette règle serait bien établie dans la jurisprudence de la Cour et elle correspondrait à une interprétation sage, pragmatique et raisonnable de l'article 6 § 3 d).

108. Le raisonnement tenu par la Cour suprême dans l'affaire *Horncastle and others*, précitée, serait erroné. La haute juridiction aurait eu tort d'estimer que l'approche de la chambre était de nature à aboutir à l'exclusion de preuves concluantes et manifestement fiables. Il serait intrinsèquement dangereux d'admettre des preuves à première vue manifestement fiables mais

impossibles à vérifier : la jurisprudence regorgerait de cas où des preuves au départ apparemment fiables se seraient par la suite effondrées.

109. En ce qui concerne la thèse de Lord Phillips selon laquelle l'article 6 § 3 d) visait à remédier à une faiblesse des systèmes de droit romain, par opposition à ceux de *common law*, les requérants soutiennent que, indépendamment des racines historiques de cet article, le droit anglais s'est écarté de la règle interdisant la preuve par ouï-dire qu'il avait toujours appliquée auparavant. Ils ajoutent qu'il serait inadmissible que des normes distinctes s'appliquent aux différents ordres juridiques ; cela reviendrait pour eux à méconnaître la nature même du système de la Convention.

110. Les requérants considèrent également que c'est à tort que la Cour suprême a estimé que l'application de la règle de la preuve unique ou déterminante en Angleterre et au pays de Galles poserait des problèmes pratiques. Une preuve « déterminante » serait par définition une preuve d'une importance cruciale pour l'affaire et, dans son application de la règle, la Cour elle-même aurait démontré qu'il est possible de déterminer si une preuve est unique ou déterminante. Devant la chambre, le Gouvernement aurait reconnu sans difficulté que dans chacune des deux affaires la déposition du témoin absent avait représenté une preuve unique ou déterminante. Ce serait le pain quotidien des juges britanniques que d'apprécier des circonstances factuelles complexes et de déterminer si des critères juridiques tels que « l'équité » ou le caractère « suffisant » des preuves produites devant eux sont remplis. De plus, ce critère figurerait dans la loi de 2009 sur les *coroners* et la justice pour le cas des témoins anonymes (paragraphe 46 ci-dessus). Les requérants ajoutent que la Cour suprême s'est employée avec insistance à démontrer que l'issue des affaires tranchées par la Cour aurait été la même si ces affaires avaient été jugées sur la base des lois de 1988 et de 2003. Le corollaire de cette affirmation serait que l'application de la règle de la preuve unique ou déterminante aboutirait dans bien des cas au résultat obtenu dans les affaires tranchées par les juridictions internes avant l'introduction dudit critère.

b) Le droit et la pratique internes pertinents

111. Les requérants soutiennent également que, contrairement à ce qu'avance le Gouvernement et à ce qu'a estimé la Cour suprême dans l'affaire *Horncastle and others*, précitée, la chambre a bien compris quelles étaient les garanties procédurales prévues par les lois de 1988 et 2003. Ils considèrent que ces garanties ne peuvent offrir une protection adéquate que dans le cadre d'un système intégrant les valeurs centrales de l'article 6, ce qui supposerait que les juridictions internes tiennent dûment compte du droit de tout accusé d'interroger les témoins à charge.

c) Les faits des deux affaires

112. Les requérants estiment que la nature unique ou déterminante des témoignages non vérifiés à partir desquels l'un et l'autre ont été condamnés implique qu'ils ne pouvaient pas bénéficier d'un procès équitable s'ils n'avaient pas la possibilité d'interroger les auteurs des témoignages. Dans l'affaire du premier requérant, il se poserait d'évidentes questions auxquelles S.T. aurait dû répondre, en particulier celle de savoir si elle avait entendu les allégations formulées par V.U. avant de faire sa déposition et pourquoi elle avait attendu près de quatre mois avant d'accomplir cette démarche. Dans l'affaire du second requérant, les questions qu'il aurait à l'évidence fallu poser à T. seraient celles de savoir pourquoi il n'avait pas parlé à la police le soir des faits, ce qu'il avait vu de cette scène très rapide, s'il connaissait les autres protagonistes et s'il n'avait pas une raison de les protéger. En l'absence de contre-interrogatoire, les garanties procédurales prévues par les lois de 1988 et 2003 seraient donc insuffisantes. Le fait que le juge eût dans l'une et l'autre affaire appliqué le critère de l'« intérêt de la justice » n'apporterait pas de réponse à la question examinée : ce critère devrait en effet être appliqué dans le respect de l'article 6 et il appartiendrait précisément à la Cour de trancher le point de savoir si c'est à bon droit que les juges ont estimé que l'admission des dépositions en cause était dans l'intérêt de la justice.

113. Il ne serait pas davantage pertinent que les requérants aient eu la possibilité de présenter des éléments mettant en cause la crédibilité des témoins absents : pareils éléments ne seraient pas disponibles pour tous les témoins, et les dispositions figurant dans les lois pertinentes n'auraient pas permis de contester la crédibilité ou la sincérité des témoins quant aux allégations cruciales de chacune des affaires. Par ailleurs, aucun avertissement du juge ne pourrait compenser l'impossibilité pour les jurés de voir et d'entendre des témoins à ce point capitaux ni supprimer le risque qu'ils accordent à leurs dépositions une valeur probante indue. Quant au droit de contester le verdict de culpabilité, il n'aurait été d'aucune utilité en l'espèce, la Cour d'appel ayant refusé dans l'une et l'autre affaire d'appliquer la règle de la preuve unique ou déterminante énoncée dans l'affaire *Lucà* précitée.

3. *Le tiers intervenant*

114. JUSTICE (paragraphe 7 ci-dessus) rappelle l'ancienneté du droit d'interroger les témoins. Ce droit se retrouverait tant dans le droit romain que dans le traditionnel droit de confrontation de la *common law*. Ce dernier serait une réponse aux risques, notamment de non-fiabilité, liés à l'admission de témoignages par oui-dire. Ce serait à partir de ces considérations qu'auraient été élaborées les garanties du procès équitable consacrées dans

le sixième amendement de la Constitution américaine, dans la procédure pénale de tous les pays de *common law* et dans le droit international des droits de l'homme. Le régime du oui-dire serait certes devenu trop rigide en droit anglais, mais il serait faux de dire, comme l'aurait fait la Cour suprême dans l'affaire *Horncastle and others*, précitée, que les réformes proposées par la Commission des lois ont été «largement transcrites» dans la loi de 2003. Par exemple, cette loi aurait prévu en son article 114 une possibilité plus générale d'admettre les témoignages par oui-dire dans les cas répondant à «l'intérêt de la justice» que ce que la Commission des lois avait envisagé (paragraphes 42 et 43 ci-dessus). De plus, il serait peut-être nécessaire de réaménager les règles relatives au oui-dire, mais il ne le serait assurément pas de réformer le droit de confrontation garanti en *common law*: ce droit consacrerait le principe selon lequel nul ne peut témoigner à charge en matière pénale autrement que sous serment, face à l'accusé et en étant soumis à un contre-interrogatoire.

115. Par ailleurs, ce serait à tort que la Cour suprême aurait considéré qu'il ne se justifiait pas d'imposer la règle de la preuve unique ou déterminante de la même manière aux systèmes de droit continental et à ceux de *common law*. Elle se serait par trop fiée à la possibilité d'adopter des mesures compensatoires pour contrebalancer le défaut d'équité manifeste d'un procès à l'issue duquel l'accusé serait déclaré coupable uniquement ou en grande partie sur la foi d'un témoignage non vérifié. L'essence du droit de confrontation garanti en *common law* résiderait dans l'idée que le contre-interrogatoire est l'outil le plus efficace pour tester la fiabilité d'un témoignage. Il serait utile de se rappeler l'avertissement du juge Megarry (*John v. Rees* [1970] Ch 345) selon lequel «le chemin de la justice est jonché d'exemples de causes entendues qui à bien y regarder n'étaient pas si évidentes et d'accusations accablantes auxquelles les faits ont finalement donné tort». En outre, comme l'a observé le Lord Justice Sedley dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department v. AF and others* ([2008] EWCA Civ 1148), il serait «dangereusement tentant, dans une affaire où l'on n'a entendu qu'une des parties, de conclure que les arguments par elle exposés sont imparables». Pour cette raison, le paradoxe évoqué par Lord Phillips n'en serait en fait pas un. Le fait qu'une preuve par oui-dire soit le seul élément disponible pour prouver la culpabilité de l'accusé, ou du moins un élément déterminant en ce sens, ne rendrait nullement cette preuve plus concluante. Le fondement de la nécessité d'exclure les témoignages par oui-dire apparemment «déterminants» serait la crainte séculaire des juges de *common law* que les jurés n'y accordent trop de poids.

116. La règle de la preuve unique ou déterminante ne serait pas difficile à appliquer dans les procès pénaux en Angleterre, les juges étant déjà tenus

d'examiner les conséquences potentielles de l'admission de telle ou telle preuve en vertu de différents textes, dont plusieurs dispositions de la loi de 2003. L'article 125 § 1 de cette loi, par exemple, obligerait le juge à inviter les jurés à acquitter l'accusé lorsque les charges pesant sur lui reposent « en tout ou en partie » sur un ouï-dire non convaincant. Il faudrait certes préciser ce que l'on entend exactement par « déterminant », mais ce critère serait néanmoins utilisable et il serait même appliqué en Angleterre et au pays de Galles dans le contexte de l'octroi de l'anonymat aux témoins (loi de 2009 sur les *coroners* et la justice, paragraphe 46 ci-dessus). Dans le contexte de la procédure pénale, il conviendrait d'interpréter le mot « déterminant » de manière étroite : la signification à lui donner ne serait pas simplement « de nature à faire une différence » mais plutôt « propre à faire basculer l'affaire dans un sens ou dans l'autre ».

117. Enfin, l'analyse de droit comparé faite par la Cour suprême serait au mieux incomplète. A partir des éléments disponibles (voir notamment les paragraphes 63-87 ci-dessus), il ne serait tout simplement pas possible de conclure, comme elle l'a fait, que d'autres systèmes de *common law* considéreraient un verdict de culpabilité pénale reposant de manière exclusive ou déterminante sur un témoignage par ouï-dire comme compatible avec le droit à un procès équitable.

C. Appréciation de la Grande Chambre

1. Les principes généraux

118. La Cour rappelle que les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1 de cette disposition, dont il faut tenir compte pour apprécier l'équité de la procédure. De plus, lorsqu'elle examine un grief tiré de l'article 6 § 1, la Cour doit essentiellement déterminer si la procédure pénale a revêtu, dans son ensemble, un caractère équitable (voir, parmi les arrêts récents, *Taxquet c. Belgique* [GC], n° 926/05, § 84, CEDH 2010, avec les références qui y sont citées). Pour ce faire, elle envisage la procédure dans son ensemble et vérifie le respect non seulement des droits de la défense mais aussi de l'intérêt du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis (*Gäffgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 175, CEDH 2010) et, si nécessaire, des droits des témoins (voir, parmi bien d'autres arrêts, *Doorson*, précité, § 70). La Cour rappelle également dans ce contexte que la recevabilité des preuves relève des règles du droit interne et des juridictions nationales et que sa seule tâche consiste à déterminer si la

procédure a été équitable (*Gäfgen*, précité, § 162, avec les références qui y sont citées).

L'article 6 § 3 d) consacre le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions, mais on ne peut les accepter que sous réserve des droits de la défense; en règle générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur (*Lucà*, précité, § 39, et *Solakov c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 47023/99, § 57, CEDH 2001-X).

Il existe dans la *common law* de l'Angleterre et du pays de Galles un principe semblable établi de longue date (voir la remarque de Lord Bingham au paragraphe 5 de l'arrêt *R. v. Davis*, résumé au paragraphe 49 ci-dessus).

119. De ce principe général découlent, selon la jurisprudence de la Cour, deux exigences: premièrement, l'absence d'un témoin doit être justifiée par un motif sérieux; deuxièmement, lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats, les droits de la défense peuvent se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 (règle de la preuve « unique ou déterminante »). La Cour examinera ci-dessous la question de savoir si cette règle doit être considérée comme une règle absolue dont le non-respect rendrait automatiquement la procédure inéquitable et emporterait par conséquent violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

2. La justification de l'absence des témoins par un motif sérieux

120. La question de savoir s'il y avait de bonnes raisons d'admettre la déposition d'un témoin absent est une question préliminaire qu'il faut examiner avant de rechercher si le témoignage en question s'analysait en une preuve unique ou déterminante. Dans des affaires où la déposition du témoin absent n'avait pas revêtu le caractère d'une preuve unique ou déterminante, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) au motif qu'il n'avait pas été démontré que l'impossibilité faite à la défense d'interroger le témoin était justifiée par un motif sérieux (voir par exemple *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, série A n° 238, *Mild et Virtanen c. Finlande*, n°s 39481/98 et 40227/98, 26 juillet 2005, *Bonev c. Bulgarie*, n° 60018/00, 8 juin 2006, et *Pello c. Estonie*, n° 11423/03, 12 avril 2007). En principe, en effet, les témoins doivent déposer au procès et toutes les mesures raisonnables

doivent être prises pour assurer leur comparution. Dès lors, si un témoin ne se présente pas pour déposer en personne, l'autorité judiciaire a le devoir de rechercher si cette absence est justifiée. La non-comparution d'un témoin à un procès peut s'expliquer par diverses raisons, mais seules sont pertinentes ici les absences pour cause de peur ou de décès du témoin.

121. Il est évident que lorsque le témoin est décédé, son témoignage ne peut être pris en compte que si sa déposition a été versée au dossier (*Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, § 52, *Recueil* 1996-III, *Mika c. Suède* (déc.), n° 31243/06, 27 janvier 2009).

122. L'absence due à la peur appelle un examen plus poussé. Deux types de peur sont envisageables : la peur imputable à des menaces ou à d'autres manœuvres de l'accusé ou de personnes agissant pour son compte, et la peur plus générale des conséquences que pourrait avoir le fait de témoigner au procès.

123. Lorsque la peur du témoin est imputable à l'accusé ou à des personnes agissant pour son compte, on peut comprendre que le juge autorise la lecture de sa déposition au procès sans le contraindre à comparaître ni permettre à l'accusé ou à ses représentants de le soumettre à un contre-interrogatoire, ce quand bien même cette déposition constituerait la preuve unique ou déterminante contre l'accusé. Permettre à un accusé ayant cherché à intimider des témoins de tirer profit de ses manœuvres serait incompatible avec les droits des victimes et des témoins. On ne saurait attendre d'un tribunal qu'il laisse pareils procédés saper le processus judiciaire. Par conséquent, un accusé qui a agi de la sorte doit être réputé avoir renoncé à son droit garanti par l'article 6 § 3 d) d'interroger les témoins en question. Il faut en juger de même lorsque les menaces ou manœuvres qui sont à l'origine de la peur de comparaître du témoin proviennent de personnes agissant pour le compte, ou au su et avec l'approbation, de l'accusé.

Dans l'arrêt *Horncastle and others*, précité, la Cour suprême a observé qu'il était éminemment difficile pour un tribunal d'apprécier la réalité de menaces censées avoir été proférées par un accusé contre un témoin. La Cour ne sous-estime pas les difficultés qui peuvent se poser au moment de déterminer si, dans une affaire donnée, un accusé ou ses acolytes ont menacé un témoin ou l'ont directement intimidé. L'affaire *Tahery* elle-même montre toutefois que, pourvu que des investigations appropriées soient menées, ces difficultés ne sont pas insurmontables.

124. La jurisprudence de la Cour montre par ailleurs que, le plus souvent, la peur qu'ont les témoins de venir déposer n'est pas directement imputable à des menaces de l'accusé ou de personnes agissant pour son compte. Dans bien des cas, par exemple, elle est due à la notoriété de l'accusé ou de ses acolytes (voir, par exemple, *Dzelili c. Allemagne* (déc.),

n° 15065/05, 29 septembre 2009). Il n'est donc pas nécessaire pour que le témoin soit dispensé de comparaître à l'audience que sa peur soit directement due à des menaces de l'accusé. En outre, la peur pour la vie ou l'intégrité physique d'un tiers et la crainte d'un préjudice matériel sont également des éléments à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier l'opportunité de contraindre un témoin à comparaître. Pour autant, toute peur subjective ressentie par le témoin ne suffit pas à le dispenser de comparaître. Le juge doit mener les investigations appropriées pour déterminer, premièrement, si cette peur est fondée sur des motifs objectifs et, deuxièmement, si ces motifs objectifs reposent sur des éléments concrets (voir, par exemple, l'affaire *Krasniki c. République tchèque* (n° 51277/99, §§ 80-83, 28 février 2006), dans laquelle la Cour a jugé qu'il n'avait pas été démontré que les juridictions internes eussent recherché les raisons pour lesquelles les témoins avaient peur avant de leur accorder l'anonymat).

125. Enfin, compte tenu de la mesure dans laquelle l'absence d'un témoin nuit aux droits de la défense, la Cour tient à souligner que lorsque le témoin n'a jamais été interrogé aux stades antérieurs de la procédure, il ne faut admettre sa déposition écrite en lieu et place de sa présence au procès qu'en dernier recours. Avant de pouvoir dispenser un témoin de comparaître au motif qu'il craint de se présenter au procès, le juge doit estimer établi que toutes les autres possibilités, telles que l'anonymat ou d'autres mesures spéciales, seraient inadaptées ou impossibles à mettre en œuvre.

3. *La règle de la preuve unique ou déterminante*

a) **Considérations générales**

126. La Cour note que les présentes affaires ne concernent que la lecture donnée lors des procès des requérants de dépositions de témoins absents. Il ne lui appartient pas d'examiner *in abstracto* l'application de la règle de *common law* excluant la preuve par ouï-dire ni le point de savoir si, d'une manière générale, les dérogations à cette règle actuellement applicables en droit pénal anglais sont compatibles avec la Convention. Ainsi qu'elle l'a rappelé au paragraphe 118 ci-dessus, l'article 6 ne régit pas l'admissibilité des preuves en tant que telle, cette matière relevant au premier chef du droit interne.

127. La Cour observe également qu'il ne s'agit pas ici de témoignages apportés aux procès par des témoins dont l'identité aurait été cachée aux accusés (témoignages anonymes). Si les problèmes que soulèvent d'une part les dépositions de témoins anonymes et, d'autre part, celles de témoins absents ne sont pas identiques, les deux situations ne diffèrent pas dans le principe dès lors que, comme l'a reconnu la Cour suprême, les unes comme

les autres dépositions risquent de désavantager l'accusé. Le principe sous-jacent est que, dans un procès pénal, l'accusé doit avoir une possibilité réelle de contester les allégations dont il fait l'objet. Ce principe commande non seulement que l'accusé connaisse l'identité de ses accusateurs, afin de pouvoir contester leur probité et leur crédibilité, mais aussi qu'il puisse mettre à l'épreuve la sincérité et la fiabilité de leur témoignage, en les faisant interroger oralement en sa présence, soit au moment de la déposition soit à un stade ultérieur de la procédure.

128. La règle de la preuve unique ou déterminante est apparue en germe dans l'arrêt *Unterpertinger c. Autriche* (24 novembre 1986, § 33, série A n° 110), où l'on trouve également la raison pour laquelle elle doit s'appliquer : si la condamnation de l'accusé repose uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions de témoins qu'à aucun stade de la procédure il n'a pu interroger, il est porté atteinte aux droits de la défense dans une mesure excessive. Comme l'a souligné la Cour suprême, dans les premières affaires de témoins absents ou anonymes où la Cour a esquissé cette règle, le constat de violation de l'article 6 § 3 d) reposait au moins en partie sur l'absence de justification du fait que les témoins n'avaient pas été cités à comparaître ou que leur identité n'avait pas été dévoilée. C'est dans l'arrêt *Doorson*, précité, que la Cour a dit pour la première fois que même dans le cas d'un défaut de comparution justifié du témoin, la condamnation était inéquitable si elle reposait uniquement ou dans une mesure déterminante sur un tel témoignage.

b) Les critiques formulées à l'égard de la règle de la preuve unique ou déterminante

129. S'appuyant sur l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Horncastle and others*, précité, le Gouvernement conteste la règle de la preuve unique ou déterminante, ou du moins l'application que la chambre en a faite dans les présentes espèces. Il avance essentiellement quatre arguments.

Premièrement, la *common law*, par ses règles de preuve proscrivant l'admission du oui-dire, qui seraient bien antérieures à l'entrée en vigueur de la Convention, protégerait l'aspect du procès équitable visé par l'article 6 § 3 d) sans qu'il soit besoin d'appliquer une règle de la preuve unique ou déterminante. La présence de semblables règles de preuve ne correspondrait pas, en revanche, à une tradition dans les pays de droit romain. Aussi, l'article 6 § 3 d) aurait été censé produire ses effets principalement à l'égard des procédures en vigueur dans ces pays, qui permettraient précédemment la condamnation d'un accusé sur la foi de témoignages n'ayant pas pu être contestés par l'intéressé.

Deuxièmement, l'application de cette règle serait source de difficultés pratiques. D'une part, la Cour n'aurait pas expliqué quand une preuve doit passer pour déterminante avec suffisamment de précision pour qu'un juge puisse effectivement appliquer la règle. D'autre part, elle n'aurait pas tenu dûment compte des problèmes pratiques susceptibles de résulter de l'application de la règle dans un système de *common law* tel que celui de l'Angleterre et du pays de Galles.

Troisièmement, il n'aurait pas été suffisamment débattu du principe sous-tendant cette règle, qui reposerait sur la supposition erronée que tout témoignage par ouï-dire crucial pour une affaire doit être considéré comme sujet à caution ou, en l'absence d'un contre-interrogatoire du témoin, comme impossible à évaluer correctement.

Quatrièmement, enfin, la chambre aurait appliqué la règle avec une rigidité excessive et elle n'aurait pas procédé à une analyse complète des garanties disponibles en Angleterre et au pays de Galles ni apprécié l'importante différence qui existerait entre les procédures en vigueur dans les pays de *common law* et celles en vigueur dans les autres Etats contractants.

La Cour examinera ces arguments un par un.

130. En ce qui concerne le premier argument, la Cour admet que la règle de la preuve unique ou déterminante a pu être élaborée dans un contexte où un certain nombre d'ordres juridiques permettaient la condamnation d'un accusé sur la foi de témoignages n'ayant pu être contestés par l'intéressé, situation qui n'aurait pas existé si la règle de *common law* excluant strictement les témoignages par ouï-dire avait été d'application. Elle note toutefois que les affaires ici examinées sont nées précisément du fait que l'exclusion stricte du ouï-dire a été abandonnée en Angleterre et au pays de Galles. La règle y souffre désormais des exceptions, introduites notamment par les lois de 1988 et de 2003. C'est en vertu de ces exceptions qu'ont été admises les dépositions de S.T. dans l'affaire *Al-Khawaja* et de T. dans l'affaire *Tahery* (paragraphe 41 et 44 ci-dessus). La Cour reconnaît que cette dilution de la règle de l'exclusion du ouï-dire s'est accompagnée de garanties légales, et il s'agit donc essentiellement de savoir, en l'espèce, si l'application de ces garanties a suffi à assurer le respect, à l'égard des requérants, des droits protégés par les paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6. Dans ce contexte, s'il importe que la Cour tienne compte des différences significatives qui peuvent exister entre les divers systèmes juridiques et les procédures qu'ils prévoient, notamment quant à la recevabilité des preuves dans les procès pénaux, il reste que, lorsqu'elle examine la question du respect ou non desdites clauses de la Convention dans une affaire donnée, elle doit appliquer les mêmes critères d'appréciation quel que soit l'ordre juridique dont émane l'affaire.

131. Pour ce qui est de l'imprécision alléguée de la règle, la Cour observe que le mot « unique », qui renvoie à une preuve qui est la seule à peser contre un accusé (voir, par exemple, *Säidi c. France*, 20 septembre 1993, série A n° 261-C), ne semble pas soulever de difficultés, la principale critique étant dirigée contre le mot « déterminante ». Dans ce contexte, « déterminante » (en anglais, « *decisive* ») est plus fort que « probante », c'est-à-dire qu'il ne suffit pas qu'il soit constant que, sans la preuve, la probabilité d'une condamnation reculerait au profit de la probabilité d'un acquittement : comme l'a relevé la Cour d'appel dans l'affaire *Horncastle and others*, précitée (paragraphe 54 ci-dessus), pratiquement toutes les preuves mériteraient alors cette qualification. En fait, le mot « déterminante » doit être pris dans un sens étroit, comme désignant une preuve dont l'importance est telle qu'elle est susceptible d'emporter la décision sur l'affaire. Si la déposition d'un témoin n'ayant pas comparu au procès est corroborée par d'autres éléments, l'appréciation de son caractère déterminant dépendra de la force probante de ces autres éléments : plus elle sera importante, moins la déposition du témoin absent sera susceptible d'être considérée comme déterminante.

132. Le Gouvernement arguë deuxièmement que la règle de la preuve unique ou déterminante ne peut être appliquée dans un système de *common law* sans causer de difficultés pratiques excessives. Il cite l'affaire *Horncastle and others*, précitée, dans laquelle la Cour suprême, observant qu'il était déjà difficile pour un juge professionnel de respecter l'obligation de ne pas traiter une preuve donnée comme déterminante, a estimé que si la règle devait être appliquée dans les procès avec jury, la seule manière en pratique de le faire serait de la considérer comme une règle de recevabilité : le juge devrait alors exclure comme irrecevable tout témoignage susceptible de se révéler déterminant, ce qui ne serait pas chose aisée. Il ajoute qu'il serait souvent impossible pour la Cour d'appel ou la Cour européenne de déterminer si une déposition donnée a été le fondement unique ou déterminant d'une condamnation, les jurys ne motivant pas leurs verdicts.

133. La Cour admet qu'il pourrait être difficile pour un juge de déterminer avant le procès, alors qu'il n'a pas encore examiné et soupesé la totalité des éléments versés au dossier, lesquels seront déterminants.

134. Cependant, une fois l'ensemble des éléments à charge présentés par l'accusation, l'importance et le poids des dépositions des témoins absents peuvent être appréciés par le juge à la lumière des autres éléments à charge. Dans les systèmes de *common law*, il est fréquent que les juges doivent, à ce stade, déterminer s'il y a lieu de tenir un procès contre l'accusé. Il leur faut souvent alors apprécier la force probante et la fiabilité des éléments à charge. La Cour observe d'ailleurs que l'article 125 de la loi de 2003 oblige expressément le juge à mettre fin au procès si, au regard de son

importance pour l'accusation, le oui-dire apparaît si peu concluant qu'une condamnation serait hasardeuse.

135. Par ailleurs, la Cour n'est pas persuadée qu'une juridiction d'appel dans un système de *common law*, où les jurys ne motivent pas leurs verdicts, ne soit pas en mesure de dire si un témoignage livré par une personne n'ayant pu être contre-interrogée a été le fondement unique ou déterminant de la condamnation de l'accusé. Il est courant que les juges d'appel aient à trancher le point de savoir si des preuves ont été indûment admises au procès et, dans cette hypothèse, si la condamnation peut néanmoins être considérée comme reposant sur des bases solides. Ce faisant, ils doivent notamment examiner l'importance pour l'accusation des preuves litigieuses et la mesure dans laquelle elles ont porté atteinte aux droits de la défense. Les juridictions d'appel sont donc bien placées pour dire si un témoignage non soumis à l'épreuve du contre-interrogatoire peut être considéré comme la preuve unique ou déterminante contre l'accusé et si la procédure dans son ensemble a été équitable.

136. La Cour observe que les éléments de droit comparé dont elle dispose appuient cette conclusion relativement à l'application de la règle dans différents pays de *common law* (voir les paragraphes 63-87 ci-dessus et, en particulier, le raisonnement de la *High Court of Justiciary* écossaise).

137. La Cour relève aussi à cet égard que dans l'affaire *R. v. Davis* (paragraphes 49 et 50 ci-dessus), la Chambre des lords n'a semblé entrevoir aucune difficulté dans l'application de la règle de la preuve unique ou déterminante dans le contexte de témoignages anonymes : Lord Bingham a ainsi observé qu'un procès qui aboutirait à une condamnation reposant uniquement ou dans une mesure déterminante sur une déclaration ou un témoignage anonymes ne serait pas considéré comme équitable et que « telle [était] la conclusion traditionnellement retenue par la *common law* en Angleterre » (voir le paragraphe 25 de l'arrêt *Davis*, précité). Dans l'affaire *Davis*, la Chambre des lords a conclu non seulement que la déposition du témoin anonyme avait été le fondement unique ou déterminant de la condamnation de l'accusé mais encore que la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire effectif s'était trouvée entravée. La décision rendue dans l'affaire *Davis* a abouti à l'introduction dans la loi de 2009 sur les *coroners* et la justice de l'obligation pour le juge, lorsqu'il examine l'opportunité d'accorder l'anonymat à un témoin, de tenir compte notamment de la question de savoir si la déposition du témoin concerné pourrait ou non constituer l'élément à charge unique ou déterminant (paragraphe 46 ci-dessus).

138. La Cour note encore à cet égard qu'en ce qui concerne les cas où l'accusé choisit de garder le silence, elle applique la règle selon laquelle il

serait incompatible avec le droit au silence de fonder une condamnation uniquement ou principalement sur le silence de l'accusé ou sur son refus de répondre à des questions ou de témoigner en personne (*John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, § 47, *Recueil* 1996-I, *Condron c. Royaume-Uni*, n° 35718/97, § 56, CEDH 2000-V).

139. La Cour ne peut davantage admettre le troisième argument du Gouvernement, selon lequel la règle de la preuve unique ou déterminante repose sur la supposition que tout témoignage par ouï-dire crucial pour une affaire doit être considéré comme sujet à caution ou impossible à évaluer correctement s'il n'a pas été vérifié par un contre-interrogatoire. En fait, la règle repose plutôt sur le principe selon lequel plus la preuve que constitue le témoignage est importante, plus grande est l'injustice que risque de subir l'accusé si l'on permet au témoin de rester anonyme ou de ne pas être présent au procès, et plus grande est la nécessité de respecter des règles permettant de garantir que la fiabilité du témoignage est démontrable ou qu'elle peut être dûment testée et appréciée.

140. Dans l'arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* (20 novembre 1989, série A n° 166), où il avait été admis que la condamnation du requérant reposait dans une mesure déterminante sur la déposition de deux témoins anonymes, la Cour a déclaré (§ 42) :

«Un témoignage ou d'autres déclarations chargeant un accusé peuvent fort bien constituer un mensonge ou résulter d'une simple erreur; la défense ne peut guère le démontrer si elle ne possède pas les informations qui lui fourniraient le moyen de contrôler la crédibilité de l'auteur ou de jeter le doute sur celle-ci. Les dangers inhérents à pareille situation tombent sous le sens.»

Elle a ensuite observé que les juges avaient apprécié les déclarations en cause avec prudence mais estimé que cette démarche ne pouvait guère passer pour remplacer une observation directe. Elle a donc conclu que l'utilisation de ces déclarations avait conduit à restreindre les droits de la défense d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6.

141. Dans son arrêt *Doorson*, précité, rendu ultérieurement, la Cour a observé que l'anonymat accordé à deux témoins avait confronté la défense à «des difficultés qui ne devraient normalement pas s'élever dans le cadre d'un procès pénal», mais elle a estimé qu'aucune violation ne pouvait être constatée si la procédure suivie avait suffisamment compensé les obstacles créés à la défense (§ 72). Elle a considéré que, à la différence de ce qui s'était passé dans l'affaire *Kostovski*, précitée, la défense avait pu contester la fiabilité des témoins anonymes (arrêt *Doorson*, précité, §§ 73 et 75). De plus, même après avoir dit qu'une condamnation ne devait pas reposer uniquement ou dans une mesure déterminante sur des témoignages anonymes, elle a

souligné que « les déclarations obtenues de témoins dans des conditions telles que les droits de la défense ne pouvaient être garantis dans la mesure normalement requise par la Convention [devaient être traitées] avec une extrême prudence » (*ibidem*, § 76).

142. En ce qui concerne le quatrième et dernier argument du Gouvernement, la Cour estime que les deux raisons sous-tendant la règle de la preuve unique ou déterminante qui ont été exposées dans l'arrêt *Doorson*, précité, demeurent valables. Pour ce qui est de la première raison, elle considère qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de la conclusion de l'arrêt *Kostovski*, précité, selon laquelle des déclarations chargeant un accusé peuvent fort bien « constituer un mensonge ou résulter d'une simple erreur ». De plus, des dépositions non assermentées faites par des témoins qui ne peuvent pas être interrogés apparaissent souvent à première vue concluantes et accablantes et, comme l'a observé *Lord Justice Sedley*, il est « dangereusement tentant » d'en conclure que l'accusé est indéfendable (paragraphe 115 ci-dessus); or l'expérience montre que la fiabilité des preuves, y compris celles qui semblent concluantes et convaincantes, peut apparaître bien différente lorsque l'on procède à un examen attentif. Les risques inhérents à l'admission d'un témoignage par oui-dire non vérifié sont d'autant plus grands si ce témoignage constitue la preuve unique ou déterminante contre l'accusé. Quant à la deuxième raison, l'accusé ne doit pas être placé dans une position où il se trouve de fait privé d'une possibilité réelle de se défendre parce qu'il ne peut pas contester les éléments à charge. Dans un procès, la procédure doit garantir que les droits de la défense protégés par l'article 6 ne fassent pas l'objet de restrictions inacceptables et permettre à l'accusé de participer effectivement aux débats (*T. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94, § 83, 16 décembre 1999, et *Stanford c. Royaume-Uni*, 23 février 1994, § 26, série A n° 282-A). La Cour ne peut apprécier l'équité d'un procès pénal uniquement à partir de la fiabilité apparente des éléments à charge s'il n'a pas été possible de contester ces éléments après leur admission.

143. Pour ces raisons, la Cour évalue dans chaque cas quelle incidence peut avoir eue sur l'équité globale du procès l'impossibilité pour l'accusé d'interroger un témoin. Elle estime toujours nécessaire d'examiner l'importance du témoignage non soumis à l'épreuve du contre-interrogatoire pour déterminer si les droits de l'accusé ont ou non fait l'objet d'une restriction inacceptable (voir, parmi les premiers exemples, *Unterpertinger*, précité, *Bricmont c. Belgique*, 7 juillet 1989, série A n° 158, et, plus récemment, *Kornev et Karpenko c. Ukraine*, n° 17444/04, §§ 54-57, 21 octobre 2010, *Caka c. Albanie*, n° 44023/02, §§ 112-116, 8 décembre 2009, *Guilloury c. France*, n° 62236/00, §§ 57-62, 22 juin 2006, et *A.M. c. Italie*, *Krasniki*, *Lucà*, et *Saïdi*, précités).

La Commission avait d'ailleurs une jurisprudence analogue (voir, parmi les premiers exemples, *X. c. Autriche*, n° 4428/70, décision de la Commission du 1^{er} juin 1972, Recueil de décisions 40, p. 1, *X. c. Belgique*, n° 8417/78, décision de la Commission du 4 mai 1979, Décisions et rapports (DR) 16, p. 200, *X. c. Allemagne*, n° 8414/78, décision de la Commission du 4 juillet 1979, DR 17, p. 231, et *S. c. Allemagne*, n° 8945/80, décision de la Commission du 13 décembre 1983, DR 39, p. 43).

Cependant, pour apprécier le respect de l'article 6 § 3, la Cour examine toujours l'équité de la procédure dans son ensemble (voir, récemment, *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 50, CEDH 2008).

144. Habituellement, lorsqu'elle considère des griefs tirés de l'article 6 § 1, la Cour apprécie l'équité globale de la procédure en tenant compte de facteurs tels que la manière dont les garanties légales ont été appliquées, l'étendue des possibilités offertes à la défense par la procédure pour compenser les obstacles auxquels elle se trouvait confrontée et la manière dont le juge a mené la procédure dans son ensemble (voir, par exemple, *John Murray*, précité).

145. De plus, dans les affaires où, pour protéger les sources de la police, on n'a pas laissé la défense accéder à tous les éléments, la Cour ne remet pas en cause l'appréciation portée par les juridictions internes quant au point de savoir si les droits de la défense devaient s'effacer devant l'intérêt public, et elle se borne à vérifier si les procédures suivies par les autorités judiciaires ont suffisamment compensé ces restrictions par des garanties appropriées. Elle ne considère pas systématiquement que le fait que la défense n'ait pas pu accéder à certains documents emporte violation de l'article 6 § 1 (voir, par exemple, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* [GC], n° 28901/95, CEDH 2000-II). De même, dans l'arrêt *Salduz* précité (§ 50), la Cour a rappelé que le droit à l'assistance d'un défenseur énoncé à l'article 6 § 3 c) constituait un élément parmi d'autres de la notion de procès équitable en matière pénale contenue à l'article 6 § 1.

146. La Cour estime que la règle de la preuve unique ou déterminante doit être appliquée de la même manière. Il ne serait pas juste d'examiner l'équité d'une procédure en appliquant cette règle de manière rigide ou en ignorant totalement les spécificités de l'ordre juridique concerné et, notamment, de ses règles d'administration des preuves, même si certains arrêts, par tel ou tel *dictum*, ont pu laisser croire le contraire (voir, par exemple, *Lucà*, précité, § 40). Ce serait faire de cette règle un instrument aveugle et inflexible n'ayant rien à voir avec la manière dont la Cour examine traditionnellement la question de l'équité globale de la procédure, à savoir en mettant en balance les intérêts concurrents de la défense, de la victime et des témoins et l'intérêt public à assurer une bonne administration de la justice.

c) Conclusion générale sur la règle de la preuve unique ou déterminante

147. En bref, si l'admission à titre de preuve d'un témoignage par ouï-dire constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'emporte pas automatiquement violation de l'article 6 § 1, lorsqu'une condamnation repose exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les dépositions de témoins absents, la Cour doit soumettre la procédure à l'examen le plus rigoureux. Etant donné les risques inhérents aux témoignages par ouï-dire, le caractère unique ou déterminant d'une preuve de ce type admise dans une affaire est, pour reprendre les mots de Lord Mance dans *R. v. Davis* (paragraphe 50 ci-dessus), un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure et il doit être contrebalancé par des éléments suffisants, notamment par des garanties procédurales solides. Dans chaque affaire où le problème de l'équité de la procédure se pose en rapport avec une déposition d'un témoin absent, il s'agit de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve pour permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci. L'examen de cette question permet de ne prononcer une condamnation que si la déposition du témoin absent est suffisamment fiable compte tenu de son importance dans la cause.

d) Les garanties procédurales contenues dans les lois de 1988 et de 2003

148. La Cour examinera donc les mesures compensatoires qui existaient dans le droit anglais à l'époque pertinente. Elle observe qu'en vertu des lois de 1988 et de 2003, l'absence d'un témoin doit être justifiée et relever de l'un des différents cas de figure définis dans ces textes (voir les articles 23 de la loi de 1988 et 116 de la loi de 2003 aux paragraphes 41 et 44 ci-dessus). Par ailleurs, quelles que soient les raisons de l'absence du témoin, sa déposition est irrecevable s'il est également anonyme.

De plus, en cas d'absence due à la peur, la loi de 2003 ne permet au juge d'admettre la déposition du témoin que s'il considère qu'elle sert l'intérêt de la justice et s'est assuré qu'il ne serait pas possible de mettre en place des mesures spéciales propres à permettre à l'intéressé de témoigner en personne. En pareil cas, le juge doit tenir compte de la difficulté pour l'accusé de contester un témoignage dont l'auteur n'est pas cité à comparaître.

149. La loi de 2003 prévoit encore les garanties suivantes: quelle que soit la raison de l'absence du témoin, les éléments relatifs à sa crédibilité ou à sa cohérence sont recevables même dans l'hypothèse où ils ne l'auraient pas été s'il avait déposé en personne; le juge reste libre de refuser d'admettre un témoignage par ouï-dire s'il estime que les arguments en faveur de son

exclusion l'emportent largement sur ceux militant pour son admission; enfin, élément particulièrement important, il doit mettre fin au procès s'il lui paraît, une fois tous les éléments à charge produits, que les accusations reposent « en tout ou en partie » sur un témoignage par ouï-dire admis en vertu de la loi de 2003 dès lors qu'il estime également que ce témoignage est si peu concluant que, compte tenu de son importance par rapport aux autres éléments à charge, une condamnation serait hasardeuse.

150. En plus des garanties contenues dans les deux lois il est prévu, à l'article 78 de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale, un pouvoir général d'exclusion des témoignages dont l'admission nuirait par trop à l'équité du procès. Enfin, la *common law* impose au juge de délivrer aux jurés l'instruction classique en matière de charge de la preuve et de les mettre en garde contre les dangers du témoignage par ouï-dire.

151. La Cour considère que lesdites garanties – celles contenues dans les lois de 1988 et de 2003 et celles prévues par l'article 78 de la loi de 1984 et par la *common law* – sont, en principe, des garde-fous solides, propres à assurer l'équité de la procédure. Il reste à étudier comment ces garanties ont été appliquées dans chacune des deux affaires ici examinées.

4. *Les cas de l'espèce*

152. Se tournant vers les affaires dont elle est saisie, la Cour observe qu'à l'audience la Grande Chambre a demandé aux parties si elles admettaient que le témoignage de S.T. avait été la preuve unique ou déterminante dans l'affaire de M. Al-Khawaja et le témoignage de T. la preuve unique ou déterminante dans l'affaire de M. Tahery. En réponse à cette question, le Gouvernement, revenant sur la position défendue par lui devant la chambre, a déclaré que ni le témoignage de S.T. ni celui de T. n'avaient constitué une preuve unique ou déterminante (paragraphe 104 et 105 ci-dessus). La Cour examinera donc pour chacun des cas de l'espèce les questions de savoir, premièrement, s'il était nécessaire d'admettre le témoignage par ouï-dire litigieux, deuxièmement, si ce témoignage a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation et, troisièmement, si son admission a été contrebalancée par des éléments, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour assurer l'équité, au regard de l'article 6 §§ 1 et 3 d), de la procédure examinée dans son ensemble.

a) *L'affaire Al-Khawaja*

153. La Cour observe qu'il n'est pas contesté que le décès de S.T. a rendu nécessaire aux fins de la prise en compte de son témoignage l'admission de sa déposition écrite.

154. En ce qui concerne la thèse du Gouvernement selon laquelle la déposition de S.T. était étayée par d'autres éléments de preuve et ne peut donc passer pour avoir constitué une preuve unique ou déterminante, elle relève que le juge qui a admis la déposition de S.T. – et qui était bien placé pour en évaluer l'importance – a déclaré très clairement qu'en l'absence de cet élément le premier chef d'accusation n'aurait pas été retenu (paragraphe 13 ci-dessus). Il n'appartient pas à la Cour, si éloignée du procès, de contredire cette appréciation. En conséquence, force lui est de conclure que la déposition de S.T. a été déterminante.

155. Cependant, comme cela a été indiqué au paragraphe 147 ci-dessus, l'admission de cette déposition doit être considérée non pas comme ayant automatiquement rendu la procédure inéquitable, mais comme un facteur très important à mettre en balance avec les garanties procédurales susmentionnées et les autres éléments compensateurs présents en l'espèce.

156. Il était manifestement conforme à l'intérêt de la justice d'admettre la déposition de S.T., qui avait été enregistrée par la police dans le respect des formes. La fiabilité de cette déposition était corroborée par les éléments suivants : S.T. s'était plainte à deux de ses amis, B.F. et S.H., peu après les faits en question ; il n'existait que des divergences mineures entre sa déposition et le récit fait par elle à ses deux amis, qui témoignèrent tous deux au procès ; et, surtout, il existait des similitudes importantes entre la description de l'agression alléguée faite par S.T. et celle faite par l'autre plaignante, V.U., avec laquelle rien n'indiquait qu'il y eût eu collusion. Dans le cas d'une agression sexuelle perpétrée par un médecin sur une patiente au cours d'une consultation où il se trouvait seul avec elle, on voit mal comment les éléments produits pourraient être plus convaincants et concordants, d'autant que tous les autres témoins furent cités à comparaître au procès et que leur fiabilité fut mise à l'épreuve au travers d'un contre-interrogatoire.

157. Il est vrai que la Cour d'appel a estimé que les recommandations faites par le juge aux jurés avaient été déficientes, mais elle a également considéré qu'elles avaient dû néanmoins leur faire clairement comprendre qu'en égard à l'impossibilité pour le requérant de soumettre S.T. à un contre-interrogatoire et au fait qu'ils ne l'avaient pas vue ni entendue, ils devaient accorder moins de poids à sa déposition (paragraphe 22 ci-dessus). Compte tenu de cette indication et des éléments présentés par l'accusation à l'appui de la déposition de S.T., la Cour considère que les jurés ont pu apprécier correctement et équitablement la fiabilité des allégations portées dans cette déposition à l'encontre du premier requérant.

158. Dans ces conditions, la Cour, considérant l'équité du procès dans son ensemble, estime que si des difficultés ont été causées à la défense par l'admission de la déposition de S.T. et s'il y a des risques inhérents à ce type

de preuve, il existait en l'espèce des éléments compensateurs suffisants pour faire conclure que cette circonstance n'a pas emporté violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention.

b) L'affaire Tahery

159. La Cour considère que le juge a procédé à des investigations appropriées pour déterminer si la peur éprouvée par T. reposait sur des motifs objectifs. Il a entendu à cet égard tant l'intéressé qu'un policier et il a vérifié si l'adoption de mesures spéciales, telles que la comparution derrière un écran, ne serait pas de nature à apaiser les craintes de T. Même s'il a été révélé dans le cadre du procès que l'auteur de la déposition incriminante était T., la conclusion du juge selon laquelle celui-ci avait réellement peur de venir témoigner et ne se serait pas présenté à l'audience même si des mesures spéciales avaient été mises en place constitue une justification suffisante pour l'admission de sa déposition.

160. La Cour note que lorsque les personnes présentes sur les lieux lors de l'agression de S. furent interrogées pour la première fois, aucune n'affirma avoir vu M. Tahery porter les coups de couteau, et S. lui-même déclara ne pas savoir qui l'avait frappé, ajoutant qu'il avait supposé au départ que c'était M. Tahery. T. fit sa déposition incriminant le requérant deux jours après les faits. Il était le seul à dire qu'il avait vu la scène. Son témoignage oculaire non corroboré était donc, sinon la preuve unique, du moins la preuve déterminante contre le requérant. Il s'agissait clairement d'une preuve de poids sans laquelle la probabilité d'une condamnation aurait été bien moindre. Or, quelque cohérent et convaincant qu'il pouvait apparaître au premier abord, ce témoignage ne peut être rangé dans la catégorie des preuves pouvant être qualifiées de « manifestement fiables », comme pourrait l'être la déclaration d'un mourant désignant son assassin, pour ne prendre que l'un des exemples donnés par la Cour d'appel et la Cour suprême dans leurs arrêts respectifs concernant l'affaire *Horncastle and others*, précitée (paragraphes 53 et 60 ci-dessus).

161. Le caractère unique ou déterminant de pareille preuve non vérifiée pèse lourd dans la balance et appelle des éléments suffisamment compensateurs des difficultés que son admission fait subir à la défense. A cet égard, le Gouvernement s'appuie essentiellement sur deux éléments : le fait que le juge a conclu qu'il ne serait pas inéquitable d'admettre la déposition de T. dès lors que le requérant pouvait la contester ou la réfuter en témoignant lui-même ou en faisant citer à comparaître d'autres témoins qui étaient présents, dont son oncle, et la mise en garde adressée par le juge aux jurés et selon laquelle il fallait traiter avec prudence la déposition du témoin absent.

162. La Cour considère que ni l'un quelconque de ces facteurs ni la combinaison des deux n'étaient aptes à suffisamment compenser les obstacles auxquels la défense se trouvait confrontée. Même si le requérant a déposé en personne et nié les faits, par la force des choses il n'a pas pu contester la sincérité et la fiabilité de T. au moyen d'un contre-interrogatoire. Le fait est que T. était le seul témoin apparemment disposé ou apte à rapporter ce qu'il avait vu. La défense n'a pas pu appeler d'autres témoins pour contredire son témoignage par ouï-dire.

163. L'autre témoignage produit au procès est celui de la victime, S., qui ne savait pas qui l'avait poignardé mais supposait que c'était le requérant. Son témoignage ne pouvait donc faire naître qu'une présomption et, pour l'essentiel, le requérant ne le contesta pas. S. relata l'altercation et les faits et gestes du requérant après l'incident (paragraphe 32 ci-dessus). Si ce témoignage corroborait certains détails de la déposition de T., il ne pouvait au mieux appuyer que de manière indirecte l'allégation de celui-ci selon laquelle l'auteur des coups de couteau était le requérant.

164. Il est vrai que les recommandations faites par le juge dans son résumé à l'intention des jurés étaient circonstanciées et soigneusement formulées, appelant l'attention sur le risque qu'il y avait à se fier à un témoignage livré par une personne n'ayant pu être contre-interrogée. La Cour considère toutefois qu'une telle mise en garde, aussi claire et énergique soit-elle, ne peut passer pour une compensation suffisante lorsque la déposition non vérifiée de l'unique témoin oculaire produit par l'accusation constitue la seule preuve à charge directe.

165. En conséquence, elle estime que le caractère déterminant du témoignage de T. en l'absence dans le dossier de preuves solides aptes à le corroborer emporte la conclusion que les jurés n'ont pas pu apprécier correctement et équitablement la fiabilité de ce témoignage. Considérant l'équité de la procédure dans son ensemble, la Cour juge que les éléments censés compenser les difficultés auxquelles la défense s'est trouvée confrontée du fait de l'admission de la déposition de T. n'étaient pas suffisants. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec l'article 6 § 3 d) à l'égard de M. Tahery.

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

166. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

167. Aucune violation n'ayant été constatée à l'égard du premier requérant, il n'y a lieu d'examiner la question de la satisfaction équitable qu'à l'égard du second requérant.

A. Dommage

168. Comme il l'avait fait devant la chambre, le second requérant plaide qu'il n'aurait pas été reconnu coupable des infractions en question et n'aurait pas été condamné de ce chef à une peine d'emprisonnement s'il n'y avait pas eu violation de la Convention, en quoi son affaire se distinguerait de la plupart de celles portant sur l'article 6. Se fondant sur la durée de la peine lui ayant été infligée et sur les montants des indemnités octroyées dans des affaires internes comparables pour des détentions injustifiées, il réclame 65 000 livres sterling (GBP), soit 83 830 euros (EUR) environ. Reprenant les arguments développés par lui devant la chambre, le Gouvernement considère, premièrement, qu'il n'existe aucun lien de causalité entre la violation alléguée de la Convention et la condamnation du requérant, deuxièmement, que la jurisprudence nationale ne présente guère d'intérêt pour la question de la réparation et, troisièmement, qu'un constat de violation représenterait, le cas échéant, une satisfaction équitable suffisante. A titre subsidiaire, il estime que les requérants ne doivent pas se voir accorder l'intégralité de la somme qu'ils demandent, mais une somme bien moindre, de l'ordre des 6 000 EUR accordés dans l'affaire *Visser c. Pays-Bas* (n° 26668/95, § 56, 14 février 2002).

169. Dans son arrêt, la chambre a admis que la jurisprudence des juridictions internes ne présentait guère d'intérêt pour la question de la réparation du dommage moral censée être tranchée par elle. Elle a toutefois estimé que les poursuites dont le requérant avait fait l'objet n'avaient pas satisfait aux exigences posées par la Convention, à tout le moins pour les accusations fondées sur la déposition de T., et que cela n'avait pu manquer d'inspirer à l'intéressé de la détresse et de l'angoisse. Elle lui a accordé la somme de 6 000 EUR pour préjudice moral.

170. La Grande Chambre ne voit pas de raison de s'écarter de l'appréciation de la chambre et octroie donc la même somme de 6 000 EUR.

B. Frais et dépens

171. Devant la chambre, le second requérant avait réclamé pour frais et dépens une somme totale de 7 995 GBP (9 079 EUR) pour, d'une part, l'intervention de M^e Trowler (quarante-cinq heures de travail, y compris la comparution à l'audience devant la Cour et le déplacement à Strasbourg, soit au total 5 571,47 GBP, TVA comprise), et, d'autre part, l'intervention

de son *solicitor* (1 734,16 GBP d'honoraires pour quinze heures de travail et 689,40 GBP de frais, soit au total 2 423,56 GBP, TVA comprise).

172. Devant la Grande Chambre, l'intéressé sollicite un montant total de 3 614,82 GBP pour le travail accompli par son *solicitor* devant la chambre et devant la Grande Chambre. Il demande par ailleurs 3 643 GBP, TVA incluse, pour un surcroît de trente-sept heures de travail de M^e Trowler, dont dix-sept heures pour sa comparution prévue à l'audience devant la Grande Chambre et son déplacement à Strasbourg. En fait, M^e Trowler n'a pas pu se libérer pour venir assister à l'audience.

173. Le Gouvernement estime les taux horaires facturés trop élevés.

174. La Cour juge que les demandes formulées ne sont pas excessives au regard de la complexité de l'affaire. En conséquence, à l'exception des dix-sept heures comptées au titre de la comparution anticipée mais non avenue de M^e Trowler à l'audience devant la Grande Chambre et du déplacement de l'intéressé à Strasbourg à cette fin, elle considère qu'il y a lieu d'accueillir en entier le surplus de la demande de remboursement de ses frais et dépens formulée par le second requérant et lui accorde donc la somme de 13 150 EUR, TVA comprise, moins les 1 150 EUR reçus du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire, à convertir en livres sterling à la date du règlement.

C. Intérêts moratoires

175. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention à l'égard de M. Al-Khawaja;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention à l'égard de M. Tahery;
3. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au second requérant, M. Tahery, dans les trois mois, les sommes suivantes, à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement :
 - i. 6 000 EUR (six mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, pour dommage moral,
 - ii. 12 000 EUR (douze mille euros), plus tout montant pouvant être

dû à titre d'impôt sur cette somme par le second 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*, 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 15 décembre 2011.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Françoise Tulkens
Présidente

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 Bratza ;
- opinion commune en partie dissidente et en partie concordante des juges Sajó et Karakaş.

F.T.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE BRATZA

(Traduction)

1. Dans l'arrêt *R. v. Horncastle and others* ([2009] UKSC 14), qu'il lui revint de prononcer et auquel souscrivirent les autres membres de la Cour suprême, Lord Phillips refusa d'écarter les dispositions pertinentes de la loi de 2003 sur la justice pénale au profit du « critère de la preuve unique ou déterminante » utilisé par notre Cour. Pour en décider ainsi, il jugea que les dispositions en question ménageaient l'équilibre voulu entre, d'une part, l'exigence d'équité du procès et, d'autre part, l'intérêt des victimes en particulier, et celui de la société en général, à ce qu'un criminel contre lequel il existerait des preuves accablantes contenues dans une déclaration apparemment fiable d'un témoin décédé ou incapable de comparaître pour une autre raison ne reste pas impuni. Tout en indiquant qu'il était parvenu à cette décision après avoir dûment tenu compte de la jurisprudence de la Cour, Lord Phillips déclara en conclusion qu'il espérait que « la Cour de Strasbourg pr[endrait] elle aussi en compte, le moment venu, les raisons qui [l'avaient] conduite à écarter le critère de la preuve unique ou déterminante dans cette affaire » (arrêt *Horncastle and others*, *ibidem*, § 108).

2. A mes yeux, la présente affaire constitue un bon exemple du dialogue judiciaire évoqué par Lord Phillips entre les juridictions nationales et la Cour européenne sur l'application de la Convention. L'affaire *Horncastle and others*, précitée, a été jugée par la Cour suprême après le prononcé de l'arrêt rendu dans la présente affaire par une chambre dans laquelle j'avais siégé, et c'est notamment pour que les critiques formulées contre cet arrêt puissent être examinées que le collège de la Grande Chambre a fait droit à la demande de renvoi devant celle-ci présentée par le gouvernement défendeur.

3. En tant que juge élu au titre du Royaume-Uni dans une affaire dirigée contre cet Etat, j'ai eu le redoutable devoir, conformément à la Convention, de siéger et de voter à nouveau au sein de la Grande Chambre. Dans son arrêt, auquel je souscris, la Grande Chambre ne s'est pas contentée de tenir compte du point de vue de la Cour suprême sur le critère de la preuve unique ou déterminante et sur l'application faite de celui-ci par la chambre. Elle a réexaminé les garanties contenues dans la loi de 2003 (et sa devancière, la loi de 1998 sur la justice pénale) visant à assurer l'équité du procès pénal en cas d'admission d'un élément de preuve par ouï-dire. S'il ressort du présent arrêt que la Cour n'a pas souscrit à toutes les critiques adressées au critère en question, elle a tenu compte de ce qui apparaissait comme l'une des principales difficultés signalées par la Cour suprême, à savoir l'application rigide de ce critère ou principe qui transparaissait

dans l'arrêt de chambre *Lucà c. Italie* (n° 33354/96, CEDH 2001-II) et qui voulait qu'une condamnation fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur des déclarations de témoins absents fût incompatible avec l'exigence d'équité inhérente à l'article 6, quelles que fussent les garanties procédurales compensatoires éventuellement prévues par l'ordre interne. Je partage l'avis de la majorité selon lequel une application inflexible de la règle en question, qui ignorerait les spécificités de l'ordre juridique concerné, serait contraire à la manière dont la Cour examine traditionnellement la question de l'équité globale du procès pénal dans d'autres circonstances. Selon le nouveau principe formulé par la Cour, le fait qu'une condamnation soit fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions de témoins absents est un facteur très important à mettre dans la balance pour l'appréciation de l'équité du procès et qui doit être contrebalancé par des éléments solides, notamment par des garanties procédurales effectives, mais qui ne doit pas automatiquement conduire à un constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

4. Après avoir réexaminé les deux affaires à la lumière des principes précités, je souscris aux conclusions de la majorité d'où il ressort que l'article 6 § 1 n'a pas été violé dans l'affaire *Al-Khawaja*, contrairement à ce que je pensais lorsque je siégeais à la chambre, mais que cette disposition a été enfreinte dans l'affaire *Tahery*.

OPINION COMMUNE EN PARTIE DISSIDENTE
ET EN PARTIE CONCORDANTE
DES JUGES SAJÓ ET KARAKAŞ

(Traduction)

La Cour suprême du Royaume-Uni nous a invités (*R. v. Horncastle and others* [2009] UKSC 14) à clarifier les principes sous-tendant la règle d'exclusion du oui-dire constitutif d'une preuve unique ou déterminante. Pareille demande, qui reflète une véritable préoccupation à l'égard de notre jurisprudence, où les juges nationaux ont cru relever des divergences, appelle un examen soigneux permettant un dialogue de bonne foi¹

Apparemment, le point qui appelle des précisions est celui de savoir si, lorsqu'une condamnation repose uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats, il faut considérer que les droits de la défense sont restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 (règle de la preuve « unique ou déterminante »). La question posée est alors celle de savoir si la règle de la preuve « unique ou déterminante » doit être considérée comme une règle absolue dont le non-respect rendrait automatiquement la procédure inéquitable et emporterait par conséquent violation de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 119 de l'arrêt). Or une problématique bien plus importante est en jeu : ce qui est en cause en réalité, c'est la relation entre les droits fondamentaux de l'accusé et l'intérêt légitime de la société à imposer une sanction, à l'issue d'un procès équitable (l'équité impliquant également que les innocents ne doivent pas être punis). En fait, il s'agit

1. Nous pouvons admettre que, comme l'a dit la Cour suprême, la notion de « preuve déterminante » n'a peut-être pas été suffisamment explicitée. Cela découle de ce que, d'une part, la Cour examine les affaires au cas par cas afin de respecter la souveraineté législative et judiciaire des Etats et, d'autre part, elle considère que les autorités nationales sont les mieux placées pour définir pareilles notions. Cette approche est conforme au principe de subsidiarité. Cela étant, pour répondre à la demande du Gouvernement, la Cour énonce dans le présent arrêt une définition de cette notion.

A notre avis, il est raisonnable de considérer qu'une preuve « déterminante » est une preuve sans laquelle les autorités n'auraient pas pu engager de poursuites. Un critère plus sévère aboutirait probablement à une exclusion totale du oui-dire ; un critère moins sévère se prêterait à des abus. De plus, lorsque le témoignage est tel que, sans lui, il ne pourrait y avoir de poursuites – et encore moins de condamnation – le fait de ne pas laisser à l'accusé une possibilité suffisante de contre-interroger le témoin restreint les droits de la défense dans une mesure bien plus importante que lorsque d'autres preuves corroborent de manière indépendante la thèse de l'accusation. Le critère de la preuve unique ou déterminante fonctionne ici comme une sécurité dans l'application de l'article 6 § 3 d) : il vise à garantir que l'exception n'affaiblisse pas la règle et qu'aucune condamnation ne repose essentiellement ou exclusivement sur une preuve par oui-dire.

de savoir dans quelle mesure le droit à un procès équitable, qui est une préoccupation institutionnelle et une question de juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'accusé d'une part et de l'administration de la justice d'autre part, peut absorber ou amoindrir des droits individuels énoncés dans la Convention en termes absolus et catégoriques.

Pour clarifier les principes en jeu en l'espèce, il faut partir de la protection des droits de la défense expressément énoncée à l'article 6 §§ 1 et 3 d).

Il convient de souligner que les dispositions de l'article 6 §§ 1 et 3 d) sont liées à un déséquilibre intrinsèque entre la position de l'accusé et celle de l'Etat. Elles reposent sur le postulat que l'intérêt de la justice, à lui seul, n'apporte pas à l'accusé une protection adéquate contre le risque de faire l'objet d'un procès inéquitable et d'être condamné à tort. Le pouvoir accusatoire étant sujet à des abus ainsi qu'à la pression de la bureaucratie, qui exige que l'on trouve et punisse un coupable, la défense ne doit pas être indûment empêchée de contrer les allégations de l'Etat. On dit parfois que les droits de la défense doivent être « mis en balance » avec l'intérêt public à rendre la justice, et en particulier avec les droits, au regard de la Convention, des victimes et des témoins. Or la protection des droits de la défense, parmi lesquels figure celui d'interroger les témoins à charge, relève déjà au départ de l'intérêt de l'administration de la justice en ce qu'elle est un élément fondamental de l'équité du procès. Le fait qu'une disposition distincte de la Convention (le paragraphe 3 de l'article 6) soit consacrée aux droits fondamentaux de la défense montre que ces droits sont nécessaires, dans l'intérêt de l'équité, pour contrebalancer le pouvoir dominant de l'accusation. Les soupeser une deuxième fois avec l'intérêt de l'administration de la justice, comme le Gouvernement a voulu le faire dans les affaires *Al-Khawaja* et *Tahery*, revient à accorder un avantage manifeste à l'accusation et à l'intérêt d'administrer la justice (dans le sens « sanctionner »). La Cour n'a jamais dit que l'article 6 § 3 d) ne donnait que des exemples de points à prendre en compte pour juger de l'équité d'un procès pénal comme l'a affirmé *Lord Justice Waller* dans l'arrêt *R v Sellick and Sellick* ([2005] EWCA Crim 651, cité dans *Horncastle and others*, § 79)¹.

Au paragraphe 143 de l'arrêt, la Cour dit ceci : « Cependant, pour apprécier le respect de l'article 6 § 3, la Cour examine toujours l'équité de la procédure *dans son ensemble* (voir, récemment, *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 50, CEDH 2008) », (soulignement ajouté). L'emploi de l'expression « dans son ensemble » est nouveau dans le contexte de l'article 6. Il est vrai que la Cour évalue dans chaque cas quelle incidence peut avoir eue sur l'équité de la procédure « dans son ensemble » l'impossibilité

1. Les travaux préparatoires indiquent d'ailleurs que les paragraphes 1 et 3 ont été examinés séparément.

pour l'accusé d'interroger un témoin. Elle a reconnu par le passé qu'une éventuelle restriction d'un élément de l'un des droits de la défense pouvait être compensée par ailleurs, auquel cas le procès pouvait être équitable. Cependant, malgré l'approche holistique (appelée dans le présent arrêt « dans son ensemble ») qu'elle applique pour vérifier l'équité du procès, elle n'a jamais dit que le procès pouvait être équitable lorsque l'un des droits fondamentaux avait été vidé de sa substance. En ce qui concerne le droit de contre-interroger les témoins et le principe plus large mais lié de l'égalité des armes, elle a systématiquement et constamment posé une limite claire, qu'elle n'a jamais abandonnée, et qui est la règle de la preuve unique ou déterminante. Aujourd'hui, on fait tomber ce dernier rempart du droit de se défendre au nom d'un examen dans son ensemble de l'équité du procès.

A la lumière de notre jurisprudence, il est indéniable que, dans l'examen de l'équité d'un procès, les droits visés à l'article 6 § 3 sont sujets à interprétation. Référence a été faite à cet égard à l'affaire *Salduz*, précitée, (voir paragraphe 143 de l'arrêt). Or les différences de raisonnement entre la présente affaire et l'affaire *Salduz*, qui s'inscrit dans une jurisprudence bien établie, sont tout à fait révélatrices. Dans l'affaire *Salduz*, il n'est pas question d'un examen « dans son ensemble ». La Cour conclut à la violation « de l'article 6 § 3 c) de la Convention combiné avec l'article 6 § 1 »¹. Bien sûr, la terminologie en elle-même n'est pas particulièrement révélatrice – ce qui l'est, c'est le changement de terminologie.

La démarche suivie par la Cour dans l'affaire *Salduz* pour préciser la nature de la relation à l'examen en l'espèce, qui consistait à partir de l'article 6 § 1 pour interpréter le droit à un avocat (et qui peut être appliquée *mutatis mutandis* à la présente affaire compte tenu du caractère analogue de la structure des droits garantis respectivement par les alinéas c) et d) de l'article 6 § 3), était dictée par la nécessité d'interpréter de manière extensive le droit en jeu. La Convention garantit le droit d'être assisté par un avocat (le droit de « se défendre »), mais elle ne précise pas à quelle étape de la procédure ce droit doit être accordé. On pourrait arguer qu'il ne s'applique qu'au stade du procès. Or la Cour n'a pas accepté une interprétation aussi restrictive, et, analysant le droit à un avocat au regard de ses conséquences sur l'équité du procès, elle en a étendu la portée. Elle n'a avancé ni dans l'affaire *Salduz* ni dans aucune autre que le procès équitable absorbait les droits spécifiques visés à l'article 6 § 3.

1. Quelques opinions concordantes utilisent l'expression « l'article 6 § 3 c), lu combiné avec l'article 6 § 1 ». La Cour utilise aussi fréquemment la formule suivante: « étant donné que les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1, la Cour examinera le grief sous l'angle de ces deux textes combinés » (voir, par exemple, *Gossa c. Pologne*, n° 47986/99, § 51, 9 janvier 2007).

Il existe sans conteste dans notre jurisprudence plusieurs arrêts où la Cour a jugé que les garanties du procès équitable avaient été respectées en interprétant de manière restrictive les droits visés à l'article 6 § 3, dont celui d'interroger les témoins. L'article 6 § 1 a toujours été utilisé comme une solution de repli, en ce sens qu'on ne considérait pas que la restriction avait rendu le procès inéquitable lorsqu'elle avait été compensée, au moins en théorie, par une forme de contrepoids. Selon les cas, la restriction pouvait avoir été dictée par la nécessité en pratique de garantir l'efficacité de l'enquête et du procès (nécessité de l'administration de la justice) ou par des conflits avec les droits de tiers au regard de la Convention (par exemple dans des cas où il fallait protéger le droit à la vie d'un témoin). Dans tous ces cas, des garanties supplémentaires ont été exigées et la Cour a toujours vérifié qu'avait été respectée l'essence du droit de contre-interroger le témoin conformément au principe de l'égalité des armes (comme dans le cas de « l'avocat spécial » – ou lorsque, aux fins de la protection de témoins vulnérables, des techniques spéciales de confrontation avaient été appliquées).

La jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les droits de la défense dans le contexte de l'équité du procès s'articule autour de quatre propositions. Premièrement, ces droits découlent des principes de l'égalité des armes et du caractère contradictoire de la procédure: la défense ne doit pas être placée en situation de désavantage par rapport à l'accusation et quiconque fait l'objet d'une accusation pénale doit pouvoir mettre à l'épreuve la fiabilité des éléments à charge. Deuxièmement, même si l'on peut dans une certaine mesure déroger aux droits de la défense, tout écart à la règle doit être justifié et être suffisamment compensé par des garanties procédurales. Troisièmement, pour déterminer si le procès dans son ensemble a été équitable, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle la défense a été désavantagée. Enfin, lorsque le verdict de culpabilité repose dans une mesure déterminante sur les dépositions de témoins que la défense n'a eu la possibilité d'interroger ni avant ni pendant le procès, le désavantage est tel qu'il ne peut être effectivement compensé par aucune garantie procédurale et qu'il constitue en lui-même une violation de l'article 6. C'est cette quatrième proposition que l'on connaît sous le nom de règle de la preuve unique ou déterminante. Or il est peut-être plus judicieux, comme nous le proposons ci-dessous, de comprendre comme un tout les deuxième, troisième, et quatrième propositions et de considérer que, ensemble, elles forment une exception très limitée à l'interdiction du ouï-dire. Nous le répétons, il appartient aux Etats de déterminer quels types de preuves sont recevables, et la Cour n'a jamais posé d'interdiction globale à cet égard. Toutefois, sa jurisprudence montre à l'évidence que le ouï-dire demeure un type de preuve problématique qui, du fait de l'impossibilité générale d'en

vérifier la fiabilité, appelle des précautions particulières. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* (20 novembre 1989, § 42, série A n° 166), «les dangers inhérents à pareille situation tombent sous le sens». La Cour appelle certes à faire preuve d'une «extrême» précaution dans le traitement des témoignages non vérifiés, mais la réalité est que soit une preuve est utilisée, soit elle ne l'est pas¹.

La Convention ne prévoit pas de motifs permettant de restreindre les droits de la défense. Au contraire, on considère souvent qu'elle vise expressément des droits qui, parce qu'ils sont essentiels pour l'équité, doivent être protégés pour que le procès soit équitable. Lorsque des difficultés pratiques surviennent, les mesures prises pour y remédier doivent s'apprécier en fonction de la question de savoir non pas si ces droits doivent s'effacer devant d'autres intérêts légitimes mais s'ils ont été suffisamment protégés. On ne saurait laisser prévaloir les intérêts de l'accusation sous couvert de protéger les témoins ou simplement pour que l'accusé soit puni (la sanction étant présentée comme l'intérêt primordial de la justice).

La Cour a rappelé dans sa jurisprudence antérieure que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et qu'elle n'a pas pour tâche de se prononcer sur le point de savoir si une preuve donnée a été correctement admise, mais de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble a revêtu un caractère équitable (*Kostovski*, précité, § 39). Pour vérifier qu'un procès a été équitable, elle doit néanmoins apprécier, notamment, l'administration des témoignages à charge et à décharge. En principe, l'article 6 § 3 d) exige, afin de garantir le caractère contradictoire des débats, que les témoignages soient faits dans le cadre d'une audience publique et en présence de l'accusé. En l'absence de confrontation au procès, un contre-interrogatoire au stade de l'instruction peut toutefois être suffisant (*Kostovski*, précité, § 39). Les affaires dans lesquelles se pose un problème au regard de l'article 6 § 3 d) sont principalement des affaires comme celles de MM. Al-Khawaja et Tahery, où la défense n'a pas eu la possibilité d'interroger les témoins clés soit avant soit pendant le procès. Le point de départ est donc que la défense doit se voir offrir la possibilité de contester le témoignage au tribunal et, à moins de raisons impérieuses, au procès même. Le fait que la Cour n'examine pas les questions de recevabilité des preuves (sauf pour ce qui est des preuves obtenues par des traitements contraires à l'article 3) ne signifie pas qu'elle n'est pas consciente du problème.

L'exigence d'un contre-interrogatoire est fondée, en particulier lorsque le témoignage est capital pour l'accusation. La valeur d'un témoignage dépend de la crédibilité du témoin. Pour pouvoir contester cette crédibilité,

1. Voir la critique de Stefan Trechsel *in* *Human Rights in Criminal Proceedings*, OUP, 2005, p. 313.

il faut connaître l'identité du témoin. Le comportement du témoin est également très important, tout comme l'est la possibilité pour le juge et les jurés d'entendre la déposition directement de sa bouche. Même des juges expérimentés peuvent accorder à leur insu un poids qu'il ne mérite pas à un témoignage dont la défense n'a pas pu interroger l'auteur. Ces considérations, *a fortiori*, sont plus importantes encore lorsque l'accusé est jugé par un jury: en effet, un magistrat professionnel est mieux placé qu'un profane pour apprécier les informations obtenues par un autre juge ou en sa présence dans le cadre d'une audition préliminaire. Demander à des jurés d'apprécier une déposition dont l'auteur n'a pas été contre-interrogé requiert des compétences judiciaires bien plus avancées que de demander à des juges d'en apprécier la recevabilité au regard de sa valeur potentielle pour l'accusation. Aux fins du respect de l'article 6 § 3 d), il peut donc être nécessaire de prendre des précautions particulières pour s'assurer qu'un témoignage non vérifié ne sera pas présenté aux jurés s'il est en soi susceptible de déterminer l'issue de l'affaire. En l'espèce, la Cour doit donc se demander a) si les précautions prises dans l'ordre juridique de l'Angleterre et du pays de Galles ont été suffisantes; ou b) si au contraire les risques associés à l'admission par ailleurs soigneusement contrebalancée d'un ouï-dire constituant la preuve unique ou déterminante sont tels qu'ils ont mis en péril les droits de la défense et donc l'équité du procès et ont ainsi porté atteinte à l'effectivité de la protection des droits de l'homme.

Une condamnation pénale reposant (de manière déterminante) sur un ouï-dire est paradigmatique de l'injustice appelant la protection ferme de l'article 6 § 3 d). Dans ces conditions, il n'y a pas à se demander si le tribunal estime par ailleurs que le témoignage non vérifié est fiable. A cet égard, le rappel à la prudence du juge Scalia dans l'affaire *Crawford v. Washington* (541 U.S. 36, 62, 2004), est instructif: «Dispensing with confrontation because testimony is obviously reliable is akin to dispensing with jury trial because a defendant is obviously guilty»¹. L'appréciation qu'a faite le

1. Dans ses observations devant la Grande Chambre, le Gouvernement qualifie à tort l'arrêt *Crawford* d'absolutiste et anachronique. La réalité est qu'au contraire, les références faites par le juge Scalia aux préoccupations des Pères fondateurs à l'égard du procès de Sir Walter Raleigh montrent le principe qui sous-tend la règle. S'il applique des critères plus exigeants que les nôtres, l'arrêt *Crawford* n'est pas pour autant absolutiste. La règle d'exclusion américaine ne s'applique qu'aux témoignages et reconnaît des exceptions qui étaient déjà bien connues au moment de la fondation de la République (*Davis v. Washington*, 547 U.S. 813, 2006). Le fait qu'un témoin ne soit pas disponible et qu'il n'y ait pas eu auparavant de possibilité de le soumettre à un contre-interrogatoire suffit à satisfaire à l'exigence d'une confrontation en droit positif américain. Dans les affaires *Davis* et *Hammon*, qui concernaient l'une comme l'autre des violences familiales, la Cour suprême a expliqué ceci: «[s]tatements are non-testimonial when made in the course of police interrogation under circumstances objectively indicating that the [interrogation's] primary purpose ... is to enable police assistance to meet an ongoing emergency, [but they] are testimonial when the circumstances objectively indicate that there is no such

Gouvernement du caractère convaincant et fiable des preuves admises dans les affaires *Al-Khawaja* et *Tahery* est sujette à caution pour la raison même que la manière dont il a été procédé à cette appréciation portait atteinte au droit de la défense d'interroger les témoins clés.

A partir du moment où l'on reconnaît la relation de principe entre le respect des droits de la défense et l'équité du procès, le critère de la preuve unique ou déterminante apparaît comme une exception à l'interdiction totale du ouï-dire prévue par une règle distincte. En tant qu'exception, il doit s'interpréter de manière stricte et étroite. Lorsque, par le passé, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 6 § 3 d), elle a aussi noté la présence de preuves corroborantes de nature à justifier le verdict de culpabilité (voir, par exemple, *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, § 52, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, *Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996, § 72, *Recueil* 1996-II, et *Gossa*, précité, § 61).

L'application du droit anglais faite dans les affaires *Al-Khawaja* et *Tahery* revient à créer une exception à ce qui est déjà l'exception. La question à laquelle la Cour doit répondre est donc celle de savoir si les principes sous-tendant l'article 6 §§ 1 et 3 d) peuvent résister à ce nouveau recul des droits de la défense. Le Gouvernement a affirmé que les preuves retenues dans ces affaires étaient dignes de foi car le système de la *common law* permettait d'apprécier la solidité des preuves en l'absence de confrontation et de protéger les droits de la défense indépendamment des dispositions de la Convention. Ce raisonnement n'est pas convaincant. Le but même de la Convention est de protéger les individus de violations des droits de l'homme commises par l'Etat, notamment par des organes judiciaires composés de juges des faits qui, quels que soient leur professionnalisme et leur humanisme, sont malgré tout faillibles. Ce n'est pas un hasard si la méfiance à l'égard des témoignages non soumis à confrontation reste la règle dans les systèmes de *common law*. Les opinions exprimées par la Commission irlandaise pour la réforme du droit sont particulièrement instructives à cet égard: «L'admission de déclarations de témoins non comparants comporte des dangers en ce qu'elle compromet le droit du défendeur à un procès équitable, et l'on ouvrirait la porte à l'erreur judiciaire si l'on déclarait admissibles les preuves émanant de témoins apeurés ou introuvables. La Commission rappelle avoir recommandé, à titre provisoire, que les juridictions disposent d'une certaine latitude pour interpréter en tant que de besoin le principe applicable à la preuve par ouï-dire.» (paragraphes 69-71 de l'arrêt). Dans un contexte comparable à celui de l'affaire *Al-Khawaja*, les dangers inhérents à

ongoing emergency, and that the [interrogation's] primary purpose is to establish or prove past events potentially relevant to later criminal prosecution» (547 U.S.822).

l'admission du ouï-dire ont conduit la Cour suprême du Canada à restreindre la recevabilité des témoignages qu'il n'était pas possible de contester (affaire *R. v. Khewalton* [2006] 2 S.C.R. 787). De même, comme indiqué plus haut, les Etats-Unis d'Amérique, qui ont un système de *common law* parfaitement opérationnel, appliquent une exigence de confrontation plus stricte que celle de la Convention européenne des droits de l'homme. Plus important encore, lorsque le Royaume-Uni a ratifié la Convention, il était censé, comme les autres pays, avoir un système juridique conforme à cet instrument. Or au moment de la ratification, la règle applicable en *common law* était l'exclusion du ouï-dire¹.

Dans le monde entier, le populisme, la police et l'accusation font pression sur les tribunaux pour qu'ils ignorent les garanties fondamentales de la procédure pénale. Parfois, les demandes sont légitimement justifiées par des difficultés pratiques, mais ce n'est pas une raison suffisante pour renoncer à la protection des droits de l'accusé: ceux-ci sont cruciaux pour l'équité du procès et la bonne administration de la justice.

Les raisons de l'absence ou de l'anonymat du témoin pouvant être diverses (décès, intimidation, vulnérabilité en tant que victime de violences familiales ou en tant que mineur ayant subi des abus sexuels ...), il faut se garder de traiter les affaires à l'emporte-pièce. La protection des témoins mineurs d'un traumatisme supplémentaire, par exemple, requiert une attention particulière. Cependant, même dans ce type d'affaires, la défense doit pouvoir faire poser des questions au témoin dans le cadre soit d'une audition préliminaire soit d'une enquête préliminaire. Les séances peuvent être enregistrées sur un support vidéo pour permettre aussi à la défense de contester la crédibilité du témoin devant le jury (voir, par exemple, *S.N. c. Suède*, n° 34209/96, § 52, CEDH 2002-V). En général, toute restriction aux droits de la défense doit être traitée avec une extrême prudence (*S.N. c. Suède*, précité, § 53). Là encore, la solution acceptable a été une forme particulière de vérification de la déposition. Mais il y a bien eu vérification, et la confiance n'a pas été accordée à une déposition unique ou déterminante d'un témoin sans en avoir éprouvé la fiabilité.

1. Voir la déclaration de Lord Bingham (*R. v. Davis*, précité, § 24): «As my noble and learned friend Lord Rodger of Earlsferry suggested ... 'the introduction of article 6(3)(d) will not have added anything of significance to any requirements of English law for witnesses to give their evidence in the presence of the accused'. It may well be (this was not explored in argument) that the inclusion of article 6(3)(d), guaranteeing to the defendant a right to examine or have examined witnesses against him, reflected the influence of British negotiators. It is in any event clear, as my noble and learned friend observed in the same case, para 11, that 'An examination of the case law of the European Court of Human Rights tends to confirm that much of the impact of article 6(3)(d) has been on the procedures of continental systems which previously allowed an accused person to be convicted on the basis of evidence from witnesses whom he had not had an opportunity to challenge.»

Dans les affaires *Al-Khawaja* et *Tahery*, il n'y a eu aucune possibilité de contre-interroger les témoins avant le procès, et aucun intérêt clair, hormis ceux toujours présents de la sécurité publique et de la répression des infractions, n'a été avancé pour justifier l'obstacle créé à la défense. Le suicide de S.T. dans l'affaire *Al Khawaja* et le refus de T. de témoigner à l'audience par peur de passer pour un indicateur dans sa communauté dans l'affaire *Tahery* se distinguent clairement des cas où il existe un besoin exceptionnel de protéger le témoin contre l'accusé, tels ceux de témoins mineurs victimes d'abus ou de témoins harcelés par des membres du crime organisé. Il est bien possible qu'il faille prendre des précautions particulières lorsque les témoins clés sont tués ou intimidés du fait des agissements de l'accusé. Cependant, cette situation ne s'est produite ni dans l'affaire *Al-Khawaja* ni dans l'affaire *Tahery*. Il n'est donc pas nécessaire de traiter cette question pour les résoudre.

Nous comprenons la nature des difficultés auxquelles est confrontée l'accusation lorsque des témoins clés décèdent ou refusent de comparaître parce qu'ils ont réellement peur, mais l'article 6 ne concerne que la protection des droits de la défense, il ne concerne pas les difficultés éventuelles des témoins ou de l'accusation. La tâche de la Cour est de protéger l'accusé précisément lorsque l'Etat restreint ses droits garantis par la Convention pour renforcer sa propre situation au procès. Lorsqu'ils sont strictement nécessaires, des mécanismes de contrepoids peuvent offrir à l'Etat une certaine souplesse pour respecter les exigences de l'article 6 § 3 d). Cependant, notre application évolutive du critère de la preuve unique ou déterminante montre que l'exception à la règle générale selon laquelle l'accusé doit être confronté aux témoins à charge est elle-même limitée par certains principes. En définitive, il appartient au ministère public d'étayer son dossier par des preuves corroborantes ne relevant pas du ouï-dire. A défaut, de sérieuses questions se posent quant au caractère adéquat des procédures nationales, et l'Etat manque aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d).

Aujourd'hui, la Cour s'est écartée de sa position antérieure selon laquelle, lorsqu'un témoin ne peut être soumis à un contre-interrogatoire et que le verdict de culpabilité repose dans une mesure unique ou déterminante sur une preuve par ouï-dire, il y a violation des droits protégés par l'article 6. Se référant à des affaires où, pour protéger les sources de la police, on n'avait pas laissé la défense accéder à tous les éléments de preuve (par exemple l'arrêt *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* [GC], n° 28901/95, CEDH 2000-II), la Cour dit dans le présent arrêt que dans sa jurisprudence, elle « ne remet pas en cause l'appréciation portée par les juridictions internes quant au point de savoir si les droits de la défense devaient s'effacer devant l'intérêt public,

et elle se borne à vérifier si les procédures suivies par les autorités judiciaires ont suffisamment compensé ces restrictions par des garanties appropriées. Elle ne considère pas systématiquement que le fait que la défense n'ait pas pu accéder à certains documents emporte violation de l'article 6 § 1 » (paragraphe 145 de l'arrêt).

Ainsi, la Cour dit avoir déjà admis que l'accès aux preuves est une question de juste équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu. Or il est clair que l'article 6, contrairement aux articles 8 à 11, ne permet pas dans son libellé une telle mise en balance, et que celle-ci ne correspond pas non plus à la pratique générale de la Cour.

Nous ne voyons tout simplement pas comment l'on peut s'appuyer sur pareilles affaires, qui ne concernent pas un témoignage unique. L'affaire *Rowe et Davis*, précitée, portait sur le droit à une divulgation des preuves pertinentes. La Cour a conclu que ce droit n'était pas absolu : « Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents – tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions – qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé (voir, par exemple, l'arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996, § 70, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II) » (*Rowe et Davis*, précité, § 61). C'est dans l'arrêt *Doorson* que la Cour a indiqué que la possibilité d'appliquer des mesures compensatoires ne s'appliquait que lorsque la preuve n'était pas unique ou déterminante (en particulier, comme en l'espèce, lorsqu'il s'agissait d'une preuve par ouï-dire). Les démarches visant à compenser une atteinte à un droit comportent le risque de ne pas arriver au niveau de précision et de fiabilité que l'on attend d'une règle de droit¹, et ce risque a été jugé trop élevé et au-delà de toute mesure compensatoire dans le cas des preuves uniques ou déterminantes.

Hormis la référence à l'équité reposant sur une interprétation erronée de l'arrêt *Rowe et Davis*, précité, la Cour n'avance aucune raison pour s'écarter de l'interprétation catégorique de la « règle de la preuve unique ou déterminante », si ce n'est qu'elle exigera des éléments compensateurs

1. Trechsel, *op. cit.* p. 313. En ce qui concerne la confiance faite au sens de la justice du juge chargé d'apprécier la recevabilité d'un ouï-dire non vérifié, voir le libellé de l'article 116 de la loi de 2003 sur la justice pénale (partie 11, chapitre 2) :

« (...) »

4) La juridiction saisie ne peut autoriser l'admission d'une déclaration sur le fondement du paragraphe 2 e) du présent article que si elle estime que l'intérêt de la justice l'exige, après avoir tenu compte :

a) de la teneur de la déclaration ;

b) de l'injustice que son admission ou son exclusion pourrait entraîner à l'égard de l'une quelconque des parties à la procédure (compte tenu notamment des difficultés que l'absence de déposition orale du déclarant pourrait causer à quiconque entendrait contester sa déclaration). »

aptes à résister à un examen approfondi. L'incertitude et l'insuffisance de la protection des droits qui résultent de cette approche est bien illustrée dans l'affaire *Al-Khawaja*, où même la Cour d'appel a dû admettre que les instructions données par le juge avaient été insuffisantes, mais a néanmoins considéré que les jurés avaient été à même d'apprécier à sa juste valeur le témoignage non vérifié et de s'appuyer sur les ressemblances frappantes entre ce témoignage et la plainte de l'autre victime alléguée de l'agression. Nous estimons que cette considération n'est pas pertinente pour les raisons exposées par la Cour suprême dans l'arrêt *Horncastle and others*, précité. Comme l'a dit la haute juridiction, l'un des thèmes récurrents dans la conception du procès pénal équitable en *common law* « est la réticence à confier à un tribunal composé de profanes la tâche d'accorder le poids approprié aux preuves qui lui sont présentées » (*ibidem*, § 17). Or c'est précisément ce que la Cour permet dans l'affaire *Al-Khawaja*¹. Ainsi, les garanties supposément offertes par le système du contrepoids prévu par la loi et appliqué par des juges extrêmement compétents formés dans la noble tradition de la *common law* se sont révélées défailtantes dans la première affaire. Dans l'affaire *Tahery*, la Cour elle-même a dû constater que le juge avait mal appliqué la garantie prétendument infaillible.

En conclusion, pour les raisons exposées ci-dessus, nous sommes d'avis qu'il y a eu violation de l'article 6 § 3 d) combiné avec l'article 6 § 1 dans l'affaire *Al-Khawaja* et c'est pourquoi nous ne pouvons suivre la majorité en l'espèce. Dans l'affaire *Tahery*, nous concluons comme la majorité à la violation, mais pour un motif différent, à savoir le non-respect de la règle de la preuve unique ou déterminante.

La Cour, qui s'efforce de répondre aux exigences légitimes en matière de procès équitable, a systématiquement et constamment posé en la matière une limite claire, qui est la règle de la preuve unique ou déterminante. Aujourd'hui, elle abandonne cette position au nom d'un examen global de l'équité du procès, dans l'espoir que l'on pourra garantir cette équité en exigeant des éléments compensant les restrictions apportées au droit de la défense, des raisons très strictes à l'appui de ces restrictions et une preuve réelle de l'existence des éléments compensateurs. Même si l'on y parvient, cela sera un piteux exploit, obtenu au prix du sacrifice d'un droit expressément garanti par la Convention. L'histoire juridique montre que bon nombre de condamnations reposant sur un oui-dire non vérifié se sont révélées être des erreurs judiciaires et que, en outre, cela peut être un

1. Voir ce qu'a dit le juge à l'audience préliminaire: « pour dire les choses comme elles sont, pas de déclaration, pas de premier chef d'accusation » (paragraphe 13 de l'arrêt). Voir également ses instructions à l'intention des jurés (paragraphe 15-16 de l'arrêt).

instrument de choix pour les abus politiques. Certes, ce n'est pas le cas de l'approche du contrepoids actuellement appliquée en Angleterre et au pays de Galles. Cependant, les affaires qui nous sont soumises aujourd'hui, ainsi que d'autres mentionnées dans l'arrêt *Horncastle and others*, précité, démontrent les incertitudes inhérentes à l'approche du contrepoids, qui porte atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité de la loi. Les dangers d'une telle approche ont été mis en évidence en 2008 encore, soit une année avant l'arrêt *Horncastle and others*, *ibidem*.

Dans *R. v. Davis*, précité, § 8, Lord Bingham, dans un noble effort pour protéger les principes du procès équitable, a jugé nécessaire de citer la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande dans son arrêt *R v Hughes* ([1986] 2 NZLR 129), où le juge Richardson s'était exprimé ainsi (p. 147) :

« Clearly the accused cannot be assured of a true and full defence to the charge unless he is supplied with sufficient information about his accuser in order to decide on investigation whether his credibility should be challenged. »

Lord Bingham a cité en outre :

« We would be on a slippery slope as a society if on a supposed balancing of the interests of the State against those of the individual accused the Courts were by judicial rule to allow limitations on the defence in raising matters properly relevant to an issue in the trial. Today the claim is that the name of the witness need not be given: tomorrow, and by the same logic, it will be that the risk of physical identification of the witness must be eliminated in the interests of justice in the detection and prosecution of crime, either by allowing the witness to testify with anonymity, for example from behind a screen, in which case his demeanour could not be observed, or by removing the accused from the Court, or both. The right to confront an adverse witness is basic to any civilised notion of a fair trial. That must include the right for the defence to ascertain the true identity of an accuser where questions of credibility are in issue » (pp. 148-149)¹.

La règle de la preuve unique ou déterminante qui était appliquée jusqu'à présent visait à protéger l'accusé contre le « fruit de l'arbre empoisonné » (si la source de la preuve (« l'arbre ») est viciée, toute preuve (« le fruit ») issue de cette source l'est aussi). En adoptant cette approche du contrepoids, la

1. Dans un triste épilogue des efforts judiciaires pour assurer l'équité, le Parlement a autorisé par une loi adoptée trente-trois jours après l'arrêt des Lords une mesure éminemment contraire à la *common law* et aux principes du procès équitable, sur un sujet que les Lords considéraient comme réglé par la jurisprudence de la Cour européenne. Un an plus tard, la Cour suprême s'est déclarée convaincue (dans un contexte différent et sur la base de lois antérieures) que les principes réaffirmés par feu Lord Bingham étaient respectés dans un contexte comparable avec des garanties moindres, nonobstant les préoccupations que celui-ci et ses confrères avaient exprimées. C'est ainsi.

Cour remplace une règle qui visait à protéger les droits de l'homme par les incertitudes de cette approche. A notre connaissance, c'est là la première fois que, en l'absence de raison nouvelle et impérieuse, elle abaisse le niveau de protection. Cette évolution est extrêmement préoccupante pour l'avenir de la protection judiciaire des droits de l'homme en Europe.

FINOGENOV AND OTHERS v. RUSSIA
(Applications nos. 18299/03 and 27311/03)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 20 DECEMBER 2011¹

1. English original. Extracts of the judgment as rectified on 6 March 2012 under Rule 81 of the Rules of Court.

SUMMARY¹**Use of potentially lethal gas and inadequate preparation of hostage-rescue operation****Article 2**

Life – Positive obligations – Use of force – Effective investigation – Use of potentially lethal gas and inadequate preparation of hostage-rescue operation – Existence of real, serious and immediate risk of mass human losses justifying use of gas – Positive obligation to protect life – Flawed implementation of hostage-rescue operation – Lack of thorough and independent investigation into authorities’ negligence

*

* *

In the evening of 23 October 2002, a group of armed terrorists belonging to the Chechen separatist movement took some 900 people hostage at the Moscow Dubrovka Theatre. The applicants were either hostages or relatives of those hostages who died in the course of the subsequent rescue operation. The hostages were held at gunpoint and the theatre was booby-trapped. The terrorists demanded the immediate withdrawal of Russian troops from the Chechen Republic. Negotiations were conducted and several hostages were shot dead. Meanwhile, the authorities created a “crisis cell” under the command of the Federal Security Service, which was in charge of planning a rescue operation. In the morning of 26 October 2002 Russian security forces pumped an unknown narcotic gas into the main auditorium through the building’s ventilation system. A few minutes later, when almost all the terrorists had lost consciousness under the influence of the gas, the special squad stormed the building killing most of the terrorists. The hostages were then evacuated from the building and transported to hospitals by ambulance or city bus. However, some 125 hostages died either at the scene, during transportation or in hospital. A criminal investigation was opened into the events, but it was subsequently decided not to pursue the investigation into the planning and conduct of the rescue operation. The applicants’ criminal-law complaints and civil actions for compensation in respect of non-pecuniary damage were dismissed.

Held

Article 2: (a) *Applicability* – The official explanation for the mass deaths of the hostages was that all the deceased had been weakened by the siege or were seriously

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

ill. The official expert report concluded that there had been no “direct causal link” between the deaths and the use of the gas, which had been just one of many factors. The Court found such a conclusion difficult to accept. It deemed it unthinkable that 125 people of different ages and physical conditions could have died almost simultaneously as a result of various pre-existing health problems. Their deaths could equally not be attributed to the conditions in which they had been held for three days, during which none of them had died notwithstanding prolonged food and water deprivation coupled with stress. The Government admitted that it had been impossible to foresee the effects of the gas and that some losses had been unavoidable, implying that the gas had not been harmless. Although it had probably not been the intention to kill the terrorists or the hostages, the gas was dangerous and potentially fatal for anyone in a weakened condition, and it was safe to assume that it had been the primary cause of death of a large number of the victims. The situation thus fell within the scope of Article 2 of the Convention.

(b) *Substantive aspect*: (i) Use of force – The applicants claimed that the hostage crisis could have been resolved peacefully and that nobody would have been killed if the authorities had pursued the negotiations. However, the Court noted that the situation at the time had seemed very alarming: heavily armed specialists, dedicated to their cause, had taken hostages and were making unrealistic demands. The first days of negotiations had not brought any visible success and the hostages’ situation had been worsening. There existed a real, serious and immediate risk of mass human losses and the authorities had every reason to believe that a forced intervention was unavoidable. Their decision to end the negotiations and storm the building had, therefore, not run counter to Article 2.

(ii) Use of gas – Although the domestic law allowed the use of weapons and special-purpose hardware and other means against terrorists, it did not indicate the type of weapons or tools that could be used or the circumstances in which their use was permitted. However, the general vagueness of the law did not necessarily result in a breach of Article 2, in particular not in a totally unpredictable and exceptional situation such as the instant one that required a tailor-made response. Although the gas was dangerous, and potentially lethal, its use was not intended to kill and it could not be said that it was used “indiscriminately” since it had left the hostages a high chance of survival which depended on the efficiency of the subsequent rescue efforts. All the evidence demonstrated that the gas had the desired effect on the terrorists rendering most of them unconscious, so facilitating the release of the hostages and reducing the likelihood of an explosion.

Conclusion: no violation (unanimously).

(iii) Planning and implementation of the rescue operation – The Court also had to consider whether the rescue operation was planned and implemented in accordance with the State’s positive obligations under Article 2, in particular whether the authorities had taken all necessary precautions to minimise the effects of the gas on the hostages, evacuate them quickly and provide them with the necessary medical

assistance. The rescue operation was not spontaneous since the authorities had had about two days to reflect and make specific preparations. Some preparations had indeed been made: hundreds of doctors, rescue workers and other personnel were deployed, hospital-admission capacity was increased and ambulances were put on alert about the possible need for a mass evacuation. However, the original rescue plan had been flawed in many respects: there appeared to have been no centralised coordination of the various services involved; there were no instructions on how information about the victims and their condition should be exchanged (one result of this was that some victims received multiple doses of the antidote); it was unclear what order of priorities had been set for the medics; no medical assistance was provided during the mass transportation of victims on city buses; and there was no clear plan for the allocation of victims to the various hospitals, with significant numbers arriving at the same hospital at the same time.

There had been problems with the implementation of the rescue operation too: since the original plan had been prepared on the assumption that the hostages would be wounded by an explosion or gunshots, there were no toxicologists present and the rescue workers and doctors were not given any specific instructions on how to deal with hostages who had been exposed to an unknown gas; it seemed likely that they were not informed about the use of the gas until the evacuation was almost over, which would explain why most of the evacuated victims were placed on the floor face-up, thus increasing the risk of suffocation and of fatalities among the hostages. Indeed, it was difficult to understand why the information about the gas could not have been given to the doctors and rescue workers earlier, either shortly before or at least immediately after its use, and why the evacuation had started so late, with most of the unconscious hostages remaining exposed to the gas without medical assistance for over an hour. Many witnesses had also testified to the shortage of antidote and it was unclear when the antidote was administered or how those who received it were distinguished from those who did not.

All these factors indicated that the rescue operation had not been sufficiently prepared and that the State had therefore failed to fulfil its positive obligations under Article 2.

Conclusion: violation (unanimously).

(c) *Procedural aspect:* The investigation into the rescue operation was manifestly incomplete. First of all, it was very narrowly defined, excluding any possibility of negligence on the part of the authorities. Even though the investigators addressed certain issues relating to the planning and conduct of the rescue operation, many facts crucial to the question of possible negligence were never established. First and foremost, the formula of the gas was never revealed to the investigators, nor was it ever established when the decision to use the gas was taken or how much time was available to evaluate its possible side effects. It was also impossible to establish this from the crisis cell's working documents since, according to the Government, they were all destroyed. Given that these papers could have been an essential source of

information about the planning and the conduct of the rescue operation, the Court found such indiscriminate destruction of documents unjustified. Moreover, the investigators had failed to question all the members of the crisis cell (in particular those responsible for the decision to use the gas and for calculating the dosage) or other witnesses, such as the bus drivers, journalists or those who had allegedly helped install the gas recipients. It was never established how many doctors were on duty on the day of the operation, or what preliminary instructions were given to the ambulances and city buses as to where to transport the victims. In addition, it was never established why the mass evacuation had started only two hours after the beginning of the operation or how much time it had taken to kill the terrorists and neutralise their bombs. Lastly, the investigation team was not independent, since it included representatives of the law-enforcement agencies which had been directly responsible for the planning and conduct of the rescue operation. In sum, the investigation into the authorities' alleged negligence in the case was neither thorough nor independent, and was therefore not "effective".

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

- Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25
McCann and Others v. the United Kingdom, 27 September 1995, Series A no. 324
Ribitsch v. Austria, 4 December 1995, Series A no. 336
Andronicou and Constantinou v. Cyprus, 9 October 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI
Kaya v. Turkey, 19 February 1998, *Reports* 1998-I
Tekin v. Turkey, 9 June 1998, *Reports* 1998-IV
Güleç v. Turkey, 27 July 1998, *Reports* 1998-IV
Ergi v. Turkey, 28 July 1998, *Reports* 1998-IV
Osman v. the United Kingdom, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
Oğur v. Turkey [GC], no. 21954/93, ECHR 1999-III
Tanrıkulu v. Turkey [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV
Mahmut Kaya v. Turkey, no. 22535/93, ECHR 2000-III
McKerr v. the United Kingdom (dec.), no. 28883/95, 4 April 2000
Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV
Timurtaş v. Turkey, no. 23531/94, ECHR 2000-VI
Salman v. Turkey [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII
Gül v. Turkey, no. 22676/93, 14 December 2000
Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94, ECHR 2001-III
Avşar v. Turkey, no. 25657/94, ECHR 2001-VII
Indelicato v. Italy, no. 31143/96, 18 October 2001
Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, no. 46477/99, ECHR 2002-II
Hilda Hafsteinsdóttir v. Iceland, no. 40905/98, 8 June 2004

- Mehmet Emin Yüksel v. Turkey*, no. 40154/98, 20 July 2004
Makaratzis v. Greece [GC], no. 50385/99, ECHR 2004-XI
Isayeva v. Russia, no. 57950/00, 24 February 2005
Isayeva and Others v. Russia, nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, 24 February 2005
Khashiyev and Akayeva v. Russia, nos. 57942/00 and 57945/00, 24 February 2005
Akkum and Others v. Turkey, no. 21894/93, ECHR 2005-II
Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, ECHR 2005-VII
Mikheyev v. Russia, no. 77617/01, 26 January 2006
Ramirez Sanchez v. France [GC], no. 59450/00, ECHR 2006-IX
Matko v. Slovenia, no. 43393/98, 2 November 2006
Imakayeva v. Russia, no. 7615/02, ECHR 2006-XIII
Luluyev and Others v. Russia, no. 69480/01, ECHR 2006-XIII
Goygova v. Russia, no. 74240/01, 4 October 2007
Zubayrayev v. Russia, no. 67797/01, 10 January 2008
Maslova and Nalbandov v. Russia, no. 839/02, 24 January 2008
Betayev and Betayeva v. Russia, no. 37315/03, 29 May 2008
Magomed Musayev and Others v. Russia, no. 8979/02, 23 October 2008
Khadzhaliyev and Others v. Russia, no. 3013/04, 6 November 2008
Varnava and Others v. Turkey [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009
Kolevi v. Bulgaria, no. 1108/02, 5 November 2009
Velcea and Mazăre v. Romania, no. 64301/01, 1 December 2009
Maiorano and Others v. Italy, no. 28634/06, 15 December 2009
Golubeva v. Russia, no. 1062/03, 17 December 2009
Giuliani and Gaggio v. Italy [GC], no. 23458/02, ECHR 2011

In the case of Finogenov and Others v. Russia,

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

Nina Vajić, *President*,

Anatoly Kovler,

Peer Lorenzen,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyev,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 29 November 2011,

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

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 18299/03 and 27311/03) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”). The first application was lodged by Mr Pavel Alekseyevich Finogenov and six other people, and the second application was lodged by Ms Zoya Pavlovna Chernetsova and fifty-six other people (“the applicants”) on 26 April 2003 and 18 August 2003 respectively. ...

2. The applicants in the first application were represented before the Court by Ms K. Moskalenko and Ms O. Mikhaylova, lawyers practising in Moscow. The applicants in the second application were represented before the Court by Mr I. Trunov and Ms L. Ayvar, lawyers practising in Moscow. The Government were represented in both cases by Mr P. Laptev and Ms V. Milinchuk, former Representatives of the Russian Federation at the European Court of Human Rights, and subsequently by Mr G. Matyushkin, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights.

3. The applicants in both cases alleged, in particular, that during the hostage crisis in Moscow on 23 to 26 October 2002 the authorities had applied excessive force, which had resulted in the death of their relatives who were being held hostage by the terrorists at the Dubrovka Theatre. Some of the applicants were among the hostages and suffered serious damage to their health and psychological trauma as a result of the authorities’ actions. The applicants further claimed that the authorities had failed to plan and conduct the rescue operation in such a way as to minimise the risks for the

hostages. They claimed that the criminal investigation into the authorities' actions had been ineffective, and that the applicants had had no effective remedies to complain about that fact. Finally, the applicants in the second application complained of the difficulties they encountered in the civil proceedings concerning compensation for damage suffered by them.

4. Having obtained the parties' observations and written comments from Interights and the International Commission of Jurists (Rules 54 and 44 of the Rules of Court), by a decision of 18 March 2010, the Court declared the applications partly admissible. On the same date, the Chamber decided to join the proceedings in the applications (Rule 42 § 1).

5. The applicants and the Government each filed further observations on the merits (Rule 59 § 1) and replied in writing to each other's observations.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicants in the above two cases ... are relatives of the victims of the hostage-taking at the Dubrovka Theatre in October 2002 in Moscow and/or were themselves among the hostages.

7. The facts of the above two cases are disputed between the parties. Their submissions may be summarised as follows.

A. Hostage-taking

8. On the evening of 23 October 2002, a group of terrorists belonging to the Chechen separatist movement (over 40 people), led by Mr B., armed with machine guns and explosives, took hostages at the Dubrovka Theatre in Moscow (also known as the "Nord-Ost" Theatre, from the name of the musical which was showing there). For three days, over 900 people were held at gunpoint in the theatre's auditorium. In addition, the theatre was booby-trapped and 18 suicide bombers were positioned in the hall among the hostages. Another group of terrorists occupied the theatre's administrative premises.

9. Over the following days several journalists and public figures were allowed to enter the building and talk to the terrorists. The terrorists demanded the withdrawal of Russian troops from the Chechen Republic and direct negotiations involving the political leadership of the federal authorities and the separatist movement. Following those talks the terrorists released several hostages and accepted some food and drinking water for the remainder, while continuing to insist on their demands.

10. It appears that some of the hostages managed to maintain occasional contact with the outside world through their mobile telephones. Some even managed to talk to journalists.

11. The Government claimed that hostages who tried to escape or resist were shot by the terrorists. Thus, in the night of 23 to 24 October 2002 Ms R. asked the terrorists to release the hostages. She was taken out of the auditorium and executed by an unknown terrorist. Mr V., one of the hostages, was wearing a military uniform. He was shot by one of the terrorists on 25 October 2002. On the same day, Mr VI. was first beaten by the terrorists in the theatre's auditorium and then taken out and executed. Mr G. tried to escape, but the terrorists fired at him and he was taken outside, beaten and executed. While firing at Mr G., the terrorists wounded another hostage, Mr Z., who later died in hospital.

12. The applicants indicated that Mr V. and Ms R. had not been in the building during the show, but had entered it some time later on their own initiative. They referred to the statements by several former hostages, in particular Ms Gubareva and Ms Akimova. They also relied on the conclusions of the investigator in the report of 16 October 2003, stating that Ms R. and Mr V. had tried to penetrate the building from the outside. As to Mr G., he was among the hostages from the very beginning, but the investigator had failed to establish where, when and in what circumstances he had been shot.

13. On 25 October 2002 Federal Security Service (FSB) officers arrested Mr Talkhigov, an alleged accomplice of the terrorists, who had spoken to them by telephone and had given them information about the situation outside the theatre.

14. On the same day, the Director of the FSB made a public statement on television following a meeting with President Putin. He promised to keep the terrorists alive if they released the hostages.

B. Preliminary plan of the rescue operation

15. At 9.33 p.m. on 23 October 2002 the local branch of the All-Russian Centre for Disaster Medicine (ARCDM – *Защита*) received information about the hostage-taking.

16. Shortly afterwards the authorities created a “crisis cell” (*оперативный штаб* – literally “operative headquarters”) under the command of Mr P., the Deputy Head of the FSB. The crisis cell was located in the premises of War Veterans Hospital no. 1, situated in the vicinity of the theatre. It included representatives of various State services and organisations.

17. As is apparent from the materials submitted by the parties, the Federal Rescue Service was responsible for the evacuation of the hostages and for clearing away rubble if the building were to collapse. From 24 October 2002 several teams of rescue workers were stationed in the vicinity of the theatre. The Federal Rescue Service placed various heavy machines, such as bulldozers, excavators, cranes and tipper lorries, about 400 metres from the theatre.

18. The Moscow Centre for Urgent Medical Treatment (“the MCUMT”) and the ARCDM were in charge of providing medical assistance to the hostages and their relatives. Mr Sl., the Head of the Public Health Department of the City of Moscow and a member of the crisis cell, coordinated the efforts of the MCUMT, ARCDM, ambulance teams and city hospitals. The MCUMT was functioning in crisis mode, and as such all of its workers were on duty at all times.

19. From 24 October 2002 five ambulances and one team of MCUMT medics with a special medical bus were permanently on duty near the theatre. According to the Government’s submissions, “two to three teams from [the ARCDM] and two to four ambulances were permanently stationed in the vicinity of the theatre”. Another team of MCUMT medics and psychologists took care of the relatives of the hostages in the compound of Training School no. 194. In total, the psychologists examined 606 cases and ordered 8 hospitalisations.

20. The patients of War Veterans Hospital no. 1 (the medical facility closest to the theatre) were relocated to other hospitals which were not designated to receive individuals from the rescue operation. Surgeons and emergency physicians from the Sklifosovskiy and Botkin Hospitals reinforced the staff of the War Veterans Hospital. Two additional intensive care units and six operating theatres were made available. By 26 October 2002 the admission capacity of the War Veterans Hospital had been increased from 300 to 350 beds. According to the Government’s submissions, “515 persons were relocated from the War Veterans Hospital to other city hospitals”.

21. The directors of the city hospitals, ambulance stations and other relevant medical services concerned with the evacuation plan were summoned to a briefing and required to secure reinforcement of staff on duty and to implement an emergency work regime. The authorities identified several hospitals which would admit the hostages. The hospitals were divided into three priority groups. The Government did not explain how the tasks would be split between the three priority groups. In addition to War Veterans Hospital no. 1 (the closest), City Hospitals nos. 1, 7 and 13 (the next closest hospitals), City Hospitals nos. 15, 23, 33, 53, 64, 68 and 79, the Research Institute of Emergency Medical Treatment, the Sklifosovskiy and Botkin

Hospitals, and Children's Hospitals nos. 9, 13 and 20 were mobilised. Between 24 and 26 October 2002 Mr Ev., the Chief Anaesthesiologist of Moscow City, visited some of those hospitals and checked whether they were ready to admit rescued hostages. He had been instructed by the crisis cell to check whether the hospitals were ready to accept patients with missile and explosion wounds. The hospital officials were required to free up wards for the hostages, to ensure that the hospital staff were ready to arrive at short notice and that additional equipment, emergency treatment rooms and medical supplies and bandages were prepared. The admission capacity of most of the hospitals was increased. City Hospital no. 13 reported that it was prepared to admit up to 150 patients, including 50 in a critical state, and City Hospital no. 7 reported that it could admit up to 200 patients. There is no information about the admission capacity of the other hospitals, but it appears that it, too, was increased. The MCUMT teams were informed of the hospitals that were designated to participate in the rescue operation and the number of beds they would have available for the hostages.

C. Storming and the rescue operation

22. In the early morning of 26 October 2002, at about 5 to 5.30 a.m., the Russian security forces pumped an unknown narcotic gas into the main auditorium through the building's ventilation system. The applicants insisted that both the terrorists and the hostages were able to smell and see the gas. A few minutes later, when the terrorists controlling the explosive devices and the suicide bombers in the auditorium lost consciousness under the influence of the gas, the special squad stormed the building. Most of the suicide bombers were shot while unconscious; others tried to resist but were killed in the ensuing gunfire.

23. Soon afterwards Mr Ign., a member of the crisis cell responsible for public relations, made a statement to the press. He informed journalists that the terrorists had executed two hostages and wounded several more and that, in response, the special squad had stormed the building and killed some terrorists and arrested others. He did not mention the use of the gas.

24. As a result of the operation the majority of the hostages were released (over 730 people). The exact number is unknown since, following their release, not all of the hostages reported to the authorities. However, a large number of hostages were affected by the gas; according to information gathered by the investigative authorities by the end of 2002, 129 hostages died: 102 died at the scene (114 according to the report of 31 December 2002), including 3 people who were shot; 21 died in the course of evacuation and transportation to hospital; and 6 people died in the emergency rooms of various hospitals. These figures were later adjusted or revised (see

paragraph 11 above ... and the conclusions of the official investigation summarised in paragraph 99 below). Apparently, the discrepancy in the figures is mainly due to the fact that different methods for calculating the number of victims were applied by various State authorities and that not all the necessary information (cause of death, time of death, etc.) was recorded in the hospitals and/or morgues. Many of those who survived continue to suffer from serious health problems. For instance, one of the applicants, Ms Gubareva, a former hostage, was taken in an unconscious state to the intensive care unit of City Hospital no. 7, where she underwent treatment until 28 October 2002. A week later she was hospitalised again. The applicant Ms Khudovekova, who was also among the hostages, lost her hearing. The applicants submitted medical records of several former hostages from the hospitals where they had undergone medical treatment after their release.

25. The applicants alleged that the evacuation of hostages from the theatre had been chaotic: the semi-naked bodies of unconscious hostages were piled up on the ground outside the building, where, according to a report by the Moscow Meteorological Bureau, the temperature was 1.8°C. Some of them died simply because they were laid on their backs and subsequently suffocated on their own vomit or because their tongues were blocking their airways. According to the applicants, there were not enough ambulances, so the hostages were transported to hospitals in ordinary city buses without being accompanied by medical staff and without any assistance from traffic police to facilitate their rapid arrival at the hospitals. The medical staff in the hospitals were not equipped to receive so many victims, had not been informed of the properties of the narcotic gas used by the security forces and did not have appropriate equipment. In the first days after the events no information was provided about the number of victims, their names and the places where they had been taken. The victims' relatives had to call the city morgues to find out where the corpses could be found.

26. The authorities disputed that version. According to the Government, at 5.39 a.m. the crisis cell informed the ambulance stations involved in the operation that 100 reserve ambulance teams should be prepared for the evacuation of the hostages. Between 5.48 and 5.55 a.m., 458 ambulance teams received an order to go to the scene. In addition, 21 hearses were dispatched. All medics who were on duty in the vicinity of the theatre were ordered to convene at the main entrance to the theatre. Between 6.09 and 6.14 a.m. ambulances started to arrive, so that the medics who were already there received reinforcement. The coordination of the medics at the scene was carried out by the Head of the Moscow branch of the ARCDM. The victims were divided into several groups, depending on their condition,

near the main entrance of the theatre. Medical assistance to the victims had been adequate: those in a serious condition received “symptomatic therapy” including artificial lung ventilation. The witnesses who showed signs of an emetic reflex were placed face down. Injections of naloxone were given by the special-squad officers within the building. Information about those who had already received injections was transmitted by the special-squad officers to the medics. Those who had not had the naloxone injection in the building received it after the evacuation. Naloxone was on the list of pharmaceuticals recommended for the ambulance and emergency teams. The victims were transported in ambulances and city buses escorted by ambulances; those victims who were in a coma or other serious conditions were transported in ambulances. The evacuation was fully completed one hour and fifteen minutes after the release of the hostages. All the victims were dispatched to City Hospitals nos. 1, 7, 13, 15, 23, 33, 53, 64, 68 and 79, Botkin Hospital, Sklifosovskiy Hospital, the War Veterans Hospital, Filatov Paediatric Hospital, Saint Vladimir Paediatric Hospital and Hospitals nos. 38 and 84 of the Ministry of Health of the Russian Federation. The majority of the victims were transported to War Veterans Hospital no. 1 and City Hospital no. 13, which were the closest medical institutions. In the hospitals’ reception areas all of the victims were divided into four groups, depending on the gravity of their condition. The hospitals immediately received reinforcement from the leading medical schools, and the best specialists in toxicology and psychiatry were sent to provide assistance.

27. According to the Government’s account, the most serious cases displayed the following symptoms: “disorder of the central nervous system; impairment of consciousness, from torpor to deep coma; loss of tendon, pupillary and corneal reflexes; central breathing disorder at a rate of 8 to 10 breaths per minute, as well as signs of mechanical asphyxia and airway and aspiration obstruction, [and] glottidospasms. These symptoms were accompanied by cyanosis of the visible parts of the airway mucus and of the skin, which disappeared after the clearing of the airways, re-establishing their patency and artificial lung ventilation. Low arterial pressure and tachycardia were also noted. In the most serious cases [the medics observed] bradycardia, bradypnoea, and even apnoea, poor blood circulation and cardiac arrests, as well as clinical death.” The medium-priority patients were suffering from “impairment of consciousness in the form of torpor and disorientation, fever-like hyperkinesias, miotic pupils. As to the cardiovascular system, [the doctors] noted tachycardia, nausea, [and] repeated vomiting of bile”. The Government also described the symptoms of the victims whose state was considered to be relatively satisfactory.

28. As to the medical procedures administered, the Government mentioned “treating disorders of the vital organs, clearing of the upper airways, artificial lung ventilation, oxygenotherapy, correction of metabolic disorders caused by hypoxia”. In the Government’s words, this treatment quickly showed positive effects. The Government further described the results of the treatment on the victims, and the results of the laboratory examination of the victims’ blood and tissues, which showed that the victims developed a “post-hypoxia condition with signs of multiple organ failure of various degrees of severity”. According to the Government, that condition was caused by the effects of a “composite chemical compound which has a general narcotic action”, which were aggravated by “prolonged psychological stress, hypoxia, dehydration, prolonged immobility and chronic diseases”.

29. According to the Government’s submissions, the rescue services evacuated a total of 778 hostages from the theatre, including 101 dead bodies. In total, 677 people were transported to the hospitals, 21 arrived at hospital in a pre-agonal or agonal state or were in a state of clinical death and could not be saved. Out of 656 people who were hospitalised, 7 died, including 3 from causes unrelated to the use of gas. Consequently, the hospital death rate increased to 0.9%.

D. The criminal investigation

30. On 23 October 2002 the Moscow City Prosecutor’s Office (“the MCPO”) opened a criminal investigation into the events of 23 to 26 October 2002. The case was attributed no. 229133. The prosecuting authorities qualified the facts as “a terrorist act” and “hostage-taking” (Articles 205 and 206 of the Criminal Code).

31. On 24 October 2002 the MCPO formed an investigative team which included officials working in the Prosecutor’s Office, the FSB, and the Ministry of the Interior (police). The investigative team was headed by investigator K. from the MCPO. On the same day, a judge of the Lefortovo District Court, at the request of the investigator, ordered the wiretapping of a telephone line which had allegedly been used by an accomplice of the terrorists. Also on the same day, a judge of the Moscow City Court authorised the wiretapping of a number of other telephone lines allegedly used by the terrorists.

32. On various dates in 2002-2003 the applicants (as well as the relatives of other victims) were given the status of injured parties. In that capacity they obtained access to certain materials of the case file, namely the medical files of the victims to whom they were related. Despite their requests, however, they were not allowed to make copies of those materials from the case file or to disclose their content to third persons, including

independent medical experts. Furthermore, the applicants were not allowed to contact the experts who had examined the bodies.

33. On 17 December 2002 investigator K. requested the MCPO to extend the time-limit for the investigation in case no. 229133. The request contained a further action plan for the investigative team; it included measures to obtain further details of the terrorist attack itself, an examination of the explosives and the bodies of the deceased hostages, identification of the terrorists, and so on. The plan did not include consideration of the rescue operation as such.

34. On 29 January 2003 investigator K. proposed a new action plan for the “concluding stage of the investigation”. The plan provided for further investigative measures aimed at identifying the dead terrorists and their possible accomplices, examining the explosives and firearms used by them, questioning the victims and examining objects found at the scene of the crime. According to the action plan, by that date 60 rescue workers and 60 medical workers had been questioned, 600 medical histories of victims had been obtained, and 129 post-mortem examinations had been carried out. The investigator ordered that an additional expert examination be conducted into the cause of death of 125 victims (those who had not died of bullet wounds). The investigator also ordered that additional witnesses be questioned. However, it appears that the purpose of that questioning had no relation to the rescue operation itself.

35. At the admissibility stage the Government produced some documents from case no. 229133. The documents include witness statements of those who participated in negotiations with the terrorists; witness statements from several former hostages; witness statements from officials from the public health service and rescue service who had been involved in the rescue operation; witness statements from the head doctors of the hospitals which admitted the former hostages; and witness statements from the field personnel directly involved in the evacuation of and provision of medical assistance to the hostages (rescue workers, medics from the MCUMT, ambulance medics and medics from the city hospitals). The questioning was carried out by investigators from the Ministry of the Interior, the MCPO and the FSB. The Government also produced a report on the examination of the explosive devices used by the terrorists, a report by the Public Health Department on the organisation of medical aid to the hostages, a summary of the medical records of the deceased hostages, the results of forensic medical examinations of the deceased hostages, copies of official correspondence and decisions by the investigative bodies, and some other documentary evidence. Following the Court’s decision on the admissibility of the case, the Government submitted further documents

from case no. 229133 and several other “parallel” investigations related to the terrorists and their accomplices. ...

E. Intermediate conclusions of the criminal investigation

98. On 16 October 2003 the MCPO decided not to pursue the investigation into the planning and conduct of the rescue operation. The investigation established that five people had been killed by the terrorists during the siege, including Ms R., Mr VI. and Mr V., who, although not among the hostages, had been shot by the terrorists while trying to penetrate the building from the outside. Mr G. was one of the hostages; he was shot while trying to resist. Mr Z. was killed by an accidental shot in the incident involving Mr G.

99. Since there had been a real risk of mass killing of the hostages by the terrorists, the security forces had decided to storm the building. The attack resulted in the death of a further 125 people, almost all of whom died for the following reasons:

“... acute respiratory and cardiac deficiency, induced by the fatal combination of negative factors existing ... on 23 to 26 October 2002, namely severe and prolonged psycho-emotional stress, a low concentration of oxygen in the air of the building (hypoxic hypoxia), prolonged forced immobility, which is often followed by the development of oxygen deprivation of the body (circulatory hypoxia), hypovolemia (water deprivation) caused by the prolonged lack of food and water, prolonged sleep deprivation, which exhausted compensatory mechanisms, and respiratory disorders caused by the effects of an unidentified chemical substance (or substances) applied by the law-enforcement authorities in the course of the special operation to liberate the hostages on 26 October 2002.”

The investigator concluded as follows:

“... the multi-factor nature of the causes of death excludes a direct causal link ... between the effects of [the gas] and the death [of the hostages]. In this case the link is only indirect, since there are no objective grounds to conclude that, in the absence of the other factors named above, the application of [the gas] would have led to [the] death [of the hostages].”

100. As a result of the attack, 40 terrorists were killed, either because they resisted and fired back at the special-squad officers, or because there was a real danger that they would activate the explosive devices which they had planted in the building. According to the MCPO, the decision to storm the building was justified in the emergency circumstances, and necessitated by the need to release the hostages and to prevent an explosion which could have caused the death of 912 hostages and “the erosion of the prestige of Russia on the international arena”. As a result, the public prosecutor’s office

refused to initiate a criminal investigation into the actions of the State authorities during the crisis.

101. The exact formula of the gas used in the course of the rescue operation has not been made public. According to a reply from the FSB of 3 November 2003, the security forces used a “special mixture based on derivatives of phentanyl”. However, more precise information about this gas and its effects remain undisclosed, even to the investigative authorities, for reasons of national security.

102. As to the investigation into the terrorist attack itself, it was decided to discontinue the criminal prosecution of the 40 terrorists killed on 26 October 2002. At the same time, the investigation continued in respect of other presumed terrorists, in particular Mr Talkhigov, and the time-limits for completing that investigation have been repeatedly extended. On 27 January 2003 the proceedings in respect of Mr Talkhigov were severed from case no. 229133. On 22 April 2003 the case was transmitted to the trial court (case no. 229136). The applicants claimed that they learned of this from the press. The applicants requested the Zamoskvoretskiy District Court of Moscow to allow their participation in the proceedings in the capacity of victims. However, this was refused on the ground that the case had already been transferred to the court. The Moscow City Court upheld that decision. On 20 June 2003 Mr Talkhigov was found guilty of aiding and abetting the terrorist attack by the Moscow City Court. He was sentenced to eight and a half years’ imprisonment. On 9 September 2003 the conviction was upheld by the Supreme Court of Russia.

103. The time-limits for the completion of the investigation were extended several times. It appears that the investigation has not yet been formally completed.

F. Materials produced by the applicants concerning the rescue operation

104. In support of their allegations the applicants submitted certain additional materials to the Court. It appears that while some of them belonged to the case file of the official investigation, others were obtained from other sources. These materials, in their relevant parts, may be summarised as follows.

...

5. Report by the All-Russian Centre for Disaster Medicine (ARCDM)

119. The applicants produced a report prepared by the ARCDM. The Centre’s experts noted that the use of phentanyl had been justified in the circumstances. They described the medical effects of phentanyl and

its possible side effects. The experts also noted that phentanyl could be dangerous for people suffering from asthma, hyper-reaction, arterial and brain hypertension, hypoxia, and respiratory distress. The report noted that the majority of the deceased hostages suffered from different pathologies which led to their deaths. The report further stated that the various services (rescue workers, medics) involved in the rescue operation had acted in a coordinated manner. Almost all the victims had received injections of naloxone; all the victims in a critical state had been transported in ambulances and had received artificial respiration and “syndrome therapy”. The report noted, *inter alia*, that the effectiveness of the medical aid had been lowered by the following negative factors: (1) no information on the use of a chemical substance; (2) the absence of a “specific antidote” for the chemical substance used; (3) problems with the simultaneous evacuation of the victims outside the building; (4) the impossibility of using stretchers inside the building; and (5) problems with the circulation of ambulances near the building. The report also noted the high concentration of the gas, which had led to instantaneous death in some cases.

G. Criminal-law complaints by the applicants and third parties

1. Criminal-law complaint by Mr Nmt.

120. On an unspecified date Mr Nmt., a member of parliament (MP), requested the MCPO to conduct an inquiry into the evacuation process and medical assistance provided to the hostages. He alleged that the authorities had acted negligently and that it would have been possible to avoid human losses by providing more adequate first aid to the gas victims at the scene and in the hospitals. Mr Nmt. submitted materials in his possession to the investigative team, namely a report by an expert team set up by the SPS political party, and several video-recordings made at the scene of the events immediately after the building had been cleared of the terrorists (copies of the report and video-recordings were submitted to the Court by the applicants).

121. On 2 December 2002 the MCPO refused to entertain the investigation. Investigator I. noted that the documents produced by Mr Nmt. were not properly signed or certified and that they were tainted with various procedural informalities. As to the video-recordings, they had been made from such a distance that it was impossible to reach any decisive conclusions. Nevertheless, based on those videotapes the investigator concluded that “the victims had been transported in different postures, particularly ‘on their backs’, and they had been placed before the entrance

of the building pending further medical assistance. [The videotape showed] that the victims received injections or assisted respiration. There was no evidence that there had been any hindrance to the circulation of the transport by which the former hostages had been evacuated”.

122. Investigator I. further related the testimony of several witnesses (see below for the outline of the witness testimony collected by the investigative team). The investigator established that neither Ms Ks, the Director of the MCUMT, nor Mr Sl., the Head of the Public Health Department, had been aware of the time and methods of the rescue operation; they had not been informed about the intended use of the gas due to secrecy considerations. However, in the circumstances, and given the information available to them, they had acted in the best possible way. Most of the people (114 people) had died in the theatre; only a few had died in hospital. The investigator concluded that the above officials, as well as other State officials responsible for the medical assistance provided to the hostages, were not guilty of negligence.

2. Criminal-law complaint by Mr Finogenov

123. On 29 March 2003 Mr Finogenov, one of the applicants, complained to the General Prosecutor’s Office (“the GPO”) about the conduct of the investigation proceedings. He sought a more thorough examination of the cause of his brother’s death.

124. On an unspecified date Mr Finogenov asked the MCPO to disclose the post-mortem medical examination report on his brother’s body, in order to conduct an alternative medical examination of the causes of his death. By a letter of 8 April 2003, the MCPO refused to give permission for disclosure.

125. On 10 June 2003 Mr Finogenov asked the MCPO to enlarge the scope of the investigation and examine the lawfulness and expediency of the use of gas by the security forces. On 15 June 2003 he repeated his request for disclosure of the post-mortem examination report. On 23 June 2003 the MCPO refused to investigate the conduct of the operation by the security forces and to give permission for disclosure of the medical report.

126. On 26 July 2003 Mr Finogenov again complained to the GPO about the inadequacy of the investigation. He maintained, in particular, that the investigator had refused to examine the course of the rescue operation, specifically the use of a potentially lethal gas and the failure to provide assistance to the hostages after their release. He also complained that he had no access to the materials of the case and that he was unable to participate effectively in the proceedings. The applicant’s complaint had been referred by the GPO to the MCPO without an examination on

the merits. The applicant challenged before the courts the refusal of the GPO to entertain his complaint, but the court ruled that Mr Finogenov's petition was not a proper criminal-law complaint which would require an inquiry. That judgment was upheld on appeal by the Moscow City Court on 19 January 2004.

127. On 13 October 2003 Mr Finogenov asked the prosecuting authorities to allow him to participate in Mr Talkhigov's case as an injured party, but this was refused on 23 October 2003. The investigator noted that the case against Mr Talkhigov (no. 229136) had been severed from the "main" criminal case (no. 229133) in which the applicant had victim status. The investigator further noted that Mr Talkhigov had not caused any harm to the applicant; furthermore, the Moscow City Court was considering whether it was possible to allow the relatives of the deceased hostages to participate in Mr Talkhigov's trial.

128. On 14 October 2003 Mr Finogenov asked the MCPO to obtain information from the FSB, which had coordinated the rescue operation, about the nature and content of the gas used by the authorities. On 28 October 2003 he received a reply in which he was advised that "the information on the concentration and content of the gas ... is not relevant for establishing the cause of death of the hostages".

129. On 6 November 2003 Mr Finogenov lodged a criminal-law complaint with the Zamoskvoretskiy District Court of Moscow concerning the inadequacy of the investigation carried out by the MCPO and the refusal to investigate the conduct of the rescue operation. He also sought to obtain from the MCPO copies of the decisions not to initiate an investigation into the conduct of the rescue operation. However, on 22 and 25 March 2004 the Zamoskvoretskiy District Court decided not to request those documents from the MCPO. On 25 March 2004 the Zamoskvoretskiy District Court dismissed Mr Finogenov's complaint. The applicant appealed. On 17 June 2004 the Moscow City Court quashed the decision of 25 March 2004 and referred the case to the Zamoskvoretskiy District Court for a fresh examination.

130. Mr Finogenov repeated his request for the disclosure of the materials of criminal investigation no. 229133 and the decisions refusing to open an investigation into the conduct of the rescue operation. In November 2004 the MCPO produced some elements of the case file and some of the decisions referred to by the applicant. On 30 March 2005 Mr Finogenov supplemented his claims in view of the materials received from the prosecution.

131. On 30 May 2005 the Zamoskvoretskiy District Court dismissed Mr Finogenov's application. The court established that the investigative

actions had been carried out in conformity with the law and that all of the relevant evidence had been collected. The investigator had “fully and objectively” assessed the actions of the security forces and the medical staff during the crisis.

132. On 13 July 2005 the Moscow City Court upheld the judgment of 30 May 2005. The City Court confirmed that the MCPO’s decisions contested by the applicant “were in conformity with the law of criminal procedure, contained reasons, were taken by an authorised official and were based on evidence collected during the investigation”.

3. Criminal-law complaint by Ms Gubareva

133. On 8 May 2003 Ms Gubareva asked the GPO to provide her with copies of medical documents relevant to the death of her relatives. However, the request was refused on the ground that, according to the law, an injured party could obtain access to the materials of a case only after the investigation had been closed.

134. On 23 October 2003 the applicant complained to the GPO about the inadequacy of the investigation carried out by the MCPO. This complaint was forwarded to the MCPO which, by letter of 21 November 2003, informed the applicant that on 17 October 2003 it had been decided not to prosecute the officials who had planned and participated in the rescue operation.

135. On 12 October 2004 the applicant lodged a criminal-law complaint with the Zamoskvoretskiy District Court of Moscow, seeking to obtain a more thorough investigation into the conduct of the rescue operation. In particular, she claimed that the investigation had failed to address the following allegations:

- (a) the lack of medical assistance provided to the hostages, and the circumstances of their evacuation from the theatre;
- (b) thefts of the personal belongings of several hostages;
- (c) the poisoning of the hostages by an unknown gas;
- (d) the unlawful use of that gas by the security forces;
- (e) the killing of the unconscious terrorists;
- (f) the inactivity of the MCPO, responsible for the investigation;
- (g) the inaccurate medical examination carried out by the Bureau of Forensic Examinations of the Public Health Department of the City of Moscow.

136. On 5 May 2005 the Zamoskvoretskiy District Court of Moscow dismissed the applicant’s complaint. The findings of the Zamoskvoretskiy District Court are similar to those of the Zamoskvoretskiy District Court

in Mr Finogenov's case (see paragraph 131 above). On 6 July 2005 the Moscow City Court upheld the judgment of 5 May 2005.

137. In 2007 Ms Gubareva introduced several motions with the investigator in charge of the case. She requested access to certain materials of the case, including written testimonies of some witnesses. Some time later she was given access.

4. Criminal-law complaint by Mr Kurbatov and Ms Kurbatova

138. On 29 May 2003 Mr Kurbatov asked the MCPO to carry out an additional investigation measure aimed at establishing certain facts relevant to the death of his daughter. On 5 June 2003 he was informed that all necessary investigative actions had been carried out and that he would be given access to the materials of the investigation once it had been completed.

139. On 26 June 2003 the applicant repeated his request for information. On 1 July 2003 the investigator in charge of the case informed him that his daughter had died in the theatre; however, no further information or supporting documents were provided.

140. On 5 February 2004 the applicant asked the prosecuting authorities to examine the circumstances of his daughter's death more thoroughly. He claimed that his daughter's death had been caused by the unknown gas employed by the security forces. On 8 April 2004 he received a reply from the MCPO advising him that the expert examination, carried out earlier, had not established a causal link between the effects of the gas and the death of the hostages.

141. On 26 May 2004 the above two applicants lodged a criminal-law complaint with the Zamoskvoretskiy District Court of Moscow, seeking to obtain a more thorough investigation into the conduct of the rescue operation. On 20 September 2004 the Zamoskvoretskiy District Court of Moscow dismissed the applicants' complaint. The applicants appealed, but on 29 November 2004 the Moscow City Court upheld the District Court's judgment.

5. Criminal-law complaint by Mr Burban and Ms Burban-Mishuris

142. On an unspecified date the two applicants lodged a criminal-law complaint with the Zamoskvoretskiy District Court. They complained about the prosecuting authorities' refusal to pursue the examination of the facts of the case in respect of the planning and conduct of the rescue operation. On 8 December 2005 the Zamoskvoretskiy District Court dismissed the applicants' complaint. The court held that the investigation had been

thorough, that the investigative team had gathered all possible evidence in accordance with the law, that they had been subjected to unbiased and comprehensive examination and that the investigative team's conclusions were well-founded and lawful. The court further held that it had no power to examine the effectiveness of the investigation and the alleged failure of the prosecuting authorities to shed light on certain factual aspects of the events, namely to establish the liability of the medical staff and the special-squad officers who had been involved in the rescue operation. On 24 April 2006 that decision was upheld by the Moscow City Court.

...

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

156. The Suppression of Terrorism Act of the Russian Federation (Law no. 130-FZ – “the Anti-Terrorism Act”) of 25 July 1998 (in force until 1 January 2007) establishes basic principles in the area of the fight against terrorism, including those concerning the coordination of the efforts of various law-enforcement and other State agencies. Section 2 of the Act establishes, *inter alia*, that: (a) priority should be given to the interests of people endangered by a terrorist act; (b) the State should make minimal concessions to terrorists; and (c) the State should keep secret, to the maximum extent possible, the technical methods of anti-terrorist operations and not disclose the identity of those involved in them.

...

157. Section 11 of the Act provides that the operative headquarters, the inter-agency body responsible for a given anti-terrorist operation, may use the resources of other branches of the federal government in the anti-terrorist operation, including “weapons and [other] special-purpose hardware and means” (*оружие и специальные средства*). Section 13 of the Act defines the legal regime in the zone of an anti-terrorist operation (identity checks, right of security forces to enter premises and search persons, etc.).

158. Section 14 of the Act permits negotiation with terrorists if this can save lives. However, it is prohibited to examine any demands from terrorists concerning the handing over to them of any persons, weapons or other dangerous objects, or any political demands.

159. Section 17 of the Act establishes that the damage caused by a terrorist act should be compensated by the authorities of the federal constituency where the attack took place. The damage caused to foreign nationals by a terrorist act should be compensated from the federal budget.

...

III. RELEVANT INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

162. The Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990) (“the Basic Principles”), provide, *inter alia*, that “law-enforcement agencies shall adopt and implement rules and regulations on the use of force and firearms against persons by law-enforcement officials”.

163. The Basic Principles further encourage law-enforcement agencies to develop “a range of means as broad as possible and equip law-enforcement officials with various types of weapons and ammunition that would allow for a differentiated use of force and firearms. These should include the development of non-lethal incapacitating weapons for use in appropriate situations, with a view to increasingly restraining the application of means capable of causing death or injury to persons”. At the same time “the development and deployment of non-lethal incapacitating weapons should be carefully evaluated in order to minimise the risk of endangering uninvolved persons, and the use of such weapons should be carefully controlled”. Whenever the lawful use of force and firearms is unavoidable, law-enforcement officials must, in particular, “ensure that assistance and medical aid are rendered to any injured or affected persons at the earliest possible moment”, and ensure that arbitrary or abusive use of force and firearms by law-enforcement officials is punished as a criminal offence under their law. The Basic Principles also stipulate that “exceptional circumstances such as internal political instability or any other public emergency may not be invoked to justify any departure from these basic principles”.

164. On 15 February 2006 the German Constitutional Court declared the Aviation Security Act, in so far as it authorised the armed forces to shoot down, by the direct use of armed force, aircraft that are intended to be used as weapons in crimes against human lives, unconstitutional.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

165. Under Articles 2 and 3 of the Convention the applicants in both cases complained that their relatives had suffered and died as a result of the storming conducted by the Russian security forces. Those applicants who had been among the hostages also claimed that their lives had been put at risk. They also complained that the investigation had been ineffective. The

Court will examine these complaints under Article 2 of the Convention, which provides as follows:

“1. Everyone’s right to life shall be protected by law ...

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

A. The applicants’ submissions

166. At the outset, the applicants criticised the Government for their failure to address the specific questions put by the Court after the admissibility decision. They also indicated that the documents from the case file submitted by the Government were somehow incomplete; some of the pages were missing, whereas other pages were hardly legible.

1. Use of lethal force

167. The applicants claimed that the requirements of the terrorists had not been unrealistic and that, contrary to what the authorities had always suggested, those requirements could have been met. The applicants further indicated that no high-level political figures had been involved in the negotiations with the terrorists. The “negotiators” who had participated in the talks with the terrorists were merely well-known politicians and journalists who had volunteered to transmit the terrorists’ message to the authorities. However, the Russian leadership always declared that talks with the terrorists were not permissible under any circumstances. The applicants referred to several public statements to that end by the then President Putin and the then Minister of Defence Ivanov. The authorities’ main concern during the whole crisis was to avoid “the erosion of the prestige of Russia on the international arena”, as it was put in one of the investigator’s decisions. The terrorists’ “readiness to die” was merely a declaration which should not have been taken seriously. Or, if it was taken seriously, it should have deterred the authorities from the storming, instead of prompting it.

168. The alleged “executions of hostages”, which the authorities used as a pretext for the storming, concerned those persons who had tried to penetrate the building from the outside and who had thus been perceived by the terrorists as spies. Mr G. had been killed for having resisted the terrorists, so his death had not been an “execution” either. Mr Z. was shot

by accident in the evening of 25 October 2002 and carried away in an ambulance at 2 a.m. the following morning, that is long before the storming. No other incidents took place before the storming. “Executions” had thus been merely an excuse for the start of the operation. On the contrary, the terrorists had been prepared to continue releasing the hostages: thus, the first (and the biggest) group of children had been released on 23 October 2002, unconditionally and before any talks with the authorities. Two other groups of children had been released on 24 and 25 October 2002. Fourteen foreign nationals had been released before the storming. The hostages had had at their disposal water and juice, which was confirmed by several witnesses and by the video-recording in the main hall of the theatre.

169. As to the assessment of the risks of explosion made by the crisis cell during the siege, the Government’s reference to it was unsupported, since, as the Government claimed, all documents from the crisis cell had been destroyed. As to the *ex post facto* expert examination of the explosives, the Government misinterpreted the conclusions of the experts. The theoretical risk of the ceiling’s collapse existed only if all of the explosives had been concentrated in the same place in the centre of the hall and had detonated simultaneously. In reality the explosives had been dispersed in the hall and the risk of their simultaneous detonation by way of a chain reaction was assessed by the experts between 3.7% and 14%, depending on the direction of the blasts. Some of the explosives were not connected to the activation devices or batteries had been removed from those devices. At the same time, the Government failed to mention another explosive device with a system of time-lagged activation.

170. The Government failed to indicate who had taken the decision to use the gas. The Government also failed to provide the Court with a list of members of the crisis cell. It is unclear whether those members were informed about the use of the gas. As is apparent from the statement by the Head of the Public Health Department of the City of Moscow, Mr Sl., he had been informed about the use of the gas a few minutes before the storming. The Government’s assertion that the gas was not a “lethal force” is not supported by the materials of the case and contradicted their own submissions: while claiming that the gas was not lethal, at the same time, they maintained that it had been impossible to foresee its possible effects. Furthermore, the Government’s own description of the effects of the gas and its relation to the death of the hostages disproved their assertion that the gas was harmless. The applicants described the effects of the phentanyl (the main components of the unknown gas), its counter-indications, etc. In particular, the sources to which the applicants referred warned against applying phentanyl to weakened patients, to very young and very old

people, and especially against applying it without the possibility of providing artificial lung ventilation. The Government failed to indicate whether the gas had ever been tested before 26 October 2002.

171. According to the applicants, the former chief of the KGB military counter-intelligence department, Vice-Admiral Zh., warned in an interview during the siege that use of the gas might cause human losses, especially among asthmatics and children. The Government had at its disposal experts who could have explained to them the consequences of the use of the gas.

172. The applicants then referred to the hostage-taking crisis in Peru in 1997, when the Peruvian authorities requested an opinion from the United States authorities on the use of a phentanyl-based narcotic gas during the storming. The United States authorities answered in the negative, because the use of such a gas would require a simultaneous deployment of 1,000 doctors in order to provide quick medical assistance to 400 hostages. Since it was impossible to organise such massive medical assistance, the Peruvian authorities decided not to use the gas.

173. The gas was visible both to the terrorists and to the hostages. However, the terrorists did not activate the explosive devices. They had actively resisted the storming squad officers, firing back from 13 machine guns and 8 handguns. That showed that, had they wished, they could have killed the hostages, but that was apparently not their intention.

174. Shortly after the storming Mr Ign., the press officer of the crisis cell, informed journalists that “several terrorists” had been arrested. However, that information was not subsequently confirmed. It follows that either the remaining terrorists had been executed after arrest or some of them had fled.

2. Rescue operation

175. The applicants maintained that the doctors were unaware of the use of the gas, of its effects and of the treatment to be applied in such a situation. Some of the rescue workers and doctors had learned about the gas only from the mass media, when the evacuation was already over. The applicants stressed that naloxone was in itself a dangerous drug with numerous serious side effects. In the event of prolonged exposure to a narcotic gas such as the one used in the present case, naloxone should have been applied only in combination with other medical procedures, in particular artificial lung ventilation, intubation and elimination of the lung oedema. Otherwise it was capable of exacerbating the effects of the narcotic gas.

176. The Government’s assertion that the victims had been put into four groups depending on the gravity of their condition was not supported by any evidence, since the documents of the crisis cell had allegedly been destroyed. The drivers of the city buses and ambulances had not received

any specific instructions on where to take the victims. In the applicants' opinion, the evacuation routes of the victims had not been prepared and many victims did not receive any assistance at the scene at all. About 60 ambulance teams had not taken part in the operation, although their participation had been originally planned.

177. Some ambulance teams had not been equipped with walkie-talkies and had thus been unable to receive information. Neither had they had sufficient medical supplies: the standard first-aid kit of an ambulance, to which the Government referred, included one dose of naloxone. There had not been a sufficient stock of naloxone in the hospitals. As a result, naloxone had been transported from a hospital in the town of Zhukovskiy in the Moscow Region. There had not been enough doctors to accompany the victims in the city buses in which they were transported.

178. Lack of instructions and appropriate material had seriously undermined the efficiency of the medical assistance. The applicants argued that those of their number who had been personally among the hostages had not received adequate medical treatment. The fact that many people had died because the medics were not informed about the nature of the gas and appropriate methods of treatment had also been confirmed by interviews granted by President Putin to the press. In those interviews Putin acknowledged that many people had been put on their backs and were thus suffocated by their swollen tongues or on their own vomit.

179. According to the applicants, some of the rescue workers and the special-squad officers were also poisoned by the gas. In the applicants' opinion, this showed that the gas remained toxic for a considerable time. Most of the hostages had been exposed to the gas for more than two hours – from 5.30 a.m., when the storming began, until at least 7.25 a.m., when the mass evacuation started. The evacuation of the hostages had still been going on four and a half hours after the start of the storming. In the applicants' opinion, the data on the time of the death of the hostages contained in the medical documents was unreliable, since the time had either been recorded approximately, or not recorded at all. The applicants pointed to various inconsistencies between the medical documents and the evidence given by the doctors.

3. Criminal investigation

180. The applicants indicated that the criminal investigation had focused on the hostage-taking. The authorities' actions have never been formally investigated within the criminal case. The investigations had in fact been restricted by President Putin's declaration to the mass media that "we [will] not punish anybody ..." The investigators did not try to establish

the circumstances of death of each hostage, the time of death and other circumstances, although they could easily have done so. The conclusions of the post-mortem expert examinations in respect of the time and place of death were unspecific and contradicted other materials in the case.

181. The investigation was not independent. Thus, twenty-eight FSB officers had been included in the investigative team, although the very same agency had been responsible for the planning and conduct of the rescue operation. At the same time, as per the materials submitted by the Government, no FSB officers (except for one, who had been injured by the gas) had been questioned during the investigation.

182. The investigators had failed to question witnesses who had not participated in the rescue operation, such as journalists, passers-by, “diggers”, and so on. The investigators had failed to enquire into the alleged theft of the ill hostages’ belongings and money by law-enforcement officials after the release.

183. All complaints and motions lodged by the relatives of the deceased hostages were replied to with significant delays. The relatives of the victims were unable to participate effectively in the proceedings. They were unable (as the case of Mr Finogenov showed) to obtain permission for the disclosure of the post-mortem medical reports in order to conduct an alternative medical examination of the causes of the victims’ deaths. Further, the applicants had not been given victim status in the proceedings against an accomplice to the terrorists, Mr Talkhigov, whose case had been severed from the main case and heard behind closed doors.

184. The conclusions of the Bureau of Forensic Examinations of the City of Moscow Public Health Department to the effect that the gas had not caused the victims’ deaths could not be trusted, since the Bureau’s doctors had never been informed of the characteristics of the gas, let alone its exact formula. The non-disclosure of the formula of the gas was not justified and prevented the public from scrutinising the actions of the authorities during the hostage crisis. The fact that during the three days of the siege none of the hostages had died from the “chronic diseases” from which they allegedly suffered showed that the principal cause of death was the gas. Some of the reports of the Bureau of Forensic Examinations were identical: compare the post-mortem reports of Mr Booker and Ms Letyago, whereas it is highly unlikely that the bodies of a 13-year-old child and a 49-year-old man would present exactly the same clinical picture. Moreover, the Bureau’s report contradicted the clinical picture confirmed by all of the doctors who provided medical assistance to the victims, who concluded that the victims had been poisoned by the unknown toxic gas and applied the corresponding methods of treatment.

185. All known terrorists were killed during the storming; as a result, they could not be questioned about the circumstances of the siege and the storming. It was now impossible to obtain an answer to the question of why the terrorists had not activated the explosives when the storming started.

B. The Government's submissions

186. The Government recalled that Russia is a party to the International Convention against the Taking of Hostages, Article 3 of which provides:

“The State Party in the territory of which the hostage is held by the offender shall take all measures it considers appropriate to ease the situation of the hostage, in particular, to secure his release ...”

187. The Government further referred to the Commonwealth of Independent States Model Law on Combating Terrorism adopted by the Inter-Parliamentary Assembly on 8 December 1998. In particular, under section 7 of the above Model Law, if a counter-terrorism body infringes upon the lawful interests of private persons while protecting other lawful interests, for example, protecting the life and health of other people, public order or State security, such acts cannot be regarded as criminal, provided that the counter-terrorism body has acted lawfully, the damage it prevented was greater than the damage actually caused and there was no possibility of attaining the same results by other means. Deliberate taking of life could not be regarded as criminal where it resulted from self-defence or other extreme necessity.

188. The Government also referred to the Council of Europe's European Convention on the Suppression of Terrorism of 27 January 1977, which contains a definition of terrorism, and to the G8 Recommendation on Counter-Terrorism of 13 June 2002. The latter document, the Government stressed, encourages the member States to adjust and modernise their counter-terrorism policies in order to react to the new challenges in this area.

189. The Government further insisted that the activities of the State bodies in the instant case had had a legitimate basis, namely the Suppression of Terrorism Act (Law no. 130-FZ) of 25 July 1998. Section 2 of the Act established the principle of predominance of the interests of the individuals targeted by a terrorist act over all other considerations. The same provision established the principles of minimal concession to terrorists and minimal transparency of anti-terrorist operations, specifically with regard to the methods and tactics employed by the anti-terrorist bodies.

190. Sections 10 and 11 of the Act provide that a counter-terrorism operation is to be conducted by a crisis cell, formed by the Government

of the Russian Federation. The crisis cell may use the human, technical and material resources of other State bodies involved in counter-terrorism activities. The crisis cell operates on the basis of the principle of “one-man command”. Under section 12 of the Act, State agents attached to the crisis cell are responsible to the head of the cell and to no one else; they cannot receive any orders from other State officials. The head of the crisis cell is appointed by the Federal Security Service or the Ministry of the Interior, depending on the character of the situation. He defines the territory covered by the counter-terrorism operation and gives instructions to the personnel involved in it, including civilian personnel.

191. Section 14 of the Act establishes the principle of minimisation of the consequences of a terrorist act. The head of the crisis cell may authorise the commencement of negotiations with the terrorists. He or she appoints the persons responsible for the negotiations. However, it is forbidden to discuss the possible exchange of hostages for other people or the handing over of guns and other dangerous objects to the terrorists, and to enter into political negotiations. The President and the Government of the Russian Federation oversee the implementation of the counter-terrorism measures, whereas the GPO ensures that those measures are lawful.

192. The Government claimed that the actions of the authorities during the hostage crisis in the present case had been in full compliance with the domestic norms and international obligations of the Russian Federation. A crisis cell had been created; it had been gathering information about the situation in the theatre and about the leaders of the terrorists. Negotiations had been started, which led to the liberation of some of the hostages. The authorities had persuaded the terrorists to accept food and water for the hostages and medical assistance for the neediest ones. However, at a certain point the terrorists had interrupted the release of children and foreigners and had refused to accept any more food or water. Moreover, the terrorists had started to kill the hostages. They had shot five people in aggregate in order to demonstrate their determination to move to action. The terrorists had been dangerous criminals; their leader, Mr Sh. B. (who had not been in the theatre himself but who had planned and directed the whole operation) had been responsible for numerous terrorist attacks, including a car bombing a few days earlier. Thus, the decision to storm the building had been taken after lengthy negotiations with the terrorists, as required by Article 14 of the Suppression of Terrorism Act, when all possibilities for further negotiations had been exhausted. The choice of means had been justified by the risks posed by the possible explosion of the bombs, which would have resulted

in the death of all of the hostages. One of the hostages had later testified that suicide bombers had told them that the terrorists had been prepared to die; thus the hostages themselves had not seen any other solution than the storming. The telephone calls from Mr S. (B.), one of the leaders of the terrorists, to Mr Yand., another person in the Chechen separatist movement, had been intercepted. It followed from those conversations that Mr S. (B.) had been prepared to kill the hostages and die himself if the terrorists' requirements were not met. FSB experts in explosive devices had made a preliminary assessment of the situation during the siege and had provided three alternative scenarios, and in each of them the loss of human life had been unavoidable. The *ex post facto* examination of the explosive devices installed by the terrorists in the theatre had confirmed that the cumulative effect of their explosions would in all likelihood have killed most of the hostages in the hall.

193. The Government then gave a detailed account of the position, type and strength of various explosive devices installed by the terrorists in the theatre. The Government concluded that the terrorists had had the necessary skills and knowledge in those matters. Firstly, the design of the explosive devices permitted the terrorists to trigger their simultaneous activation, in particular in the case of storming (by releasing the button of the locking mechanism of the explosive device). Further, the detonation of even one explosive device would in all likelihood have led to the deaths of several other suicide bombers. If detonation occurred, they would pull clips on their own explosive belts, which would then explode and produce a chain reaction of explosions. In such a scenario there was a risk of a partial collapse of the ceiling of the main hall of the building.

194. The gas used by the authorities had not been supposed to kill the terrorists but to send them to sleep, so there would be no need to use firearms during the storming. When considering various options for intervention the authorities had considered possible losses among the hostages, but these had been unavoidable in the circumstances. It had also been impossible to calculate the dose of the gas more precisely because of the differences in the physical condition of those in the theatre: young, physically fit terrorists, and the hostages, weakened by the siege, suffering from lack of food, fresh air, chronic diseases, some of them too old or too young to withstand the effects of the gas. As a result, the dose of the gas had been calculated on the basis of the "average person's" resistance to it. Any other approach would have undermined the efficiency of the operation, and removed the "surprise effect" of the storming. The authorities had simultaneously tried to avoid maximum damage, to neutralise the terrorists and to minimise negative

consequences. Consequently, the use of the gas had been an “absolutely necessary” measure in the circumstances.

195. The Government further claimed that the deaths of the hostages could not be attributed to improper medical assistance after their release. They referred to various domestic legal acts which regulate medical assistance in mass emergency situations. All of the authorities’ actions were in full compliance with those texts. When information about the hostage-taking was received, the All-Russian Centre for Disaster Medicine (ARCDM) sent medical teams to the scene, designated the medical institutions which would be involved in the evacuation of and medical assistance to the hostages, gathered representatives of those institutions and briefed them, ordered an increase in the number of medics on duty in the designated hospitals, and established the procedure for urgent delivery of medicine to the hospitals in case of need.

196. After their release the victims received adequate medical assistance. The medics and rescue workers had had the necessary information, medicine and equipment to provide initial medical aid to the victims. Coordination of their actions on the ground was entrusted to the “coordinating members of the [ARCDM]”. It was appropriate to use naloxone as an “antagonistic drug” (not as an antidote). The risk of explosion prevented the deployment of a full-scale “makeshift hospital” near the theatre. The territory near the theatre was thus used only for the preliminary examination of the condition of the victims. The medics applied two procedures recommended in such situations by the World Health Organization – syndrome-based emergency treatment and rapid hospitalisation. Evacuation of the hostages affected by the gas from the theatre and their transportation to hospital had been quick and well-organised, the hospitals had been equipped to admit them, and, in general, the rescue operation had been conducted in the most efficient manner possible in the circumstances. Use of the city buses as a reinforcement transport was provided by the applicable protocols for emergency situations of such extent. The two hospitals which received the maximum number of hostages (War Veterans Hospital no. 1 and City Hospital no. 13) were prepared for the admission of a large number of patients; they were the closest hospitals to the theatre and it was crucial to reduce transportation time to provide efficient medical aid to the victims.

197. The Government finally noted that the actions of the rescue services were scrutinised in the course of the investigation, which concluded that those actions had been lawful and justified. For a more detailed account of the rescue operation as submitted by the Government, see paragraph 26 above.

C. The Court's assessment

1. *Whether the case falls within the ambit of Article 2 of the Convention*

198. Before addressing the substance of the applicants' complaints, the Court has to resolve an essential factual controversy between the parties, which might eventually predetermine the Court's approach to the case. The applicants characterised the gas used by the security forces as a poisonous substance and a "lethal force" within the meaning of the Convention case-law. The authorities on numerous occasions declared that the gas was harmless in that there had been no "direct causal link" between the death of the hostages and the gas. A similar allegation was made by the Government in their observations on the admissibility and merits of the complaint (see paragraph 180 of the admissibility decision of 18 March 2010 and paragraph 194 of the present judgment). If the gas was indeed harmless and the death of the hostages was due to natural causes, there is no case to answer for this Court under Article 2 of the Convention.

199. The Court reiterates in this respect its case-law confirming the standard of proof "beyond reasonable doubt" in its assessment of evidence (see *Avsar v. Turkey*, no. 25657/94, § 282, ECHR 2001-VII). Such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. In this context, the conduct of the parties when evidence is being obtained has to be taken into account (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 161, Series A no. 25). The Court is sensitive to the subsidiary nature of its role and recognises that it must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact, where this is not rendered unavoidable by the circumstances of a particular case (see, for example, *McKerr v. the United Kingdom* (dec.), no. 28883/95, 4 April 2000). Nonetheless, where allegations are made under Articles 2 and 3 of the Convention, the Court must apply a particularly thorough scrutiny (see, *mutatis mutandis*, *Ribitsch v. Austria*, 4 December 1995, § 32, Series A no. 336, and *Avsar*, cited above, § 283) even if certain domestic proceedings and investigations have already taken place.

200. The Court is confronted with divergent accounts of the events of 23 to 26 October 2002. More specifically, the Court does not have the exact formula of the gas. Even at the domestic level that formula was not revealed by the security forces to the courts and to the investigative authorities. The Court admits that there may be legitimate reasons for keeping the formula of the gas secret. That being said, the Court has enough material to make

conclusive findings about the properties of the gas, at least for the purposes of the examination of the applicants' complaints.

201. The official explanation of the mass death of the hostages on 26 October 2002 was that all the persons who had died were weakened by the siege or seriously ill. The official experts in their report concluded that there was no "direct causal link" between the death of those 125 people and the use of the gas, and that the gas was just one of many factors which led to such a tragic outcome (see paragraph 99 above). The Court will not call into question the interim conclusions of the domestic experts on the medical condition of each particular victim. However, the Court considers that the general conclusion of the expert report, if applied to all the deceased hostages (except those shot by the terrorists), is difficult to accept. It is unthinkable that 125 people of different ages and physical conditions died almost simultaneously and in the same place because of various pre-existing health problems. Equally, the mass death of hostages cannot be attributed to the conditions in which they had been held for three days, during which none of them had died, despite prolonged food and water deprivation, immobility, psychological stress, etc. Further, the Government themselves admitted that it had been impossible to foresee the effects of the gas and had considered that some losses had been unavoidable (see paragraph 194 above). This implies that the gas was not "harmless", because "harmless" means that it does not have important adverse effects.

202. The Court accepts that the gas was probably not intended to kill the terrorists or hostages. It was therefore closer to "non-lethal incapacitating weapons" than to firearms (see in this respect the distinction made by the Basic Principles, cited in paragraph 163 above). This is an important characteristic of the gas; the Court will return to it in its further analysis. For the time being, the Court does not need to decide whether the gas was a "lethal force" or a "non-lethal weapon". As transpires from the Government's submissions, and as the events of the case clearly show, the gas was, at best, potentially dangerous for an ordinary person, and potentially fatal for a weakened person. It is possible that some people were affected more than others on account of their physical condition. Moreover, it is even possible that one or two deaths among the applicants' relatives were natural accidents and were not related to the gas at all. Nevertheless, it is safe to conclude that the gas remained a primary cause of the death of a large number of the victims.

203. In sum, the present case is about the use of a dangerous substance (no matter how it is described) by the authorities within a rescue operation which resulted in the death of many of those whom the authorities were trying to free and in mortal danger for many others (in respect of that

latter group of applicants see, *mutatis mutandis*, *Makaratzis v. Greece* [GC], no. 50385/99, §§ 49-55, ECHR 2004-XI). The situation is thus covered by Article 2 of the Convention. The Court has now to examine whether the use of force was compatible with the requirements of this provision.

...

3. General principles

206. Article 2 of the Convention, which safeguards the right to life and sets out the circumstances in which deprivation of life may be justified, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, from which no derogation is permitted. Together with Article 3 of the Convention, it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. The circumstances in which deprivation of life may be justified must therefore be strictly construed (see *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, § 97, ECHR 2000-VII).

207. As the text of Article 2 itself shows, the use of lethal force by law-enforcement officers may be justified in certain circumstances. Nonetheless, Article 2 does not grant them *carte blanche*. Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, policing operations must be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force (see, *mutatis mutandis*, *Hilda Hafsteinsdóttir v. Iceland*, no. 40905/98, § 56, 8 June 2004; see also Human Rights Committee, General Comment No. 6, Article 6, 16th Session (1982), § 3), and even against avoidable accident.

208. When lethal force is used within a “policing operation” by the authorities it is difficult to separate the State’s negative obligations under the Convention from its positive obligations. In such cases the Court will normally examine whether the police operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force and human losses, and whether all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation were taken (see *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, § 79, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV; see also *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, §§ 146-50 and 194, Series A no. 324; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9 October 1997, §§ 171, 181, 186, 192 and 193, *Reports* 1997-VI; and *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, §§ 102-04, ECHR 2001-III).

209. The authorities’ positive obligations under Article 2 of the Convention are not unqualified: not every presumed threat to life obliges

the authorities to take specific measures to avoid the risk. A duty to take specific measures arises only if the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to life and if the authorities retained a certain degree of control over the situation (see, *mutatis mutandis*, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 116, *Reports* 1998-VIII; see also the admissibility decision of 18 March 2010 in the present case). The Court would only require a respondent State to take such measures which are “feasible” in the circumstances (see *Ergi*, cited above). The positive obligation in question must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources (see *Makaratzis*, cited above, § 69, with further references; see also *Osman*, cited above, and *Maiorano and Others v. Italy*, no. 28634/06, § 105, 15 December 2009).

4. *Standard of scrutiny to be applied*

210. As a rule, any use of lethal force must be no more than “absolutely necessary” for the achievement of one or more of the purposes set out in paragraph 2 (a), (b) and (c) of Article 2 of the Convention. This term indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed by the Court, if compared with that normally applicable when determining whether State action is “necessary in a democratic society” under paragraphs 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. Consequently, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the permitted aims (see *McCann and Others*, cited above, §§ 148-49; see also *Gül v. Turkey*, no. 22676/93, §§ 77 and 78, 14 December 2000).

211. That being said, the Court may occasionally depart from that rigorous standard of “absolute necessity”. As the *Osman*, *Makaratzis* and *Maiorano and Others* cases (all cited above) show, its application may be simply impossible where certain aspects of the situation lie far beyond the Court’s expertise and where the authorities had to act under tremendous time pressure and where their control of the situation was minimal.

212. The Court is acutely conscious of the difficulties faced by States in protecting their populations from terrorist violence and recognises the complexity of this problem (see *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, § 115, ECHR 2006-IX). In the more specific Russian context, terrorism by various separatist movements in the North Caucasus has been a major threat to national security and public safety in Russia for more than fifteen years, and fighting terrorism is a legitimate concern of the Russian authorities.

213. Although hostage-taking has, sadly, been a widespread phenomenon in recent years, the magnitude of the crisis of 23 to 26 October 2002 exceeded everything known before and made that situation truly exceptional. The lives of several hundred hostages were at stake, the terrorists were heavily armed, well-trained and devoted to their cause and, with regard to the military aspect of the storming, no specific preliminary measures could have been taken. The hostage-taking came as a surprise for the authorities (see, in contrast, *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00, §§ 180 et seq., 24 February 2005), so the military preparations for the storming had to be made very quickly and in full secrecy. It should be noted that the authorities were not in control of the situation inside the building. In such a situation the Court accepts that difficult and agonising decisions had to be made by the domestic authorities. It is prepared to grant them a margin of appreciation, at least in so far as the military and technical aspects of the situation are concerned, even if now, with hindsight, some of the decisions taken by the authorities may appear open to doubt.

214. In contrast, the subsequent phases of the operation may require a closer scrutiny by the Court; this is especially true in respect of such phases where no serious time constraints existed and the authorities were in control of the situation.

215. Such a method of analysis is not new: it has been applied, for instance, in *Isayeva*, cited above, §§ 180 et seq. In that case, the Court held that “[g]iven the context of the conflict in Chechnya at the relevant time, the [anti-insurgency] measures could presumably include the deployment of army units equipped with combat weapons, including military aviation and artillery”. That finding did not prevent the Court from concluding that the Convention had been breached on account of the indiscriminate use of heavy weapons by the military, their failure to prevent the Chechen insurgents from entering the village, their failure to secure the safety of the “humanitarian corridor”, etc. However, by accepting that the use of the army in such conflicts was justified the Court drew a clear line between the strategic political choices (use of military force in Chechnya), which were not within the Court’s realm, and other aspects of the situation, which the Court was able to examine.

216. The Court does not suggest that the present case is similar to *Isayeva*; quite the contrary, there are major differences between these two cases. Thus, in the present case the hostage-taking came as a surprise to the authorities, the hostages themselves were in a more vulnerable position than the civilians in *Isayeva*, and the choice of means (gas) by the authorities was less dangerous than in *Isayeva* (bombs). What the Court intends to do is to

adopt the same methodological approach as in *Isayeva* and apply different degrees of scrutiny to different aspects of the situation under examination.

5. *The use of force*

(a) **Decision to storm**

217. The Court reiterates that the use of force may only be justified on one of the grounds listed in Article 2 § 2 of the Convention, namely (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) to effect a lawful arrest or prevent escape; or (c) to quell a riot or insurrection.

218. The applicants claimed that the authorities' real intent had nothing to do with those legitimate aims. They alleged in their observations that the main goal of the authorities had been to kill the terrorists, and not to save the hostages. The Court has taken note of the phrase in the prosecutor's decision stating that the use of force was intended to prevent "the erosion of the prestige of Russia on the international arena". However, in itself this is insufficient to uphold the allegations of bad faith. Everything suggests that one of the authorities' main concerns was to preserve the lives of the hostages. The Court will base its further analysis on the assumption that in this case the authorities were pursuing simultaneously all three legitimate aims specified in Article 2 § 2 of the Convention, and that the "defence of any person from unlawful violence" was the predominant one, as provided by section 2 of the Russian Suppression of Terrorism Act.

219. The question is whether those aims could have been attained by other, less drastic, means. The applicants alleged that it had been possible to resolve the hostage crisis peacefully and that nobody would have been killed if the authorities had pursued the negotiations. In analysing this complaint, the Court must take into account the information available to the authorities at the time of the events. The Court reiterates that use of force by State agents may be justified where it is based on an honest belief which is perceived for good reasons to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken (see *McCann and Others*, cited above, § 200).

220. The Court reiterates that, generally speaking, there is no necessity to use lethal force "where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence" (see *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 95, ECHR 2005-VII). The Court repeats that the situation in the present case was quite different: the threat posed by the terrorists was real and very serious. The authorities knew that many of the terrorists had earlier participated in armed resistance to the Russian troops in Chechnya; that they were well-trained, well-armed and dedicated to their cause

(contrast with *Andronicou and Constantinou*, cited above, § 183, where the Court emphasised that the hostage-taker was not a “hardened criminal or terrorist”); that the explosion of the devices installed in the main auditorium would probably have killed all of the hostages; and that the terrorists were prepared to detonate those devices if their demands were not met.

221. It is true that the terrorists did not activate the bombs after the gas was dispersed, although some of them remained awake for some time. However, it is mere speculation to allege that they did not execute their threat out of humanitarian considerations; it is possible that they were simply disoriented or had not received clear orders. In any event, the authorities could not know with certainty whether the terrorists would in fact carry out their threats and detonate the bombs. In sum, the authorities could reasonably have concluded from the circumstances that there existed a real and serious risk for the lives of the hostages and that the use of lethal force was sooner or later unavoidable.

222. It cannot be excluded that further negotiations would have resulted in the release of several more hostages, such as, for example, foreign citizens, adolescents or elderly people, etc. The applicants strongly relied on this argument, claiming that the risk to the hostages’ lives was not imminent. However, there is too much of an assumption in this allegation. It is unknown whether the leaders of the terrorists were prepared to make concessions; their behaviour and declarations testified to the contrary.

223. It is also important to note what was demanded by the terrorists in exchange for the release of the hostages. The Court will not speculate on the issue of whether, as a matter of principle, it is always necessary to negotiate with terrorists and “ransom” the lives of hostages by offering terrorists money or meeting their other requirements. The applicants’ wide-ranging allegation calls into question all anti-terrorist operations and refers to matters far beyond the competence of this Court, which is not in a position to indicate to member States the best policy in dealing with a crisis of this kind: whether to negotiate with terrorists and make concessions or to remain firm and require unconditional surrender. Formulating rigid rules in this area may seriously affect the authorities’ bargaining power in negotiations with terrorists. What is clear in the circumstances of this specific case is that most of the terrorists’ demands were unrealistic. Thus, among other things, the terrorists demanded the total withdrawal of Russian troops from the territory of Chechnya. Although they later agreed to a partial retreat of the troops ..., in the circumstances this still would have been tantamount to a *de facto* loss of control over part of the Russian territory.

224. In any event, it cannot be said that the authorities did not try to negotiate. Some form of negotiation was conducted. At the least, the

terrorists were given an opportunity to formulate their demands, to reflect on the situation and to “cool down”. It is true that the negotiations did not involve anybody from the highest level of political leadership. However, there is no evidence that their involvement would have brought the situation to a peaceful solution, given the nature of the demands put forward by the terrorists (compare *Andronicou and Constantinou*, cited above, § 184).

225. On the basis of the information now available it is impossible to conclude whether the people shot by the terrorists were subjected to “exemplary executions”, as the Government seem to suggest, or were killed for having resisted the terrorists, or because the terrorists considered them to be “spies”. However, at the time of the events most of those who participated in the negotiations could have reasonably perceived the threat of executions as immediate.

226. In sum, the situation appeared very alarming. Heavily armed separatists dedicated to their cause had taken hostages and put forward unrealistic demands. The first days of negotiations did not bring any visible success; in addition, the humanitarian situation (the hostages’ physical and psychological condition) had been worsening and made the hostages even more vulnerable. The Court concludes that there existed a real, serious and immediate risk of mass human losses and that the authorities had every reason to believe that a forced intervention was the “lesser evil” in the circumstances. Therefore, the authorities’ decision to end the negotiations and storm the building did not in the circumstances run counter to Article 2 of the Convention.

(b) Decision to use the gas

227. Having accepted that the use of force was justified as a matter of principle, the Court will now move on to the next question, namely whether the means employed by the security forces (the gas) were adequate.

228. The Court reiterates, firstly, that in many previous cases it examined the legal or regulatory framework existing for the use of lethal force (see *McCann and Others*, § 150, and *Makaratzis*, §§ 56-59, both cited above). The same approach is reflected in the United Nations Basic Principles (see paragraph 162 above) which indicate that laws and regulations on the use of force should be sufficiently detailed and should prescribe, *inter alia*, the types of arms and ammunition permitted.

229. The legislative framework for the use of the gas in the present case remains unclear: although the law, in principle, allows the use of weapons and special-purpose hardware and means against terrorists ..., it does not indicate what type of weapons or tools can be used and in what circumstances. Furthermore, the law requires that the specific technical

methods of anti-terrorist operations be kept secret ... The exact formula of the gas was not revealed by the authorities; consequently, it is impossible for the Court to establish whether or not the gas was a “conventional weapon”, and to identify the rules for its use. In the circumstances the Court is prepared to admit that the gas was an *ad hoc* solution, not described in the regulations and manuals for law-enforcement officials.

230. This factor alone, however, cannot lead to a finding of a violation of Article 2 of the Convention (see, for example, *Isayeva*, cited above, § 199). The general vagueness of the Russian Anti-Terrorism Act does not necessarily mean that in every particular case the authorities failed to respect the applicants’ right to life. Even if necessary regulations did exist, they probably would be of limited use in the situation at hand, which was totally unpredictable, exceptional and required a tailor-made response. The unique character and the scale of the Moscow hostage crisis allows the Court to distinguish the present case from other cases where it examined more or less routine police operations and where the laxity of a regulatory framework for the use of lethal weapons was found to violate, as such, the State’s positive obligations under Article 2 of the Convention (see *Nachova and Others*, cited above, §§ 99-102).

231. The Court will now move to the applicants’ main argument. They claimed that the gas had been a lethal weapon which was used indiscriminately against both terrorists and innocent hostages. That claim deserves the most serious consideration, since “the massive use of indiscriminate weapons ... cannot be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation ... involving use of lethal force by State agents” (see *Isayeva*, cited above, § 191). The Court observes that the German Constitutional Court in a judgment of 15 February 2006 found incompatible with the right to life, as guaranteed by the German Constitution, a law authorising the use of force to shoot down a hijacked aircraft believed to be intended for a terrorist attack (see paragraph 164 above). It found, *inter alia*, that the use of lethal force against the persons on board who were not participants in the crime would be incompatible with their right to life and human dignity, as provided by the German Basic Law and interpreted in the jurisprudence of the Constitutional Court.

232. In the present case, however, the gas used by the Russian security forces, while dangerous, was not supposed to kill, in contrast, for example, to bombs or air missiles. The general principle stated in the *Isayeva* case, condemning the indiscriminate use of heavy weapons in anti-terrorist operations, can be reaffirmed, but it was formulated in a different factual context, where the Russian authorities used airborne bombs to destroy a rebel group which was hiding in a village full of civilians. Although the

gas in the present case was used against a group consisting of hostages and hostage-takers, and although the gas was dangerous and even potentially lethal, it was not used “indiscriminately” as it left the hostages a high chance of survival, which depended on the efficiency of the authorities’ rescue effort. The hostages in the present case were not in the same desperate situation as all the passengers of a hijacked airplane.

233. The applicants further maintained that the gas had not had the desired effect on the terrorists and, at the same time, had caused many deaths among the hostages. In other words, they claimed that the gas had done more harm than good. In addressing this claim the Court must assess whether the use of gas was capable of preventing the explosion.

234. The Government did not comment on the applicants’ assertion that the gas did not render all of the terrorists immediately unconscious. The applicants inferred from this fact that the gas had been in any event useless. The evidence shows that the gas had no immediate effect. However, the inference made by the applicants from this fact is too speculative. The facts of the case point to the opposite conclusion: thus, everything shows that the gas did have an effect on the terrorists and rendered most of them unconscious, even if this was not instantaneous, and that no explosion followed. The Court draws the conclusion that the use of the gas was capable of facilitating the liberation of the hostages and reducing the likelihood of an explosion, even if it did not remove that risk completely.

235. Another of the applicants’ arguments was that the concentration of the gas had been grossly miscalculated and that the risks to the hostages’ life and limb associated with its use outweighed the benefits. The Court has already established that the gas was dangerous and even potentially lethal. The Government claimed that the gas dosage had been calculated on the basis of an “average person’s” reaction. The Court notes that even that dose turned out to be insufficient to send everybody to sleep: after it had been dispersed in the auditorium some of the hostages remained conscious and left the building on their own. In any event, the Court is not in a position to evaluate the issue of the dosage of the gas. It will, however, take it into account when assessing other aspects of the case, such as the length of exposure to it and the adequacy of the ensuing medical assistance.

236. In sum, the Court concludes that the use of gas during the storming was not in the circumstances a disproportionate measure, and, as such, did not breach Article 2 of the Convention.

6. Rescue and evacuation operation

237. The above conclusion does not preclude the Court from examining whether the ensuing rescue operation was planned and implemented in

compliance with the authorities' positive obligations under Article 2 of the Convention, namely whether the authorities took all necessary precautions to minimise the effects of the gas on the hostages, to evacuate them quickly and to provide them with necessary medical assistance (see *McCann and Others*, cited above, §§ 146-50 and 194; *Andronicou and Constantinou*, cited above, §§ 171, 181, 186, 192 and 193; and *Hugh Jordan*, cited above, §§ 102-04). Many facts related to this aspect of the case are in dispute between the parties. The Court reiterates in this respect that its fact-finding capacity is limited. As a result, and in line with the principle of subsidiarity, the Court prefers to rely, where possible, on the findings of competent domestic authorities. That being said, the Court does not completely renounce its supervising power. Where the circumstances of a particular case so require, especially where the death of a victim is arguably attributable to the use of lethal force by State agents, the Court may entertain a fresh assessment of evidence (see *Golubeva v. Russia*, no. 1062/03, § 95, 17 December 2009; see also, *mutatis mutandis*, *Matko v. Slovenia*, no. 43393/98, § 100, 2 November 2006; and *Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, § 113, ECHR 2006-XIII). The Court further reiterates that "in the situation where persons are found injured or dead ... in an area within the exclusive control of the authorities of the State and there is prima facie evidence that the State may be involved, the burden of proof may also shift to the Government since the events in issue may lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities. If they then fail to disclose crucial documents to enable the Court to establish the facts or otherwise provide a satisfactory and convincing explanation, strong inferences may be drawn" (see *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 184, ECHR 2009). As follows from this quotation, the Court can make adverse inferences if the Government fails to disclose crucial evidence in the proceedings before the Court, as they were required to do under former Article 38 § 1 (a) of the Convention (now Article 38 of the Convention, which provides that States should furnish all necessary facilities to make possible a proper and effective examination of applications (see *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 70, ECHR 1999-IV, and *Timurtaş v. Turkey*, no. 23531/94, §§ 66 and 70, ECHR 2000-VI)).

238. Further, even where the State discloses all of the evidence in its possession, that evidence may still be insufficient to provide a "satisfactory and convincing" explanation of the victim's death. More generally, the Court's reliance on evidence obtained as a result of the domestic investigation and on the facts established within the domestic proceedings will largely depend on the quality of the domestic investigative process, its

thoroughness, consistency, etc. (see *Golubeva*, cited above, § 96, and *Maslova and Nalbandov v. Russia*, no. 839/02, §§ 101 et seq., 24 January 2008; see also *Betayev and Betayeva v. Russia*, no. 37315/03, § 74, 29 May 2008, and *Isayeva and Others [v. Russia]*, nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, §§ 179 et seq., [24 February 2005]).

239. That being said, the Court stresses that it is not always in a position to draw adverse inferences from the authorities' failure to conduct an effective investigation (see, for example, *Khashiyev and Akayeva v. Russia*, nos. 57942/00 and 57945/00, 24 February 2005; *Luluyev and Others v. Russia*, no. 69480/01, ECHR 2006-XIII; and *Zubayrayev v. Russia*, no. 67797/01, § 83, 10 January 2008).

240. Turning to the present case the Court notes, firstly, that the investigation, in so far as it concerned the authorities' alleged negligence, was discontinued and did not end with a full-scale trial (unlike, for example, in the recent *Giuliani and Gaggio v. Italy* case ([GC], no. 23458/02, ECHR 2011)). In such circumstances the Court must examine the conclusions of the investigation into the efficiency of the rescue operation with great caution, without, however, discarding them completely.

241. Secondly, the Court has taken note of the reports by the Public Health Department, the ARCDM and witness testimonies by several senior-level officials in the public health system and rescue service. Those reports and witness statements describe the rescue operation as generally successful, quick, and well-coordinated (see, for example, paragraphs ... and 119 above). Those bodies and officials were, indisputably, "competent authorities" whose analysis of the situation is worth attention. At the same time, those structures and officials were directly involved in the planning and coordination of the rescue operation and might not, therefore, be truly neutral in their assessment. Their evidence should be carefully compared to other evidence in the case file, namely the testimonies of the rescue workers and medics in the field, expert evidence, documents, etc.

242. Thirdly, the Court has taken note of the Government's response to the Court's questions, addressed to them following its decision on admissibility. The Court requested the respondent Government to answer several very specific questions, concerning, in particular, the planning and conduct of the rescue operation, the chronology of events, the instructions given to the medics and rescue workers, any special equipment they had at their disposal, particular investigative actions taken in the aftermath of the events, etc. However, most of the questions put by the Court remained unanswered. The Government's observations on the merits repeated, to a large extent, their observations on admissibility, were very general and did not touch upon the specific factual issues.

(a) The planning of the medical assistance and evacuation

243. Having regard to the above, and in line with the differential approach described in paragraph 216, the Court considers that the planning and conduct of the rescue operation, in particular the organisation of the medical aid to the victims and their evacuation, can be subjected to a more thorough scrutiny than the “political” and military aspects of the operation. The Court notes, first of all, that the rescue operation was not spontaneous: the authorities had about two days to reflect on the situation and make specific preparations. Secondly, in this area (evacuation and medical assistance) the authorities should have been in a position to rely on some generally prepared emergency plan, not related to this particular crisis. Thirdly, they had some control of the situation outside the building, where most of the rescue efforts took place (contrary to the situation within the building, which was in the hands of the terrorists). Finally, the more predictable a hazard, the greater the obligation to protect against it: it is clear that the authorities in this case always acted on the assumption that the hostages might have been seriously injured (by an explosion or by the gas), and thus the large number of people in need of medical assistance did not come as a surprise. The Court considers that in such circumstances it may subject the rescue operation, in so far as it concerned the evacuation of and medical assistance to the hostages, to closer scrutiny.

244. The Government did not produce any documents containing a comprehensive description of the plan of the evacuation, either because such a plan never existed or because it had been destroyed. However, even if such a written plan never existed, some preparations were made (see paragraphs 15 et seq. above). In particular: (1) rescue workers were deployed around the theatre; (2) the admission capacity of several hospitals was increased; (3) two or three special medical teams were stationed nearby; (4) some additional equipment was installed in the city hospitals; (5) additional medics were mobilised and attached to those hospitals which were supposed to receive the hostages in the first instance; (6) ambulance stations were warned about the possible mass deployment of ambulances; and (7) doctors in the field received instructions on sorting the victims on the basis of the gravity of their condition.

245. Those measures were apparently based on the assumption that in the event of an escalation of the situation most victims would be wounded by gunshot or by an explosion ... The Court must examine whether the original plan was in itself sufficiently cautious.

246. It appears that the original plan of the evacuation provided for the deployment of hundreds of doctors, rescue workers and other personnel to

assist the hostages, whereas little was done to coordinate the work of those different services.

247. Firstly, the provisions in the original plan for on-the-field interaction between the various services participating in the rescue operation (the Moscow Centre for Urgent Medical Treatment, the ARCDM, doctors on ordinary ambulance teams, doctors from the city hospitals, the Rescue Service, special-squad officers, ordinary policemen, etc.) appear to be insufficient. The Court accepts that each service might have had its own chain of command, means of communication, standard protocols, etc. However, the absence of any centralised coordination at the scene was noted by many witnesses ... The Government did not specify how many coordinators (if any) were deployed, or whether all workers were informed about their presence, their role, insignia, etc. The video of the evacuation creates the impression that everyone involved acted on his or her own initiative, at least at the outset. The contacts between field workers appear to be sporadic; no clear separation of tasks among members of various services and even within the same service can be seen. Only one or two individuals are doing something which can be described as “coordination” at the theatre entrance, but they appear to be military personnel. Further, there is no information about how instructions were passed in real-time mode from the crisis cell to the field coordinators, and from the coordinators to the field workers, or how situation reports were collected and transmitted back to the crisis cell.

248. Secondly, the original evacuation plan did not appear to contain any instructions as to how information on the victims and their condition was to be exchanged between members of the various rescue services. Several doctors testified during the investigation that they had not known what kind of treatment the victims had already received – they had to take decisions on the basis of what they saw ... Whereas it is clear that many people received no treatment at all, it is not excluded that some of them received injections more than once, which might in itself have been dangerous. It does not appear that the victims who received injections were somehow marked to distinguish them from those who had not received injections.

249. Thirdly, it is unclear what order of priorities was set for the medics. The Government claimed that, as part of the original plan, the medical personnel were supposed to sort the victims into four groups, depending on the gravity of their condition. However, no such sorting could be seen on the video: the bodies were placed on the ground in a seemingly haphazard way, and many witnesses confirmed that in fact there had been no filtering ... or that it was inefficient, since dead bodies had been placed in the same buses as people who were still alive ... Further, the purpose of sorting is itself unclear. The Government did not indicate whether, after the sorting,

if any, priority was given to the most serious cases or to those victims whose chances of recovery were higher. The purpose of the sorting is not specified: the Court cannot thus tell whether it was to be carried out to ensure even distribution of the burden among the hospitals or to ensure that the most serious cases were sent to the closest (or better prepared) hospitals. Most importantly, the Government did not explain how information on the respective “category” of each victim was communicated to the ambulance doctors, and to the doctors in the city buses and in the hospitals. The Court submitted questions on those points to the Government but received no replies. The materials of the domestic investigation do not elucidate those matters. The Court concludes that this aspect of the rescue operation was not thought through, and that in practice the “sorting” was either non-existent or meaningless.

250. Fourthly, although the original plan provided for the mass transportation of victims in the city buses, it did not make provision for medical assistance in those buses. Many witnesses noted a lack of medical personnel and equipment in the buses transporting victims: sometimes there was only one paramedic for a bus containing twenty-two victims in a critical state; sometimes there were no escorting medics in the buses at all ... Although there is no exact information about how much time was needed to transport the victims to the hospitals ..., it is clear that the lack of medical personnel in the buses might have been yet another negative factor.

251. Finally, everything suggests that there was no clear plan for the distribution of victims among various hospitals. The admission capacity of several hospitals was indeed increased, but the ambulance teams and bus drivers did not know where to take the victims ... As a result, the dispatching of the victims to hospitals was more or less unstructured: thus, four or five buses followed the ambulances and all arrived at the same destination, City Hospital no. 13, almost simultaneously. That hospital received 213 victims of the gas within thirty minutes ..., many of them in a critical state. The Court has no exact information on how many doctors and paramedics were available in that hospital, since the Government failed to answer the Court’s question on that point. However, bearing in mind the size of the hospital, the composition of the emergency teams and the number of regular patients who remained ... it is very likely that medical assistance to the majority of those 213 hostages was seriously delayed. At the same time, the hospital closest to the theatre, which was 20 metres from the building, admitted considerably fewer patients than planned ...

252. In sum, the original plan of the rescue and evacuation of the hostages was in itself flawed in many respects.

(b) Implementation of the plan

253. The Court has already noted that the original plan was prepared on the assumption that the hostages would be wounded by an explosion or gunshots. Thus, the reinforcement to hospitals consisted mostly of surgeons rather than toxicologists ..., whose assistance became critical following the use of the gas. The rescue workers and doctors confirmed that they had not received any specific instructions on how to deal with poisoned individuals, let alone people poisoned by opiate drugs. They had all been preparing to work on the site of an explosion ... Some measures, as planned originally, were even detrimental to the efficiency of the rescue operation. For example, several people testified that the heavy trucks and bulldozers stationed nearby had prevented the ambulances from circulating normally ... The Court will now examine how the original rescue plan was implemented in the light of the development of the victim crisis, in particular the use of the gas at the point of storming.

254. The applicants alleged that the lack of information about the use of the gas had been detrimental to the efficiency of the operation. Indeed, most of the medics testified that they had been unaware of the possible use of gas and had discovered what had happened directly at the scene, from their colleagues and from observing the victims' symptoms ... It is unclear at what point the FSB informed the rescue workers and medics about the gas. Everything suggests that this was not done until the evacuation was almost over.

255. The first question is whether the absence of information about the gas, its properties and possible treatment to be employed played any negative role. Several senior doctors and officials have claimed that information about the gas and the suggested treatment would have been irrelevant, and that the preliminary measures taken were valid for all circumstances, whether these concerned an explosion or a gas attack ... However, that opinion is open to doubt, especially in view of the statements by the field doctors who participated in the operation, many of whom expressed the opposite view ... In any event, even if the doctors' training was sufficient to choose the appropriate treatment at the scene, this cannot be said in respect of the rescue workers and the special-squad officers. Thus, the video-recordings show that some (the majority) of the victims were placed on the floor in the "face-up" position, which increased the likelihood of suffocation from vomiting or from a swollen tongue. This was confirmed by several rescue workers ..., contrary to what the public health officials asserted in their reports ... The same is true with regard to the placement of victims in the city buses which transported them to various hospitals (the position

of the victims in the buses is visible on the video-recordings). The Court concludes that the lack of information about the gas might have played a negative role and could have raised the mortality rate among the hostages (see paragraph 119 above).

256. The second question is why information about the gas was not disclosed to the competent services earlier. The official investigation is silent on that matter. Given the overall context, the Court is prepared to assume that the FSB feared a leak and did not want to undermine the whole operation by letting the doctors know what to expect. In any event, secrecy is the only clear argument for not informing the medics about the use of the gas.

257. The Court acknowledges that the security forces are better placed to assess the risk of a leak, especially when, as in the present case, they are in a “win or lose” situation. The Court does not criticise the security forces’ hierarchy for not revealing the details of the storming to the medics well in advance, that is when the decision was taken or technical preparations were being made. However, it is difficult to see why this information could not have been given to the rescue workers and medics shortly before or at least immediately after the use of the gas. The Court notes in this respect that the mass evacuation of hostages from the main hall of the theatre started at least one hour and twenty minutes after the gas had been dispersed, if not later, since the exact moment when the gas was dispersed is unknown. Thus, the authorities had at least ninety minutes to make additional arrangements, prepare appropriate medicine or give more specific instructions to the medics, or otherwise adjust the plan to the circumstances. However, nothing was done during that period.

258. Another question is why the mass evacuation started so late. The Court notes that most of the unconscious hostages remained exposed to the gas and without medical assistance for more than an hour. As follows from the materials of the case, the effects of the gas depended on the length of exposure to it: the longer the hostages spent in the gas-filled auditorium without medical assistance, the more victims there would be ... The prolonged exposure to the gas was thus a factor likely to increase the mortality rate among the hostages. The Court has no explanation for the above delay.

259. A further aspect that must be addressed is the alleged lack of medicine and special equipment for the treatment of victims at the scene and during transportation. Post-mortem reports show that most deaths occurred between 8 and 8.30 a.m. ... This means that a relatively large number of victims died shortly after their admission to hospital or shortly before, on the way there. Consequently, they were still alive when taken out

of the main hall of the theatre. In this assumption the question of immediate medical assistance at the scene becomes crucial.

260. Again, there is very little information as to what kind of medical assistance the victims received at the scene, and when, where and by whom it was administered. From the scattered evidence the Court has before it, naloxone appears to be the main “antidote” for the gas in question – it is mentioned in almost every witness statement. Although the Chief Anaesthesiologist claimed that naloxone was not efficient ..., most of the other doctors referred to naloxone as the main substance capable of restoring breathing and cardiac activity in such circumstances ... Some naloxone was administered on the spot. However, a careful examination of the video-recordings showing the main entrance to the theatre reveals only one instance when a doctor (or a rescue worker) gives an injection. The injections were probably administered inside the building, but this assumption is hard to reconcile with the existing evidence: thus, many witnesses testified that there had been a shortage of naloxone ... Further, as follows from the post-mortem reports, about 60 people did not have any trace of assistance when they were admitted to hospital ... This figure concerns only the deceased hostages – the Court has no information as to how many surviving hostages received injections of naloxone. Whereas some witnesses testified that naloxone had been administered “in the buttocks” ..., other documents (especially medical records) refer to an intravenous method of injection.

261. It is possible that another form of life-saving treatment existed in addition to naloxone. The video shows rescue workers conducting “assisted respiration” or “heart massage” to the unconscious hostages lying on the floor. However, no special equipment (oxygen masks, etc.) can be seen. It is unclear what other kind of “symptomatic treatment”, referred to by the Government, was or could have been employed in the circumstances.

262. The applicants pointed to other alleged flaws in the rescue operation, namely the delays in transportation and the unpreparedness of the city hospitals to treat so many serious cases simultaneously. The Court considers, however, that the elements analysed above are sufficient to draw conclusions.

(c) Conclusions

263. It is not possible for the Court to establish an individual story for each deceased hostage: where he or she was sitting when the operation began, how seriously he or she was affected by the gas and “concomitant factors” (stress, dehydration, chronic diseases, etc.), what kind of treatment

was received at the scene, at what time he or she arrived at a hospital, what kind of treatment he or she received in that hospital, etc.

264. Further, what is true in respect of the majority of the hostages may not be true in each individual case, taken alone. Thus, the alleged lack of medical aid would be irrelevant in a situation where a person had already died by the time the medics arrived. Equally, the Court cannot exclude that some of the victims were among those who were first to receive medical assistance but nevertheless died, because they were very weak or ill and died as a result of “a stroke of misfortune, a rare and unforeseeable occurrence” (see *Giuliani and Gaggio*, cited above, § 192).

265. In other words, many important factual details in this case are missing. That being said, the Court stresses that its role is not to establish the individual liability of those involved in the planning and coordination of the rescue operation (*ibid.*, § 182). The Court is called upon to decide whether the State as a whole complied with its international obligations under the Convention, namely its obligation to “take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising, incidental loss of civilian life” (see *Ergi*, cited above).

266. The Court acknowledges that in such situations some measure of disorder is unavoidable. It also recognises the need to keep certain aspects of security operations secret. However, in the circumstances the rescue operation of 26 October 2002 was not sufficiently prepared, in particular because of the inadequate information exchange between various services, the belated start of the evacuation, limited on-the-field coordination of various services, lack of appropriate medical treatment and equipment at the scene, and inadequate logistics. The Court concludes that the State breached its positive obligations under Article 2 of the Convention.

7. *Effectiveness of the investigation*

267. The applicants’ final complaint under Article 2 of the Convention was that the State had failed to fulfil its positive obligation to investigate the conduct of the authorities during the hostage crisis.

(a) **General principles**

268. The Court reiterates that Article 2 contains a positive obligation of a procedural character: it requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by the authorities (see, *mutatis mutandis*, *McCann and Others*, cited above, § 161, and *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, § 105, *Reports* 1998-I).

269. The Court points out that not every investigation should necessarily be successful or come to a conclusion which coincides with the claimant's account of events; however, it should in principle be capable of leading to the establishment of the facts of the case and, if the allegations prove to be true, to the identification and punishment of those responsible (see *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, § 124, ECHR 2000-III; see also *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, no. 46477/99, § 71, ECHR 2002-II).

270. To be "effective", an investigation should meet several basic requirements, formulated in the Court's case-law under Articles 2 and 3 of the Convention: it should be thorough (see *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, §§ 103 et seq., *Reports* 1998-VIII; see also, *mutatis mutandis*, *Salman*, cited above, § 106; *Tanrikulu*, cited above, §§ 104 et seq.; and *Gül*, cited above, § 89), expedient (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, §§ 133 et seq., ECHR 2000-IV; *Timurtaş*, cited above, § 89; *Tekin v. Turkey*, 9 June 1998, § 67, *Reports* 1998-IV; and *Indelicato v. Italy*, no. 31143/96, § 37, 18 October 2001), and independent (see *Oğur v. Turkey*, [GC], no. 21594/93, §§ 91-92, ECHR 1999-III; see also *Mehmet Emin Yüksel v. Turkey*, no. 40154/98, § 37, 20 July 2004, and *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998, §§ 80-82, *Reports* 1998-IV); and the materials and conclusions of the investigation should be sufficiently accessible for the relatives of the victims (see *Oğur*, cited above, § 92, and *Khadzhialiyev and Others v. Russia*, no. 3013/04, § 106, 6 November 2008), to the extent it does not seriously undermine its efficiency.

271. More specifically, a requirement of "thorough investigation" means that the authorities must always make a serious attempt to find out what happened and should not rely on hasty or ill-founded conclusions to close their investigation or as the basis of their decisions. They must take all reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including, *inter alia*, eyewitness testimony, forensic evidence, and so on. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of injuries or the identity of the persons responsible will risk falling foul of this standard (see, among many authorities, *Mikheyev v. Russia*, no. 77617/01, §§ 107 et seq., 26 January 2006, and *Assenov and Others*, cited above, §§ 102 et seq.).

272. Finally, the investigation's conclusions must be based on thorough, objective and impartial analysis of all relevant elements. Failing to follow an obvious line of inquiry undermines to a decisive extent the investigation's ability to establish the circumstances of the case and the identity of those responsible (see *Kolevi v. Bulgaria*, no. 1108/02, § 201, 5 November 2009). Nevertheless, the nature and degree of scrutiny which satisfy the minimum

threshold of the investigation's effectiveness depend on the circumstances of the particular case. They must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work (see *Velcea and Mazăre v. Romania*, no. 64301/01, § 105, 1 December 2009).

(b) Application to the present case

Whether the official investigation was "effective"

273. The present case clearly falls into the category of cases where the authorities must investigate the circumstances of the victims' deaths. Thus, there existed a nexus between the use of lethal force by the security forces and the victims' death. The gas remained the primary cause of casualties among the hostages, and it was legitimate to suspect that some of the victims died as a consequence of an ineffective rescue operation. Although the responsibility for the hostage-taking as such cannot be attributed to the authorities, the rescue operation lay in an area within the exclusive control of the authorities (here the Court draws a parallel with the security operations by the Russian military in Chechnya or the Turkish security forces in south-east Turkey – see *Akkum v. Turkey*, no. 21894/93, § 211, ECHR 2005-II; *Goygova v. Russia*, no. 74240/01, §§ 88-96, 4 October 2007; and *Magomed Musayev and Others v. Russia*, no. 8979/02, §§ 85-86, 23 October 2008). Finally, the events in issue "lay wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities" in the sense that it was virtually impossible for the applicants to obtain any evidence independently of the authorities. In such circumstances the authorities were under an obligation to carry out an effective official investigation in order to provide a "satisfactory and convincing" explanation of the victims' deaths and the degree of the authorities' responsibility for it.

274. The Court stresses that it is not concerned with the investigation into the terrorist act itself. In this part the investigation appeared to be quite ample and successful. Thus, the terrorists and their supporters were identified, the circumstances of the hostage-taking were established, the explosives and firearms used by the terrorists were examined, and at least one person (the terrorists' accomplice outside the building) was brought to trial and convicted. The question is whether the investigation was equally successful in examining the authorities' own actions during the hostage crisis.

275. The Court notes that the investigation was opened and continued under Articles 205 ("Terrorist acts") and 206 ("Hostage-taking") of the Criminal Code. Negligence by the authorities cannot be characterised under either of those two provisions. Therefore, the scope of the investigation

was, from the very beginning and throughout it, defined very narrowly. This is also confirmed by the action plans prepared by the investigator (see paragraphs 33 and 34 above), which were mostly concentrated on the terrorist attack itself and not on the behaviour of the authorities during the hostage crisis.

276. Although the investigation is not yet formally completed, the prosecution repeatedly decided that, as regards the authorities' alleged negligence, there was no case to answer. The first decision in that sense was taken in response to a request by Mr Nmt., an MP, slightly over one month after the events (see paragraph 121 above). Given the magnitude of the case, it was hardly possible to conduct any meaningful investigation into the authorities' alleged negligence within such a short period of time. The question of the authorities' negligence was subsequently brought to the investigator's attention several times (see, in particular, his decision of 16 October 2003, paragraph 98 above), but the haste with which the first decision was taken is suggestive.

277. The Court acknowledges that the investigator did not remain idle and did address certain questions related to the planning and conduct of the rescue operation. The evidence obtained thereby will be analysed below. That being said, in some other respects the investigation was manifestly incomplete. First and foremost, the formula of the gas has never been revealed by the FSB to the domestic investigative authorities, despite the latter's request to that end (see paragraph 101 above), although the investigative team included FSB officers and most of the experts in the case were also from the FSB and, thus, at least in theory, could have been trusted.

278. For instance, the investigative team made no attempt to question all the members of the crisis cell (with the exception of one or two secondary figures, such as Mr Yastr., or Mr Sl., the Head of the Public Health Department) and FSB officers involved in the planning of the operation, in particular those who were responsible for the decision to use the gas, the calculation of its dose, and the installation of the devices. Members of the special squad (those who were directly involved in the storming), officers and their head officers were not questioned either (except for one person who had himself suffered from the gas). Nor were the drivers of the city buses, journalists and other "chance" witnesses (such as "diggers" who had allegedly helped the FSB to plant the gas recipients) questioned.

279. The Court is surprised by the fact that, as the Government explained, all of the crisis cell's working papers were destroyed (see paragraph 169 above). In the Court's opinion those papers could have been an essential source of information about the planning and conduct of the rescue operation (especially in a situation where most of the members of the

crisis cell were not questioned). The Government did not explain when those papers were destroyed, why, on whose authority and on what legal basis. As a result, nobody knows when the decision to use the gas was taken, how much time the authorities had to evaluate the possible side effects of the gas, and why other services participating in the rescue operation were informed about the use of the gas with such a delay (for more details on this matter see below). Even assuming that some of them might have contained sensitive information, indiscriminate destruction of all documents, including those containing information about general preparations, the distribution of roles among members of the crisis cell, logistics, the methods of coordination of the various services involved in the operation, etc., was not justified.

280. Among other things, the investigators did not try to establish certain facts which, in the Court's opinion, were relevant and even crucial for addressing the question of the authorities' alleged negligence. For instance, the investigative team did not establish how many doctors were on duty on the day of the storming in each hospital which participated in the rescue operation. They did not identify what preliminary instructions had been given to the ambulances and city buses as to where to transport the victims. They did not identify all of the officials who had coordinated the efforts of the doctors, rescue workers and military personnel on the ground, and what sort of instructions they had received. They did not establish why the mass evacuation had started only about two hours after the start of the storming, or how much time it had taken to kill the terrorists and neutralise the bombs.

281. Lastly, the investigative team was not independent: although it was headed by an official from the Moscow City Prosecutor's Office, and supervised by the General Prosecutor's Office, it included representatives of the law-enforcement agencies which had been directly responsible for the planning and conduct of the rescue operation, namely the FSB (see paragraph 31 above). Experts in explosive devices were from the FSB ... The key forensic examinations of the victims' bodies and their medical histories were entrusted to a laboratory that was directly subordinate to the Public Health Department of the City of Moscow ... The Head of that department (Mr Sl.) was personally responsible for the organisation of medical aid to the victims and was therefore not disinterested. In sum, the members of the investigative team and the experts whose conclusions were heavily relied on by the lead investigator had conflicts of interests, so manifest that in themselves those conflicts could have undermined the effectiveness of the investigation and the reliability of its conclusions.

282. Other elements of the investigative process are probably also worthy of attention (such as the limited access to the materials of the case

by the victims' relatives, and their inability to formulate questions to the officially appointed experts and examine witnesses). However, the Court does not need to examine these aspects of the proceedings separately. It has sufficient evidence to conclude that the investigation into the authorities' alleged negligence in this case was neither thorough nor independent, and, therefore, not "effective". The Court concludes that there was a breach of the State's positive obligation under Article 2 of the Convention on this account.

II. OTHER COMPLAINTS

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

3. *Holds* that there has been no violation of Article 2 of the Convention on account of the decision by the authorities to resolve the hostage crisis by force and to use the gas;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 2 of the Convention on account of the inadequate planning and conduct of the rescue operation;
5. *Holds* that there has been a violation of Article 2 of the Convention on account of the authorities' failure to conduct an effective investigation into the rescue operation;

...

Done in English, and notified in writing on 20 December 2011, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen
Registrar

Nina Vajić
President

...

FINOGENOV ET AUTRES c. RUSSIE
(Requêtes n^{os} 18299/03 et 27311/03)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 20 DÉCEMBRE 2011¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Recours à un gaz potentiellement mortel et préparation inadéquate d'une opération de sauvetage d'otages****Article 2**

Vie – Obligations positives – Usage de la force – Enquête effective – Recours à un gaz potentiellement mortel et préparation inadéquate d'une opération de sauvetage d'otages – Existence d'un risque réel, sérieux et immédiat de lourdes pertes en vies humaines justifiant le recours au gaz – Obligation positive de protéger la vie – Exécution déficiente d'une opération de sauvetage d'otages – Absence d'enquête complète et indépendante sur la négligence des autorités

*

* *

Le 23 octobre 2002, au soir, un groupe de terroristes armés appartenant au mouvement séparatiste tchéchène prit environ neuf cents personnes en otage dans le théâtre Dubrovka de Moscou. Les requérants sont soit des otages soit des proches d'otages décédés au cours de l'opération de sauvetage ultérieurement conduite. Les otages se trouvaient sous la menace d'armes et le bâtiment était truffé d'engins explosifs. Les terroristes exigeaient le retrait immédiat des soldats russes de la République tchéchène. Des négociations eurent lieu et plusieurs otages furent abattus. Parallèlement, les autorités avaient créé une « cellule de crise » dirigée par le Service fédéral de sécurité et chargée de la planification d'une opération de sauvetage. Le 26 octobre 2002, au matin, des forces de sécurité russes dispersèrent un gaz narcotique inconnu dans l'auditorium principal par le système de ventilation du bâtiment. Quelques minutes plus tard, une fois que presque tous les terroristes eurent perdu conscience sous l'empire du gaz, l'escouade spéciale prit d'assaut le bâtiment, puis tua la quasi-totalité des terroristes. Les otages furent ensuite évacués du bâtiment puis transportés dans des hôpitaux à bord d'ambulances ou de bus municipaux. Cependant, environ cent vingt-cinq otages décédèrent sur les lieux, pendant leur transport ou à l'hôpital. Une enquête pénale fut ouverte sur ces événements mais il fut ensuite décidé de ne pas poursuivre les investigations sur la planification et la conduite de l'opération. Les plaintes au pénal et les recours en

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

réparation devant le juge civil pour dommage moral introduits par les requérants furent rejetés.

Article 2: a) *Recevabilité* – L'explication officielle au grand nombre d'otages morts est que toutes les personnes décédées étaient affaiblies par le siège ou gravement malades. Dans leur rapport, les experts officiels ont conclu qu'il n'y avait aucun « lien de causalité directe » entre les décès et l'utilisation du gaz, et que celui-ci n'était qu'un facteur parmi de nombreux autres. La Cour trouve cette conclusion difficile à accepter. Il est impensable que cent vingt-cinq personnes d'âge et de condition physique différents soient mortes presque simultanément et au même endroit en raison de divers problèmes de santé préexistants. De même, les décès ne sauraient être imputés aux conditions dans lesquelles les otages ont été détenus pendant trois jours, au cours desquels aucun d'entre eux n'est mort, alors qu'ils avaient été pendant longtemps privés de nourriture et d'eau et en proie au stress. Le Gouvernement reconnaît qu'il était impossible de prévoir les effets du gaz et que certaines pertes étaient inévitables, ce qui implique que le gaz n'était pas inoffensif. Bien qu'il ne fût probablement pas destiné à tuer les terroristes ou les otages, le gaz était dangereux et potentiellement fatal pour une personne affaiblie, et on peut conclure avec certitude qu'il reste la cause principale du décès d'un grand nombre de victimes. La situation relève donc de l'article 2 de la Convention.

b) *Volet matériel* – i. Recours à la force – Les requérants disent qu'il était possible d'apporter une solution pacifique à la prise d'otages et que personne n'aurait été tué si les autorités avaient poursuivi les négociations. La Cour relève cependant que la situation du moment apparaissait particulièrement alarmante. Des séparatistes lourdement armés et dévoués à leur cause avaient pris des otages et formulaient des revendications irréalistes. Les premiers jours de négociations n'avaient conduit à aucun succès visible et la situation des otages s'aggravait. Il existait un risque réel, sérieux et immédiat de lourdes pertes en vies humaines et les autorités avaient toute raison de croire qu'une intervention par la force était inévitable. Dès lors, la décision qu'elles ont prise de mettre fin aux pourparlers et de donner l'assaut au bâtiment n'était pas contraire à l'article 2 de la Convention.

ii. Usage du gaz – Bien qu'elle permette le recours aux armes, aux équipements à finalité spéciale et à d'autres moyens contre les terroristes, la loi russe ne précise pas quels types d'armes ou d'instruments peuvent être utilisés ni dans quelles circonstances. Cependant, ce n'est pas parce que la loi russe contre le terrorisme est globalement imprécise qu'il y a forcément eu violation de l'article 2, surtout dans une situation comme celle-ci, qui était totalement imprévisible et exceptionnelle et appelait une réponse adaptée. Le gaz utilisé, quoique dangereux, n'était pas censé tuer et ne peut passer pour avoir été employé « sans discernement » car il avait laissé aux otages une forte chance de survie, tributaire de l'efficacité des efforts de sauvetage déployés par les autorités. Tous les éléments montrent que le gaz a eu l'effet voulu sur les terroristes, en ce qu'il a rendu inconscients la plupart d'entre eux et facilité la libération des otages, permettant ainsi de réduire le risque d'explosion.

Conclusion: non-violation (unanimité).

iii. Planification et exécution de l'opération de sauvetage – La Cour est appelée à rechercher si l'opération de sauvetage a été planifiée et exécutée conformément aux obligations positives que l'article 2 de la Convention fait peser sur les autorités, en particulier si celles-ci ont pris toutes les précautions nécessaires pour réduire au minimum les effets du gaz sur les otages, pour les évacuer rapidement et pour leur apporter l'assistance médicale nécessaire. L'opération de sauvetage n'était pas spontanée car les autorités avaient disposé d'environ deux jours pour réfléchir et faire les préparatifs qui s'imposaient. Certains préparatifs ont été accomplis: des centaines de médecins, secouristes et autres ont été déployés, la capacité d'accueil des hôpitaux a été accrue et des ambulances ont été alertées de la nécessité éventuelle d'une évacuation en masse. Cependant, le plan initial de sauvetage était en lui-même lacunaire à bien des égards: il n'apparaît pas y avoir eu de coordination centralisée des différents services impliqués, il n'y avait pas d'instructions sur les modalités de communication des informations sur les victimes et leur état (avec notamment pour conséquence que certaines victimes ont reçu plusieurs doses d'antidote), l'ordre des priorités donné aux médecins n'était pas clair, aucune aide médicale n'a été prodiguée aux victimes pendant qu'elles étaient transportées en masse dans les bus municipaux et il n'y avait aucun plan clair de répartition des victimes entre les différents hôpitaux, si bien que bon nombre d'entre elles sont arrivées au même établissement en même temps.

Il y a également eu des problèmes dans l'exécution de l'opération de sauvetage: puisque le plan initial reposait sur l'hypothèse que les otages seraient blessés par balle ou par des explosions, aucun toxicologue n'était présent et les secouristes et médecins n'ont reçu aucune instruction précise sur la manière de s'occuper des otages exposés à un gaz inconnu. Les secouristes et infirmiers n'ont été vraisemblablement informés de l'usage du gaz qu'une fois l'évacuation presque achevée, ce qui expliquerait pourquoi la plupart des victimes évacuées ont été allongées sur le ventre, augmentant ainsi le risque de suffocation et de décès parmi elles. On voit mal pourquoi cette information n'aurait pas pu être communiquée aux secouristes et aux infirmiers peu avant ou au moins immédiatement après l'utilisation du gaz ni pourquoi l'évacuation a commencé aussi tardivement, la plupart des otages inconscients étant restés exposés au gaz sans assistance médicale pendant plus d'une heure. De nombreux témoins ont également fait état d'une pénurie d'antidote et on ne sait pas vraiment si celui-ci a été administré ni comment ceux qui en ont reçu ont pu être distingués de ceux qui n'en ont pas reçu.

Tous ces éléments indiquent que l'opération de sauvetage n'avait pas été suffisamment préparée et l'Etat a donc manqué à ses obligations positives découlant de l'article 2.

Conclusion: violation (unanimité).

c) *Volet procédural* – L'enquête sur l'opération de sauvetage était manifestement incomplète. Tout d'abord, son champ était très étroitement borné, excluant toute possibilité de négligence de la part des autorités. Les enquêteurs ont certes examiné

certaines questions se rapportant à la planification et à la conduite de l'opération de sauvetage, mais de nombreux faits essentiels à la question d'une négligence éventuelle n'ont jamais été établis. Surtout, la formule du gaz n'a jamais été communiquée aux enquêteurs et nul ne sait quand la décision d'utiliser le gaz a été prise ni quel était le délai dont les autorités disposaient pour en évaluer les effets secondaires. Il est également impossible de le savoir à la lecture des documents de la cellule de crise car, selon le Gouvernement, ils ont tous été détruits. Puisque ces pièces auraient pu constituer une source d'information essentielle sur la planification et la conduite de l'opération de sauvetage, la Cour estime injustifiée leur destruction systématique. En outre, les enquêteurs n'ont pas interrogé l'ensemble des membres de la cellule de crise (en particulier ceux responsables de la décision de recourir au gaz et du dosage de celui-ci) ni d'autres témoins tels que les conducteurs de bus, les journalistes ou les personnes qui auraient prêté leur concours pour installer les diffuseurs de gaz. Ils n'ont jamais établi combien de médecins étaient de garde le jour de l'opération ni quelles instructions préliminaires avaient été données aux ambulances et aux bus municipaux quant aux lieux où les victimes devaient être transportées. De plus, ils n'ont jamais établi pourquoi l'évacuation en masse n'avait commencé que deux heures après le début de l'opération ni combien de temps il avait fallu pour tuer les terroristes et neutraliser les explosifs. Enfin, l'équipe d'enquêteurs n'était pas indépendante parce qu'elle avait en son sein des représentants du service répressif directement chargé de la planification et de la conduite de l'opération de sauvetage. Bref, l'enquête sur la négligence alléguée des autorités n'a été ni approfondie ni indépendante et n'a donc pas été « effective ».

Conclusion: violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

- Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25
McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324
Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336
Andronicou et Constantinou c. Chypre, 9 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI
Kaya c. Turquie, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I
Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV
Güleç c. Turquie, 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV
Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV
Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Oğur c. Turquie [GC], n° 21954/93, CEDH 1999-III
Tanrikulu c. Turquie [GC], n° 23763/94, CEDH 1999-IV
Mahmut Kaya c. Turquie, n° 22535/93, CEDH 2000-III
McKerr c. Royaume-Uni (déc.), n° 28883/95, 4 avril 2000
Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV

Timurtaş c. Turquie, n° 23531/94, CEDH 2000-VI
Salman c. Turquie [GC], n° 21986/93, CEDH 2000-VII
Gül c. Turquie, n° 22676/93, 14 décembre 2000
Hugh Jordan c. Royaume-Uni, n° 24746/94, CEDH 2001-III
Avşar c. Turquie, n° 25657/94, CEDH 2001-VII
Indelicato c. Italie, n° 31143/96, 18 octobre 2001
Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, n° 46477/99, CEDH 2002-II
Hilda Hafsteinsdóttir c. Islande, n° 40905/98, 8 juin 2004
Mehmet Emin Yüksel c. Turquie, n° 40154/98, 20 juillet 2004
Makaratzis c. Grèce [GC], n° 50385/99, CEDH 2004-XI
Issaïeva c. Russie, n° 57950/00, 24 février 2005
Issaïeva et autres c. Russie, n^{os} 57947/00, 57948/00 et 57949/00, 24 février 2005
Khachiev et Akaïeva c. Russie, n^{os} 57942/00 et 57945/00, 24 février 2005
Akkum et autres c. Turquie, n° 21894/93, CEDH 2005-II
Natchova et autres c. Bulgarie [GC], n^{os} 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII
Mikheïev c. Russie, n° 77617/01, 26 janvier 2006
Ramirez Sanchez c. France [GC], n° 59450/00, CEDH 2006-IX
Matko c. Slovénie, n° 43393/98, 2 novembre 2006
Imakaïeva c. Russie, n° 7615/02, CEDH 2006-XIII
Loulouïev et autres c. Russie, n° 69480/01, CEDH 2006-XIII
Goïgova c. Russie, n° 74240/01, 4 octobre 2007
Zoubäiraïev c. Russie, n° 67797/01, 10 janvier 2008
Maslova et Nalbandov c. Russie, n° 839/02, 24 janvier 2008
Betaïev et Betaïeva c. Russie, n° 37315/03, 29 mai 2008
Magomed Moussaïev et autres c. Russie, n° 8979/02, 23 octobre 2008
Khadjialiyev et autres c. Russie, n° 3013/04, 6 novembre 2008
Varnava et autres c. Turquie [GC], n^{os} 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, CEDH 2009
Kolevi c. Bulgarie, n° 1108/02, 5 novembre 2009
Velcea et Mazăre c. Roumanie, n° 64301/01, 1^{er} décembre 2009
Maiorano et autres c. Italie, n° 28634/06, 15 décembre 2009
Golubeva c. Russie, n° 1062/03, 17 décembre 2009
Giuliani et Gaggio c. Italie [GC], n° 23458/02, CEDH 2011

En l'affaire Finogenov et autres c. Russie,

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

Nina Vajić, *présidente*,
Anatoly Kovler,
Peer Lorenzen,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 29 novembre 2011,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 18299/03 et 27311/03) dirigées contre la Fédération de Russie, dont la Cour a été saisie en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). La première requête a été introduite par M. Pavel Alekseyevich Finogenov et six autres personnes, et la seconde par M^{me} Zoya Pavlovna Chernetsova et cinquante-six autres personnes (« les requérants ») respectivement le 26 avril 2003 et le 18 août 2003. (...)

2. Les auteurs de la première requête ont été représentés devant la Cour par M^e K. Moskalenko et M^e O. Mikhaïlova, avocates à Moscou. Les auteurs de la seconde requête ont été représentés devant la Cour par M^e I. Trunov et M^e L. Ayvar, avocats à Moscou. Le gouvernement de la Fédération de Russie (« le Gouvernement ») a été représenté dans l'une et l'autre des affaires par M. P. Laptev et M^{me} V. Milinchuk, anciens représentants de la Fédération de Russie auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, puis par M. G. Matyushkin, représentant de la Fédération de Russie auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

3. Les requérants dans les deux affaires soutenaient en particulier que, au cours de la prise d'otages survenue à Moscou du 23 au 26 octobre 2002, les autorités avaient recouru à une force excessive, qui s'était soldée par le décès de leurs proches pris en otage par des terroristes au théâtre Dubrovka. Certains d'entre eux auraient eux-mêmes figuré parmi ces otages et l'action des autorités leur aurait causé un grave préjudice physique et psychologique. Les intéressés considéraient en outre que les autorités n'avaient pas planifié

et conduit l'opération de sauvetage de manière à réduire au minimum les risques pour les otages. Ils estimaient que l'enquête pénale menée sur l'action des autorités avait été inefficace et qu'aucun recours effectif ne leur était ouvert pour en tirer grief. Enfin, les auteurs de la seconde requête se plaignaient de difficultés qu'ils auraient rencontrées devant le juge civil lorsqu'ils ont cherché à obtenir réparation du préjudice dont ils se disent victimes.

4. Par une décision rendue le 18 mars 2010 après examen des observations des parties et des observations écrites d'Interights et de la Commission internationale de juristes (articles 54 et 44 du règlement), la Cour a déclaré les requêtes partiellement recevables. A cette même date, la chambre a ordonné la jonction des requêtes (article 42 § 1 du règlement).

5. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement) sur le fond et ont répliqué par écrit aux observations de la partie adverse.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les requérants dans les deux affaires susmentionnées (...) sont des proches de victimes de la prise d'otages survenue au théâtre Dubrovka en octobre 2002 à Moscou et/ou figuraient parmi ces otages.

7. Les faits de l'espèce sont contestés entre les parties. Leurs versions peuvent être exposées comme suit.

A. La prise d'otages

8. Le soir du 23 octobre 2002, un groupe de plus de 40 terroristes appartenant au mouvement séparatiste tchétchène, avec à leur tête M. B., armés de fusils-mitrailleurs et d'explosifs, prit en otage des spectateurs au théâtre Dubrovka à Moscou (également appelé théâtre de Nord-Ost, du nom d'une comédie musicale qui y avait été jouée). Pendant trois jours, plus de 900 personnes furent retenues sous la menace d'armes dans l'auditorium du théâtre. De plus, le bâtiment était truffé d'engins explosifs et 18 kamikazes harnachés d'explosifs étaient postés dans la salle parmi les otages. Un autre groupe de terroristes occupait les locaux administratifs du théâtre.

9. Les jours suivants, plusieurs journalistes et personnalités furent autorisés à pénétrer dans le bâtiment et à parler aux terroristes. Ces derniers exigeaient le retrait des soldats russes de la République tchétchène et des négociations directes entre les dirigeants politiques fédéraux et le mouvement

séparatiste. À l'issue de ces discussions, les terroristes libérèrent plusieurs otages et acceptèrent la livraison de nourriture et d'eau potable aux autres, tout en continuant à insister sur leurs revendications.

10. Il apparaît que certains otages étaient parvenus à maintenir occasionnellement le contact avec le monde extérieur grâce à leur téléphone portable. Certains réussirent même à parler à des journalistes.

11. Le Gouvernement affirme que des otages qui tentaient de s'échapper ou de résister ont été abattus par les terroristes. Ainsi, pendant la nuit du 23 au 24 octobre 2002, M^{me} R. aurait demandé aux terroristes de relâcher les otages. Elle aurait été conduite hors de l'auditorium puis exécutée par un terroriste non identifié. M. V., un otage qui portait l'uniforme militaire, aurait été abattu par l'un des terroristes le 25 octobre 2002. Le même jour, M. VI. aurait été roué de coups par les terroristes dans l'auditorium du théâtre avant d'être conduit à l'extérieur puis exécuté. M. G. aurait tenté de s'échapper mais les terroristes auraient fait feu sur lui et il aurait été conduit à l'extérieur, battu puis exécuté. Alors qu'ils tiraient sur lui, les terroristes auraient blessé un autre otage, M. Z., qui aurait ensuite succombé à l'hôpital.

12. Les requérants disent que M. V. et M^{me} R. ne se trouvaient pas dans le bâtiment pendant le spectacle mais y étaient entrés ultérieurement de leur propre initiative. Ils s'appuient sur les déclarations de plusieurs anciens otages, en particulier M^{me} Gubareva et M^{me} Akimova. Ils invoquent en outre les conclusions de l'enquêteur dans son rapport du 16 octobre 2003, selon lesquelles M^{me} R. et M. V. avaient tenté de pénétrer dans le bâtiment depuis l'extérieur. Quant à M. G., il aurait fait partie des otages dès le début, mais l'enquêteur n'aurait pas établi où, quand, ni dans quelles circonstances il avait été abattu.

13. Le 25 octobre 2002, des officiers du Service fédéral de sécurité (« le FSB ») appréhendèrent M. Talkhigov, un complice supposé des terroristes, qui leur aurait parlé au téléphone et donné des renseignements sur la situation à l'extérieur du théâtre.

14. Le même jour, à la suite d'une réunion avec le président Poutine, le directeur du FSB fit une déclaration publique à la télévision. Il promettait que les terroristes resteraient en vie s'ils libéraient les otages.

B. Le plan préliminaire de l'opération de sauvetage

15. Le 23 octobre 2002, à 21 h 33, la section locale du Centre panrusse de médecine d'urgence du ministère de la Santé de la Fédération de Russie (« CPMU » – *Защита*) fut avisée de la prise d'otages.

16. Peu après, une « cellule de crise » (*оперативный штаб*, littéralement « centre de commandement des opérations ») fut mise en place par les autorités, avec à sa tête M. P., le directeur adjoint du FSB. Siégeant

dans les locaux de l'hôpital des vétérans de guerre n° 1, situé à proximité du théâtre, elle avait en son sein des représentants de différents services et organes de l'Etat.

17. Il ressort des pièces produites par les parties que le Service fédéral de secours était chargé de l'évacuation des otages et de l'enlèvement des décombres en cas d'effondrement du bâtiment. A partir du 24 octobre 2002, plusieurs équipes de secouristes étaient postées à proximité du théâtre. Le Service fédéral de secours plaça du matériel lourd, par exemple des bulldozers, des pelleteuses, des grues et des tombereaux, à environ 400 mètres du théâtre.

18. Le Centre des traitements médicaux d'urgence de Moscou («le CTMUM») et le CPMU étaient chargés de l'assistance médicale des otages et de leurs proches. M. Sl., chef du département de la santé publique de la ville de Moscou et membre de la cellule de crise, coordonnait l'action du CTMUM, du CPMU, des équipes d'ambulanciers et des hôpitaux municipaux. Le CTMUM fonctionnait en état d'alerte, de sorte que tous ses membres étaient de garde en permanence.

19. A partir du 24 octobre 2002, cinq ambulances et une équipe d'urgentistes du CTMUM dotée d'un bus médical spécial étaient de garde en permanence à proximité du théâtre. Selon le Gouvernement, «deux à trois équipes du CPMU et deux à quatre ambulances étaient postées en permanence à proximité du théâtre». Une autre équipe d'urgentistes et de psychologues du CTMUM s'occupait des proches des otages dans l'enceinte de l'école professionnelle n° 194. Au total, les psychologues examinèrent 606 cas et ordonnèrent huit hospitalisations.

20. Les patients de l'hôpital des vétérans de guerre n° 1 (l'établissement médical le plus proche du théâtre) furent transférés dans d'autres hôpitaux non affectés à l'accueil des personnes secourues au cours de l'opération. Des chirurgiens et médecins urgentistes des hôpitaux Sklifosovskiy et Botkin vinrent renforcer le personnel de l'hôpital des vétérans de guerre n° 1. Deux autres unités de réanimation et six blocs opératoires furent mis à disposition. Au 26 octobre 2002, la capacité d'accueil de l'hôpital des vétérans de guerre n° 1 avait été portée de 300 à 350 lits. Selon le Gouvernement, «515 personnes furent transférées de l'hôpital des vétérans de guerre n° 1 vers d'autres hôpitaux municipaux».

21. Les directeurs des hôpitaux municipaux, des stations d'ambulances et d'autres services médicaux réquisitionnés par le plan d'évacuation furent convoqués à une réunion d'information et tenus de veiller au renforcement du personnel de garde et à la mise en place d'un régime de travail d'urgence. Les autorités affectèrent plusieurs hôpitaux à l'accueil des otages. Les hôpitaux étaient divisés en trois groupes prioritaires. Le Gouvernement

n'a pas précisé comment les tâches étaient réparties entre ces trois groupes. Outre l'hôpital des vétérans de guerre n° 1 (le plus proche), étaient mobilisés les hôpitaux municipaux n°s 1, 7 et 13 (les plus proches après le premier), les hôpitaux municipaux n°s 15, 23, 33, 53, 64, 68 et 79, l'Institut de recherche de la médecine d'urgence, les hôpitaux Sklifosovskiy et Botkin, et les hôpitaux pour enfants n°s 9, 13 et 20. Entre le 24 et le 26 octobre 2002, M. Ev., le chef anesthésiologiste de la ville de Moscou, se rendit dans certains de ces hôpitaux et vérifia s'ils étaient prêts à accueillir des otages rescapés. La cellule de crise lui avait donné pour instruction de voir si ces établissements pouvaient accepter des patients blessés par balles et par des explosions. Les responsables des hôpitaux étaient tenus de libérer des salles pour les otages, de s'assurer que le personnel hospitalier était prêt à arriver dans les plus brefs délais et de préparer du matériel supplémentaire, des salles de traitement d'urgence, des fournitures médicales et des pansements. La capacité d'accueil de la plupart des hôpitaux fut renforcée. Ainsi, l'hôpital municipal n° 13 signala qu'il était prêt à accueillir jusqu'à 150 patients, dont 50 dans un état critique. L'hôpital municipal n° 7 indiqua qu'il pouvait accueillir jusqu'à 200 patients. Aucune information n'est disponible sur la capacité d'accueil des autres hôpitaux, mais il apparaît qu'elle a été elle aussi renforcée. Les équipes du CTMUM furent avisées des hôpitaux désignés pour participer à l'opération de sauvetage et du nombre de lits dont elles disposeraient pour les otages.

C. L'assaut et l'opération de sauvetage

22. Le 26 octobre 2002, au petit matin (vers 5 heures – 5 h 30), les forces de sécurité russes dispersèrent un gaz narcotique inconnu dans l'auditorium principal par le système de ventilation du bâtiment. Les requérants assurent que les terroristes comme les otages pouvaient sentir et voir le gaz. Quelques minutes plus tard, une fois que les terroristes qui contrôlaient les explosifs et les kamikazes dans l'auditorium eussent perdu conscience sous l'empire du gaz, l'escouade spéciale donna l'assaut au bâtiment. La plupart des kamikazes furent abattus alors qu'ils étaient inconscients, tandis que d'autres tentèrent de résister mais furent tués dans la fusillade qui s'ensuivit.

23. Peu après, M. Ign., un membre de la cellule de crise chargé des relations publiques, fit une déclaration à la presse. Il informa les journalistes que les terroristes avaient exécuté deux otages et blessé plusieurs autres et que, en réaction, l'escouade spéciale avait donné l'assaut au bâtiment puis tué ou arrêté certains terroristes. Il ne fit pas mention de l'emploi du gaz.

24. L'opération permit de libérer la majorité des otages (plus de 730 personnes). Leur nombre exact demeure inconnu car, après leur libération, ils ne se sont pas tous signalés aux autorités. Toutefois, un grand

nombre d'entre eux ont été atteints par le gaz : d'après les informations recueillies par les autorités d'enquête vers la fin de l'année 2002, 129 otages ont péri, dont 102 sur place (114 selon le rapport du 31 décembre 2002), y compris 3 par balles ; 21 au cours de l'évacuation et du transport à l'hôpital et 6 dans les salles d'urgence de différents hôpitaux. Ces chiffres ont été ultérieurement ajustés ou révisés (voir le paragraphe 11 ci-dessus (...) ainsi que les conclusions de l'enquête officielle exposées au paragraphe 99 ci-dessous). Apparemment, les disparités entre les chiffres s'expliquent surtout parce que les diverses autorités de l'Etat ont retenu différentes méthodes pour calculer le nombre des victimes et que toutes les informations nécessaires n'étaient pas indiquées dans les hôpitaux ou les morgues (causes du décès, heure du décès, etc.). La plupart des survivants souffrent toujours de graves problèmes de santé. Ainsi, M^{me} Gubareva, l'une des requérantes qui étaient parmi les otages, fut conduite, inconsciente, dans l'unité de soins intensifs de l'hôpital municipal n° 7, où elle resta jusqu'au 28 octobre 2002. Une semaine plus tard, elle fut de nouveau hospitalisée. La requérante M^{me} Khudovkova, une autre des otages, est devenue sourde. Les requérants ont produit les dossiers médicaux de plusieurs anciens otages communiqués par les hôpitaux où ceux-ci avaient été soignés après leur libération.

25. Les requérants allèguent que l'évacuation des otages du théâtre a été chaotique : les corps à moitié nus d'otages inconscients auraient été empilés sur le sol à l'extérieur du bâtiment alors que, selon un bulletin du bureau météorologique de Moscou, la température était de 1,8 °C. Certains d'entre eux seraient morts tout simplement parce qu'ils avaient été allongés sur le dos avant d'être étouffés par leur propre vomi ou que leur langue avait obstrué leurs voies respiratoires. Selon les requérants, il n'y avait pas suffisamment d'ambulances, de sorte que les otages auraient été conduits dans des hôpitaux à bord de bus municipaux ordinaires sans avoir été accompagnés par du personnel médical ni assistés par la police de la circulation, ce qui leur aurait permis d'arriver plus rapidement à destination. Le personnel médical dans les hôpitaux n'aurait été ni équipé pour accueillir de si nombreuses victimes, ni informé des propriétés du gaz narcotique utilisé par les forces de sécurité, ni doté du matériel adéquat. Dans les premiers jours qui ont suivi les événements, aucune information n'aurait été fournie sur le nombre de victimes, leurs noms et les lieux où elles avaient été emmenées. Les proches des victimes auraient été contraints d'appeler les morgues municipales pour savoir où les corps se trouvaient.

26. Les autorités contestent cette version. Selon le Gouvernement, à 5 h 39, la cellule de crise informa les stations d'ambulances affectées à l'opération que 100 équipes d'ambulanciers de réserve devaient être prêtes à évacuer les otages. Entre 5 h 48 et 5 h 55, 458 équipes d'ambulanciers

auraient reçu l'ordre de se rendre sur les lieux. En outre, 21 corbillards auraient été dépêchés. Tous les urgentistes à proximité du théâtre auraient reçu pour instruction de se rassembler devant l'entrée principale du théâtre. Entre 6 h 9 et 6 h 14, les ambulances auraient commencé à arriver, si bien que les urgentistes qui s'y trouvaient déjà auraient reçu des renforts. La coordination des infirmiers sur les lieux aurait été confiée au directeur de la section moscovite du CPMU. Les victimes auraient été réparties en plusieurs groupes, selon leur état, près de l'entrée principale du théâtre. Elles auraient reçu des soins adéquats: un « traitement symptomatique », notamment une mise sous respiration artificielle, aurait été administré aux victimes les plus gravement touchées. Celles qui manifestaient des signes de réflexes émétiques auraient été allongées sur le ventre. Les membres de l'escouade spéciale auraient reçu des injections de naloxone à l'intérieur du bâtiment. Ils auraient indiqué aux urgentistes ceux d'entre eux qui avaient déjà reçu une injection. Ceux à qui de la naloxone n'avait pas été administrée dans le bâtiment en auraient reçu après l'évacuation. La naloxone aurait été inscrite sur la liste des médicaments recommandés pour les équipes d'ambulanciers et d'urgentistes. Les victimes auraient été transportées dans des ambulances et des bus municipaux escortés par des ambulances; celles tombées dans le coma ou dans un autre état grave auraient été transportées dans des ambulances. L'évacuation aurait été totalement achevée une heure et quinze minutes après la libération des otages. Toutes les victimes auraient été réparties entre les hôpitaux municipaux n^{os} 1, 7, 13, 15, 23, 33, 53, 64, 68 et 79, les hôpitaux Sklifosovskiy et Botkin, l'hôpital des vétérans de guerre n^o 1, les hôpitaux pédiatriques Filatov et Saint-Vladimir et les hôpitaux n^{os} 38 et 84 du ministère de la Santé de la Fédération de Russie. La majorité des victimes auraient été transportées à l'hôpital des vétérans de guerre n^o 1 et à l'hôpital municipal n^o 13, les établissements médicaux les plus proches. Dans les aires d'accueil des hôpitaux, toutes les victimes auraient été réparties en quatre groupes, selon la gravité de leur état. Le personnel des hôpitaux aurait été immédiatement appuyé par les meilleures facultés de médecine et les meilleurs spécialistes en toxicologie et en psychiatrie y auraient été dépêchés pour prêter leur concours.

27. Selon le Gouvernement, les victimes les plus gravement atteintes présentaient les symptômes suivants: « Dysfonctionnements du système nerveux central, troubles de la conscience allant de la torpeur au coma profond, inhibitions des réflexes tendineux, réflexes pupillaires et cornéens, troubles respiratoires de type central d'une fréquence de huit à dix respirations par minute, ainsi que manifestations d'asphyxie mécanique et obstructions des voies respiratoires (par aspiration) [et] spasmes glottiques. Ces symptômes s'accompagnaient de cyanoses des parties visibles du mucus

respiratoire et de la peau, qui disparaissaient après l'éclaircissement des voies respiratoires, le rétablissement de leur fonctionnement et la mise sous respiration artificielle. De basses tensions artérielles et des tachycardies ont également été relevées. Dans les cas les plus graves, [les médecins ont observé] des brachycardies, des bradypnées allant jusqu'à l'apnée, une mauvaise circulation sanguine et des arrêts cardiaques, voire la mort clinique.» Les patients moyennement intoxiqués auraient souffert de «troubles de la conscience sous forme de torpeur et de désorientation, d'hyperkinésie fiévreuse ou de myosis pupillaire. Quant au système cardio-vasculaire, [les médecins] ont relevé des tachycardies, des nausées [et] des vomissements bilieux répétés.» Le Gouvernement a également détaillé les symptômes des victimes dont l'état était jugé relativement satisfaisant.

28. Quant aux procédures médicales suivies, le Gouvernement évoque «la suppression des dysfonctionnements des organes vitaux, la libération des voies aériennes supérieures, la mise sous respiration artificielle, l'oxygénothérapie, la correction des dysfonctionnements métaboliques causés par l'hypoxie». Il dit que ces thérapies ont rapidement permis de créer une dynamique positive. Il décrit en outre les effets des thérapies sur les victimes ainsi que le résultat des examens en laboratoire du sang et des tissus des victimes, qui montreraient que les victimes se trouvaient dans un «état post-hypoxique se caractérisant par des dysfonctionnements organiques multiples de gravité diverse». Selon lui, cet état s'expliquait par les effets d'un «composé chimique avec une action narcotique générale», aggravés par les éléments suivants : «stress psychologique prolongé, hypoxie, déshydratation, immobilité prolongée et maladies chroniques».

29. Selon le Gouvernement, les services de secours ont évacué du théâtre 778 otages au total, dont 101 cadavres. Les hôpitaux auraient accueilli 677 personnes, dont 21 dans un état de pré-agonie, d'agonie ou de mort clinique qui n'auraient pu être sauvées. Sur les 656 personnes hospitalisées, 7 auraient succombé, dont 3 de causes sans rapport avec l'emploi du gaz. Le taux de décès à l'hôpital se serait donc élevé à 0,9 %.

D. L'enquête pénale

30. Le 23 octobre 2002, le parquet de Moscou ouvrit une enquête pénale sur les événements survenus entre le 23 et le 26 octobre 2002. Le dossier portait le numéro 229133. Il avait qualifié les faits d'«acte de terrorisme» et de «prise d'otages» (articles 205 et 206 du code pénal).

31. Le 24 octobre 2002, le parquet de Moscou constitua une équipe d'enquêteurs avec en son sein certains de ses membres ainsi que des fonctionnaires du FSB et du ministère de l'Intérieur (police) et avec à sa tête K., un enquêteur du parquet de Moscou. Le même jour, à la demande

de l'enquêteur K., un juge du tribunal du district Lefortovo ordonna la mise sur écoute d'une ligne téléphonique soupçonnée d'être utilisée par un complice des terroristes. Toujours ce même jour, un juge de la Cour de Moscou autorisa la mise sur écoute d'un certain nombre d'autres lignes téléphoniques soupçonnées d'être utilisées par les terroristes.

32. A différentes dates en 2002-2003, les requérants (ainsi que des proches d'autres victimes) se virent accorder la qualité de partie lésée. A ce titre, ils obtinrent l'accès à certaines pièces de l'affaire, à savoir les dossiers médicaux des victimes membres de leur famille. Cependant, alors qu'ils en avaient fait la demande, ils ne furent pas autorisés à faire des copies de ces pièces ni à révéler leur contenu à des tiers, y compris à des experts médicaux indépendants. De plus, ils ne furent pas autorisés à prendre contact avec les experts qui avaient examiné les corps.

33. Le 17 décembre 2002, l'enquêteur K. pria le parquet de Moscou de prolonger le délai d'instruction du dossier n° 229133. La demande était accompagnée d'un nouveau plan d'action pour l'équipe d'enquêteurs, qui prévoyait notamment des mesures visant à recueillir davantage d'éléments sur l'attentat terroriste lui-même, un examen des explosifs et des corps des otages décédés, l'identification des terroristes, etc. Le plan n'envisageait pas d'analyser l'opération de secours elle-même.

34. Le 29 janvier 2003, l'enquêteur K. proposa un nouveau plan d'action pour « le stade de la conclusion de l'instruction ». Ce plan prévoyait de nouvelles mesures d'enquête visant à identifier les terroristes morts et leurs complices éventuels, l'examen des explosifs et des armes à feu qu'ils avaient employés, l'interrogatoire des victimes et l'examen d'objets retrouvés sur les lieux du crime. Selon le plan, à cette date-là, 60 secouristes et 60 professionnels de la santé avaient été questionnés, les antécédents médicaux de 600 victimes avaient été recueillis et 129 autopsies avaient été pratiquées. L'enquêteur ordonna une expertise complémentaire sur la cause du décès de 125 victimes (celles qui n'étaient pas mortes par balles). Il prescrivit en outre d'entendre d'autres témoins. Cependant, ces interrogatoires apparaissent n'avoir porté en rien sur l'opération de secours elle-même.

35. Au stade de la recevabilité, le Gouvernement a produit certaines pièces du dossier n° 229133. Parmi elles figurent les dépositions de personnes qui avaient pris part aux négociations avec les terroristes; celles de plusieurs anciens otages; de responsables des services de la santé publique et des services de secours qui avaient participé à l'opération de sauvetage; des médecins en chef des hôpitaux qui avaient accueilli d'anciens otages; et celles du personnel de terrain qui avait directement contribué à l'évacuation et à l'assistance médicale aux otages (secouristes, urgentistes du CTMUM, ambulanciers et infirmiers des hôpitaux municipaux). Les interrogatoires

avaient été conduits par des enquêteurs du ministère de l'Intérieur, du parquet de Moscou et du FSB. Le Gouvernement a également produit un rapport sur l'examen des explosifs utilisés par les terroristes, un compte rendu du département de la santé publique sur l'organisation de l'assistance médicale aux otages, un résumé des antécédents médicaux des otages décédés, les conclusions des autopsies des otages décédés, copie de lettres officielles et de décisions des organes d'enquête, ainsi que d'autres preuves littérales. A la suite de la décision de la Cour sur la recevabilité, le Gouvernement a produit d'autres pièces du dossier n° 229133 et de plusieurs autres enquêtes « parallèles » sur les terroristes et leurs complices (...)

E. Les conclusions intermédiaires de l'enquête pénale

98. Le 16 octobre 2003, le parquet de Moscou décida de ne pas poursuivre les investigations sur la planification et la conduite de l'opération de sauvetage. L'instruction avait établi que, au cours du siège, les terroristes avaient tué cinq personnes, dont M^{me} R. , M. VI. et M.V., lesquels, bien que non pris en otage, auraient été tués par les terroristes alors qu'ils tentaient d'entrer dans le bâtiment depuis l'extérieur. M. G., l'un des otages, aurait été tué alors qu'il tentait de résister. M. Z. aurait été tué par une balle perdue lors de l'incident concernant M. G. 99. Les forces de sécurité auraient décidé de donner l'assaut au bâtiment au motif qu'il existait un risque réel qu'un grand nombre d'otages soient tués par les terroristes. L'attaque se serait soldée par le décès de 125 autres personnes, dont la quasi-totalité pour les causes suivantes :

« (...) insuffisances respiratoires et cardiaques graves, provoquées par une combinaison fatale de facteurs négatifs intervenus (...) entre les 23 et 26 octobre 2002, à savoir un stress psycho-émotionnel grave et prolongé, un faible taux d'oxygène dans l'air du bâtiment (hypoxie hypoxique), une immobilité forcée prolongée, souvent suivie par une carence en oxygène dans le corps (hypoxie circulatoire), une hypovolémie (carence en eau) causée par une privation prolongée d'eau et de nourriture, une carence en sommeil prolongée ayant épuisé les mécanismes compensatoires, et des troubles respiratoires causés par les effets d'une ou plusieurs substance(s) chimique(s) non identifiée(s) employée(s) par les forces de l'ordre au cours de l'opération spéciale de libération des otages conduite le 26 octobre 2002. »

L'enquêteur conclut ceci :

« (...) la multiplicité des causes de décès exclut un lien de causalité directe (...) entre les effets [du gaz] et le décès [des otages]. Dans ce cas-ci, le lien n'est qu'indirect puisqu'il n'y a aucune raison objective de conclure que, en l'absence des autres facteurs évoqués ci-dessus, l'emploi [du gaz] aurait été la cause du décès [des otages]. »

100. Au cours de l'assaut, quarante terroristes auraient été tués, soit parce qu'ils avaient résisté et que les membres de l'escouade spéciale avaient

riposté, soit parce qu'il y avait un danger réel qu'ils activent les explosifs qu'ils avaient posés dans le bâtiment. Le parquet de Moscou estimait que la décision de donner l'assaut était justifiée par l'état d'urgence, par la nécessité de libérer les 912 otages et d'empêcher une explosion qui aurait pu tous les tuer, ainsi que par « l'érosion du prestige de la Russie sur la scène internationale ». Pour ces motifs, il refusa d'ouvrir une enquête pénale sur l'action des autorités de l'Etat au cours de cette crise.

101. La formule exacte du gaz employé au cours de l'opération de sauvetage n'a pas été rendue publique. Selon une réponse donnée par le FSB le 3 novembre 2003, les forces de sécurité ont utilisé un « mélange spécial à base de dérivés de fentanyl ». Cependant, pour des raisons de sécurité nationale, aucune information plus précise sur ce gaz ou ses effets n'a été divulguée, pas même aux autorités enquêtrices.

102. Quant à l'enquête sur l'attentat terroriste lui-même, il fut décidé le 26 octobre 2002 de mettre fin aux poursuites pénales engagées contre les 40 terroristes tués. Parallèlement, les investigations se poursuivirent à l'égard d'autres terroristes présumés, en particulier M. Talkhigov, et les délais d'instruction furent prolongés à plusieurs reprises. Le 27 janvier 2003, l'instance concernant M. Talkhigov fut disjointe du dossier n° 229133. Le 22 avril 2003, ce dernier dossier fut transmis à la juridiction de jugement (dossier n° 229136). Les requérants disent l'avoir appris par la presse. Ils prièrent le tribunal du district Zamoskvoretskiy de Moscou (« le tribunal de district ») de les autoriser à participer à la procédure en qualité de victimes. Cependant, ils se heurtèrent à un refus au motif que le dossier avait déjà été transmis au juge. La Cour de Moscou confirma cette décision. Le 20 juin 2003, elle jugea M. Talkhigov coupable de complicité d'attentat terroriste et le condamna à huit ans et demi d'emprisonnement. Le 9 septembre 2003, la Cour suprême de Russie confirma le verdict.

103. Les délais d'instruction furent prolongés à plusieurs reprises. Il apparaît que l'enquête n'est pas encore formellement achevée.

F. Les pièces produites par les requérants concernant l'opération de sauvetage

104. A l'appui de leurs allégations, les requérants ont produit devant la Cour certaines pièces complémentaires. Il apparaît que, si certaines sont des éléments du dossier de l'enquête officielle, d'autres émanent de sources différentes. Ci-dessous sont exposés les éléments pertinents.

(...)

5. *Rapport établi par le CPMU*

119. Les requérants ont produit un rapport établi par le CPMU. Les experts de cet organisme estimaient l'emploi de fentanyl justifié au vu des circonstances. Ils ont décrit les effets médicaux du fentanyl et ses effets secondaires éventuels. Ils ont noté en outre que le fentanyl pouvait être dangereux pour les personnes souffrant d'asthme, d'hyperréactivité, d'hypertension artérielle et neurologique, d'hypoxie ou de troubles respiratoires. Ils ont relevé que la majorité des otages morts étaient atteints de différentes pathologies, ce qui aurait causé leur décès. Ils ont écrit que les différents services (secouristes, urgentistes) intervenus dans l'opération de sauvetage avaient agi de manière coordonnée. Ils ont indiqué que la quasi-totalité des victimes avaient reçu des injections de naloxone et que toutes les victimes dans un état critique avaient été transportées dans des ambulances et mises sous respiration artificielle et sous « traitement symptomatique ». Ils ont ajouté notamment que l'efficacité des soins médicaux prodigués avait été amoindrie par les facteurs négatifs suivants : 1) absence d'information sur l'utilisation d'une substance chimique, 2) absence d'un « antidote spécifique » à la substance chimique utilisée, 3) problèmes posés par l'évacuation simultanée des victimes à l'extérieur du bâtiment, 4) impossibilité d'utiliser des civières à l'intérieur du bâtiment, 5) problèmes posés par la circulation d'ambulances à proximité du bâtiment. Ils ont constaté par ailleurs une forte concentration de gaz, avec pour conséquence des décès instantanés [dans certains cas].

G. Les plaintes pénales déposées par les requérants et les tiers

1. *La plainte pénale déposée par M. Nmt.*

120. A une date non précisée, M. Nmt., un parlementaire, pria le parquet de Moscou d'enquêter sur le processus d'évacuation des otages et sur les soins médicaux qui leur avaient été administrés. Il alléguait que les autorités avaient fait preuve de négligence et qu'il aurait été possible d'éviter des pertes humaines en prodiguant des premiers soins plus adaptés aux victimes du gaz sur place et dans les hôpitaux. Il remit aux enquêteurs des pièces en sa possession, à savoir un rapport d'une équipe d'experts mise sur pied par le SPS, un parti politique, et plusieurs enregistrements vidéo faits sur les lieux aussitôt les terroristes évacués du bâtiment (les requérants ont produit à la Cour copie du rapport et des enregistrements).

121. Le 2 décembre 2002, le parquet de Moscou refusa d'accéder à cette demande. L'enquêteur I. releva que les pièces produites par M. Nmt. n'avaient pas été signées ni certifiées en bonne et due forme et qu'elles

étaient entachées de divers vices de forme. Quant aux enregistrements vidéo, ils auraient été faits à une distance telle qu'il était impossible d'en tirer la moindre conclusion déterminante. Néanmoins, l'enquêteur I. conclut de leur visionnage que « les victimes avaient été transportées dans différentes postures, notamment « sur le dos » et qu'elles avaient été placées devant l'entrée du bâtiment dans l'attente de recevoir d'autres soins. [Le vidéogramme montrait] que les victimes recevaient des injections ou étaient mises sous assistance respiratoire. Rien n'indique qu'il y ait eu une quelconque entrave à la circulation des moyens de transport par lesquels les anciens otages ont été évacués. »

122. L'enquêteur I. cita en outre les dépositions de plusieurs témoins (voir ci-dessous la synthèse des témoignages recueillis par l'équipe d'enquêteurs). Il jugea établi que ni M^{me} Ks., la directrice du CTMUM, ni M. Sl., le chef du département de la santé publique de la ville de Moscou, n'avaient été prévenus de l'heure de l'opération de sauvetage et des méthodes employées : pour des raisons de confidentialité, ils n'auraient pas été avisés de l'usage projeté du gaz. Il estimait toutefois que, au vu des circonstances et compte tenu des informations à leur disposition, ils avaient agi de la meilleure manière possible. La plupart des 114 décès seraient survenus dans l'enceinte du théâtre, et seulement quelques-uns à l'hôpital. Il conclut à l'absence de négligence des fonctionnaires susmentionnés, ainsi que des autres agents de l'Etat chargés d'apporter des soins médicaux aux otages.

2. La plainte pénale déposée par M. Pavel Alekseyevich Finogenov

123. Le 29 mars 2003, M. Pavel Alekseyevich Finogenov, l'un des requérants, porta plainte auprès du parquet général au sujet du déroulement de la procédure d'enquête. Il sollicitait des investigations plus poussées sur la cause du décès de son frère.

124. A une date non précisée, M. Pavel Alekseyevich Finogenov demanda au parquet de Moscou de divulguer le rapport de l'autopsie du corps de son frère, de manière à ce que les causes du décès puissent être recherchées par un autre médecin. Par une lettre du 8 avril 2003, le parquet de Moscou lui opposa un refus.

125. Le 10 juin 2003, l'intéressé pria le parquet de Moscou d'élargir le champ de l'instruction et d'examiner la légalité et l'opportunité du recours au gaz par les forces de sécurité. Le 15 juin 2003, il réitéra sa demande tendant à la divulgation du rapport d'autopsie. Le 23 juin 2003, le parquet de Moscou refusa d'enquêter sur la conduite de l'opération par les forces de sécurité et d'autoriser la divulgation dudit rapport.

126. Le 26 juillet 2003, M. Pavel Alekseyevich Finogenov se plaignit à nouveau auprès du parquet général de lacunes dans l'instruction. Il

soutenait en particulier que l'enquêteur avait refusé de faire la lumière sur le déroulement de l'opération de sauvetage, notamment sur l'utilisation d'un gaz potentiellement mortel, et sur un défaut d'assistance aux otages après leur libération. Il déplorait en outre de ne pas avoir accès aux pièces du dossier et de ne pas pouvoir être effectivement associé à la procédure. Le parquet général transmit sa requête au parquet de Moscou sans l'avoir examinée au fond. M. Pavel Alekseyevich Finogenov attaqua en justice le refus d'examen de sa plainte par le parquet général mais le tribunal jugea que sa demande n'était pas une plainte pénale en bonne et due forme appelant des recherches. En appel, la Cour de Moscou confirma cette décision le 19 janvier 2004.

127. Le 13 octobre 2003, M. Pavel Alekseyevich Finogenov demanda aux autorités du parquet l'autorisation de participer au procès de M. Talkhigov en qualité de partie lésée mais sa demande fut rejetée le 23 octobre 2003. L'enquêteur constata que l'instance dirigée contre M. Talkhigov (n° 229136) avait été disjointe de l'instance pénale « principale » (n° 229133), dans le cadre de laquelle l'intéressé avait qualité de victime. Il ajouta que M. Talkhigov ne lui avait causé aucun tort et que la Cour de Moscou réfléchissait à la possibilité d'autoriser les proches d'otages décédés à participer au procès de M. Talkhigov.

128. Le 14 octobre 2003, M. Pavel Alekseyevich Finogenov pria le parquet de Moscou d'obtenir du FSB, le coordinateur de l'opération de sauvetage, des informations sur la nature et le contenu du gaz employé par les autorités. Le 28 octobre 2003, il reçut une réponse lui indiquant que « les informations sur la concentration et le contenu du gaz (...) sont inutiles à l'établissement de la cause du décès des otages ».

129. Le 6 novembre 2003, le requérant porta plainte au pénal devant le tribunal de district, dénonçant des lacunes dans l'instruction conduite par le parquet de Moscou et le refus d'enquêter sur la conduite de l'opération de sauvetage. Il demanda en outre à obtenir de ce même parquet copie des décisions portant refus d'ouvrir une instruction sur la conduite de cette opération. Cependant, par des décisions rendues les 22 et 25 mars 2004, le tribunal de district refusa de demander ce document au parquet de Moscou. Le 25 mars 2004, il rejeta la plainte de M. Pavel Alekseyevich Finogenov. Ce dernier fit appel. Le 17 juin 2004, la Cour de Moscou annula la décision du 25 mars 2004 et renvoya le dossier au tribunal de district pour un nouvel examen.

130. L'intéressé réitéra sa demande tendant à la divulgation des pièces du dossier pénal n° 229133 et des décisions portant refus d'ouvrir une enquête sur la conduite de l'opération de sauvetage. En novembre 2004, le parquet

de Moscou lui communiqua certains éléments du dossier et certaines des décisions sollicitées. Le 30 mars 2005, M. Pavel Alekseyevich Finogenov compléta ses demandes à la lumière des pièces remises par le parquet.

131. Le 30 mai 2005, le tribunal de district le débouta. Il conclut que l’instruction avait été conduite conformément à la loi et que tous les éléments de preuve utiles avaient été recueillis. Il estima que l’enquêteur avait « pleinement et objectivement » examiné l’action des forces de sécurité et du personnel médical au cours de cette crise.

132. Par un arrêt du 13 juillet 2005, la Cour de Moscou confirma le jugement du 30 mai 2005. Elle estimait que les décisions du parquet de Moscou attaquées par M. Pavel Alekseyevich Finogenov étaient « conformes aux règles de procédure pénale, motivées, prises par l’autorité compétente et fondées sur les preuves rassemblées au cours des investigations ».

3. La plainte pénale déposée par M^{me} Gubareva

133. Le 8 mai 2003, M^{me} Gubareva pria le parquet général de lui communiquer des documents médicaux relatifs au décès de ses proches. Cependant, sa demande fut rejetée au motif que, en droit, une partie lésée ne pouvait obtenir l’accès aux pièces du dossier qu’à la clôture de l’enquête.

134. Le 23 octobre 2003, M^{me} Gubareva se plaignit auprès du parquet général de lacunes dans l’instruction conduite par le parquet de Moscou. Cette plainte fut transmise à ce dernier qui, par une lettre du 21 novembre 2003, fit savoir à M^{me} Gubareva que, le 17 octobre 2003, il avait été décidé de ne pas poursuivre les fonctionnaires qui avaient planifié l’opération de sauvetage et participé à celle-ci.

135. Le 12 octobre 2004, M^{me} Gubareva porta plainte au pénal auprès du tribunal de district, demandant un complément d’instruction sur la conduite de l’opération de sauvetage. Elle soutenait en particulier que l’instruction n’avait pas fait suffisamment cas des allégations suivantes :

- a) insuffisance des soins médicaux prodigués aux otages et circonstances de leur évacuation du théâtre ;
- b) vol d’effets personnels de plusieurs otages ;
- c) empoisonnement des otages par un gaz inconnu ;
- d) recours illégal à ce gaz par les forces de sécurité ;
- e) meurtre des terroristes inconscients ;
- f) inactivité du parquet de Moscou, chargé de l’enquête ;
- g) examen médical inadéquat pratiqué par le bureau de criminalistique du département de la santé publique de la ville de Moscou.

136. Par un jugement du 5 mai 2005, le tribunal de district rejeta la plainte de M^{me} Gubareva. Ses conclusions étaient similaires à celles tirées dans le cas de M. Pavel Alekseyevich Finogenov (paragraphe 131 ci-dessus). Par un arrêt du 6 juillet 2005, la Cour de Moscou confirma ce jugement.

137. En 2007, M^{me} Gubareva formula plusieurs demandes auprès de l'enquêteur chargé du dossier. Elle sollicitait l'accès à certaines pièces de celui-ci, notamment des dépositions écrites de témoins. Quelques temps après, l'accès lui fut accordé.

4. La plainte pénale déposée par M. Kurbatov et M^{me} Kurbatova

138. Le 29 mai 2003, M. Kurbatov pria le parquet de Moscou de prendre des mesures d'instruction complémentaires visant à établir certains faits se rapportant au décès de sa fille. Le 5 juin 2003, il fut avisé que toutes les mesures d'instruction nécessaires avaient été prises et que l'accès aux pièces du dossier lui serait accordé une fois l'enquête achevée.

139. Le 26 juin 2003, M. Kurbatov réitéra sa demande. Le 1^{er} juillet 2003, l'enquêteur chargé du dossier l'informa que sa fille avait péri dans l'enceinte du théâtre mais ne lui communiqua aucune autre information ni pièce à l'appui.

140. Le 5 février 2004, M. Kurbatov demanda aux autorités du parquet de faire davantage la lumière sur les circonstances du décès de sa fille. Il affirmait que ce décès avait été causé par le gaz inconnu employé par les forces de sécurité. Le 8 avril 2004, il reçut une réponse du parquet de Moscou lui indiquant que l'expertise pratiquée auparavant n'avait établi aucun lien de causalité entre les effets du gaz et le décès des otages.

141. Le 26 mai 2004, M. Kurbatov et M^{me} Kurbatova portèrent plainte au pénal auprès du tribunal de district, sollicitant une instruction plus poussée sur la conduite de l'opération de sauvetage. Par un jugement du 20 septembre 2004, le tribunal de district rejeta cette plainte. Ils firent appel mais, par un arrêt du 29 novembre 2004, la Cour de Moscou confirma ce jugement.

5. La plainte pénale déposée par M. Burban et M^{me} Burban-Mishuris

142. A une date non précisée, M. Burban et M^{me} Burban-Mishuris portèrent plainte au pénal devant le tribunal de district. Ils attaquaient le refus par le parquet de poursuivre l'examen des éléments du dossier relatifs à la planification et à la conduite de l'opération de sauvetage. Par un jugement du 8 décembre 2005, le tribunal de district rejeta cette plainte. Il estimait que l'instruction était complète, que l'équipe d'enquêteurs avait recueilli

toutes les preuves possibles conformément à la loi, que celles-ci avaient fait l'objet d'un examen impartial et poussé et que les conclusions de l'équipe étaient fondées et conformes à la loi. Il ajouta qu'il n'avait pas le pouvoir d'examiner les questions de l'effectivité de l'enquête et du manquement allégué par les autorités du parquet à faire la lumière sur certains éléments factuels du dossier, à savoir établir les responsabilités du personnel médical et des membres de l'escouade spéciale qui avaient participé à l'opération de sauvetage. Par un arrêt du 24 avril 2006, la Cour de Moscou confirma ce jugement.

(...)

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

156. La loi n° 130-FZ de la Fédération de Russie du 25 juillet 1998 sur l'élimination du terrorisme (« la loi contre le terrorisme »), en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2007, établissait les principes fondamentaux en matière de lutte contre le terrorisme, y compris ceux relatifs à la coordination des efforts des forces de l'ordre et autres services de l'Etat. L'article 2 de cette loi prévoyait notamment ceci :

a) la priorité doit être donnée aux intérêts des personnes menacées par un acte de terrorisme,

b) l'Etat ne doit faire que des concessions minimales aux terroristes,

c) l'Etat doit garder secrètes, dans toute la mesure du possible, les méthodes techniques employées lors des opérations de lutte contre le terrorisme et l'identité des personnes impliquées dans celles-ci.

(...)»

157. L'article 11 de cette loi disposait que le centre de commandement, l'organe interservices chargé d'une opération de lutte contre le terrorisme donnée, pouvait au cours de celle-ci utiliser des ressources d'autres services de l'Etat fédéral, notamment « des armes et d'autres] matériels et moyens à usage spécial » (*оружие и специальные средства*). Son article 13 fixait le régime juridique au sein de la zone de l'opération de lutte contre le terrorisme (vérifications d'identité, droit pour les forces de sécurité d'entrer dans des locaux et d'y fouiller des personnes, etc.)

158. L'article 14 de cette loi autorisait la négociation avec des terroristes si elle permettait de sauver des vies. Toutefois, il était interdit d'examiner les exigences de terroristes consistant à leur remettre toute personne, toute arme ou autre objet dangereux, ainsi que leurs revendications politiques.

159. Son article 17 prévoyait que tout dommage causé par un acte de terrorisme devait être réparé par les autorités de la circonscription fédérale

où l'acte de terrorisme avait eu lieu. Tout étranger victime d'un acte de terrorisme était indemnisé par le budget fédéral.

(...)

III. LES ÉLÉMENTS PERTINENTS DE DROIT INTERNATIONAL ET DE DROIT COMPARÉ

162. Les Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990 (« les Principes de base »), prévoient notamment que « [l]es pouvoirs publics et les autorités de police adopteront et appliqueront des réglementations sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu contre les personnes par les responsables de l'application des lois ».

163. Les Principes de base encouragent en outre les autorités de police à mettre en place :

« (...) un éventail de moyens aussi large que possible et [à munir] les responsables de l'application des lois de divers types d'armes et de munitions qui permettront un usage différencié de la force et des armes à feu. Il conviendrait à cette fin de mettre au point des armes non meurtrières neutralisantes à utiliser dans les situations appropriées, en vue de limiter de plus en plus le recours aux moyens propres à causer la mort ou des blessures. »

En revanche, « [l]a mise au point et l'utilisation d'armes non meurtrières neutralisantes devraient faire l'objet d'une évaluation attentive afin de réduire au minimum les risques à l'égard des tiers et l'utilisation de telles armes devrait être soumise à un contrôle strict ». Lorsque l'usage légitime de la force ou des armes à feu est inévitable, les responsables de l'application des lois doivent en particulier veiller « à ce qu'une assistance et des secours médicaux soient fournis aussi rapidement que possible à toute personne blessée ou autrement affectée » et à ce que « l'usage arbitraire ou abusif de la force ou des armes à feu par les responsables de l'application des lois soit puni comme une infraction pénale en application de la législation nationale ». Les Principes de base prévoient par ailleurs qu'« [a]ucune circonstance exceptionnelle, comme l'instabilité de la situation politique intérieure ou un état d'urgence, ne peut être invoquée pour justifier une dérogation à ces Principes de base ».

164. Le 15 février 2006, la Cour constitutionnelle allemande a déclaré inconstitutionnelle la loi sur la sécurité dans l'aviation en ce qu'elle autorisait les forces armées à abattre, par l'usage direct de la force armée, tout aéronef censé servir d'arme pour perpétrer des crimes contre des vies humaines.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

165. Sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention, les auteurs des deux requêtes soutiennent que l'assaut mené par les forces de sécurité russes a causé à leurs proches des souffrances et leur décès. Ceux qui avaient été pris en otage estiment en outre que leur vie a été mise en danger. Les requérants considèrent par ailleurs que l'enquête a été inefficace. La Cour examinera ces griefs sur le terrain de l'article 2 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. (...) »

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

A. Thèse des requérants

166. Tout d'abord, les requérants reprochent au Gouvernement de ne pas avoir répondu aux questions précises posées par la Cour après la décision sur la recevabilité. En outre, inexplicablement, les pièces du dossier qu'il a produites seraient incomplètes : certaines des pages seraient manquantes tandis que d'autres seraient à peine lisibles.

1. *Sur le recours à la force meurtrière*

167. Les requérants soutiennent que les exigences des terroristes n'étaient pas irréalistes et que, contrairement à ce que les autorités n'ont cessé de dire, elles auraient pu être satisfaites. En outre, aucune personnalité politique de premier plan n'aurait pris part aux négociations avec les terroristes. Les « négociateurs » chargés de cette tâche n'auraient été que des politiciens et des journalistes connus qui s'étaient portés volontaires pour transmettre le message des terroristes aux autorités. Or les dirigeants russes auraient toujours déclaré que les discussions avec les terroristes n'étaient permises en aucune circonstance. Les requérants citent plusieurs déclarations publiques en ce sens du président Poutine et M. Ivanov, alors ministre de la Défense de la Fédération de Russie. Le souci principal des autorités pendant toute la crise aurait été d'éviter « l'érosion du prestige de la Russie sur la scène

internationale», comme l'enquêteur l'aurait précisé dans l'une de ses décisions. Les requérants estiment que la déclaration des terroristes selon laquelle ceux-ci étaient «prêts à mourir» n'était que de simples propos à ne pas prendre au sérieux ou que, si elle devait l'être, elle aurait dû conduire les autorités à ne pas lancer l'assaut au lieu de l'ordonner.

168. Les requérants considèrent que l'«exécution d'otages» alléguée, dont les autorités se sont servi comme prétexte pour donner l'assaut, ne concernait que des personnes qui avaient tenté de pénétrer dans le bâtiment depuis l'extérieur et en qui les terroristes avaient donc vu des espions. M. G. aurait été tué pour avoir résisté aux terroristes, de sorte que sa mort n'aurait pas non plus été une «exécution». M. Z. aurait été abattu accidentellement le soir du 25 octobre 2002 puis transporté dans une ambulance cette nuit-là à 2 heures, soit bien avant l'assaut. Aucun autre incident n'aurait eu lieu avant l'assaut. Les «exécution» n'auraient donc été qu'un prétexte au déclenchement de l'opération. En effet, les terroristes auraient été disposés à continuer de libérer les otages : ainsi, le premier (et le plus important) groupe d'enfants aurait été relâché le 23 octobre 2002, sans contrepartie et avant toute négociation avec les autorités. Deux autres groupes d'enfants auraient été libérés les 24 et 25 octobre 2002. Quatorze ressortissants étrangers l'auraient été avant l'assaut. Les otages auraient eu à leur disposition de l'eau et des jus de fruits, ce qu'auraient confirmé plusieurs témoins et les vidéos enregistrées de la salle principale du théâtre Dubrovka.

169. Tous les documents de la cellule de crise ayant été détruits d'après le Gouvernement, les requérants estiment que rien ne permet d'étayer l'appréciation, invoquée par lui, des risques d'explosion à laquelle se serait livrée cette cellule pendant le siège. Le Gouvernement aurait mal interprété les conclusions de l'analyse des explosifs effectuée par des experts après coup. Le risque théorique d'un effondrement du plafond n'aurait existé que si tous les explosifs avaient été concentrés au même endroit au centre de la salle et explosé simultanément. Or, en réalité, les explosifs auraient été dispersés dans la salle et, selon les experts, le risque d'une explosion simultanée par une réaction en chaîne aurait oscillé entre 3,7 et 14 %, en fonction de la direction du souffle des explosions. Certains d'entre eux n'auraient pas été reliés à des mécanismes d'activation ou alors leurs piles auraient été retirées. De même, le Gouvernement n'aurait fait état d'aucun autre engin explosif doté d'un système d'activation à retardement.

170. Le Gouvernement n'aurait pas précisé qui avait décidé de recourir au gaz. Il n'aurait pas communiqué à la Cour la liste des membres de la cellule de crise. On ne saurait pas vraiment si ces derniers avaient été

prévenus que du gaz allait être employé. Il ressortirait de la déposition du chef du département de la santé publique de la ville de Moscou, M. Sl., que celui-ci n'en a été avisé que quelques minutes avant l'assaut. Le refus du Gouvernement de voir dans ce gaz une « force meurtrière » ne serait étayé par aucune des pièces du dossier et contredirait ses propres observations. Ainsi, alors que selon lui le gaz n'était pas mortel, il soutiendrait en même temps qu'il était impossible d'en prévoir les effets éventuels. De plus, sa propre description des effets du gaz et du lien entre celui-ci et le décès des otages réfuterait la thèse de l'innocuité du gaz, qu'il défend. Les requérants détaillent les effets du fentanyl (le composant principal du gaz inconnu), ses contre-indications, etc. En particulier, les sources qu'ils citent recommanderaient de ne pas y exposer les patients affaiblis et les personnes très jeunes ou très âgées, et surtout de ne pas l'utiliser sans qu'il y ait une possibilité de mise sous respiration artificielle. Le Gouvernement n'aurait pas précisé si ce gaz avait même été testé avant le 26 octobre 2002.

171. Selon les requérants, l'ancien chef du département du contre-enseignement militaire du KGB, le vice-amiral Zh., avait averti au cours d'une interview donnée pendant le siège que l'usage du gaz pourrait causer des pertes humaines, en particulier parmi les asthmatiques et les enfants. Les autorités auraient eu à leur disposition des experts qui pouvaient leur expliquer les conséquences de l'usage du gaz.

172. Les requérants évoquent ensuite la prise d'otages au Pérou en 1997, pendant laquelle les autorités péruviennes demandèrent l'avis de leurs homologues américaines sur l'usage d'un gaz narcotique à base de fentanyl au cours de l'assaut. Les autorités américaines auraient émis un avis négatif étant donné que l'utilisation d'un tel gaz aurait nécessité le déploiement simultané d'un millier de médecins pour soigner rapidement les 400 otages. Organiser une assistance médicale aussi massive étant impossible, les autorités péruviennes auraient décidé de ne pas utiliser ce gaz.

173. Le gaz pouvait être vu aussi bien par les terroristes que par les otages. Cependant, les terroristes n'auraient pas activé les explosifs. Ils auraient énergiquement résisté aux membres de l'escouade d'assaut, ripostant à l'aide de treize fusils-mitrailleurs et de huit armes de poing. Cela montrerait qu'ils auraient pu tuer les otages s'ils en avaient eu l'intention, mais que tel n'était apparemment pas le cas.

174. Peu après l'assaut, M. Ign., le membre de la cellule de crise chargé des relations publiques, aurait dit aux journalistes que « plusieurs terroristes » avaient été arrêtés. Or cette information n'aurait pas été confirmée par la suite. Il s'ensuivrait soit que les autres terroristes ont été exécutés après leur arrestation soit que certains d'entre eux ont fui.

2. *Sur l'opération de sauvetage*

175. Les requérants soutiennent que les médecins n'étaient pas avisés de l'emploi du gaz, de ses effets et du traitement adapté. Certains des secouristes et des médecins n'auraient appris que par les médias que du gaz avait été utilisé, alors que l'évacuation était déjà terminée. Les requérants soulignent que la naloxone est elle-même un produit dangereux qui présente de nombreux effets secondaires graves. Ils ajoutent qu'en cas d'exposition prolongée à un gaz narcotique comme celui utilisé en l'espèce, la naloxone ne doit être administrée qu'en combinaison avec d'autres procédés médicaux, en particulier la ventilation pulmonaire artificielle, l'intubation et l'élimination des œdèmes pulmonaires, faute de quoi elle risquerait d'aggraver les effets du gaz narcotique.

176. Les documents de la cellule de crise ayant prétendument été détruits, rien ne confirmerait l'allégation du Gouvernement selon laquelle les victimes avaient été réparties en quatre groupes en fonction de la gravité de leur état. Les conducteurs des bus municipaux et des ambulances n'auraient reçu aucune instruction précise sur le lieu de destination des victimes. Les itinéraires d'évacuation des victimes n'auraient pas été préparés et bon nombre d'entre elles n'auraient reçu aucun soin sur place. Une soixantaine d'équipes d'ambulanciers qui, à l'origine, étaient censées intervenir, n'auraient pas participé à l'opération.

177. Certaines équipes d'ambulanciers n'auraient pas été munies de talkies-walkies et n'auraient donc pas pu recevoir des informations. Elles n'auraient pas été non plus suffisamment pourvues en médicaments : ainsi, la trousse de premiers soins d'une ambulance, citée par le Gouvernement, aurait inclus une dose de naloxone. Or les réserves de naloxone dans les hôpitaux auraient été insuffisantes. De ce fait, de la naloxone d'un hôpital de la ville de Joukovski aurait été livrée dans la région de Moscou. Il n'y aurait pas eu assez de médecins pour accompagner les victimes dans les bus municipaux qui les ont transportées.

178. Le manque d'instructions et de matériel adapté aurait gravement nui à l'efficacité de l'assistance médicale. Les requérants qui étaient parmi les otages n'auraient pas reçu de traitement médical adéquat. Des entretiens accordés à la presse par le président Poutine auraient confirmé que de nombreuses personnes sont mortes parce que les médecins n'avaient pas été informés de la nature du gaz et des méthodes de traitement appropriées. Dans ces entretiens, le président Poutine aurait reconnu que de nombreuses personnes avaient été allongées sur le dos et se seraient donc étouffées par leur langue enflée ou par leur propre vomi.

179. Certains des secouristes et des membres de l'escouade spéciale auraient eux-mêmes été empoisonnés par le gaz, ce qui montrerait que le gaz était resté très longtemps toxique. La plupart des otages y auraient été exposés pendant plus de deux heures – de 5 h 30, heure du début de l'assaut, jusqu'à au moins 7 h 25, heure du début de l'évacuation en masse. L'évacuation des otages se serait poursuivie pendant quatre heures et trente minutes après le début de l'assaut. Les mentions dans les dossiers médicaux relatives à l'heure des décès d'otages ne seraient pas fiables car celle-ci soit aurait été indiquée approximativement soit n'aurait pas été inscrite du tout. Il y aurait des incohérences entre les documents médicaux et les dépositions des médecins.

3. Sur l'enquête pénale

180. Les requérants soutiennent que l'enquête pénale était focalisée sur la prise d'otages. Dans ce cadre, l'action des autorités n'aurait fait l'objet d'aucune investigation formelle. En réalité, les investigations auraient été restreintes du fait de la déclaration du président Poutine, qui aurait dit devant les médias que « nous ne [sanctionnerons] personne ». Alors qu'ils auraient facilement pu le faire, les enquêteurs n'auraient pas cherché à éclaircir les circonstances du décès de chaque otage, l'heure de leur décès ou d'autres événements significatifs. Les conclusions des autopsies quant aux heures et aux lieux des décès manqueraient de précision et contrediraient d'autres pièces du dossier.

181. L'enquête n'aurait pas été indépendante. Ainsi, vingt-huit membres du FSB, le même service chargé de la planification et de la conduite de l'opération de sauvetage, auraient figuré parmi l'équipe d'enquêteurs. De plus, ainsi qu'il ressortirait des pièces produites par le Gouvernement, aucun membre du FSB (sauf un empoisonné par le gaz) n'aurait été interrogé au cours de l'enquête.

182. Les enquêteurs n'auraient pas interrogé les témoins qui n'avaient pas pris part à l'opération de sauvetage, par exemple les journalistes, les passants, les « sapeurs », etc. Ils n'auraient pas cherché à faire la lumière sur le vol allégué d'argent et d'effets personnels d'otages malades par des membres des forces de l'ordre après la libération.

183. Une réponse n'aurait été donnée qu'après de longs retards à l'ensemble des plaintes et demandes formulées par les proches des otages décédés, lesquels ne se seraient pas vu offrir la possibilité d'être associés effectivement à la procédure. Ainsi, comme le montrerait le cas de M. Pavel

Alekseyevich Finogenov, il ne leur aurait pas été possible d'obtenir l'autorisation d'accéder aux rapports d'autopsie de manière à faire examiner par un autre expert médical les causes du décès des victimes. De plus, la qualité de victime n'aurait été octroyée à aucun des requérants dans l'instance dirigée contre M. Talkhigov, un complice des terroristes, son cas ayant été disjoint du procès principal et examiné à huis clos.

184. Aucune foi ne pourrait être prêtée aux conclusions du bureau de criminalistique du département de la santé publique de la ville de Moscou selon lesquelles le gaz n'est pas la cause du décès des victimes, les médecins de ce service n'ayant jamais été informés des caractéristiques du gaz et encore moins de sa formule exacte. La non-divulgaration de cette formule n'aurait pas été justifiée et aurait empêché le public de passer au crible l'action des autorités au cours de la prise d'otages. Aucun des otages n'étant mort, au cours des trois jours de siège, des « maladies chroniques » dont ils auraient été atteints, le gaz serait la cause principale des décès. Certains des rapports du bureau de criminalistique seraient identiques, par exemple les comptes rendus d'autopsie de M. Booker et de M^{me} Letyago, alors qu'il n'est guère vraisemblable que l'état clinique du corps d'un enfant de treize ans soit exactement le même que celui d'un homme de quarante-neuf ans. De plus, le rapport de ce même bureau contredirait l'état clinique décrit par tous les médecins qui ont prodigué des soins médicaux aux victimes, lesquels avaient conclu que celles-ci avaient été empoisonnées par le gaz toxique inconnu et leur avaient appliqué un mode de traitement adapté.

185. Les requérants ajoutent enfin que, tous les terroristes connus ayant été tués au cours de l'assaut, ils n'ont pas pu être interrogés sur les circonstances de celui-ci et du siège. Il serait désormais impossible de savoir pourquoi les terroristes n'ont pas activé les explosifs au début de l'assaut.

B. Thèse du Gouvernement

186. Le Gouvernement rappelle que la Russie est Partie à la Convention internationale contre la prise d'otages, dont l'article 3 prévoit :

« L'Etat Partie sur le territoire duquel l'otage est détenu par l'auteur de l'infraction prend toutes mesures qu'il juge appropriées pour améliorer le sort de l'otage, notamment pour assurer sa libération (...) »

187. Le Gouvernement se réfère en outre au modèle de loi de la Communauté des Etats indépendants sur la lutte contre le terrorisme, adopté par l'Assemblée interparlementaire le 8 décembre 1998 et notamment à son article 7, qui prévoit que, lorsqu'un organe de lutte contre le terrorisme porte atteinte aux intérêts légaux d'un particulier en cherchant à protéger d'autres intérêts légaux, par exemple la vie et l'intégrité physique d'autrui,

l'ordre public ou la sécurité de l'Etat, pareille atteinte ne revêt pas de caractère pénal dès lors que l'organe en question a agi dans le respect de la loi, que le dommage qu'il a prévenu était plus grave que celui réellement causé et qu'il n'y avait aucune possibilité d'obtenir les mêmes résultats par d'autres moyens. Selon lui, un homicide volontaire ne peut être sanctionné pénalement s'il a été commis en état de légitime défense ou dans une autre situation de nécessité extrême.

188. Le Gouvernement se réfère en outre à la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme, qui renferme une définition du terrorisme, et aux Recommandation du G8 du 12 juin 2002 sur le contre-terrorisme. Il souligne que ce dernier texte encourage les Etats membres à ajuster et moderniser leurs politiques de lutte contre le terrorisme de manière à relever les nouveaux défis dans ce domaine.

189. Le Gouvernement souligne par ailleurs que les activités des organes de l'Etat en l'espèce avaient une base légitime, à savoir la loi n° 130-FZ de la Fédération de Russie du 25 juillet 1998 sur l'élimination du terrorisme (« la loi contre le terrorisme »). L'article 2 de cette loi consacrerait le principe de la prééminence des intérêts des personnes ciblées par un acte de terrorisme sur toute autre considération. Il établirait en outre les principes des concessions minimales aux terroristes et de la transparence minimale des opérations antiterroristes, surtout concernant les méthodes et tactiques employées par les organes de lutte contre le terrorisme.

190. Les articles 10 et 11 de cette même loi disposeraient que toute opération antiterroriste doit être conduite par une cellule de crise, formée par le gouvernement de la Fédération de Russie, habilitée à faire usage des ressources humaines, techniques et matérielles des autres organes de l'Etat impliqués dans la lutte contre le terrorisme. La cellule fonctionnerait sur la base du principe « un seul homme commande ». En vertu de l'article 12 de cette loi, les agents de l'Etat rattachés à la cellule de crise ne rendraient compte qu'au chef de celle-ci et à personne d'autre; ils ne recevraient d'ordres d'aucun autre fonctionnaire de l'Etat. Le chef de la cellule de crise serait désigné par le Service fédéral de sécurité (« le FSB ») ou le ministère de l'Intérieur, selon la nature de la situation. Ce serait lui qui définirait le territoire couvert par l'opération antiterroriste et donnerait des instructions au personnel, y compris civil, associé à celle-ci.

191. L'article 14 de cette loi consacrerait le principe de l'atténuation maximale des conséquences d'un acte de terrorisme. Le chef de la cellule de crise pourrait autoriser l'ouverture de négociations avec les terroristes. Il désignerait les personnes chargées de cette tâche. Il serait toutefois interdit de négocier l'échange éventuel d'otages en contrepartie d'autres personnes ou de la remise d'armes à feu et d'autres objets dangereux aux terroristes,

ou de se livrer à des pourparlers politiques. Le président et le gouvernement de la Fédération de Russie contrôlèrent l'exécution des mesures de lutte contre le terrorisme, tandis que le parquet général s'assurerait de leur légalité.

192. Le Gouvernement soutient que les actions des autorités au cours de la prise d'otages en l'espèce étaient pleinement conformes aux règles nationales et aux obligations internationales de la Fédération de Russie. Une cellule de crise aurait été créée : elle aurait recueilli des renseignements sur la situation dans le théâtre et sur les chefs des terroristes. Des négociations auraient été entamées et se seraient soldées par la libération de certains des otages. Les autorités auraient persuadé les terroristes d'accepter de la nourriture et de l'eau en l'échange d'otages et de soins médicaux pour ceux qui en avaient le plus besoin. Cependant, à un certain moment, les terroristes auraient interrompu la libération des enfants et des étrangers et refusé d'accepter plus de nourriture ou d'eau. De plus, ils auraient commencé à tuer les otages. Ils auraient abattu cinq personnes au total pour montrer leur résolution à passer à l'action. Ils auraient été de dangereux criminels : leur chef, M. Sh. B. (qui n'aurait pas été présent dans le théâtre lui-même mais aurait planifié et dirigé l'ensemble de l'opération) aurait été responsable de nombreux actes de terrorisme, notamment un attentat à la voiture piégée quelques jours auparavant. La décision de donner l'assaut au bâtiment aurait donc été prise après de longues négociations avec les terroristes, comme l'exigeait l'article 14 de la loi contre le terrorisme, quand il n'y avait plus aucune autre possibilité de poursuivre les négociations. Le choix des moyens aurait été justifié par les risques posés par l'explosion possible des bombes, qui se serait soldée par la mort de tous les otages. L'un de ces derniers aurait témoigné par la suite que les kamikazes leur avaient dit qu'ils étaient prêts à mourir. L'assaut aurait donc été la seule solution possible, également aux yeux des otages eux-mêmes. Les appels téléphoniques de M. S. (B.), l'un des chefs des terroristes, à M. Yand., un autre membre du mouvement séparatiste tchétchène, auraient été interceptés. Il serait ressorti de leurs conversations que M. S. (B.) était prêt à tuer les otages et à mourir lui-même si les revendications des terroristes n'étaient pas satisfaites. Des experts en explosifs du FSB se seraient livrés à une analyse préliminaire de la situation au cours du siège et auraient prévu trois scénarios possibles, dans chacun desquels les pertes en vies humaines étaient inévitables. L'examen ultérieur des explosifs posés par les terroristes dans le théâtre aurait confirmé que leur mise à feu aurait selon toute vraisemblance eu pour effet conjugué de tuer la plupart des otages dans la salle.

193. Le Gouvernement précise ensuite en détail l'emplacement, le type et la puissance des divers engins explosifs posés par les terroristes dans le théâtre. Il conclut que ces derniers avaient les compétences et connaissances

nécessaires en la matière. Il dit tout d'abord que vu la manière dont les explosifs étaient conçus, les terroristes auraient pu déclencher leur mise à feu simultanée, notamment en cas d'assaut (en relâchant le bouton de leur mécanisme de verrouillage). Il ajoute que la détonation même d'un seul engin aurait selon toute vraisemblance tué plusieurs autres kamikazes, ce qui les aurait fait déclencher leurs propres ceintures d'explosifs, dont la détonation aurait produit une réaction d'explosions en chaîne. Dans ce cas de figure, il y avait un risque d'effondrement partiel du plafond de la salle principale du bâtiment.

194. Le gaz employé par les autorités aurait été censé non pas tuer mais endormir les terroristes, de manière à ce qu'il ne soit pas nécessaire de recourir aux armes à feu pendant l'assaut. Lorsqu'elles ont envisagé diverses solutions d'intervention, les autorités auraient prévu l'éventualité de pertes chez les otages, mais celles-ci auraient été inévitables au vu des circonstances. Il aurait également été impossible de doser plus précisément le gaz en raison des différences de condition physique des personnes dans le théâtre : d'un côté, des terroristes jeunes et en bonne santé et, de l'autre, des otages affaiblis par le siège, souffrant de malnutrition, d'un manque d'air frais, de maladies chroniques, et certains étant trop âgés ou trop jeunes pour supporter les effets du gaz. De ce fait, la dose de gaz aurait été calculée sur la base de la résistance d'une « personne moyenne » à celui-ci. Le Gouvernement estime que toute autre méthode aurait nui à l'efficacité de l'opération et anéanti l'« effet de surprise » de l'assaut. Les autorités auraient parallèlement cherché à éviter le maximum de dommages, à neutraliser les terroristes et à réduire au minimum les conséquences négatives. Dès lors, le recours au gaz aurait constitué une mesure « absolument nécessaire » au vu des circonstances.

195. Le Gouvernement soutient en outre que les décès d'otages ne peuvent être imputés à une inadéquation des soins médicaux après leur libération. Il s'appuie sur différentes lois nationales qui régissent l'assistance médicale dans les cas d'urgence de grande ampleur. Les actions des autorités auraient toutes été conformes à ces textes. Lorsqu'il a reçu des informations sur la prise d'otages, le Centre panrusse de médecine d'urgence du ministère de la Santé de la Fédération de Russie (« CPMU ») aurait dépêché des équipes médicales sur les lieux, désigné les établissements médicaux affectés à l'évacuation et au traitement des otages, rassemblé et instruit des représentants de ces institutions et fixé la procédure de livraison d'urgence des médicaments dans les hôpitaux en cas de besoin.

196. Après leur libération, les victimes auraient reçu des soins médicaux adéquats. Les urgentistes et secouristes auraient disposé des informations, des médicaments et du matériel nécessaires pour leur prodiguer les premiers soins. La coordination de leurs actions sur les lieux aurait été confiée au

« personnel de coordination du [CPMU] ». Il aurait été indiqué de prescrire de la naloxone en tant que « médicament antagoniste » (non comme antidote). Le risque d'explosion aurait empêché la mise en place d'un « hôpital de fortune » digne de ce nom à proximité du théâtre. La zone située à proximité de ce dernier n'aurait donc été affectée qu'à l'examen préliminaire de l'état des victimes. Les urgentistes auraient suivi deux procédures recommandées en pareille situation par l'Organisation mondiale de la santé : le traitement d'urgence fondé sur les symptômes et l'hospitalisation rapide. L'évacuation du théâtre des otages intoxiqués par le gaz et leur transport à l'hôpital se seraient déroulés de manière rapide et ordonnée, les hôpitaux étant suffisamment équipés pour les accueillir et l'opération de sauvetage ayant globalement été conduite au mieux vu les circonstances. Le recours aux bus municipaux comme moyens de transport de secours aurait été prévu par les procédures applicables aux situations d'urgence de cette ampleur. Les deux hôpitaux qui ont accueilli le plus grand nombre d'otages (l'hôpital des vétérans de guerre n° 1 et l'hôpital municipal n° 13) auraient été préparés à l'admission d'un grand nombre de patients ; ils auraient été les établissements les plus proches du théâtre et il aurait été crucial de réduire les délais de transport pour pouvoir apporter les meilleurs soins aux victimes.

197. Le Gouvernement ajoute enfin que les actions des services de secours ont été passées au crible au cours de l'enquête, laquelle a conclu qu'elles étaient conformes à la loi et justifiées. Pour un exposé plus détaillé du récit de l'opération de sauvetage donné par le Gouvernement, voir le paragraphe 26 ci-dessus.

C. Appréciation de la Cour

1. Quant à savoir si l'affaire relève de l'article 2 de la Convention

198. Avant d'en venir au fond des griefs soulevés par les requérants, la Cour se doit de trancher un point de fait essentiel qui oppose les parties et pourrait au bout du compte prédéterminer son raisonnement en l'espèce. Les requérants qualifient le gaz employé par les forces de sécurité de substance empoisonnée et de « force meurtrière » au sens de la jurisprudence de la Convention. A de nombreuses reprises, les autorités ont déclaré que ce gaz était inoffensif en ce qu'il n'y aurait eu aucun « lien de causalité directe » entre le décès des otages et le recours à cette substance. Le Gouvernement a dit la même chose dans ses observations sur la recevabilité et le fond du grief (*Finogenov et autres c. Russie* (déc.), nos 18299/03 et 27311/03, § 180, 18 mars 2010, et paragraphe 194 ci-dessus). En effet, si le gaz était inoffensif

et si les otages étaient décédés de cause naturelle, l'affaire ne se prêterait pas à un examen sur le terrain de l'article 2 de la Convention.

199. La Cour rappelle sur ce point sa jurisprudence confirmant que, devant elle, les faits doivent être établis en vertu du critère de la preuve au-delà de « tout doute raisonnable » (*Avşar c. Turquie*, n° 25657/94, § 282, CEDH 2001-VII). Une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. En outre, le comportement des parties lors de la recherche des preuves peut être pris en compte (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 161, série A n° 25). Consciente de la nature subsidiaire de sa tâche, la Cour admet qu'elle doit se garder de prendre le rôle d'un juge du fond compétent pour apprécier les faits, sauf si cela est rendu inévitable par les circonstances d'une affaire particulière (voir, par exemple, *McKerr c. Royaume-Uni* (déc.), n° 28883/95, 4 avril 2000). Toutefois, dès lors que sont allégués des faits qui relèveraient des articles 2 et 3 de la Convention, elle doit se livrer à un contrôle particulièrement strict (voir, *mutatis mutandis*, *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, § 32, série A n° 336, et *Avşar*, précité, § 283), quand bien même certaines procédures et investigations auraient déjà été conduites au niveau interne.

200. La Cour est confrontée à des versions divergentes des événements survenus entre le 23 et le 26 octobre 2002. En particulier, elle ignore la formule exacte du gaz. Même au niveau interne les forces de sécurité ne l'ont pas révélée aux tribunaux et aux organes d'enquête. La Cour admet qu'il peut y avoir des raisons légitimes de garder secrète la formule du gaz. Cela étant dit, elle a à sa disposition suffisamment d'éléments pour tirer des conclusions définitives sur les propriétés de ce gaz, tout au moins aux fins de l'examen des griefs soulevés par les requérants.

201. L'explication officielle au grand nombre d'otages morts le 26 octobre 2002 est que toutes les personnes décédées avaient été affaiblies par le siège ou gravement malades. Dans leur rapport, les experts officiels ont conclu qu'il n'y avait aucun « lien de causalité directe » entre le décès des cent vingt-cinq personnes et l'utilisation du gaz, et que celui-ci n'était que l'un des nombreux facteurs qui ont conduit à un dénouement aussi tragique (paragraphe 99 ci-dessus). La Cour ne mettra pas en cause les conclusions provisoires des experts russes sur l'état de santé de chaque victime en particulier. En revanche, elle considère que la conclusion générale de l'expertise, si on l'applique à tous les otages décédés (sauf ceux abattus par les terroristes), est difficile à accepter. Il est impensable que cent vingt-cinq personnes d'âge et de condition physique différents soient mortes presque simultanément et au même endroit en raison de problèmes de santé divers

préexistants. De même, l'hécatombe parmi les otages ne saurait être imputée aux conditions dans lesquelles ils ont été détenus pendant trois jours, au cours desquels aucun d'entre eux n'est décédé, alors qu'ils ont été pendant longtemps privés de nourriture et d'eau, immobilisés, soumis à un stress psychologique, etc. De plus, le Gouvernement reconnaît lui-même qu'il était impossible de prévoir les effets du gaz et que certaines pertes étaient inévitables (paragraphe 194 ci-dessus). Il en découle que le gaz n'était pas « inoffensif » car pareil qualificatif implique l'absence d'effets négatifs importants.

202. La Cour admet que le gaz n'était probablement pas destiné à tuer les terroristes ou les otages. Il se rapprochait donc plus d'une « arme non meurtrière neutralisante » que d'une arme à feu (voir sur ce point la distinction opérée par les Principes de base, cités au paragraphe 163 ci-dessus). Il s'agit là d'une caractéristique importante du gaz ; la Cour y reviendra plus loin dans son analyse. Dans l'immédiat, elle n'a pas à dire si le gaz était une « force meurtrière » ou une « arme non meurtrière ». Ainsi qu'il ressort des observations du Gouvernement, et comme le montrent clairement les faits de la cause, le gaz était au mieux potentiellement dangereux pour une personne ordinaire et potentiellement fatal pour une personne affaiblie. Peut-être certaines personnes ont-elles été plus affectées que d'autres à cause de leur condition physique. En outre, il est même possible qu'un ou deux des proches des requérants soient décédés d'une cause naturelle sans aucun rapport avec le gaz. Néanmoins, on peut conclure avec certitude que le gaz reste la cause principale du décès d'un grand nombre de victimes.

203. Bref, la présente affaire a pour objet l'emploi d'une substance dangereuse (quelle que soit la description qui en est faite) par les autorités dans le cadre d'une opération de sauvetage qui s'est soldée par le décès d'un grand nombre des personnes qu'elles tentaient de libérer et par un danger mortel pour beaucoup d'autres (en ce qui concerne ce dernier groupe de requérants, voir, *mutatis mutandis*, *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99, §§ 49-55, CEDH 2004-XI). Il s'agit donc d'un cas de figure qui relève de l'article 2 de la Convention. Il échet désormais à la Cour de rechercher si le recours à la force était compatible avec les exigences de cette disposition.

(...)

3. Principes généraux

206. L'article 2 de la Convention, qui garantit le droit à la vie et définit les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort, se place parmi les articles primordiaux de la Convention et ne souffre aucune

dérogation. Avec l'article 3, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. Les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort doivent dès lors s'interpréter strictement (*Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 97, CEDH 2000-VII).

207. Ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 2, le recours à la force meurtrière par les forces de l'ordre peut se justifier dans certaines circonstances. Toutefois, l'article 2 ne leur donne pas carte blanche. Une action non encadrée et arbitraire des agents de l'Etat est incompatible avec le respect effectif des droits de l'homme. Dès lors, toute opération de police doit être non seulement autorisée par le droit national mais aussi suffisamment réglementée par lui, dans le cadre d'un régime doté de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et l'abus de la force (voir, *mutatis mutandis*, *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islande*, n° 40905/98, § 56, 8 juin 2004, et aussi Observation générale n° 6, adoptée par le Comité des droits de l'homme, article 6 § 3, 16^e session (1982)), voire contre les accidents évitables.

208. Lorsque la force meurtrière est employée par les autorités dans une « opération de police », il est difficile de séparer les obligations négatives des obligations positives que fait peser la Convention sur l'Etat. Lorsqu'elle est saisie de cas de ce type, la Cour examine normalement si l'opération de police a été planifiée et contrôlée par les autorités de manière à réduire au minimum le recours à la force meurtrière et les pertes humaines, et si toutes les précautions en leur pouvoir dans le choix des moyens et méthodes d'une opération de sécurité ont été prises (*Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, § 79, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV, et voir aussi *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, §§ 146-150 et 194, série A n° 324, *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, 9 octobre 1997, §§ 171, 181, 186, 192 et 193, *Recueil* 1997-VI, et *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, §§ 102-104, CEDH 2001-III).

209. Les obligations positives qui découlent de l'article 2 de la Convention ne sont pas absolues : toute menace présumée pour la vie n'oblige pas les autorités à prendre des mesures spécifiques pour éviter les risques. Pareilles mesures ne doivent être prises si les autorités savaient ou auraient dû savoir alors qu'il existait un risque réel et immédiat pour la vie et si la situation était restée dans une certaine mesure sous leur contrôle (voir, *mutatis mutandis*, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 116, *Recueil* 1998-VIII, et voir aussi *Finogenov et autres* (déc.), précitée). La Cour n'exige de l'Etat défendeur qu'il ne prenne que les mesures « en [son] pouvoir » au vu des circonstances (*Ergi*, précité). Il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans

les sociétés contemporaines et à l'imprévisibilité du comportement humain, ainsi qu'aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources (*Makaratzis*, précité, § 69, avec d'autres citations, *Osman*, précité, § 116, et *Maiorano et autres c. Italie*, n° 28634/06, § 105, 15 décembre 2009).

4. Critères de contrôle à appliquer

210. En principe, le recours à la force meurtrière doit être rendu « absolument nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a), b) ou c) du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention. Cette expression indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement retenu pour déterminer si l'intervention de l'Etat est « nécessaire dans une société démocratique » au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. Donc, la force utilisée doit être strictement proportionnée aux buts permis (*McCann et autres*, précité, §§ 148-150, voir aussi *Gül c. Turquie*, n° 22676/93, §§ 77-78, 14 décembre 2000).

211. Cela dit, la Cour peut parfois s'écarter du critère strict de la « nécessité absolue ». Comme le montrent les affaires *Osman*, *Makaratzis* et *Maiorano et autres*, précitées, son application est tout bonnement impossible lorsque certains aspects de la situation échappent largement à l'expertise de la Cour et que les autorités ont dû agir dans des délais extrêmement serrés et n'exerçaient qu'un contrôle minimal sur la situation.

212. La Cour est particulièrement consciente des difficultés rencontrées par les Etats pour protéger leurs populations de la violence terroriste et elle reconnaît la complexité du problème (*Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00, § 115, CEDH 2006-IX). Dans le contexte plus particulier de la Russie, les actes de terrorisme perpétrés par différents mouvements séparatistes dans le Nord-Caucase constituent une menace majeure pour la sécurité nationale et l'ordre public en Russie depuis plus de quinze ans, et la lutte contre le terrorisme est un impératif légitime pour les autorités de ce pays.

213. Alors que les prises d'otages sont malheureusement un phénomène très répandu ces dernières années, l'ampleur de la crise du 23 au 26 octobre 2002 était inouïe et rendait cette situation réellement exceptionnelle. Les vies de plusieurs centaines d'otages étaient en jeu, les terroristes étaient lourdement armés, bien entraînés et dévoués à leur cause et, pour ce qui est du volet militaire de l'assaut, aucune mesure préliminaire spécifique ne pouvait être adoptée. Cette crise a pris les autorités par surprise (voir, à l'inverse, *Issaïeva c. Russie*, n° 57950/00, §§ 180 et suiv., 24 février 2005), si bien que les préparatifs militaires en vue de l'assaut devaient être accomplis très rapidement et dans le plus grand secret. Il faut noter que les autorités

n'avaient pas le contrôle de la situation à l'intérieur du bâtiment. Dans ces conditions, la Cour admet que les autorités russes ont dû prendre des décisions difficiles et douloureuses. Elle est disposée à leur reconnaître une marge d'appréciation, du moins pour ce qui est des volets militaire et technique de la situation même si aujourd'hui, avec du recul, certaines des décisions prises par les autorités peuvent apparaître douteuses.

214. En revanche, les étapes suivantes de l'opération peuvent appeler un contrôle plus poussé de la Cour, surtout celles où il n'y avait aucune contrainte de temps sérieuse et où les autorités maîtrisaient la situation.

215. Pareil mode de raisonnement n'est pas nouveau : il a par exemple été retenu dans l'affaire *Issaïeva* (précitée, §§ 180 et suiv.) Dans cet arrêt, la Cour a dit que « [s]ans doute [l]es mesures [contre l'insurrection] pouvaient impliquer, vu le contexte du conflit en Tchétchénie à l'époque pertinente, le déploiement d'unités de l'armée équipées d'armes de combat, y compris de l'aviation militaire et de l'artillerie ». Ce constat ne l'a pas empêchée de conclure à la violation de la Convention à raison notamment de l'emploi aveugle d'armes lourdes par les militaires et de leur échec à empêcher les insurgés tchétchènes d'entrer dans le village et à assurer la sécurité du « couloir humanitaire », etc. Cependant, en reconnaissant que le recours à l'armée dans des conflits de ce type était justifié, la Cour a tracé une limite nette entre les choix politiques stratégiques (l'usage de la force militaire en Tchétchénie), qui échappent à son contrôle, et les autres aspects de la situation, dont elle a pu connaître.

216. La Cour ne veut pas dire que la présente affaire est comparable à l'affaire *Issaïeva* (précitée) : au contraire, des différences notables séparent les deux. Ainsi, en l'espèce, la prise d'otages a surpris les autorités, les otages eux-mêmes se trouvaient dans une situation plus vulnérable que les civils dans l'affaire *Issaïeva* et les moyens choisis (gaz) par les autorités étaient moins dangereux que dans celle-ci (bombardements). La Cour entend suivre la même méthodologie que dans l'affaire *Issaïeva* (précitée) et retenir différents degrés de contrôle selon les divers aspects de la situation examinée.

5. *Sur le recours à la force*

a) **Quant à la décision de donner l'assaut**

217. La Cour rappelle que le recours à la force ne peut être justifié que par l'un des motifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention, à savoir a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale, b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher une évasion, ou c) pour réprimer une émeute ou une insurrection.

218. Les requérants affirment que l'intention réelle des autorités n'avait rien à voir avec ces buts légitimes. Dans leurs observations, ils allèguent que l'objectif principal des autorités était de tuer les terroristes et non de sauver les otages. La Cour prend note du passage de la décision du procureur dans lequel celui-ci dit que le recours à la force était censé empêcher «l'érosion du prestige de la Russie sur la scène internationale». Cet élément ne suffit toutefois pas à corroborer ces allégations de mauvaise foi. Tout indique que l'un des soucis principaux des autorités était de préserver la vie des otages. Dans la suite de son analyse, la Cour postulera que, en l'espèce, les autorités poursuivaient simultanément les trois buts légitimes énoncés au paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention et que «la défense de toute personne contre la violence illégale» était celui qui prédominait, comme le prévoit l'article 2 de la loi russe contre le terrorisme.

219. La question est de savoir si ces buts auraient pu être atteints par d'autres moyens moins draconiens. Les requérants disent qu'il était possible d'apporter une solution pacifique à la prise d'otages et que personne n'aurait été tué si les autorités avaient poursuivi les négociations. Pour analyser ce grief, la Cour doit tenir compte des informations à la disposition des autorités au moment des faits. Elle rappelle que le recours à la force par des agents de l'Etat peut se justifier lorsqu'il se fonde sur une conviction honnête considérée, pour de bonnes raisons, comme légitime à l'époque des événements quand bien même elle se révélerait erronée par la suite (*McCann et autres*, précité, § 200).

220. La Cour souligne que, en principe, il ne peut y avoir de nécessité d'utiliser la force meurtrière «lorsque l'on sait que la personne qui doit être arrêtée ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique de quiconque et n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction à caractère violent» (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n^{os} 43577/98 et 43579/98, § 95, CEDH 2005-VII). Elle rappelle que la situation en l'espèce était tout à fait différente: la menace représentée par les terroristes était réelle et très sérieuse. Les autorités savaient que bon nombre des terroristes avaient auparavant résisté par les armes aux soldats russes en Tchétchénie et étaient bien entraînés, bien armés et dévoués à leur cause (voir, à l'inverse, *Andronicou et Constantinou*, précité, § 183, où la Cour a souligné que le preneur d'otages «n'était pas un terroriste ou un criminel endurci»), que l'explosion des engins placés dans l'auditorium principal aurait probablement tué tous les otages et que les terroristes étaient prêts à les faire exploser si leurs revendications n'étaient pas satisfaites.

221. Certes, les terroristes n'ont pas activé les bombes une fois le gaz dispersé, alors que certains d'entre eux étaient restés conscients pendant un moment. Cependant, alléguer qu'ils n'auraient pas mis leurs menaces

à exécution pour des raisons humanitaires n'est que pure conjecture : il est possible qu'ils étaient simplement désorientés ou qu'ils n'avaient pas reçu d'ordres clairs. De toute manière, les autorités ne pouvaient savoir avec certitude si les terroristes auraient réellement mis leurs menaces à exécution et fait exploser les bombes. Bref, elles ont pu raisonnablement conclure au vu des circonstances qu'il existait une menace réelle et sérieuse pour la vie des otages et que l'emploi de la force meurtrière était tôt ou tard inévitable.

222. Il ne peut être exclu que la poursuite des négociations eût pu permettre la libération de plusieurs autres otages, par exemple les étrangers, les adolescents, les personnes âgées, etc. Les requérants s'appuient fortement sur cet argument, affirmant que le risque pour la vie des otages n'était pas imminent. Cependant, cette allégation n'est que trop conjecturale. On ignore si les chefs des terroristes étaient disposés à faire des concessions : leur comportement et leurs déclarations attestent du contraire.

223. Il est également important de noter ce que les terroristes exigeaient en échange de la libération des otages. La Cour ne se livrera à aucune conjecture pour savoir si, du point de vue des principes, il est toujours nécessaire de négocier avec les terroristes et de « rançonner » la vie des otages en offrant aux terroristes de l'argent ou en satisfaisant leurs autres revendications. Les allégations très générales des requérants mettent en cause toutes les opérations de lutte contre le terrorisme et soulèvent des questions qui vont bien au-delà de la compétence de la Cour, laquelle n'est pas en mesure d'indiquer aux Etats membres la meilleure marche à suivre dans une crise de ce type, à savoir négocier avec les terroristes et faire des concessions ou rester ferme et exiger une reddition sans condition. Formuler en la matière des règles rigides risque de porter gravement atteinte au pouvoir de négociation des autorités dans les pourparlers avec les terroristes. Ce qui ressort clairement de ce cas particulier, c'est que la plupart des revendications des terroristes étaient irréalistes. Ainsi, ces derniers exigeaient notamment le retrait total des soldats russes du territoire tchéchène. Bien qu'ils eussent ultérieurement accepté un retrait partiel des soldats (...), pareille concession n'en serait pas moins revenu au vu des circonstances à accepter la perte de contrôle *de facto* d'une partie du territoire russe.

224. En tout état de cause, nul ne peut dire que les autorités n'ont pas tenté de négocier. Des pourparlers ont été conduits sous une certaine forme. Les terroristes ont tout au moins eu la possibilité de formuler leurs revendications, de réfléchir à la situation et de « se calmer ». Certes, les négociations n'ont fait intervenir aucun des membres des plus hautes sphères politiques. Néanmoins, rien ne prouve que leur intervention eût permis de trouver une solution pacifique à la situation, vu la nature des

revendications des terroristes (voir, à titre de comparaison, *Andronicou et Constantinou*, précité, § 184).

225. Si l'on se fonde sur les informations aujourd'hui disponibles, il est impossible de déterminer si les personnes abattues par les terroristes ont été victimes d'« exécutions pour l'exemple », comme le Gouvernement semble le dire, ou si elles ont été tuées parce qu'elles avaient tenté de leur résister ou que les terroristes voyaient en elles des « espions ». Cela dit, au moment des faits, la plupart des intervenants dans les négociations pouvaient raisonnablement considérer les menaces d'exécutions comme immédiates.

226. En somme, la situation apparaissait particulièrement alarmante. Des séparatistes lourdement armés et dévoués à leur cause avaient pris des otages et formulaient des revendications irréalistes. Les premiers jours de négociations n'avaient conduit à aucun succès visible ; en outre, la situation humanitaire (l'état physique et psychologique des otages) s'aggravait et les otages n'en devenaient que plus vulnérables. La Cour en conclut qu'il existait un risque réel, sérieux et immédiat de lourdes pertes en vies humaines et que les autorités avaient toute raison de croire qu'une intervention par la force était un « moindre mal » au vu des circonstances. Dès lors, la décision prise par les autorités de mettre fin aux pourparlers et de donner l'assaut au bâtiment n'était pas, au vu des circonstances, contraire à l'article 2 de la Convention.

b) Quant à la décision de recourir au gaz

227. Ayant reconnu que le recours à la force en l'espèce était justifié du point de vue des principes, la Cour en vient à présent à la question qui se pose ensuite, celle de l'adéquation des moyens employés par les forces de sécurité (le gaz).

228. La Cour rappelle tout d'abord que, dans de nombreuses affaires antérieures, elle a examiné le cadre légal ou réglementaire en vigueur régissant le recours à la force meurtrière (*McCann et autres*, § 150, et *Makaratzis*, §§ 56-59, précités). Cette même manière de raisonner trouve appui dans les Principes de base (paragraphe 162 ci-dessus), qui disent que les lois et règlements régissant l'emploi de la force doivent être suffisamment détaillés et prévoir notamment les types d'armes et de munitions permis.

229. Le cadre légal de l'utilisation du gaz en l'espèce demeure vague : bien que, en principe, elle permette le recours aux armes et aux équipements et moyens à finalité spéciale contre les terroristes (...), la loi ne précise pas quels types d'armes ou d'instruments peuvent être employés ni dans quelles circonstances. De plus, elle impose de garder secrètes les méthodes techniques spécifiques des opérations de lutte contre le terrorisme (...). Les autorités n'ayant pas révélé la formule exacte du gaz, il est impossible pour

la Cour d'établir si ce gaz était ou non une « arme conventionnelle » et de cerner les règles régissant son utilisation. Dans ces conditions, elle est disposée à admettre que le gaz était une solution *ad hoc* non prévue dans les règlements et manuels à l'usage des forces de l'ordre.

230. Ce seul élément ne saurait toutefois conduire à un constat de violation de l'article 2 de la Convention (voir, par exemple, *Issaïeva*, précité, § 199). Ce n'est pas parce que la loi russe contre le terrorisme est globalement imprécise que, dans chaque cas particulier, les autorités n'auront pas forcément respecté le droit à la vie des requérants. Quand bien même les règles nécessaires eussent existé, elles auraient probablement été de peu de secours dans la situation en question, qui était totalement imprévisible et exceptionnelle et appelait une réponse adaptée. Vu le caractère unique et l'ampleur de la prise d'otages de Moscou, la Cour distingue la présente affaire des autres où elle avait connu des opérations de police plus ou moins routinières et où le laxisme du cadre réglementaire régissant l'emploi d'armes meurtrières avait été jugé contraire en lui-même aux obligations positives de l'Etat découlant de l'article 2 de la Convention (*Natchova et autres*, précité, §§ 99-102).

231. La Cour en vient à présent à la thèse principale des requérants. Ces derniers affirment que le gaz était une arme mortelle utilisée contre les terroristes et des otages innocents sans discernement. Cette thèse mérite l'examen le plus poussé car « [l]'utilisation massive d'armes frappant sans discernement (...) ne saurait être jugée compatible avec les exigences de précaution qui doivent être observées dans le cadre d'une opération de cette nature impliquant l'usage de la force létale par des agents de l'Etat » (*Issaïeva*, précité, § 191). Dans un arrêt du 15 février 2006, la Cour constitutionnelle allemande a jugé incompatible avec le droit à la vie, tel que garanti par la Constitution allemande, une loi autorisant le recours à la force pour abattre tout aéronef dont on suppose qu'il a été détourné aux fins d'un attentat terroriste (paragraphe 164 ci-dessus). Elle a notamment jugé que le recours à la force meurtrière contre les personnes à bord qui n'étaient pas associées au crime en question serait incompatible avec leur droit à la vie et à la dignité humaine, tel que consacré par la Loi fondamentale allemande et interprété dans sa jurisprudence.

232. Cependant, en l'espèce, le gaz utilisé par les forces de sécurité russes, quoique dangereux, n'était pas censé tuer, à l'inverse par exemple de bombes ou de missiles aériens. Le principe général énoncé dans l'arrêt *Issaïeva*, condamnant le recours sans discernement aux armes lourdes dans les opérations de lutte contre le terrorisme, peut certes être réaffirmé, mais il a été formulé dans un contexte factuel différent, où les autorités russes

avaient détruit par des bombardements aériens un groupe rebelle qui se cachait dans un village où vivaient de nombreux civils. Bien qu'il ait été utilisé, ici, contre un groupe composé d'otages et de preneurs d'otages, et qu'il fût dangereux voire potentiellement mortel, le gaz n'a pas été employé « sans discernement » car il avait laissé aux otages une forte chance de survie, tributaire de l'efficacité des efforts de secours déployés par les autorités. Les otages, dans la présente affaire, ne se trouvaient pas dans la même situation désespérée que tous les passagers d'un avion détourné.

233. Les requérants soutiennent en outre que le gaz n'a pas eu sur les terroristes l'effet voulu et que, en revanche, il a causé beaucoup de morts parmi les otages. Autrement dit, ils disent que le gaz a fait plus de mal que de bien. Pour examiner cette thèse, la Cour doit rechercher si l'utilisation du gaz était à même d'empêcher l'explosion.

234. Le Gouvernement n'a rien dit sur l'assertion des requérants selon laquelle le gaz n'avait pas rendu immédiatement inconscients tous les terroristes. Les requérants en déduisent que, dans tous les cas de figure, le gaz était inutile. Il ressort du dossier que le gaz n'a pas eu d'effet immédiat. Cependant, la déduction qu'en tirent les requérants est trop conjecturale. Les faits de la cause tendent vers la conclusion opposée : ainsi, tout indique que le gaz a bien eu un effet sur les terroristes et en a rendu inconscients la plupart, fût-ce non instantanément, et qu'aucune explosion ne s'est ensuivie. La Cour en conclut que l'utilisation du gaz était à même de faciliter la libération des otages et de réduire le risque d'explosion, sans faire complètement disparaître celui-ci pour autant.

235. Les requérants soutiennent en outre que la concentration du gaz avait été très mal dosée et que les risques entraînés par son utilisation pour la vie et l'intégrité physique des otages supplantaient les avantages. La Cour a déjà établi que le gaz était dangereux voire potentiellement mortel. Le Gouvernement affirme que le gaz avait été dosé en se fondant sur la « réaction d'une personne moyenne ». La Cour constate que même une telle dose s'est révélée insuffisante pour endormir tout le monde : une fois le gaz dispersé dans l'auditorium, certains otages étaient restés conscients et ont quitté le bâtiment par leurs propres moyens. De toute manière, elle n'est pas en mesure d'apprécier la question du dosage du gaz. Toutefois, elle en tiendra compte lorsqu'elle examinera d'autres volets de l'affaire, par exemple la durée d'exposition au gaz et l'adéquation des soins médicaux prodigués par la suite.

236. Bref, la Cour conclut que l'utilisation du gaz au cours de l'assaut n'était pas, au vu des circonstances, une mesure disproportionnée et n'était donc pas contraire à l'article 2 de la Convention.

6. L'opération de secours et d'évacuation

237. La conclusion ci-dessus ne fait pas obstacle à ce que la Cour recherche si l'opération de secours ultérieurement conduite a été planifiée et exécutée conformément aux obligations positives que l'article 2 de la Convention fait peser sur les autorités, c'est-à-dire si celles-ci ont pris toutes les précautions nécessaires pour réduire au minimum les effets du gaz sur les otages, pour les évacuer rapidement et pour leur apporter l'assistance médicale nécessaire (*McCann et autres*, §§ 146-150 et 194, *Andronicou et Constantinou*, §§ 171, 181, 186, 192 et 193, et *Hugh Jordan*, §§ 102-104, précités). Les parties contestent bon nombre de faits se rapportant à ce volet de l'affaire. La Cour rappelle que, en ce domaine, sa capacité à établir les faits est limitée. Dès lors, et en conformité avec le principe de subsidiarité, elle préfère s'appuyer, si possible, sur les constats des autorités internes compétentes. Pour autant, elle ne renonce pas complètement à son pouvoir de contrôle. Si les circonstances d'une affaire particulière l'imposent, notamment lorsque le décès d'une victime est sans doute imputable à l'utilisation de la force meurtrière par des agents de l'Etat, elle peut songer à examiner de nouveau les éléments de preuve (*Golubeva c. Russie*, n° 1062/03, § 95, 17 décembre 2009, voir aussi, *mutatis mutandis*, *Matko c. Slovénie*, n° 43393/98, § 100, 2 novembre 2006, et *Imakaïeva c. Russie*, n° 7615/02, § 113, CEDH 2006-XIII). La Cour rappelle en outre que « dans une situation où des personnes sont trouvées blessées ou mortes dans une zone placée sous le contrôle des seules autorités de l'Etat et où certains éléments donnent à penser qu'une implication de l'Etat est possible, la charge de la preuve peut être transférée au Gouvernement, les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, étant connus exclusivement des autorités. En pareille hypothèse, si le Gouvernement ne divulgue pas des documents cruciaux susceptibles de permettre à la Cour d'établir les faits ou s'il ne fournit pas une explication satisfaisante ou convaincante, de fortes déductions peuvent être tirées de son attitude » (*Varnava et autres c. Turquie* [GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, § 184, CEDH 2009). Il ressort de ce passage cité que la Cour peut tirer des conclusions défavorables d'un défaut de communication par le Gouvernement de preuves cruciales dans le cadre d'une procédure conduite devant elle, alors qu'il en avait l'obligation en vertu de l'ancien article 38 § 1 a) de la Convention (aujourd'hui l'article 38, qui impose à l'Etat de fournir toutes les facilités nécessaires pour permettre un examen adéquat et effectif des requêtes, *Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 70, CEDH 1999IV, et *Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94, §§ 66 et 70, CEDH 2000-VI).

238. Par ailleurs, quand bien même l'Etat communiquerait toutes les preuves en sa possession, celles-ci ne suffiront peut-être pas toujours à fournir une explication « satisfaisante et convaincante » au décès de la victime. Plus généralement, la prise en compte par la Cour des éléments recueillis au cours de l'enquête conduite au niveau national et des faits établis lors du procès devant le juge national dépendra dans une large mesure de la qualité du processus d'enquête interne, du caractère approfondi de celle-ci, de sa cohérence, etc. (*Golubeva*, précité, § 96, *Maslova et Nalbandov c. Russie*, n° 839/02, §§ 101 et suiv., 24 janvier 2008, voir aussi *Betaïev et Betaïeva c. Russie*, n° 37315/03, § 74, 29 mai 2008, et *Issaïeva et autres [c. Russie]*, n°s 57947/00, 57948/00 et 57949/00, §§ 179 et suiv., [24 février 2005]).

239. Cela étant, la Cour souligne qu'elle ne pourra pas toujours tirer des conclusions défavorables du manquement par les autorités à conduire une enquête effective (voir, par exemple, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, n°s 57942/00 et 57945/00, 24 février 2005, *Loulouïev et autres c. Russie*, n° 69480/01, CEDH 2006-XIII, et *Zoubairaïev c. Russie*, n° 67797/01, § 83, 10 janvier 2008).

240. Pour en revenir à la présente affaire, la Cour constate premièrement que l'enquête, dans son volet relatif à la négligence alléguée des autorités, a été classée sans suite et ne s'est pas soldée par un procès digne de ce nom (voir contrairement, par exemple, l'affaire récente *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], n° 23458/02, CEDH 2011). Dans ces conditions, elle doit examiner avec beaucoup de prudence les conclusions de l'enquête sur l'efficacité de l'opération, sans pour autant les écarter complètement.

241. Deuxièmement, la Cour prend note des rapports du département de la santé publique, du CPMU et des dépositions de plusieurs hauts responsables de la santé publique et des services de secours. Ces pièces indiquent que, globalement, l'opération de sauvetage a été conduite avec succès, rapidement et de manière bien coordonnée (voir, par exemple, les paragraphes (...) et 119 ci-dessus). Ces organes et responsables sont incontestablement des « autorités compétentes » dont l'analyse de la situation est digne d'attention. Cela dit, ils ont été directement associés à la planification et à la coordination de l'opération de sauvetage et ne sont donc peut-être pas tout à fait neutres dans leur appréciation. Leurs déclarations doivent être minutieusement comparées à d'autres pièces du dossier, comme le témoignage des secouristes et des urgentistes sur le terrain, les expertises, les preuves documentaires, etc. 242. Troisièmement, la Cour prend note de la réponse du Gouvernement aux questions qu'elle lui avait posées à la suite de sa décision sur la recevabilité. Elle lui avait demandé de répondre à plusieurs questions très précises, se rapportant en particulier à la planification et à la conduite de l'opération de sauvetage, à la chronologie des faits, aux

instructions données aux médecins et aux secouristes, à tout matériel spécial que ceux-ci avaient à leur disposition, aux mesures d'instruction particulières prises au lendemain des faits, etc. Or la plupart de ces questions sont restées sans réponse. Les observations du Gouvernement sur le fond reprennent dans une large mesure celles qu'il a faites sur la recevabilité, elles sont très générales et ne se rapportent pas aux questions de fait précises qui se posent.

a) La planification de l'assistance médicale et de l'évacuation

243. Compte tenu des éléments précédents, et conformément à la méthodologie par degrés décrite au paragraphe 216 ci-dessus, la Cour estime que la planification et la conduite de l'opération de sauvetage, en particulier l'organisation des soins médicaux aux victimes et leur évacuation, peuvent faire l'objet d'un contrôle plus poussé que les volets « politique » et militaire de l'opération. Premièrement, elle constate que l'opération de sauvetage n'était pas spontanée : les autorités avaient disposé d'environ deux jours pour réfléchir à la situation et faire les préparatifs qui s'imposaient. Deuxièmement, dans un domaine comme celui-là (l'évacuation et l'assistance médicale), les autorités auraient dû être en mesure de s'appuyer sur une sorte de plan d'urgence général préétabli, pas nécessairement prévu pour ce type de crise particulier. Troisièmement, elles avaient un certain contrôle de la situation à l'extérieur du bâtiment, où la plupart des efforts de secours ont été déployés (contrairement à la situation à l'intérieur du bâtiment, qui était entre les mains des terroristes). Enfin, plus prévisible est le danger, plus grande est l'obligation de se prémunir contre lui : il est clair que, dans ce cas, les autorités ont toujours agi en postulant que des otages pourraient être gravement blessés (par une explosion ou par le gaz), aussi le grand nombre de personnes nécessitant des soins médicaux ne représentait-il pas une surprise. La Cour estime que, dans ces conditions, elle peut exercer un contrôle plus poussé sur l'opération de sauvetage, dans la mesure où celle-ci concerne l'évacuation des otages et les soins médicaux qui leur ont été prodigués.

244. Le Gouvernement n'a produit aucun document exposant de manière complète le plan d'évacuation, soit parce qu'aucun plan de ce type n'a jamais existé soit parce qu'il a été détruit. Cependant, à supposer même qu'un tel document écrit n'aurait jamais existé, certains préparatifs ont été accomplis (paragraphe 15 et suivants ci-dessus). En particulier, 1) des secouristes ont été déployés autour du théâtre, 2) la capacité d'accueil de plusieurs hôpitaux a été accrue, 3) deux ou trois équipes médicales spéciales étaient postées à proximité, 4) les hôpitaux de la ville ont été dotés de matériel complémentaire, 5) des urgentistes supplémentaires ont été mobilisés et affectés aux hôpitaux censés recevoir les otages en premier

lieu, 6) des stations d'ambulances ont été prévenues qu'il faudrait peut-être dépêcher un grand nombre de véhicules, et 7) les médecins sur le terrain ont reçu pour instruction de répartir les victimes selon la gravité de leur état.

245. Ces mesures reposaient apparemment sur l'hypothèse que, en cas d'aggravation de la situation, la plupart des victimes seraient blessées par balle ou par des explosions (...) La Cour doit rechercher si le plan initial d'évacuation était en lui-même suffisamment prudent.

246. Il apparaît que le plan initial d'évacuation prévoyait le déploiement de centaines de médecins, secouristes, etc., pour aider les otages, tandis que peu était fait pour coordonner les activités de ces différents services.

247. Premièrement, les dispositions du plan initial d'évacuation pour l'interaction sur le terrain entre les divers services associés à l'opération de sauvetage (le Centre des traitements médicaux d'urgence de Moscou, le CPMU, les médecins des équipes d'ambulanciers ordinaires, les médecins des hôpitaux municipaux, le Service fédéral de secours, les membres de l'escouade spéciale, les policiers ordinaires, etc.) apparaissent insuffisantes. La Cour reconnaît que chaque service peut avoir une hiérarchie, des moyens de communication, des procédures standards, etc. qui lui sont propres. Cependant, l'absence de toute coordination centralisée sur les lieux a été observée par de nombreux témoins (...) Le Gouvernement n'a pas précisé combien de coordinateurs avaient été déployés, si tant est qu'il y en eût, ni si tous les secouristes avaient été avisés de leur présence, de leur rôle, de leurs insignes, etc. La vidéo de l'évacuation donne l'impression que chacun des participants agissait de sa propre initiative, du moins au début. Les contacts entre les secouristes de terrain apparaissent sporadiques; aucune séparation nette des tâches entre les membres des différents services, voire au sein du même service, ne peut être constatée. Seule une ou deux personnes effectuaient à l'entrée du théâtre des tâches assimilables à de la « coordination », mais il s'agissait apparemment de militaires. De surcroît, il n'y a aucun élément sur la manière dont les instructions étaient communiquées en temps réel de la cellule de crise aux coordinateurs de terrain puis de ceux-ci aux secouristes de terrain, ni sur la manière dont les rapports étaient recueillis et renvoyés à la cellule de crise.

248. Deuxièmement, le plan initial d'évacuation ne paraissait renfermer aucune instruction sur les modalités de communication entre les membres des différents services de secouristes des informations sur les victimes et sur leur état. Plusieurs médecins ont témoigné au cours de l'enquête qu'ils ignoraient quel type de traitement les victimes avaient déjà reçu – ils devaient prendre des décisions *de visu* (...) S'il est clair que de nombreuses personnes n'ont reçu aucun traitement, il n'est pas exclu que certaines aient reçu plus d'une injection, ce qui pouvait être en soi dangereux. Il n'apparaît pas que

les victimes ayant reçu des injections aient été signalées d'une manière ou d'une autre afin de les distinguer de celles qui n'en avaient pas reçu.

249. Troisièmement, l'ordre des priorités donné aux médecins-urgentistes n'était pas clair. Le Gouvernement dit que, dans le cadre du plan initial d'évacuation, le personnel médical était censé répartir les victimes en quatre groupes selon la gravité de leur état. Or aucune répartition de la sorte ne peut être observée au visionnage de la vidéo : les corps ont été placés sur le sol d'une manière apparemment aléatoire et de nombreux témoins ont confirmé que, en réalité, il n'y avait eu aucun filtrage (...) ou que celui-ci était inefficace étant donné que les corps de personnes mortes avaient été mis dans les mêmes bus que les personnes vivantes (...) De plus, la finalité de la répartition elle-même est vague. Le Gouvernement ne précise pas si, après la répartition, si tant est qu'il y en ait eu une, la priorité a été donnée aux cas les plus graves ou aux victimes dont les chances de survie étaient supérieures. La finalité de la répartition n'a pas été précisée : ainsi, la Cour ne saurait dire si cette mesure était censée assurer un partage égal de la charge de travail entre les hôpitaux ou le transfert des cas les plus graves dans les établissements les plus proches (ou les mieux préparés). Surtout, le Gouvernement n'a pas explicité les modalités de communication aux médecins dans les ambulances, les bus municipaux ou les hôpitaux des informations sur la « catégorie » à laquelle telle ou telle victime appartenait. La Cour lui a posé des questions sur ces points mais n'a reçu aucune réponse. Les pièces de l'enquête conduite au niveau interne ne permettent pas de les élucider. La Cour conclut que ce volet de l'opération de sauvetage n'a pas été considéré dans tous ses détails et que, concrètement, la « répartition » était soit inexistante soit insignifiante.

250. Quatrièmement, s'il envisageait le transport en masse des victimes dans des bus municipaux, le plan initial d'évacuation ne prévoyait pas de soins médicaux dans ces véhicules. De nombreux témoins ont constaté un manque de personnel et d'équipement médicaux dans les bus de transport des victimes : parfois, il n'y avait qu'un seul infirmier pour un bus accueillant vingt-deux victimes dans un état critique, parfois il n'y en avait aucun dans les bus (...) Bien qu'il n'y ait aucune information exacte sur le délai nécessaire pour transporter les victimes dans les hôpitaux (...), il est clair que le manque de personnel médical dans les bus a pu être encore un autre facteur négatif.

251. Enfin, tout indique qu'il n'y avait aucun plan clair pour la répartition des victimes entre les différents hôpitaux. Si la capacité d'accueil de plusieurs d'entre eux a effectivement été accrue, les ambulanciers et les conducteurs de bus ne savaient pas où conduire les victimes (...) De ce fait, cette répartition était plus ou moins improvisée : ainsi, quatre ou cinq bus ont suivi les ambulances et sont tous arrivés presque simultanément à la

même destination, l'hôpital municipal n° 13. Cet établissement a accueilli en l'espace de trente minutes 213 victimes de gaz (...), dont de nombreuses dans un état grave. La Cour ne dispose d'aucune information exacte sur le nombre de médecins et d'infirmiers disponibles dans cet hôpital, le Gouvernement n'ayant pas répondu à la question posée par elle à ce sujet. Cela dit, vu la taille de l'établissement, la composition des équipes d'urgence et le nombre de patients réguliers accueillis (...), il est fort vraisemblable que la majorité de ces 213 otages n'a reçu des soins médicaux qu'avec beaucoup de retard. Or l'hôpital le plus proche du théâtre, qui se trouvait à 20 mètres du bâtiment, a accueilli un nombre de patients bien moins important que ce qui était prévu (...)

252. Bref, le plan initial d'évacuation des otages était en lui-même lacunaire à bien des égards.

b) L'exécution du plan initial d'évacuation

253. La Cour a déjà relevé que le plan initial d'évacuation reposait sur l'hypothèse que les otages seraient blessés par balle ou par des explosions. Ainsi, les hôpitaux avaient été renforcés surtout par des chirurgiens plutôt que par des toxicologues (...), dont l'aide était devenue cruciale après l'emploi du gaz. Les secouristes et les médecins ont confirmé n'avoir reçu aucune instruction précise sur la manière de s'occuper de personnes intoxiquées, et encore moins de personnes touchées par des opiacés. Ils s'étaient tous préparés à travailler sur le site d'une explosion (...) Certaines des mesures initialement prévues ont même nui à l'efficacité de l'opération de sauvetage. Par exemple, plusieurs personnes ont témoigné que les poids lourds et les bulldozers stationnés à proximité avaient empêché la circulation normale des ambulances (...) La Cour va à présent examiner la manière dont le plan initial d'évacuation a été exécuté, au vu du déroulement de la prise d'otages, en particulier de l'utilisation du gaz au moment de l'assaut.

254. Les requérants allèguent que le manque d'information sur l'emploi du gaz a nui à l'efficacité de l'opération. En effet, la plupart des médecins ont témoigné du fait qu'ils ignoraient que du gaz avait pu être utilisé et qu'ils n'avaient appris ce qui s'était passé que sur les lieux, de la bouche de leurs collègues ou en observant les symptômes des victimes (...) On ne sait pas vraiment à quel moment le FSB en a avisé les secouristes et les médecins-urgentistes. Tout indique qu'ils ne l'ont fait qu'une fois l'évacuation presque achevée.

255. La première question qui se pose est celle des répercussions négatives qu'a pu avoir l'absence d'informations sur le gaz, ses propriétés et le traitement éventuel à administrer. Plusieurs médecins et responsables de haut rang ont affirmé qu'il aurait été inutile de donner des informations sur

le gaz et sur le traitement indiqué et que les mesures préliminaires étaient valables en toutes circonstances, qu'il s'agisse d'une explosion ou de la diffusion d'un gaz (...) Cependant, on peut douter du bien-fondé de cette opinion, en particulier en tenant compte des déclarations des médecins de terrain associés à l'opération, dont un grand nombre ont dit le contraire (...) En tout état de cause, quand bien même les médecins auraient eu la formation nécessaire pour choisir le bon traitement sur les lieux, on ne peut pas en dire de même des secouristes et des membres de l'escouade spéciale. Ainsi, les vidéos montrent que certaines des victimes (la majorité) ont été allongées au sol sur le dos, ce qui a aggravé le risque de suffocation par le vomi ou par la langue enflée. C'est ce qu'ont corroboré plusieurs secouristes (...), infirmant ce qu'ont dit les fonctionnaires de la santé publique dans leurs rapports (...) Il en va de même pour le placement des victimes dans les bus municipaux qui les ont transportées dans différents hôpitaux (leur position à l'intérieur des véhicules est visible dans les vidéos). La Cour en conclut que l'absence d'information sur le gaz a pu avoir des répercussions négatives et accroître le taux de mortalité parmi les otages (paragraphe 119 ci-dessus).

256. La deuxième question qui se pose est de savoir pourquoi aucune information sur le gaz n'avait été communiquée plus tôt aux services compétents. L'enquête officielle est muette sur ce point. Vu le contexte général, la Cour est prête à supposer que le FSB craignait une fuite et ne voulait pas nuire à l'ensemble de l'opération en prévenant les médecins de ce à quoi ils devaient s'attendre. Quoi qu'il en soit, le secret est la seule raison évidente pour laquelle le personnel médical n'a pas été averti de l'utilisation du gaz.

257. La Cour reconnaît que les forces de sécurité sont les mieux placées pour apprécier le risque de fuite, surtout lorsque, comme en l'espèce, elles se trouvent dans une situation de « tout ou rien ». Elle ne reproche pas à la hiérarchie des forces de sécurité de ne pas avoir révélé au personnel médical les détails de l'assaut longtemps à l'avance, c'est-à-dire lorsque la décision a été prise ou que les préparatifs techniques ont été accomplis. En revanche, on voit mal pourquoi cette information n'aurait pas pu être communiquée aux secouristes et aux médecins-urgentistes peu avant ou au moins immédiatement après l'utilisation du gaz. La Cour note à cet égard que l'évacuation en masse des otages de la salle principale du théâtre a commencé au moins une heure et vingt minutes après la diffusion du gaz, sinon plus tard, l'heure exacte où le gaz a été dispersé étant inconnue. Dès lors, les autorités disposaient d'au moins quatre-vingt-dix minutes pour prendre des dispositions complémentaires, prévoir les bons médicaments ou donner au personnel médical des instructions plus précises ou, sinon, pour

adapter le plan initial d'évacuation aux circonstances. Or rien de tout cela n'a été fait pendant ce laps de temps.

258. L'une des autres questions qui se posent est de savoir pourquoi l'évacuation en masse a commencé aussi tardivement. La Cour note que la plupart des otages inconscients sont restés exposés au gaz sans assistance médicale pendant plus d'une heure. Au vu du dossier, les effets du gaz dépendaient de la durée d'exposition à celui-ci : plus longtemps les otages restaient sans assistance médicale dans l'auditorium gazé, plus il y aurait de victimes (...) L'exposition prolongée au gaz était donc un facteur susceptible d'accroître le taux de mortalité des otages. La Cour ne trouve aucune explication à ce retard.

259. Il reste un autre point à examiner : les allégations faisant état d'un manque de médicaments et de matériel spécial pour le traitement des victimes sur les lieux et pendant leur transport. Les rapports d'autopsie montrent que la plupart des décès sont survenus entre 8 heures et 8 h 30 (...) Autrement dit, un nombre assez important de victimes sont mortes peu après leur admission à l'hôpital ou peu avant, en chemin. Donc, elles étaient encore vivantes lorsqu'elles ont été sorties de la salle principale du théâtre. Dans cette hypothèse, la question des soins médicaux immédiatement prodigués sur place devient cruciale.

260. Une nouvelle fois, il n'y a guère d'informations sur le type d'assistance médicale apportée aux victimes sur place ni sur le point de savoir à quel endroit, à quel moment et par qui les soins ont été prodigués. Parmi les éléments épars dont dispose la Cour, la naloxone apparaît avoir servi d'« antidote » principal au gaz en question – c'est ce qu'indiquent la quasi-totalité des dépositions. Bien que, selon le chef anesthésiologiste, la naloxone ne soit pas efficace (...), la plupart des autres médecins ont dit qu'il s'agissait de la principale substance capable de rétablir la respiration et l'activité cardiaque en pareille circonstance (...) De la naloxone a été administrée sur place. Cependant, un visionnage attentif des vidéos de l'entrée principale du théâtre ne révèle qu'un seul cas d'injection donnée par un médecin (ou un secouriste). Les injections ont probablement été faites à l'intérieur du bâtiment, mais cette hypothèse n'est guère conciliable avec les preuves disponibles : ainsi, de nombreux témoins ont déclaré qu'il y avait une pénurie de naloxone (...) De plus, les rapports d'autopsie font état, pour une soixantaine de personnes admises à l'hôpital, d'une absence d'éléments indiquant qu'elles avaient reçu des soins (...) Ce chiffre ne concerne que les otages décédés – la Cour ne dispose d'aucun élément d'information sur le nombre d'otages qui ont survécu après avoir reçu des injections de naloxone. Si certains témoins ont dit que de la naloxone avait été administrée « dans le

muscle fessier» (...), d'autres documents (surtout médicaux) font mention d'une méthode d'injection par intraveineuse.

261. Peut-être y avait-il une autre forme de traitement de sauvetage que la naloxone. Les vidéos montrent des secouristes pratiquant la « respiration assistée » ou le « massage cardiaque » à des otages inconscients allongés sur le sol. Or on ne peut y voir aucun matériel spécial tel que des masques à oxygène. On ne sait pas vraiment quel autre type de « traitement symptomatique », pour reprendre les mots du Gouvernement, a été ou aurait pu être prodigué au vu des circonstances.

262. Les requérants font état d'autres lacunes dans l'opération de sauvetage, à savoir des retards dans les transports et une impréparation des hôpitaux municipaux pour traiter simultanément un nombre aussi élevé de cas graves. La Cour considère toutefois que les éléments analysés ci-dessus lui suffisent à tirer ses conclusions.

c) Conclusions

263. Il est impossible pour la Cour d'établir individuellement les faits pour chaque otage décédé, notamment où il se trouvait au début de l'opération, à quel point il a été affecté par le gaz et par les « facteurs concomitants » (stress, déshydratation, maladies chroniques, etc.), quel type de traitement il a reçu sur place, à quelle heure il est arrivé à l'hôpital et quel type de traitement il y a reçu.

264. De plus, ce qui vaut pour la majorité des otages ne vaut peut-être pas pour chaque cas individuel, pris isolément. Ainsi, l'insuffisance alléguée des soins médicaux n'entrerait pas en ligne de compte pour une personne déjà décédée à l'arrivée des médecins-urgentistes. De la même manière, la Cour ne peut exclure que certaines victimes parmi les premières à recevoir des soins médicaux soient quand même mortes parce qu'elles étaient très faibles ou malades et aient trépassé à cause « de la malchance, [d']un événement rare et imprévisible » (*Giuliani et Gaggio*, précité, § 192).

265. Autrement dit, bon nombre de détails factuels importants font défaut en l'espèce. Cela étant, la Cour souligne qu'elle n'a pas pour tâche d'établir les responsabilités individuelles des personnes associées à la planification et à la coordination de l'opération de sauvetage (*ibidem*, § 182). Elle est appelée à dire si, globalement, l'Etat a satisfait à ses obligations internationales sur le terrain de la Convention, en l'occurrence celle de prendre, « en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d'opposants, (...) toutes les précautions en [son] pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort de civils » (*Ergi*, précité, § 79).

266. La Cour admet que, dans de telles situations, un certain désordre est inévitable. Elle reconnaît en outre la nécessité de garder secrets certains éléments des opérations de sécurité. Cependant, au vu des circonstances, la planification de l'opération de sauvetage conduite le 26 octobre 2002 était défailante, en raison notamment d'un échange insuffisant d'informations entre les différents services, du commencement tardif de l'évacuation, de la coordination limitée des différents services sur le terrain, d'un manque de soins et de matériel médicaux appropriés sur les lieux et d'une logistique inadéquate. La Cour en conclut que l'Etat défendeur a manqué aux obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention.

7. L'effectivité de l'enquête

267. Comme dernier grief soulevé sur le terrain de l'article 2 de la Convention, les requérants soutiennent que l'Etat défendeur a manqué à son obligation positive d'enquêter sur la conduite des autorités lors de la prise d'otages.

a) Principes généraux

268. La Cour rappelle que l'article 2 renferme une obligation positive de nature procédurale : celle-ci requiert par implication qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée lorsque le recours à la force par les autorités de l'Etat a entraîné mort d'homme (voir, *mutatis mutandis*, *McCann et autres*, précité, § 161, et *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 105, *Recueil* 1998-I).

269. La Cour souligne qu'une enquête ne sera pas forcément couronnée de succès et ne confirmera pas toujours le récit donné par le plaignant, mais qu'elle devra en principe permettre de faire la lumière sur les faits de la cause et, si les allégations se révèlent véridiques, de mener à l'identification et à la punition des responsables (*Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, § 124, CEDH 2000-III, voir aussi *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, n° 46477/99, § 71, CEDH 2002-II).

270. Pour qu'elle soit « effective », une enquête doit satisfaire à certaines conditions, énoncées dans la jurisprudence de la Cour relative aux articles 2 et 3 de la Convention : elle doit être approfondie (*Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, §§ 103 et suiv., *Recueil* 1998-VIII, voir aussi, *mutatis mutandis*, *Salman*, précité, § 106, *Tanrıkulu*, précité, §§ 104 et suiv., et *Gül*, § 89), conduite avec diligence (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, §§ 133 et suiv., CEDH 2000-IV, *Timurtaş*, précité, § 89, *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, § 67, *Recueil* 1998-IV, et *Indelicato c. Italie*, n° 31143/96, § 37, 18 octobre 2001) et indépendante (*Oğur c. Turquie* [GC], n° 21954/93, §§ 91-92, CEDH 1999-III, voir aussi *Mehmet Emin Yüksel c. Turquie*, n° 40154/98, § 37, 20 juillet 2004, et *Güleç c. Turquie*, 27 juillet 1998, §§ 80-82,

Recueil 1998-IV); de plus, les pièces et conclusions de l'enquête doivent être suffisamment accessibles aux proches des victimes (*Oğur*, précité, § 92, et *Khadjaliyev et autres c. Russie*, n° 3013/04, § 106, 6 novembre 2008), pour autant que l'effectivité de l'enquête ne s'en trouve pas gravement atteinte.

271. Plus précisément, l'obligation de conduire une enquête « approfondie » signifie que les autorités doivent toujours faire de sérieux efforts pour découvrir ce qui s'est passé et qu'elles ne doivent pas s'appuyer sur des conclusions hâtives ou mal fondées pour clore l'enquête ou baser leur décisions. Les autorités doivent prendre toutes les mesures raisonnables en leur pouvoir pour obtenir les preuves relatives à l'incident en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires et les expertises criminalistiques. Toute carence de l'enquête affaiblissant la capacité de celle-ci à établir les causes du dommage ou l'identité des responsables risque de ne pas satisfaire la norme d'effectivité requise (voir, parmi de nombreux précédents, *Mikheïev c. Russie*, n° 77617/01, §§ 107 et suiv., 26 janvier 2006, et *Assenov et autres*, précité, §§ 102 et suiv.).

272. Enfin, les conclusions de l'enquête doivent s'appuyer sur une analyse méticuleuse, objective et impartiale de tous les éléments pertinents. Le rejet d'une piste d'investigation qui s'impose à l'évidence compromet de façon décisive la capacité de l'enquête à établir les circonstances de l'affaire et l'identité des personnes responsables (*Kolevi c. Bulgarie*, n° 1108/02, § 201, 5 novembre 2009). Il n'en demeure pas moins que la nature et le degré de l'examen répondant au critère minimum d'effectivité dépendent des circonstances de l'espèce. Ils s'apprécient à la lumière de l'ensemble des faits pertinents et eu égard aux réalités pratiques du travail d'enquête (*Velcea et Mazăre c. Roumanie*, n° 64301/01, § 105, 1^{er} décembre 2009).

b) Application en l'espèce des principes susmentionnés

Quant à savoir si l'enquête officielle a été « effective »

273. La présente affaire relève manifestement de la catégorie des cas où les autorités doivent enquêter sur les circonstances du décès des victimes. Ainsi, il existait un lien entre l'utilisation de la force meurtrière par les forces de sécurité et le décès des victimes. Le gaz demeure la principale cause de mortalité parmi les otages et on peut légitimement soupçonner que certaines victimes sont mortes du fait des lacunes de l'opération de sauvetage. Bien que la responsabilité de la prise d'otages ne soit pas en elle-même imputable aux autorités, l'opération de sauvetage relevait d'un domaine sous leur contrôle exclusif (la Cour établit ici un parallèle avec les opérations de sécurité conduites par l'armée russe en Tchétchénie ou par les forces de sécurité turques au sud-est de la Turquie, *Akkum et autres c. Turquie*, n° 21894/93,

§ 211, CEDH 2005-II, *Goïgova c. Russie*, n° 74240/01, §§ 88-96, 4 octobre 2007, et *Magomed Moussaïev et autres c. Russie*, n° 8979/02, §§ 85-86, 23 octobre 2008). Enfin, les événements en cause étaient « dans leur totalité ou pour une large part, connus exclusivement des autorités » en ce qu'il était quasiment impossible aux requérants de recueillir la moindre preuve indépendamment d'elles. Dans ces conditions, les autorités étaient tenues de conduire une enquête officielle effective de manière à apporter une explication « satisfaisante et convaincante » au décès des victimes et à établir leur part de responsabilité à cet égard.

274. La Cour souligne qu'elle ne s'intéresse pas à l'enquête sur l'attentat terroriste elle-même. Sous ce volet, les investigations apparaissent tout à fait amples et fructueuses. Ainsi, les terroristes et leurs partisans ont été identifiés, les circonstances de la prise d'otages ont été établies, les explosifs et armes à feu utilisés par les terroristes ont été examinés et au moins une personne (le complice des terroristes à l'extérieur du bâtiment) a été traduite en justice et condamnée. La question qui se pose est de savoir si l'enquête a été aussi fructueuse lorsqu'elle portait sur les propres actions des autorités au cours de la prise d'otages.

275. La Cour relève que l'ouverture et la poursuite de l'enquête étaient fondées sur les articles 205 (« actes de terrorisme ») et 206 (« prise d'otages ») du code pénal. Or la négligence des autorités ne peut relever ni de l'une ni de l'autre de ces dispositions. Le champ de l'enquête, du début à la fin, était donc très étroitement borné. C'est ce que confirment également les plans d'action dressés par l'enquêteur (paragraphe 33-34 ci-dessus), axés surtout non pas sur le comportement des autorités au cours de la prise d'otages mais sur l'attentat terroriste lui-même.

276. Alors même que l'enquête n'est pas encore formellement achevée, le parquet a conclu à plusieurs reprises au non-lieu sur la question de la négligence alléguée des autorités. La première décision en ce sens a été rendue en réponse à une demande de M. Nmt., un parlementaire, un peu plus d'un mois après les faits (paragraphe 121 ci-dessus). Vu l'ampleur de l'affaire, il n'était guère possible de conduire en un délai aussi bref la moindre enquête digne de ce nom sur la négligence alléguée des autorités. Cette question a ensuite été plusieurs fois posée à l'enquêteur (voir en particulier sa décision du 16 octobre 2003, paragraphe 98 ci-dessus), mais la hâte avec laquelle la première décision a été adoptée est révélatrice.

277. La Cour reconnaît que l'enquêteur n'est pas resté inactif et a bel et bien examiné certaines questions se rapportant à la planification et à la conduite de l'opération de sauvetage. Les éléments qu'il a ainsi recueillis seront analysés ci-dessous. En tout état de cause, à certains autres égards, l'enquête était manifestement incomplète. Avant toute chose, alors que

l'équipe d'enquêteurs avait en son sein des membres du FSB et que les experts en l'affaire en étaient eux aussi membres et qu'il pouvait donc, au moins en théorie, se fier à elle et à eux, le FSB n'a jamais révélé la formule du gaz aux autorités enquêtrices internes bien qu'elles en eussent fait la demande (paragraphe 101 ci-dessus).

278. Par exemple, l'équipe d'enquêteurs n'a jamais cherché à interroger l'ensemble des membres de la cellule de crise (à l'exception d'un ou deux membres de second plan comme M. Yastr. ou M. Sl., le chef du département de la santé publique de la ville de Moscou) ni les membres du FSB associés à la planification de l'opération, en particulier ceux responsables de la décision d'utiliser le gaz, de son dosage et de l'installation des diffuseurs de gaz. Les membres de l'escouade spéciale (ceux qui ont directement participé à l'assaut), leurs officiers et leurs supérieurs n'ont pas été questionnés non plus (à l'exception d'une personne elle-même atteinte par le gaz), ni les conducteurs de bus municipaux, les journalistes et les autres témoins « fortuits » (par exemple les « sapeurs » qui auraient aidé le FSB à installer les diffuseurs).

279. La Cour est surprise par le fait que, comme le Gouvernement l'a expliqué, tous les documents de travail de la cellule de crise ont été détruits (paragraphe 169 ci-dessus). A ses yeux, ces pièces auraient pu constituer une source d'information essentielle sur la planification et la conduite de l'opération de sauvetage, d'autant que la plupart des membres de cette cellule n'ont pas été interrogés. Le Gouvernement n'a pas indiqué à quelle date ces documents ont été détruits, pour quelle raison, par quelle autorité ni sur quelle base légale. Donc, nul ne sait quand la décision d'utiliser le gaz a été prise, quel était le délai dont les autorités disposaient pour évaluer les effets secondaires éventuels du gaz ni pourquoi les autres services associés à l'opération de sauvetage ont été informés de l'utilisation du gaz avec un tel retard (pour plus de détails sur ce point, voir ci-dessous). Quand bien même certaines pièces auraient pu renfermer des informations sensibles, la destruction totale et systématique de ces documents, y compris ceux comportant notamment des informations sur les préparatifs en général, sur la répartition des rôles entre les membres de la cellule de crise, sur la logistique et sur les méthodes de coordination des différents services associés à l'opération, n'était pas justifiée.

280. En particulier, l'équipe d'enquêteurs n'a pas cherché à établir certains faits qui, aux yeux de la Cour, étaient utiles voire essentiels à l'examen de la question de la négligence alléguée des autorités. Par exemple, elle n'a pas déterminé combien de médecins étaient de garde, le jour de l'assaut, dans chaque hôpital associé à l'opération de sauvetage. Elle n'a pas déterminé quelles instructions préliminaires avaient été données aux

ambulances et aux bus municipaux quant aux lieux où les victimes devaient être transportées. Elle n'a pas identifié toutes les personnes chargées de la coordination des efforts des médecins, secouristes et militaires sur le terrain ni déterminé quels types d'instructions ceux-ci avaient reçus. Elle n'a pas établi pourquoi l'évacuation en masse n'avait commencé que deux heures après le début de l'assaut ni combien de temps il avait fallu pour tuer les terroristes et neutraliser les explosifs.

281. Enfin, l'équipe d'enquêteurs n'était pas indépendante: bien qu'ayant à sa tête un membre du parquet de la ville de Moscou et relevant du parquet général, elle avait en son sein des représentants du service répressif directement chargé de la planification et de la conduite de l'opération de sauvetage, à savoir le FSB (paragraphe 31 ci-dessus). Les experts en engins explosifs venaient du FSB (...) L'examen médico-légal crucial du corps des victimes et de leurs antécédents médicaux avait été confié à un laboratoire relevant directement du département de la santé publique de la ville Moscou (...) Le chef de ce département (M. Sl.) était personnellement responsable de l'organisation des soins médicaux aux victimes et n'était donc pas désintéressé. Bref, il y avait un conflit d'intérêts entre les membres de l'équipe d'enquêteurs et les experts sur les conclusions desquels l'enquêteur principal s'est abondamment appuyé, un conflit si manifeste qu'il a pu compromettre à lui seul l'effectivité de l'enquête et la fiabilité des conclusions de celle-ci.

282. Certains autres volets du processus de l'enquête sont probablement dignes d'intérêt eux aussi, par exemple l'accès restreint aux pièces du dossier pour les proches des victimes et l'impossibilité pour elles de poser des questions aux experts officiellement désignés et d'interroger les témoins. Toutefois, point n'est besoin pour la Cour d'examiner ces volets séparément. Les éléments à sa disposition lui suffisent à conclure que, en l'espèce, l'enquête sur la négligence alléguée des autorités n'a été ni approfondie ni indépendante, et n'a donc pas été « effective ». La Cour en conclut au manquement par l'Etat défendeur à l'obligation positive que l'article 2 de la Convention fait peser sur lui.

II. SUR LES AUTRES GRIEFS

(...)

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

(...)

3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention à raison de la décision des autorités de recourir à la force et au gaz comme solutions à la prise d'otages ;

4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention à raison de lacunes dans la planification et la conduite de l'opération de sauvetage;
 5. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention faite pour les autorités d'avoir conduit une enquête effective sur l'opération de sauvetage;
- (...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 20 décembre 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen
Greffier

Nina Vajić
Président

(...)