

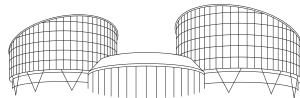
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2012-IV



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

WOLF LEGAL PUBLISHERS

Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions
Volume 2012-IV

Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40062-7

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013

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

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

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

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

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

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

Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>Kurić and Others v. Slovenia</i> [GC], no. 26828/06, judgment of 26 June 2012 (extracts)	1
<i>Kurić et autres c. Slovénie</i> [GC], n° 26828/06, arrêt du 26 juin 2012 (extraits)	93
<i>X v. Finland</i> , no. 34806/04, judgment of 3 July 2012 (extracts)	191
<i>X c. Finlande</i> , n° 34806/04, arrêt du 3 juillet 2012 (extraits).....	241
<i>Mouvement raëlien suisse c. Suisse</i> [GC], n° 16354/06, arrêt du 13 juillet 2012 (extraits)	293
<i>Mouvement raëlien suisse v. Switzerland</i> [GC], no. 16354/06, judgment of 13 July 2012 (extracts)	373
<i>Djokaba Lambi Longa v. the Netherlands</i> , no. 33917/12, decision of 9 October 2012.....	449
<i>Djokaba Lambi Longa c. Pays-Bas</i> , n° 33917/12, décision du 9 octobre 2012.....	497

Subject matter/Objet des affaires

Article 1

Jurisdiction in relation to detention in the United Nations Detention Unit (The Hague) of a Congolese remand prisoner who was transferred to the custody of the International Criminal Court

Djokaba Lambi Longa v. the Netherlands (dec.), p. 449

Jurisdiction quant à la détention dans le quartier pénitentiaire des Nations unies (La Haye) d'un ressortissant congolais en détention provisoire transféré sous la garde de la Cour pénale internationale

Djokaba Lambi Longa c. Pays-Bas (déc.), p. 497

Article 5

Article 5 § 1

Forced confinement in a mental institution

X v. Finland, p. 191

Internement forcé dans un établissement psychiatrique

X c. Finlande, p. 241

Article 8

Failure to regulate residence of persons who had been “erased” from the register of permanent residents following Slovenia’s independence

Kurić and Others v. Slovenia [GC], p. 1

Non-réglementation de la question du séjour de personnes ayant été « effacées » du registre des résidents permanents après l’accession de la Slovénie à l’indépendance

Kurić et autres c. Slovénie [GC], p. 93

Forced administration of therapeutic drugs in mental institution

X v. Finland, p. 191

Administration forcée de médicaments dans un établissement psychiatrique

X c. Finlande, p. 241

Article 10

Ban of poster in public space on grounds of association’s immoral activity and reference to proselytising website

Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], p. 373

Affiche interdite sur le domaine public pour l'activité immorale de ses auteurs et le renvoi à un site Internet visant un certain prosélytisme

Mouvement raëlien suisse c. Suisse [GC], p. 293

Article 14 in conjunction with Article 8/

Article 14 combiné avec l'article 8

Difference in treatment between citizens of former Yugoslav republics other than Slovenia and other aliens

Kurić and Others v. Slovenia [GC], p. 1

Différence de traitement entre les ressortissants de républiques de l'ex-Yougoslavie autres que la Slovénie et les autres étrangers

Kurić et autres c. Slovénie [GC], p. 93

Article 46

Respondent State required to set up compensation scheme guaranteeing appropriate redress for the "erased"

Kurić and Others v. Slovenia [GC], p. 1

Etat défendeur tenu de mettre en place un système d'indemnisation garantissant un redressement adéquat aux personnes « effacées »

Kurić et autres c. Slovénie [GC], p. 93

KURIĆ AND OTHERS v. SLOVENIA
(Application no. 26828/06)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 26 JUNE 2012¹

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

SUMMARY¹**Failure to regulate residence of persons who had been “erased” from the register of permanent residents following Slovenia’s independence****Article 8**

Respect for private and family life – Failure to regulate residence of persons who had been “erased” from the register of permanent residents following Slovenia’s independence – In accordance with the law – Unforeseeability of measure – Necessary in a democratic society – Protection of interests of national security – Formation of corpus of citizens – Legal vacuum depriving long-term legal immigrants of residence status

Article 14 in conjunction with Article 8

Discrimination – Nationality – Difference in treatment between citizens of former Yugoslav republics other than Slovenia and other aliens – No legitimate aim – Excessive and disproportionate burden

Article 46

Pilot judgment – General measures – Respondent State required to set up compensation scheme guaranteeing appropriate redress for the “erased” – Appropriate redress – Introduction of ad hoc compensation scheme

*

* *

The eight applicants had previously been citizens of both the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (“the SFRY”) and one of its constituent republics other than Slovenia. They had acquired permanent residence in Slovenia, but, following its independence, had either not requested Slovenian citizenship or had had their application refused. On 26 February 1992, pursuant to the newly enacted Aliens Act, their names were deleted from the Register of Permanent Residents and they became aliens without a residence permit. Some 25,000 other people were in the same situation. According to the applicants, none of them were ever notified of the decision to deregister them and they only discovered at a later stage that they had become aliens, when they attempted to renew their identity documents. The erasure

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

of their names from the register had serious and enduring negative consequences: some of the applicants had become stateless, while others had been evicted from their flats, were not able to work or travel, had lost all their personal possessions and had lived for years in shelters and parks. Still others had been detained and deported from Slovenia. In 1999 the Constitutional Court declared unconstitutional certain provisions of the Aliens Act, as well as the automatic “erasure” from the register, finding that, under the impugned legislation, citizens of the SFRY had been in a less favourable legal position than other aliens who had lived in Slovenia since before its independence, in that there was no legal instrument regulating the transition of their legal status to that of aliens living in Slovenia. Following the Constitutional Court’s decision, a new law was passed to regulate the situation of the “erased”. In a decision of 2003 the Constitutional Court declared certain provisions of the new law unconstitutional, in particular since they failed to grant the “erased” retrospective permanent residence permits or to regulate the situation of those who had been deported.

Held

(1) Article 8: The “erasure” and its repercussions had had an adverse effect on the applicants and continued to do so, amounting to interference with their private and family life. The “erasure” of the applicants’ names from the register, together with the names of more than 25,000 other citizens of the SFRY, had resulted from the combined effect of two provisions of the independence legislation. The two legal instruments in question had been accessible to any interested persons. However, the applicants could not reasonably have foreseen that their status as aliens would make their residence on Slovenian territory unlawful and would lead to such an extreme measure as the “erasure”. Furthermore, the “erasure” had been carried out automatically and without prior notification, and the applicants had not been given the opportunity to challenge it before the competent domestic authorities or to give explanations as to the reasons for their failure to apply for Slovenian citizenship. In addition, the Constitutional Court had held that the transfer of the names of the “erased” from the Register of Permanent Residents to the Register of Aliens without a Residence Permit had had no basis in domestic law. Lastly, there had been a legal vacuum in the legislation in force at the time as there had been no procedure whereby the applicants could apply for permanent residence permits. The relevant legislation and administrative practice had therefore lacked the requisite standards of foreseeability and accessibility. Admittedly, the Legal Status Act had been passed in order to regularise the status of the “erased”. However, the Constitutional Court had found that certain provisions of the Act were unconstitutional, and it had taken more than seven years for that decision, ordering general measures, to be complied with. It followed that, at least until 2010, the domestic legal system had failed to regulate clearly the consequences of the “erasure” and the residence status of those who had been subjected to it. Therefore, not only had the applicants not been in a position to foresee the measure complained of, but they had also been unable to

envisage its repercussions on their private and/or family life. The interference in issue had thus not been in accordance with the law.

However, in the particular circumstances of the case, the Court also considered it necessary to examine whether this interference had pursued a legitimate aim and had been proportionate to it. The aim of the independence legislation and the measures taken in respect of the applicants could not be dissociated from the wider context of the dissolution of the SFRY, Slovenia's independence in 1991 and the establishment of an effective political democracy, which entailed the formation of a "corpus of Slovenian citizens" with a view to the holding of parliamentary elections. The authorities had sought to create a "corpus of Slovenian citizens" and thus to protect the interests of the country's national security, a legitimate aim within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention. However, as to whether the measures in question had been proportionate, the legal vacuum in the independence legislation had deprived the applicants of their legal status, which had previously given them access to a wide range of rights. An alien lawfully residing in a country might wish to continue living in that country without necessarily acquiring its citizenship. However, the Slovenian legislature had failed to enact provisions aimed at permitting citizens of the SFRY holding the citizenship of one of the other republics to regularise their residence status if they had chosen not to take Slovenian citizenship or had not applied for it. Such provisions would not have undermined the legitimate aims pursued. Accordingly, the measures complained of had been neither in accordance with the law nor necessary in a democratic society to achieve the legitimate aim of protecting national security.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 14 taken in conjunction with Article 8: There had been a difference in treatment between two groups – "real" aliens and citizens of former Yugoslav republics other than Slovenia – who had been in a similar situation in respect of residence-related matters. This difference in treatment, based on nationality, had placed a disproportionate and excessive burden on citizens of former Yugoslavia.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 46: In the absence of any settled domestic practice, it would be premature at this stage to examine whether the reforms and the various steps taken by the Government had achieved the result of satisfactorily regulating the residence status of the "erased". In any event, all people in this category were still denied compensation for the infringement of their fundamental rights. Moreover, the assessment of the situation complained of extended beyond the sole interests of the applicants and required the case to be examined also in terms of the general measures to be taken in the interests of other potentially affected persons. The present case was therefore suitable for the adoption of the pilot-judgment procedure. Only a few similar applications by "erased" persons were currently pending before the Court, but in the context of systemic, structural or similar violations, the potential inflow of future cases was also an important consideration for the Court. The respondent

State should therefore, within one year, set up an *ad hoc* domestic compensation scheme. The examination of all similar applications would be adjourned pending the adoption of that measure.

Article 41: The Court made awards in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses to the six applicants whose case was declared admissible, and reserved the question of compensation for pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

- Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, Series A no. 87
Inze v. Austria, 28 October 1987, Series A no. 126
Gül v. Switzerland, 19 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I
Gaygusuz v. Austria, 16 September 1996, *Reports* 1996-IV
Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, *Reports* 1996-V
Ahmut v. the Netherlands, 28 November 1996, *Reports* 1996-VI
Van Raalte v. the Netherlands, 21 February 1997, *Reports* 1997-I
El Boujaïdi v. France, 26 September 1997, *Reports* 1997-VI
Petrovic v. Austria, 27 March 1998, *Reports* 1998-II
Baghli v. France, no. 34374/97, ECHR 1999-VIII
Amann v. Switzerland [GC], no. 27798/95, ECHR 2000-II
Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV
Scozzari and Giunta v. Italy [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII
Boultif v. Switzerland, no. 54273/00, ECHR 2001-IX
Stafford v. the United Kingdom [GC], no. 46295/99, ECHR 2002-IV
Willis v. the United Kingdom, no. 36042/97, ECHR 2002-IV
Mehemi v. France (no. 2), no. 53470/99, ECHR 2003-IV
Slivenko v. Latvia [GC], no. 48321/99, ECHR 2003-X
Radovanovic v. Austria, no. 42703/98, 22 April 2004
Broniowski v. Poland [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V
Ünal Tekeli v. Turkey, no. 29865/96, ECHR 2004-X
Broniowski v. Poland (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, ECHR 2005-IX
Lukenda v. Slovenia, no. 23032/02, ECHR 2005-X
Xenides-Arestis v. Turkey, no. 46347/99, 22 December 2005
Sejdovic v. Italy [GC], no. 56581/00, ECHR 2006-II
Zarb Adami v. Malta, no. 17209/02, ECHR 2006-VIII
Üner v. the Netherlands [GC], no. 46410/99, ECHR 2006-XII
D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV
Hutten-Czapska v. Poland (friendly settlement) [GC], no. 35014/97, 28 April 2008
Maslov v. Austria [GC], no. 1638/03, ECHR 2008
Aleksanyan v. Russia, no. 46468/06, 22 December 2008
Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, ECHR 2009
Oršuš and Others v. Croatia [GC], no. 15766/03, ECHR 2010

In the case of Kurić and Others v. Slovenia,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Nicolas Bratza, *President*,
Jean-Paul Costa,
Françoise Tulkens,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Boštjan M. Zupančič,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Luis López Guerra,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Guido Raimondi,
Ganna Yudkivska,
Angelika Nußberger, *judges*,
and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 6 July 2011 and 11 April 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 26828/06) against the Republic of Slovenia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Mr Milan Makuc, a Croatian national, and by ten other applicants, on 4 July 2006. After the death of Mr Makuc, the case was renamed *Kurić and Others v. Slovenia*. Eight applicants remain before the Grand Chamber (see paragraph 15 below).

2. The applicants were represented before the Court by Mr A.G. Lana and Mr A. Saccucci, lawyers practising in Rome, and Ms A. Ballerini and Mr M. Vano, lawyers practising in Genoa (Italy).

3. The Slovenian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr L. Bembič, State Attorney.

4. Under Article 8 of the Convention, the applicants alleged, in particular, that they had been arbitrarily deprived of their status as permanent residents after Slovenia had declared its independence in 1991. They also complained under Article 13 that no effective legal remedies were available in that respect, and under Article 14, taken in conjunction with Article 8, that they had been subjected to discriminatory treatment. Lastly, they submitted that, in breach of Article 1 of Protocol No. 1, they had been arbitrarily denied their pension rights.

5. The application was allocated to the Court's Third Section (Rule 52 § 1 of the Rules of Court), which decided on 10 November 2006 to notify the Government of it as a matter of urgency under Rule 40 and to grant priority to it under Rule 41.

6. On 31 May 2007 the Third Section, composed of Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Elisabet Fura, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, David Thór Björgvinsson, Ineta Ziemele, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, decided to give notice to the Government of the complaints under Article 8, taken alone and in conjunction with Articles 13 and 14, and under Article 1 of Protocol No. 1. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention). The remainder of the application was declared inadmissible.

7. Furthermore, third-party comments were received from the Serbian Government, who had exercised their right to intervene (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1 (b)). Third-party observations were also submitted by the Equal Rights Trust, Open Society Justice Initiative, the Peace Institute – Institute for Contemporary Social and Political Studies, and the Legal Information Centre of Non-Governmental Organisations, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3). The respondent Government and the applicants replied to the Serbian Government's comments.

8. Having been notified of the application under Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1 (a), the Croatian Government and the Government of Bosnia and Herzegovina indicated that they did not wish to exercise their right to intervene in the present case.

9. On 13 July 2010 a Chamber of the Third Section, composed of Josep Casadevall, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, declared the application admissible in respect of the complaints of eight of the applicants under Articles 8, 13 and 14 of the Convention, and held unanimously that there had been a violation of

Articles 8 and 13 and that it was not necessary to examine the complaint under Article 14. The Chamber also held that a relative of the late applicant Mr Makuc did not have standing to continue the proceedings in his stead. The complaints of Mr Petreš and Mr Jovanović, who had been granted permanent residence permits, and the remainder of the other applicants' complaints were declared inadmissible. In addition, the Chamber indicated to the respondent Government the appropriate general and individual measures to be adopted under Article 46 and reserved the question of just satisfaction under Article 41.

10. On 13 October 2010 the Government asked for the case to be referred to the Grand Chamber by virtue of Article 43 of the Convention and Rule 73. On 21 February 2011 a panel of the Grand Chamber granted that request.

11. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. On 3 November 2011 Jean-Paul Costa's term as President of the Court came to an end. Nicolas Bratza succeeded him in that capacity and took over the presidency of the Grand Chamber in the present case (Rule 9 § 2). Jean-Paul Costa continued to sit following the expiry of his term of office, in accordance with Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4.

12. The applicants and the respondent Government each filed observations. In addition, third-party comments were received from the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure before the Grand Chamber (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3). Open Society Justice Initiative also filed updated and consolidated submissions.

13. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 6 July 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr	L. Bembič, State Attorney,	<i>Agent,</i>
Ms	V. Klemenc, State Attorney,	<i>Co-Agent,</i>
Ms	N. Gregori, Ministry of the Interior,	
Mr	J. Koselj, Ministry of the Interior,	
Ms	I. Jeglič, Ministry of the Interior,	
Ms	A. Snoj, Ministry of the Interior,	
Mr	A. Jerman, Ministry of the Interior,	
Mr	P. Pavlin, Ministry of the Interior,	

- Mr S. Bardutzky, Ministry of Justice, *Advisers;*
- (b) *for the applicants*
- Mr A.G. Lana,
 Mr A. Saccucci, *Counsel,*
 Ms N. Kogovšek Šalamo,
 Ms A. Sironi, *Advisers.*

14. The Grand Chamber heard addresses by Mr Lana, Mr Saccucci and Mr Bembič, as well as their answers to questions put by the judges. Additional information was submitted by the applicants and the respondent Government in writing.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

15. The first applicant, Mr Mustafa Kurić, was born in 1935 and lives in Koper (Slovenia). He is a stateless person. The second applicant, Mr Velimir Dabetić, was born in 1969 and lives in Italy. He is a stateless person. The third applicant, Ms Ana Mezga, is a Croatian citizen. She was born in 1965 and lives in Portorož (Slovenia). The fourth applicant, Mrs Ljubenka Ristanović, is a Serbian citizen. She was born in 1968 and lives in Serbia. The fifth applicant, Mr Tripun Ristanović, the son of the fourth applicant, was born in 1988 and is currently living in Slovenia. He is a citizen of Bosnia and Herzegovina. The sixth applicant, Mr Ali Berisha, was born in 1969 in Kosovo. According to the most recently available data, he is a Serbian citizen. He currently lives in Germany. The seventh applicant, Mr Ilfan Sadik Ademi, was born in 1952. He lives in Germany and is now a citizen of “the former Yugoslav Republic of Macedonia”. The eighth applicant, Mr Zoran Minić, was born in 1972. According to the Government, he is a Serbian citizen.

A. Background to the case

1. *Citizenship in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (“the SFRY”)*

16. The SFRY was a federal State composed of six republics: Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia, Montenegro and Macedonia. SFRY nationals had “dual citizenship” for internal purposes, that is, they were citizens both of the SFRY and of one of the six republics. Until 1974,

federal citizenship prevailed over republic citizenship: republic citizenship could only be held by a citizen of the SFRY.

17. The regulation of citizenship was similar in all republics of the SFRY, with the basic principle of acquiring citizenship by blood (*jus sanguinis*). In principle, a child acquired his or her parents' citizenship; if the parents were citizens of different republics, they jointly agreed on their child's citizenship. On the date of acquisition of the citizenship of another republic, a person's prior republic citizenship came to an end.

18. From 1947 a separate Register of Citizenship was kept at the level of the republics and not at the level of the federal State. From 1974 the citizenship data for newly born children were entered in the Register of Births and, from 1984, the entry of data in the Register of Citizenship ended, all citizenship data being entered in the Register of Births.

19. SFRY citizens had freedom of movement within the federal State and could register permanent residence wherever they settled on its territory. Full enjoyment of various civil, economic, social and even political rights for SFRY citizens was linked to permanent residence.

20. SFRY citizens living in the then Socialist Republic of Slovenia who were citizens of one of the other SFRY republics, such as the applicants, registered their permanent residence there in the same way as Slovenian citizens. Foreign citizens could also acquire permanent residence in the SFRY under a separate procedure.

2. *The independence of Slovenia and the "erasure"*

21. In the process of the dissolution of the SFRY, Slovenia took steps towards independence. On 6 December 1990, the then Assembly of the Republic of Slovenia adopted the "Statement of Good Intentions" (*Izjava o dobrih namenih*), guaranteeing that all persons with permanent residence on Slovenian territory would be enabled to acquire Slovenian citizenship if they so wished (see paragraph 200 below).

22. On 25 June 1991 Slovenia declared its independence. A series of laws dubbed "the independence legislation" was passed. This included the Citizenship of the Republic of Slovenia Act (*Zakon o državljanstvu Republike Slovenije* – "the Citizenship Act"), the Aliens Act (*Zakon o tujcih*, see paragraphs 205-07 below), the National Border Control Act (*Zakon o nadzoru državne meje*) and the Passports of the Citizens of Slovenia Act (*Zakon o potnih listinah državljanov Republike Slovenije*).

23. At the material time, in contrast with some of the other former SFRY republics, the Slovenian population was relatively homogeneous, as roughly 90% of the 2 million residents had Slovenian citizenship. Approximately 200,000 Slovenian residents (or 10% of the population),

including the applicants, were citizens of the other former SFRY republics. This proportion also broadly reflects the ethnic origin of the Slovenian population at that time.

24. In accordance with the Statement of Good Intentions, section 13 of the 1991 Constitutional Law provided that those citizens of other republics of the former SFRY who on 23 December 1990, the date of the plebiscite on the independence of Slovenia, were registered as permanent residents of the Republic of Slovenia and actually lived there, held equal rights and duties to citizens of the Republic of Slovenia, with the exception of the acquisition of property, until they acquired citizenship of the Republic of Slovenia under section 40 of the Citizenship Act or until the expiry of the time-limit set out in section 81 of the Aliens Act (25 December 1991 – see paragraphs 202, 205 and 207 below).

25. Section 40 of the Citizenship Act, which came into force on 25 June 1991, provided that citizens of the former SFRY republics who were not citizens of Slovenia (“citizens of the former SFRY republics”) could acquire Slovenian citizenship if they met three requirements: they had acquired permanent resident status in Slovenia by 23 December 1990 (the date of the plebiscite), they were actually residing in Slovenia, and they had applied for citizenship within six months after the Citizenship Act came into force. As indicated in paragraph 24 above, this deadline expired on 25 December 1991. After that date, the less favourable conditions for acquisition of citizenship by naturalisation provided for by section 10 of the Citizenship Act became applicable also for citizens of other former SFRY republics (see paragraph 205 below).

26. According to the official data, 171,132 citizens of the former SFRY republics living in Slovenia applied for and were granted citizenship of the new State under section 40 of the Citizenship Act. Estimations are that an additional 11,000 persons left Slovenia.

27. Under the second subsection of section 81 of the Aliens Act, citizens of the former SFRY republics who either failed to apply for Slovenian citizenship within the prescribed time-limit or whose requests were not granted became aliens. The provisions of the Aliens Act became applicable to the former SFRY citizens either two months after the expiry of the time-limit (that is, by 26 February 1992), or two months after a decision issued in administrative proceedings rejecting their application for citizenship became final (see paragraph 207 below).

28. After the declaration of independence, the Ministry of the Interior (“the Ministry”) sent several unpublished internal instructions (*okrožnice, navodila, depеше*) to municipal administrative authorities relating to the implementation of the independence legislation, and in particular the

Aliens Act. In a circular of 26 June 1991, the Ministry instructed the administrative authorities that citizens of other SFRY republics living in Slovenia were henceforth considered aliens in all administrative proceedings and that, in accordance with section 13 of the 1991 Constitutional Law, they held equal rights and duties to citizens of the Republic of Slovenia until the expiry of the relevant time-limits (see paragraph 24 above). It further gave technical instructions in the field of passports and aliens. On 30 July 1991 the Ministry informed the municipal administrative authorities that, further to the Brioni Declaration between the European Community Ministerial Troika and representatives of Slovenia, Croatia, Serbia and Yugoslavia, the enforcement of the independence legislation in the sphere of internal affairs had been suspended for a period of three months. During this period, citizens of other SFRY republics would not be treated as aliens. Two further administrative circulars were issued on 5 and 18 February 1992, drawing attention to the general problems relating to the implementation of the Aliens Act. The former circular stated that, when administering matters concerning the status of aliens, the personal documents of citizens of other SFRY republics issued by the Slovenian administrative authorities should be kept and their passports revoked and destroyed.

29. On 26 February 1992, the date on which the second subsection of section 81 of the Aliens Act became applicable, the municipal administrative authorities removed the names of those who had not applied for or obtained Slovenian citizenship from the Register of Permanent Residents (*Register stalnega prebivalstva* – “the Register”) and, according to the Government, transferred them onto the Register of Aliens without a Residence Permit.

30. On 27 February 1992 the Ministry indicated in its instructions to the municipal administrative authorities that it would be necessary to regulate the legal status of these persons. It drew their attention to the fact that numerous problems were expected to arise: the legal status of the persons concerned should be regulated and, in parallel, “the clearing of records” should be undertaken. In addition, the Ministry pointed out that the papers of such persons, even if issued by the Slovenian authorities and formally valid, would in fact become invalid owing to the persons’ change in status *ex lege*. The Ministry also gave an interpretation of sections 23 and 28 of the Aliens Act in cases of cancellation of residence and forcible removal.

31. The applicants stated that persons whose names were removed from the Register received no official notification. They pointed out that no special procedure was provided for to that effect and no official documents were issued. They only subsequently became aware that they had become aliens when, for example, they attempted to renew their personal documents (personal identification card, passport, driving licence). The Government,

however, maintained that, in addition to the publication in the Official Gazette, the Slovenian population was informed about the new legislation through public media and notices. In some municipalities, personal means of notification were allegedly also used.

32. According to official data from 2002, the number of former SFRY citizens who had lost their permanent residence status on 26 February 1992 amounted to 18,305, of whom approximately 2,400 had been refused citizenship. They became known as the “erased” (*izbrisani*), and included the applicants in the present case. New data on the “erased” were collected in 2009 (see paragraph 69 below).

33. As a result, the “erased” became aliens or stateless persons illegally residing in Slovenia. In general, they had difficulties in keeping their jobs and driving licences and obtaining retirement pensions. Nor were they able to leave the country, because they could not re-enter without valid documents. Many families became divided, with some family members in Slovenia and others in one of the other successor States to the former SFRY. Among the “erased” were 5,360 minors. In most cases their identity papers were taken away. Some of the “erased” voluntarily left Slovenia. Some were served with removal orders and deported from Slovenia.

34. After 26 February 1992 the registration of permanent residence of citizens of other former SFRY republics was terminated if they had not acquired a new residence permit. However, under section 82 of the Aliens Act, permanent residence permits issued to foreigners with citizenship of States other than the former SFRY republics continued to be valid after the entry into force of the Aliens Act (see paragraph 207 below).

35. On 4 June 1992 the then Minister of the Interior sent a letter (no. 0016/1-S-010/3-91) to the government, informing it of the questions that remained open relating to the implementation of the Aliens Act, in view of the large number of persons from the other republics of the former SFRY living in Slovenia without a regulated status. He also stated that, in his view, during the process of independence, all the rights of citizens of other SFRY republics living in Slovenia, as resulting from international conventions and bilateral treaties, had been taken into account. The respondent Government maintain that, further to this letter, they took action in order to attenuate the consequences of the “erasure” by interpreting the provisions of the Aliens Act in a more flexible manner (see paragraph 36 below). In addition, on 15 June 1992 another administrative circular with instructions on the implementation of the Aliens Act was sent to the municipal administrative authorities. It addressed a number of open questions relating to such matters as the allocation of military flats, registration of temporary refugees from Bosnia and Herzegovina, the keeping of records, transmission of personal

information from the population register and proceedings involving aliens. Personal identification cards issued to aliens by the Slovenian authorities were to be destroyed. In particular, as far as former SFRY citizens with permanent residence in Slovenia were concerned, it specified the dates to be entered in the Register: either when they became Slovenian citizens or when they became aliens under section 81 of the Aliens Act (26 February 1992 or two months after the date of receipt of the decision not to grant Slovenian citizenship).

36. On 3 September 1992 the government decided to take into account the period before the entry into force of the Aliens Act for the purposes of calculating the required period of three years' residence in Slovenia for issuing a permanent residence permit. A total of 4,893 permanent residence permits were thus issued in the period from 1992 to 1997.

37. On 28 June 1994 the Convention took effect in respect of Slovenia.

38. The Slovenian Parliament submitted a request for a referendum on the question whether or not citizenship granted to former SFRY citizens on the basis of section 40 of the Citizenship Act should be withdrawn. On 20 November 1995 the Constitutional Court held that the request was unconstitutional.

39. In the years that followed, several non-governmental organisations, including Amnesty International and Helsinki Monitor, and the Slovenian Human Rights Ombudsman issued reports drawing attention to the situation of the "erased".

3. The Constitutional Court's decision of 4 February 1999 and subsequent developments

40. On 24 June 1998 the Constitutional Court declared partly admissible a challenge to the constitutionality of the first subsection of section 16 and the second subsection of section 81 of the Aliens Act (see paragraphs 27 above and 207 below), brought in 1994 by two individuals whose names had been removed from the Register in 1992.

41. In a decision of 4 February 1999 (U-I-284/94), the Constitutional Court declared that section 81 of the Aliens Act was unconstitutional since it had not set out the conditions for acquisition of permanent residence for those subject to its second subsection. It noted that the authorities had deleted from the Register the names of citizens of the former SFRY republics who had not applied for Slovenian citizenship and entered them *ex proprio motu* in the Register of Aliens, without any notification. It further found that there was no legal basis for this measure; the Inhabitants' Evidence of Residence and Population Registry Act did not provide for *ex lege* deregistration.

42. The provisions of the Aliens Act were, in general, designed to regulate the status of aliens who entered Slovenia after independence, not of those who were already living there. While section 82 of the Aliens Act did regulate the legal status of aliens originating from outside the former SFRY republics, no similar provision existed in respect of persons from the former SFRY. As a consequence, the latter were in a less favourable legal position than aliens who had lived in Slovenia since before its independence.

43. A proposal had been made in the legislative process in 1991 for a special provision regulating the temporary situation of former SFRY citizens living in Slovenia who had not applied for Slovenian citizenship. The legislature had maintained that their situation should not be regulated by the Aliens Act but rather by an agreement between the successor States to the former SFRY. Since the relevant agreements had not been concluded, notably because of the state of war in Croatia and in Bosnia and Herzegovina, their situation remained unaddressed. In the Constitutional Court's view, in the light of modern developments in human rights protection, the situation of persons who had held the nationality of the predecessor but not of the successor State, with permanent residence on the territory of States that had disintegrated after 1990, had become a matter governed by international agreements.

44. Section 81 was therefore declared unconstitutional as it did not prescribe the conditions under which persons who either failed to apply for or were denied Slovenian citizenship could apply for permanent residence after the expiry of the prescribed time-limit. A legal void had thus formed and the principles of the rule of law, legal certainty and equality had been breached.

45. Furthermore, the provisions of the Aliens Act regulating the acquisition of permanent and temporary residence for aliens entering Slovenia (sections 13 and 16 of the Aliens Act – see paragraph 207 below) should not be used to regulate the status of citizens of the former SFRY republics who had a reasonable expectation that the new conditions for retaining permanent residence in Slovenia would not be stricter than those set forth in section 13 of the Constitutional Law (see paragraph 202 below) and section 40 of the Citizenship Act (see paragraph 205 below), and that their status would be determined in accordance with international law.

46. The Constitutional Court further found that section 16(1) of the Aliens Act was not unconstitutional, because it applied only to aliens entering Slovenia after independence.

47. The legislature was given six months in which to modify the unconstitutional provisions. In the meantime, the Constitutional Court ruled that no citizen of the former SFRY who was registered as a permanent

resident in Slovenia on 23 December 1990 and was actually residing there could be forcibly removed from Slovenia pursuant to section 28 of the Aliens Act.

48. The Constitutional Court also pointed out that the unregulated situation of citizens of the former SFRY republics who had found themselves in a precarious legal position could lead to a violation of, *inter alia*, the right to respect for their family life, as protected by Article 8 of the Convention (extracts of this decision are quoted in paragraph 214 below).

49. As a consequence, the Law regulating the legal status of citizens of other successor States to the former SFRY in Slovenia (*Zakon o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji* – “the Legal Status Act”) was passed on 8 July 1999 to regulate the legal status of the “erased” by simplifying the requirements for acquiring a permanent residence permit.

50. Under section 1 of the Legal Status Act, citizens of other successor States to the former SFRY who were registered as permanent residents on Slovenian territory on 23 December 1990, the date of the plebiscite, or on 25 June 1991, the date of independence, and were actually resident there were entitled to a permanent residence permit, regardless of the provisions of the Aliens Act. They had three months to submit an application. Section 3 of the Legal Status Act provided for some exceptions for those with criminal convictions. Residence permits were granted *ex nunc* to those fulfilling the above conditions (see paragraph 210 below).

51. Ruling on another constitutional challenge (U-I-295/99), on 18 May 2000 the Constitutional Court set aside one part of section 3 of the Legal Status Act as unconstitutional because it found that the requirements for the acquisition of permanent residence set forth therein were stricter than the grounds for revoking a permanent residence permit under the Aliens Act.

4. *The Constitutional Court’s decisions in other cases brought by the “erased”*

52. Relying on its leading decision of 4 February 1999 (see paragraphs 41-48 above), the Constitutional Court has given several decisions in individual cases brought by some of the “erased”.

53. On 1 July 1999 (Up-333/96) it examined the case of a claimant who had been refused the renewal of his driving licence because of the “erasure” of his name from the Register. The Constitutional Court noted that, following its decision of 4 February 1999, the Legal Status Act had been drafted, but had not yet been passed. It decided that, until the Legal Status Act came into force, the claimant should enjoy the status he would have had before

the expiry of the time-limit set forth in the second subsection of section 81 of the Aliens Act (see paragraph 27 above). The administrative authorities were ordered to register the claimant as a permanent resident at the address where he had been living before his name was illegally deleted from the Register and to renew his driving licence.

54. A similar decision (Up-60/97) was adopted on 15 July 1999 with regard to claimants who were all members of one family and citizens of one of the former SFRY republics, and had been denied permanent residence under section 16 of the Aliens Act, because the father had lost his job.

55. On 18 November 1999 (Up-20/97) and 16 December 1999 (Up-152/97), in cases concerning the payment of a military pension to two “erased” persons, the Constitutional Court quashed the judgment of the Supreme Court and sent the case back for re-examination.

56. On 20 September 2001, in a case (Up-336/98) concerning an individual’s right to a childcare allowance, the Constitutional Court quashed the decisions of the lower authorities and sent the case back for re-examination.

57. Furthermore, the Constitutional Court has examined a number of cases brought by “erased” persons concerning the conditions for acquiring Slovenian citizenship. In a decision of 6 July 1995 (Up-38/93), it held that the condition of “actually residing in Slovenia” in section 40 of the Citizenship Act (see paragraphs 25 above and 205 below) could be fulfilled in a situation where a person’s residence in Slovenia had been interrupted on justifiable grounds if there were other circumstances proving that Slovenia was the country with which they had the strongest ties. It quashed the Supreme Court’s decision because there had been differential treatment of analogous cases and sent the case back for re-examination.

5. The Constitutional Court’s decision of 3 April 2003

58. On 3 April 2003, ruling on a challenge to the constitutionality of the Legal Status Act in its version of 8 July 1999 in a case (U-I-246/02) brought by the Association of the “Erased” and by other “erased” persons, the Constitutional Court found the Legal Status Act unconstitutional because it did not grant retrospective permanent residence from the date of the “erasure”, did not define the meaning of the words “actually residing” which appeared in section 1, and failed to regulate the acquisition of permanent residence for citizens of former SFRY republics who had been forcibly removed from Slovenia pursuant to section 28 of the Aliens Act.

59. Although the exact number of those deported was unknown, the Constitutional Court considered that the numbers would probably be low, since the unregulated status of the “erased” had generally been tolerated. It

also struck down the three-month time-limit for submitting applications for permanent residence because it was unreasonably short and ordered the legislature to rectify the unconstitutional provisions of the impugned Act within six months. The Constitutional Court further observed that permanent residence was important in securing certain rights and benefits, such as military pension rights, social allowances and renewals of driving licences.

60. In point no. 8 of the operative part of its decision, the Constitutional Court ordered the Ministry to issue, *ex proprio motu*, decisions establishing permanent residence in Slovenia *ex tunc* with effect from 26 February 1992, the date of the “erasure”, to those who already had *ex nunc* (non-retrospective) permits in accordance with the Legal Status Act or the Aliens Act (extracts of this decision are quoted in paragraph 215 below).

61. On 25 November 2003 Parliament enacted the Law on the application of point no. 8 of the Constitutional Court’s decision no. U-I-246/02-28 (*Zakon o izvršitvi 8. točke odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije št. U-I-246/02-28*), also known as the “Technical Act”. This Act laid down the procedure for issuing *ex tunc* permanent residence permits to citizens of the former SFRY republics who had been registered as permanent residents in Slovenia on both 23 December 1990 and 25 February 1992 and who had already acquired a permanent residence permit under the Legal Status Act or the Aliens Act.

62. However, a referendum on whether the Technical Act should be implemented was held on 4 April 2004. The turnout was 31.54%, and 94.59% of valid votes were against its implementation, and therefore the Act never came into force.

63. In the meantime, in a decision (U-II-3/03) handed down on 22 December 2003, the Constitutional Court specified that the legal basis for the issuance of the supplementary residence permits by the Ministry was its decision of 3 April 2003 (see paragraphs 58-60 above); the Ministry was under an obligation to implement the decision.

64. Furthermore, in an individual case (Up-211/04) brought by one of the “erased”, claiming that his absence from Slovenia was due to the state of war, on 2 March 2006 the Constitutional Court set aside the judgments of the Supreme Court dismissing the claimant’s request for a permanent residence permit under the Legal Status Act, and remitted the case to the Administrative Court. It instructed the latter to make an appropriate assessment of the legal condition of “actually residing on the territory of the Republic of Slovenia” from 23 December 1990 onwards and of the reasons for the claimant’s absence from Slovenia.

65. In particular, the Constitutional Court held that the fact that the legislature had been late in eliminating the inconsistencies did not prevent the courts from determining the case in conformity with its decision of 3 April 2003 (see paragraphs 58-60 above).

66. In 2004 the Ministry issued 4,034 retrospective permits to the “erased”, solely on the basis of the above-mentioned Constitutional Court decision. The issuing of these permits by the authorities *ex proprio motu* was temporarily stayed and resumed in 2009, further to a change in government (see paragraph 70 below).

67. According to the Government, 13,355 applications had been submitted under the Legal Status Act by 30 June 2007. As a result, 12,236 permanent residence permits were issued.

68. Following the parliamentary elections held on 21 September 2008, a new government was appointed in November 2008. The regulation of the status of the “erased” in compliance with the Constitutional Court’s decisions was established as one of its priorities.

69. Further to an upgrade of the IT system, the Ministry collected new data on the “erased” and issued a report stating that on 24 January 2009 the number of people removed from the Register amounted to 25,671, of whom 7,899 had subsequently acquired Slovenian citizenship; 7,313 of them were still alive. A further 3,630 had acquired a residence permit. 13,426 “erased” persons did not have a regulated status in Slovenia on that date and their current residence was unknown.

70. In 2009 the Ministry resumed the process of issuing, *ex proprio motu*, decisions establishing permanent residence in Slovenia *ex tunc* with effect from 26 February 1992 under point no. 8 of the operative part of the Constitutional Court’s decision of 2003 (see paragraph 60 above) to those who were already in possession of *ex nunc* permits. 2,347 such decisions were issued.

6. *The amended Legal Status Act*

71. Subsequently, the Ministry prepared amendments and supplements to the Legal Status Act (“the amended Legal Status Act”), regulating the incompatibilities between the Legal Status Act and the Constitution, following the Constitutional Court’s decision of 3 April 2003, in particular in respect of those who had been deported and those who had had to leave Slovenia because of other reasons related to the “erasure”. On 8 March 2010 the amended Legal Status Act was passed.

72. On 12 March 2010 thirty-one parliamentarians requested that a referendum be held on the amended Legal Status Act, *inter alia*, because it did not regulate the question of compensation for the “erased”; as a result, its

entry into force was postponed. On 18 March 2010 the National Assembly decided that the postponement of the entry into force of the amended Legal Status Act or its rejection in a referendum would have unconstitutional consequences and referred the matter to the Constitutional Court.

73. In its decision of 10 June 2010 (U-II-1/10), the Constitutional Court relied on its previous leading decisions and found that the provisions of the amended Legal Status Act were consistent with the Constitution. The amended Act was considered to provide for a permanent solution to the status of those “erased” persons who had been unable to regularise their status, including that of their children, and for the issuing of special retrospective decisions to those of them who had been granted Slovenian citizenship, without the requirement of having a prior permanent residence permit. The Constitutional Court refused to allow a referendum to be held, considering that the potential rejection of the amended Legal Status Act would lead to unconstitutional consequences. It further found that the delay in implementing its leading decision of 2003 had entailed a fresh violation of the Constitution.

74. In paragraph 43 of its decision, the Constitutional Court held that by passing the Act in question, which provided for permanent residence status to be retrospective, the legislature had introduced moral satisfaction as a particular form of reparation for the “erased”. If damage was caused to individuals as a result of their “erasure”, the question of possible State liability could arise on the basis of Article 26 of the Constitution if other conditions provided for by that Article and the relevant statutory conditions were met. In any event, the amended Legal Status Act on its own did not entail a new type of State liability for damage or a new legal basis for enforcing claims for damages. It was legitimate for the legislature to pass specific legislation limiting the State’s liability, as had been done, for instance, in respect of the victims of the Second World War. The Constitutional Court held that the fact that the amended Legal Status Act did not address the question of financial reparation was not unconstitutional.

75. On 15 June 2010 the President of the National Assembly publicly apologised to the “erased”; the Minister of the Interior did the same on 22 June 2010.

76. On 24 June 2010 the amended Legal Status Act was published in the Official Gazette. It came into force on 24 July 2010, a few days after the delivery of the Chamber judgment. Prior to its enactment, 13,600 requests for residence permits had been submitted, of which 12,345 had been granted.

77. Section 1 of the amended Legal Status Act applied to aliens who had been citizens of other former SFRY republics on 25 June 1991, had been

registered as having their permanent residence in Slovenia on 23 December 1990 or on 25 June 1991, and had actually resided there since then, regardless of the provisions of the Aliens Act. It provided for the acquisition of both *ex nunc* and *ex tunc* permanent residence permits by the “erased”. It also regulated the status of the children of the “erased” and provided for the issuing of retrospective decisions to those “erased” persons who had been granted Slovenian citizenship without obtaining a permanent residence permit.

78. In particular, section 1(č) defined the meaning of the words “actually residing” in Slovenia, which was a precondition for obtaining permanent residence status, as a situation where the person had the “centre of his or her life interests” in Slovenia, this being determined on the basis of personal, family, economic, social and other ties demonstrating the existence of actual and permanent connections between the individual and Slovenia.

79. It further indicated that the condition of “actually residing” could be met in cases of justifiable absence for more than a year (forced removal from Slovenia, absence as a consequence of the “erasure” or impossibility of returning because of the state of war in other successor States of the SFRY). In the case of a longer absence, the condition of “actually residing” could be satisfied for the period of five years and for a further five years only if the person had tried to return to Slovenia – see paragraph 211 below).

80. According to the data submitted by the Government, from 24 June 2010 to 31 May 2011 the territorial administrative units received 173 applications for *ex nunc* permanent residence permits and 84 applications for supplementary *ex tunc* permits. Including the permits issued by the Ministry of the Interior, these applications resulted in the issuing of 64 *ex nunc* permanent residence permits and 111 *ex tunc* permanent residence permits, in some cases by the authorities *ex proprio motu*. Further proceedings were still pending. The deadline for submitting requests under the amended Legal Status Act expires on 24 July 2013.

81. On 26 April 2011 an association, Civil Initiative of the “Erased”, together with fifty-two other private individuals, lodged a petition with the Constitutional Court for constitutional review of the amended Legal Status Act (U-I-85/11). The proceedings are currently pending.

82. Furthermore, one of the “erased” lodged a constitutional appeal challenging the rejection by the Supreme Court of his compensation claim, amounting to 50,492.40 euros (EUR) for loss of work and non-pecuniary damage. As far as pecuniary damage was concerned, the Supreme Court observed that the State authorities had not acted unlawfully and that Article 26 of the Constitution was therefore inapplicable. On 5 July 2011 (Up-1176/09), the Constitutional Court rejected the constitutional appeal,

upholding the Supreme Court's view that, in spite of the decision of the Constitutional Court subsequently abrogating the impugned provision of the Citizenship Act, it could not be said that administrative authorities or courts had acted unlawfully at the material time. Furthermore, since the loss of work had been related to the refusal to grant Slovenian citizenship to the claimant and not to the refusal to grant a permanent residence permit, the leading decisions of the Constitutional Court on the subject of the "erasure" could not be taken into account.

83. On 21 July 2011 the Government submitted some thirty final judgments delivered by the courts of first and second instance and by the Supreme Court in compensation proceedings brought by the "erased". All the compensation claims were ultimately dismissed, mostly for failure to comply with the prescribed time-limits, although the courts had in some cases initially established that the compensation claims were well-founded. At that time, proceedings in eleven cases brought by "erased" persons were pending before the Supreme Court. Finally, on 7 November 2011 the Government submitted a new decision delivered by the Constitutional Court on 26 September 2011 (Up-108/11) in a case brought by one of the "erased" who had claimed compensation for pecuniary and non-pecuniary damage. In that case the first-instance court had initially held in an interim judgment that there were grounds for holding the State liable for damages. However, the Supreme Court upheld the second-instance decision dismissing the claim on account of the expiry of the statutory time-limit. That decision was endorsed by the Constitutional Court.

B. The individual circumstances of the applicants

84. Before 25 June 1991, the date on which Slovenia declared its independence, the applicants were citizens of both the SFRY and one of its constituent republics other than Slovenia. They had acquired permanent resident status in Slovenia as SFRY citizens, a status which they retained until 26 February 1992, when their names were deleted from the Register.

85. Further to the entry into force of the amended Legal Status Act on 24 July 2010, Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić received both *ex nunc* and *ex tunc* permanent residence permits. Mr Dabetić and Mrs Ristanović did not apply for residence permits. The following is a summary of the specific situation of each applicant.

1. Mr Mustafa Kurić

86. Mr Kurić was born on 8 April 1935 in Šipovo (Bosnia and Herzegovina). According to the Government, he is of unknown citizenship.

After completing his elementary education, he trained as a shoemaker. He moved to Slovenia at the age of 20 and settled in Koper in 1965. In 1976 he rented a small workshop from the municipality of Koper and established a private business there. He was registered as a permanent resident in Slovenia from 23 July 1970 until 26 February 1992.

87. In 1991 he fell seriously ill, was hospitalised for three months, and allegedly failed for that reason to lodge an application for Slovenian citizenship. He stated that he had been reassured that there would be further opportunities to apply for it. The Government confirmed that the applicant had been hospitalised. However, he had already been released from hospital on 15 June 1991.

88. The applicant never received any official notification that he no longer had a legal status in Slovenia.

89. In 1993 the applicant's home caught fire and he lost most of his papers. When he applied to the municipality of Koper for replacement papers, he was informed that his name had been deleted from the Register.

90. The applicant continued with his business and was paying rent until the late 1990s, when he started experiencing financial difficulties. Since he could no longer pay the rent, he lost the right to remain in the premises. Without any identity documents, he was at risk of being expelled if he travelled outside the local community, where the police tolerated his presence.

91. The applicant stated that in the 1990s he tried on various occasions to regularise his status with the Koper Administrative Unit but allegedly received no reply or instruction on how to proceed. In 2005 he wrote a letter to the Ministry in which he requested to be granted Slovenian citizenship. He received no reply. However, the Government maintained that Mr Kurić had never applied for a residence permit in Slovenia.

92. The applicant further maintained that in 2006 he had started proceedings for pension rights with the Institute of Pension and Invalidity Insurance. On 14 May 2006 the latter sent him a letter with evidence of his years of employment, requesting him to provide a certificate of citizenship. However, further to an enquiry by the Agent of the Government, on 29 October 2007 the Institute of Pension and Invalidity Insurance stated that the applicant had not begun any official proceedings before it.

93. On 7 May 2007 the applicant applied for Slovenian citizenship as a stateless person. His request was dismissed on 27 July 2007.

94. On 29 January 2008 the applicant again applied for Slovenian citizenship under section 10 of the Citizenship Act. On 10 June 2009 the Koper Administrative Unit dismissed his request. He did not challenge this refusal before the Administrative Court.

95. On 24 February 2009 the applicant applied for a permanent residence permit. On 2 November 2010 he was granted both *ex nunc* and *ex tunc* residence permits. They were delivered to him on 26 November 2010.

96. The applicant stated that even after receiving the permanent residence permit he was still encountering many difficulties, particularly with regard to his claims for pension rights, and had serious health problems.

2. *Mr Velimir Dabetić*

97. Mr Dabetić was born on 22 September 1969 in Koper (Slovenia). He is a stateless person. He was registered as a permanent resident in Slovenia from 29 September 1971 until 26 February 1992. His parents and two brothers were born in Montenegro and they, like the applicant, were removed from the Register in 1992. The applicant's mother was granted Slovenian citizenship in 1997 and his father in 2004. The applicant completed elementary school and two years' specialised education in a secondary school for metal workers. He currently lives in Italy without any legal status.

98. The applicant stated that in 1991 he had moved to Italy, but remained registered as a permanent resident in Koper (Slovenia) until the events of 1992. He allegedly received false information from the Koper Administrative Unit. The Government stated that the applicant had been living in Italy since 1989, and not since 1991. He had therefore not been resident in Slovenia when it became independent.

99. The applicant alleged that when he had sought to apply to the Koper Administrative Unit for Slovenian citizenship, the employee had told him to submit his Slovenian employment record. The applicant stated that he worked in Italy on the basis of a lawful working permit and that he could not provide such a document. The employee allegedly replied that Italy and not Slovenia should grant citizenship to the applicant.

100. The applicant further stated that he had learned about the "erasure" later than the other applicants. In 2002, when his old SFRY passport expired, the Italian authorities had refused to extend his working residence permit (*permesso di soggiorno*) and had ordered him to return to Slovenia. Even though he had tried to return to Slovenia lawfully, he had been unable to regularise his status there. The Government maintained that the applicant had never properly applied for a residence permit in Slovenia.

101. On 26 November 2003 the applicant urged the Ministry to issue a supplementary *ex tunc* decision regulating his status following the delivery of the Constitutional Court's decision of 3 April 2003, without having previously submitted a request for an *ex nunc* permanent residence permit.

102. On 29 November 2003 the applicant applied for Slovenian citizenship under section 19 of the Citizenship Act as amended in 2002.

103. On 9 February 2004 the applicant lodged a complaint with the Nova Gorica Unit of the Administrative Court, alleging inaction on the part of the administrative authorities (*tožba zaradi molka upravnega organa*), which had failed to issue a supplementary *ex tunc* decision.

104. On 20 May 2005 the applicant's complaint was rejected by the Administrative Court.

105. On 14 November 2005 the Ministry dismissed his application for Slovenian citizenship because he had failed to prove that he had actually resided in Slovenia for ten years and had lived there uninterruptedly for the last five years.

106. At the same time, the applicant also applied to the Italian Ministry of the Interior to obtain the status of a stateless person.

107. In recent years the applicant has been repeatedly stopped and detained by the Italian police. Moreover, on 20 April 2006 he was ordered to leave the country within five days. Eventually, he was given leave to remain in Italy since he had applied for recognition of his stateless person status and the proceedings were pending.

108. The applicant was also charged with illegal immigration into Italian territory. On 19 June 2006 the Mantua District Court acquitted him, on the ground that he had no citizenship and could not be expected to leave Italy voluntarily. At the time his application for stateless person status was pending. His application was eventually dismissed on the ground that an alien who was unlawfully residing in Italian territory was not entitled to the status in question.

109. The applicant stated that he had been living in extremely difficult conditions. He has not brought any proceedings under the amended Legal Status Act.

3. *Ms Ana Mezga*

110. Ms Mezga was born on 4 June 1965 in Čakovec (Croatia). She is a Croatian citizen. In 1979 she moved to Ljubljana (Slovenia), where she later found work. She completed eight years of elementary school and was registered as a permanent resident in Slovenia from 28 July 1980 to 26 February 1992.

111. According to the applicant, in 1992, after the birth of her second child, she became aware of the fact that her name had been "erased" from the Register. Her employer had shortened her maternity leave and made her redundant. Moreover, in March 1993 she was stopped by the police during a routine check. Since she had no identity documents, she was detained at

the police station and later in a transit centre for foreigners (*prehodni dom za tujce*), but was released after paying a fine. The applicant considered that this arrest amounted to confirmation of the loss of her legal status.

112. Subsequently, she moved to Piran, where she met H.Š., a Slovenian citizen, with whom she had two children, both of whom are Slovenian citizens. She stated that she had not started any proceedings in order to regularise her status since she clearly did not fulfil the conditions under the existing legislation.

113. After the entry into force of the Legal Status Act, on 13 December 1999 Ms Mezga submitted an application for a permanent residence permit. The Ministry asked her five times to complete her application and informed her that she could also have sought a permanent residence permit under the provisions for family reunion.

114. On 14 April 2004 the applicant requested the Ministry to issue a supplementary decision under point no. 8 of the operative part of the Constitutional Court's decision of 3 April 2003 (see paragraph 60 above).

115. On 29 April 2004 the applicant applied for Slovenian citizenship under section 19 of the amended Citizenship Act.

116. On 15 October 2004 she attended a meeting at the Piran Administrative Unit in the context of proceedings for a permanent residence permit. On 25 October 2004 she was requested to complete her application.

117. On 5 November 2004 the Institute of Pension and Invalidity Insurance stated that the applicant's employment in Slovenia was registered in their files.

118. On 6 December 2004 the Ministry terminated the proceedings relating to the applicant's request for a permanent residence permit on account of her inactivity and her inability to prove that she had been actually resident in Slovenia since 23 December 1990 onwards.

119. In the proceedings concerning citizenship, on 18 November 2005 the Ministry gave the applicant two months to complete her application. Among other things, she had to prove that she had been actually resident in Slovenia since 23 December 1990.

120. On 13 June 2006 the Ministry dismissed her application for Slovenian citizenship.

121. On 10 August 2007 the applicant applied for a temporary permit as a family member of a Slovenian citizen.

122. On 13 September 2007 she received a temporary residence permit valid until 13 September 2012.

123. On 22 July 2010 the applicant applied for a permanent residence permit under the amended Legal Status Act. On 1 March 2011 she was

granted both *ex nunc* and *ex tunc* residence permits. They were delivered to her on 2 March 2011.

124. The applicant stated that, even after receiving the permanent residence permit, she had experienced difficulties in arranging her health insurance and social financial support, and that she had serious health problems.

4. *Mrs Ljubenka Ristanović*

125. Mrs Ristanović was born on 19 November 1968 in Zavidovići (Bosnia and Herzegovina). She is currently a Serbian citizen. She moved to Ljubljana (Slovenia) in 1986 in search of work. She married there and on 20 August 1988 her son, the fifth applicant Mr Tripun Ristanović, was born. Mrs Ristanović was registered as a permanent resident in Ljubljana from 6 August 1986 to 20 November 1991.

126. Mrs Ristanović maintained that she believed that she would be granted Slovenian citizenship automatically as a permanent resident. However, in 1994 both Mrs Ristanović and her son were deported from Slovenia. She stated that she learned about the “erasure” at that time. However, Mrs Ristanović’s husband, who was in possession of a work permit and a temporary residence permit at the material time, remained in Slovenia. He later received a permanent residence permit.

127. According to the respondent Government, Mrs Ristanović moved from her municipality without deregistering her permanent residence and her personal records were transferred from the Register of Permanent Residents onto the register of persons who had “emigrated without having deregistered”.

128. The applicant stated that she had lived in Serbia as a refugee and had been without any identity papers for many years. In 2004 she acquired a Serbian identity card and in 2005 a Serbian passport. She stated that she and her son had not applied for a permanent residence permit or for Slovenian citizenship, since for many years they had not fulfilled the condition of actually residing in Slovenia under the existing legislation.

129. Mrs Ristanović has not brought any proceedings under the amended Legal Status Act. She stated that she had serious health problems.

5. *Mr Tripun Ristanović*

130. Mr Tripun Ristanović was born on 20 August 1988 in Ljubljana (Slovenia). He is the son of the fourth applicant, Mrs Ljubenka Ristanović. He is a citizen of Bosnia and Herzegovina. Mr Ristanović was registered as

a permanent resident in Ljubljana from 20 August 1988 until 26 February 1992.

131. In 1994 Mr Ristanović, who was a minor at the time, was deported from Slovenia with his mother.

132. He lived in Serbia with his mother as a refugee for many years. In 2004 the authorities of Bosnia and Herzegovina issued an identity card and a passport to Mr Ristanović. Since he had no Serbian documents, he had allegedly been living in Serbia in constant fear of being deported.

133. On 9 November 2010 he applied for a permanent residence permit under the amended Legal Status Act. On 10 March 2011 he was granted both *ex nunc* and *ex tunc* residence permits. They were delivered to him on 11 March 2011 and the applicant returned to Slovenia.

134. According to the Government, the applicant lodged a petition with the Constitutional Court for constitutional review of the amended Legal Status Act. The petition was joined to those lodged by the association Civil Initiative of the “Erased” and by other private individuals. The proceedings are currently pending (see paragraph 81 above).

6. *Mr Ali Berisha*

135. Mr Berisha was born on 23 May 1969 in Peć (Kosovo) in a Roma ethnic community. According to the Government, he is a Serbian citizen. He moved to Slovenia in 1985. He worked in a factory in Maribor until 31 May 1991. He was registered as a permanent resident in Slovenia from 6 October 1987 until 26 February 1992.

136. In 1991 he allegedly spent some time in Kosovo with his sick mother. This appears to have been the reason he did not apply for Slovenian citizenship at that time.

137. In 1993 the applicant was detained by the Slovenian border police when re-entering the country after visiting relatives in Germany. His SFRY passport was taken away from him and he was kept in a transit centre for foreigners for ten days. The applicant maintained that it was then that he learned about the “erasure”. Moreover, on 3 July 1993 he was deported to Tirana (Albania), allegedly without any decision. The Albanian police returned the applicant to Slovenia because he had no valid passport. He was again placed in the transit centre, from which he escaped during the night.

138. In 1993 the applicant fled to Germany, where he received a temporary residence permit for humanitarian reasons, owing to the unstable situation in Kosovo at the time.

139. On 9 August 1996 he married M.M., who was born in Kosovo and was also a member of a Roma ethnic group. They had four children between 1997 and 2003 while the family was living in Germany.

140. In 2005 the German authorities dismissed the applicant's request for another extension of his residence permit because the overall situation in Kosovo was deemed stable enough for him to return there. He was ordered to leave Germany with his family by 30 September 2005.

141. At an unknown time, the applicant and his family submitted requests for asylum in Germany.

142. Subsequently, the applicant and his family returned to Slovenia.

143. On 13 July 2005 the applicant and his family submitted an application for temporary residence permits. On 25 July 2005 they also applied for permanent residence permits under the Legal Status Act.

144. Since they believed that they ran the risk of being deported, on 26 September 2005 the applicant and his family also submitted asylum requests. In addition, the applicant sought refugee status.

145. Further to the withdrawal of their asylum requests, on 19 October 2005 the Ministry terminated the proceedings. The Ministry also ordered that the applicant and his family should return to Germany. On 28 October 2005 the removal order was issued but was not executed. On 10 November 2005 a new removal order was issued, setting the date of removal for 18 November 2005. The applicant started proceedings before the Administrative Court. On 15 November 2005 his request was granted.

146. At that time the case also received considerable attention from the local and international community owing to the efforts of Amnesty International.

147. On 27 February 2006 the family again applied for asylum in Slovenia. They were living in an asylum centre at the time.

148. On 28 April 2006 the applicant brought a complaint before the Administrative Court, alleging inaction on the part of the administrative authorities in the proceedings relating to the permanent residence permits for him, his wife and their four children.

149. On 19 July 2006 the German authorities informed the Slovenian authorities that Germany had jurisdiction under the Dublin Regulation to examine the asylum requests by the Berisha family.

150. On 28 July 2006 the applicant's fifth child was born in Slovenia.

151. On 30 October 2006 the Ministry decided, further to the above-mentioned decision of the German authorities, that it did not have jurisdiction to examine the asylum requests by the applicant and his family and that they would be handed over to Germany. The Ministry had also received fresh evidence that Mr Berisha and his family were asylum-seekers in Germany, where they had received financial aid for that purpose.

152. On 5 November 2006 the applicant and his family instituted proceedings in the Administrative Court, contesting the Ministry's decision.

On the same day they also requested the non-enforcement of the impugned decision and withdrew their application for asylum (see paragraph 147 above).

153. According to the applicant, on 7 November 2006 the Ministry again tried to transfer him and his family to Germany. On 15 November 2006 the Administrative Court annulled the removal order. The Ministry lodged an appeal.

154. On 28 December 2006 the Supreme Court upheld the Ministry's decision of 30 October 2006 that Germany had jurisdiction under the Dublin Regulation to decide on the applicant's request for asylum.

155. On 1 February 2007 the applicant and his family were handed over to Germany, where they have lived with "toleration" status (*Duldung*).

156. Neither the applicant nor his family have applied for Slovenian citizenship.

157. In the context of asylum proceedings, on 18 April 2008 the Constitutional Court rejected a constitutional appeal by the applicant.

158. On 19 October 2010 Mr Berisha was granted both *ex nunc* and *ex tunc* residence permits further to his request lodged on 25 July 2005 (see paragraph 143 above). The permits were delivered to him on 24 November 2010 through the Slovenian consulate in Munich.

159. The applicant, who is currently still living in Germany, stated that he was for the time being prevented from returning to Slovenia as his five children and his wife did not have any legal status there and would not have fulfilled the conditions for family reunion under the Aliens Act.

160. On an unspecified date, the applicant filed a compensation claim with the State Attorney's Office, which was rejected. According to the respondent Government, he did not initiate court proceedings.

7. *Mr Ilfan Sadik Ademi*

161. Mr Ademi was born on 28 July 1952 in Skopje ("the former Yugoslav Republic of Macedonia") in a Roma ethnic community. He is now a citizen of "the former Yugoslav Republic of Macedonia". In 1977 he moved to Slovenia, where he worked until 1992. He had his permanent residence registered there from 27 September 1977 to 26 February 1992.

162. According to the applicant, in 1991 he missed the deadline for applying for Slovenian citizenship. In 1993 he was stopped by the police in the course of a routine check. Since he had no valid identity documents, he and his family were expelled to Hungary. The applicant maintained that he had learned about the "erasure" at that time. Shortly afterwards the applicant and his family moved to Croatia, from where they re-entered Slovenia illegally.

163. On 23 November 1992 the applicant applied for Slovenian citizenship with the assistance of a lawyer.

164. The applicant later moved to Germany, where he declared himself a stateless person and obtained a temporary residence permit and a passport for foreigners.

165. On 9 February 1999 he requested the embassy of “the former Yugoslav Republic of Macedonia” to issue him with a passport, but received a negative reply since he was not a citizen of that country.

166. On 16 February 2005 the applicant applied for a permanent residence permit under the Legal Status Act. On 20 April 2005 the Ministry requested him to supplement his application with evidence of citizenship.

167. On 26 May 2005 his application was rejected on the ground that he was a stateless person. The Ministry stated that the Legal Status Act applied only to citizens of other successor States to the former SFRY.

168. On 11 July 2005 the Ministry replied to a letter from the applicant seeking a further examination of his application for Slovenian citizenship lodged in 1992. It informed him that, since he did not appear to have lived in Slovenia for the preceding ten years, he did not meet the requirements for Slovenian citizenship under the amended Citizenship Act.

169. On 9 September 2005 his application for Slovenian citizenship was dismissed.

170. On 31 July 2007 the applicant again applied for a permanent residence permit under the Legal Status Act. On 31 March 2008 the Ministry rejected his application, again on the ground that he was not a citizen of any other successor State to the former SFRY. The applicant started proceedings before the Administrative Court.

171. On 18 February 2009 the Administrative Court upheld the decision by the Ministry, dismissing the applicant’s request for a permanent residence permit. The applicant appealed.

172. On 6 October 2010 the Supreme Court granted his appeal and sent the case back for re-examination. It noted that the amended Legal Status Act had been enacted in the meantime and that the applicant’s request should now be examined in the light of the new legislation. In the course of these proceedings, the applicant submitted a passport issued by “the former Yugoslav Republic of Macedonia” on 19 August 2010.

173. On 20 April 2011 Mr Ademi was granted both *ex nunc* and *ex tunc* residence permits. They were delivered to him on 23 May 2011.

174. The applicant, who has serious health problems, is currently living between Slovenia and Germany, where his temporary status has been terminated in the meantime.

8. *Mr Zoran Minić*

175. Mr Minić was born on 4 April 1972 in Podujevo (Kosovo). According to the Government, he is a Serbian citizen. He moved to Slovenia with his family in 1977. The applicant completed elementary school, followed by a three-year secondary school course in cookery. He was registered as a resident in Slovenia from 1 August 1984 to 26 February 1992.

176. According to the applicant, in 1991 he was visiting his grandparents in Kosovo. For that reason, he and his family missed the deadline for submitting the application for Slovenian citizenship by one month, as the war in Kosovo had made collecting the necessary documents difficult. According to the Government, there was no evidence that Mr Minić had applied for Slovenian citizenship in 1991. In addition, it followed from the applicant's employment documents that he had been working in Podujevo from 1992 until 1999. He married a Serbian citizen, with whom he has four children.

177. The applicant stated that he had found out that he had been "erased" together with other members of his family when trying to regularise his status in Slovenia. As a result of the unbearable living conditions in Slovenia without any legal status, he had been compelled to move temporarily to Kosovo.

178. He returned to Slovenia on several occasions. In 2002 the applicant was arrested by the police in Slovenia because he was working without a permit. He was prosecuted, ordered to pay a fine and on 5 June 2002 expelled to Hungary, in spite of the Constitutional Court's decision of 4 February 1999 (see paragraphs 41-48 above), without any formal order.

179. The applicant stated that he had not applied for any legal status in Slovenia for many years because he did not meet the conditions for Slovenian citizenship or for a permanent residence permit under the legislation existing at the time. As to his family, his mother was eventually granted Slovenian citizenship in 2000 and his siblings in 2003.

180. After the delivery of the Constitutional Court's decision of 3 April 2003 (see paragraphs 58-60 above), on 15 September 2003 the applicant applied for Slovenian citizenship under section 19 of the amended Citizenship Act.

181. Between 26 April and 9 October 2004, the Ministry asked the applicant five times to complete his application by providing evidence, among other things, that he had been living in Slovenia without interruption since 23 December 1990. When he failed to do so, he was summoned for a hearing at the Ministry.

182. At the hearing on 17 December 2004, he confirmed the information stated in his employment record, namely that he had worked in Podujevo (Kosovo) from 8 January 1992 to 6 April 1999 and had thus not been living in Slovenia uninterruptedly since 23 December 1990.

183. On 21 February 2006 his application for Slovenian citizenship was accordingly dismissed. That decision was served on Mr Minić between 28 June and 2 July 2006 during a trip to Slovenia.

184. On 17 July 2006 the applicant initiated proceedings before the Administrative Court.

185. On 30 June 2006 he applied for a permanent residence permit under the Legal Status Act.

186. On 29 March 2007 a hearing was held at the Ministry. On 14 July 2007 the applicant provided supplementary documents in support of his request.

187. On 18 July 2007 the Ministry dismissed the applicant's request since he did not meet the requirement of actual residence in Slovenia.

188. On 19 September 2007 the applicant initiated proceedings before the Administrative Court.

189. On 10 September 2008, in the context of administrative proceedings concerning the applicant's request for Slovenian citizenship, the Constitutional Court dismissed a constitutional complaint lodged by him.

190. On 26 November 2008 the Administrative Court quashed the Ministry's decision of 18 July 2007 (see paragraph 187 above) and sent the case back for re-examination.

191. On 24 July 2009 the Ministry again dismissed the applicant's request since he did not meet the requirement of actually residing in Slovenia.

192. The applicant then initiated proceedings before the Administrative Court. He stated that he had been inextricably blocked in Kosovo in 1992 and had since returned to Slovenia as often as possible, but that the war and other circumstances had prevented him from doing so to any significant extent. Moreover, he was a Serb from Kosovo who had been granted the status of displaced person in Serbia after his house in Kosovo had been burnt down. He had tried on several occasions to regularise his status in Slovenia but had been deported in 2002. His parents, brother and two sisters were all Slovenian citizens.

193. On 19 January 2011 the Administrative Court quashed the decision of the Ministry and sent the case back for re-examination with an indication that his request should be dealt with under the amended Legal Status Act.

194. On 4 May 2011 the applicant was granted both *ex nunc* and *ex tunc* residence permits. They were delivered to him on 9 June 2011.

195. On 1 June 2011 the applicant lodged a compensation claim with the State Attorney's Office. His claim was rejected owing to the expiry of the statutory time-limit, on the ground that he had found out about the damage caused to him by the "erasure" when he had applied for Slovenian citizenship or for a permanent residence permit.

II. RELEVANT INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Domestic law and practice

1. *Legislation of the former Socialist Republic of Slovenia*

(a) **Citizenship of the Socialist Republic of Slovenia Act (*Zakon o državljanstvu Socialistične republike Slovenije* – Official Gazette of the SRS no. 23/76 of 1976)**

196. Section 1 of this Act provided that every citizen of the Socialist Republic of Slovenia was simultaneously a citizen of the SFRY, thus establishing the primacy of republic citizenship.

(b) **Movement and Residence of Aliens Act (*Zakon o gibanju in prebivanju tujcev* – Official Gazette of the SFRY no. 56/80 of 1980, as amended)**

197. This Act distinguished between a permit for temporary or permanent residence of an alien on the State territory and the temporary or permanent place of residence of an SFRY citizen, denoting the actual location of his or her residence.

(c) **Inhabitants' Evidence of Residence and Population Registry Act (*Zakon o evidenci nastanitve občanov in o registru prebivalstva* – Official Gazette of the SRS no. 6/83 of 1983 and no. 11/91 of 1991)**

198. This Act regulated the registration and deregistration of permanent and temporary residence and the keeping of population registers on Slovenian territory.

199. In 1991, section 5 of the Act was amended to provide:

"The registration of permanent residence and registration of any change of address is obligatory for all inhabitants, whenever they settle permanently in a settlement or change their address. Deregistration of permanent residence is obligatory for inhabitants who move from the territory of the Republic of Slovenia."

2. *Legislation of the Republic of Slovenia*

(a) **Statement of Good Intentions (*Izjava o dobrih namenih* – Official Gazette of the RS no. 44/90-I of 1990)**

200. The purpose of the Statement of Good Intentions, adopted on 6 December 1990 in the course of preparations for the plebiscite on the independence of Slovenia, was to express the State's commitment to certain values in pursuit of its independence. The relevant provision of this document provides:

“... The Slovenian State ... shall ... guarantee to all members of other nations and nationalities the right to an all-embracing development of their culture and language and to all those who have their permanent residence in Slovenia the right to obtain Slovenian citizenship if they so wish ...”

(b) **Fundamental Constitutional Charter on the sovereignty and independence of the Republic of Slovenia (*Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije* – Official Gazette of the RS no. 1/91-I of 1991)**

201. The relevant provisions of the Fundamental Constitutional Charter on the sovereignty and independence of the Republic of Slovenia, published on 25 June 1991, provide:

Section III

“The Republic of Slovenia guarantees the protection of human rights and fundamental freedoms to all persons on the territory of the Republic of Slovenia, regardless of their national origin and without any discrimination, in accordance with the Constitution of the Republic of Slovenia and binding international agreements ...”

(c) **The Constitutional Law of 1991 on the Fundamental Constitutional Charter on the sovereignty and independence of the Republic of Slovenia (*Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti RS* – Official Gazette of the RS no. 1/91-I of 1991)**

202. The relevant provisions of the 1991 Constitutional Law provide:

Section 13

“Citizens of the other republics [of the former SFRY] who on 23 December 1990, the day the plebiscite on the independence of the Republic of Slovenia was held, were registered as permanent residents in the Republic of Slovenia and actually reside there shall, until they acquire citizenship of Slovenia under section 40 of the Citizenship of the Republic of Slovenia Act or until expiry of the time-limit set forth in section 81 of the Aliens Act, have equal rights and duties to the citizens of the Republic of Slovenia ...”

(d) Constitution of the Republic of Slovenia (*Ustava Republike Slovenije*, Official Gazette no. 33/91-I of 1991)

203. The relevant provisions of the Constitution of the Republic of Slovenia provide:

Article 8

“Statutes and regulations must comply with generally accepted principles of international law and with treaties that are binding on Slovenia. Ratified and published treaties shall be applied directly.”

Article 14

“In Slovenia everyone shall be guaranteed equal human rights and fundamental freedoms irrespective of national origin, race, sex, language, religion, political or other conviction, material standing, birth, education, social status or any other personal circumstance.

All are equal before the law.”

Article 26

“Everyone shall have the right to compensation for damage caused by the unlawful acts of a person or body performing a function or engaged in an activity on behalf of a State or local authority or as a holder of public office.

Any person suffering damage also has the right, in accordance with the law, to claim compensation directly from the person or body that has caused the damage.”

...

(f) Citizenship of the Republic of Slovenia Act (*Zakon o državljanstvu Republike Slovenije*, Official Gazette nos. 1/91-I and 30/91 of 1991 and no. 96/2002 of 2002)

205. The relevant provisions of the Citizenship Act provide:

Section 10

“The competent authority may, within its discretion, accept a person’s request for naturalisation if this is in compliance with the national interest. The person must fulfil the following conditions:

- (1) be 18 years of age;
- (2) have been released from current citizenship or prove that he or she will be released [from such citizenship] if he or she acquires citizenship of the Republic of Slovenia;
- (3) have been actually resident in Slovenia for ten years, of which the five years immediately preceding the submission of the application must have been continuous;
- (4) have a guaranteed permanent source of income, at least in an amount that enables material and social security;

(5) have a command of the Slovene language for the purposes of everyday communication;

(6) not have been sentenced to a prison sentence of longer than one year in the country of which he or she is a citizen or in Slovenia for a criminal offence which is prosecuted by law, provided that such an offence is punishable pursuant to the regulations of his or her country and also pursuant to the regulations of the Republic of Slovenia;

(7) not have had his or her residence in the Republic of Slovenia prohibited;

(8) the person's naturalisation must pose no threat to the public order, security or defence of the State;

..."

Section 39

"Persons who acquired citizenship of the Republic of Slovenia and of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia under valid legislation shall be considered citizens of Slovenia under the present Act."

Section 40

"Citizens of another republic [of the former SFRY] who on 23 December 1990, the day the plebiscite on the independence of the Republic of Slovenia was held, were registered as permanent residents in the Republic of Slovenia and actually reside there shall acquire citizenship of the Republic of Slovenia if, within six months after the present Act comes into force, they submit an application to the internal affairs authority of the municipality where they live ..."

206. On 14 November 2002 the Citizenship of the Republic of Slovenia Act was amended. The relevant provision reads:

Section 19

"An adult who on 23 December 1990 was registered as a permanent resident on the territory of the Republic of Slovenia, and has lived there uninterruptedly since that date, may apply for citizenship of the Republic of Slovenia within one year after the present Act comes into force if he or she meets the requirements set forth in ... this Act.

When deciding under the preceding subsection whether the applicant meets the requirements set forth in ... this Act, the competent authority may take into consideration the length of the applicant's stay in the State, his or her personal, family, business, social and other ties with the Republic of Slovenia and the consequences a refusal of citizenship would have for the applicant.

..."

(g) Aliens Act (*Zakon o tujcih*, Official Gazette no. 1/91-I of 1991)

207. The relevant provisions of the Aliens Act read as follows:

Section 13

“A foreigner who enters the territory of the Republic of Slovenia with a valid passport may remain there for three months or as long as the validity of an issued visa allows him or her to, unless otherwise provided by an international agreement ...

A foreigner wishing to remain on the territory of the Republic of Slovenia for longer than provided for by the preceding subsection for reasons of education, specialisation, employment, medical treatment, professional experience, or because he or she has married a citizen of the Republic of Slovenia, has immovable property on the territory of the Republic of Slovenia, or enjoys the rights afforded by employment in the State or for any other valid reason requiring his or her residence in the State, must apply ... for a temporary residence permit.

...”

Section 16

“A permanent residence permit may be issued to a foreigner who has been living on the territory of the Republic of Slovenia continuously for at least three years on the basis of a temporary residence permit and meets the requirements set forth in the second subsection of section 13 of this Act for permanent residence on the territory of the Republic of Slovenia ...”

Section 23

“A foreigner residing on the territory of the Republic of Slovenia on the basis of a foreign passport, a visa or an entrance permit, or an international agreement ... or who has been issued with a temporary residence permit ... may be refused leave to remain:

- (i) if reasons of public order, security or defence of the State so demand;
- (ii) if he or she refuses to abide by a decision of the State authorities;
- (iii) if he or she repeatedly breaches public order, national border security or the provisions of this Act;
- (iv) if he or she is convicted by a foreign or national court of a crime punishable by at least three months' imprisonment;
- (v) if he or she no longer has sufficient means of subsistence and his or her subsistence is not otherwise secured;
- (vi) for the protection of public health.”

Section 28

“An authorised officer of the internal affairs authority may take a foreigner who fails voluntarily to leave the territory of the Republic of Slovenia when required to do so by the competent authority or administrative body in charge of internal affairs, or who resides on the territory of the Republic of Slovenia beyond the period provided for in section 13(1) of this Act or beyond the period allowed in the decision granting temporary residence, to the State border or diplomatic/consular representation of the

State of which he or she is a citizen, and direct such person to cross the border or hand him or her over to the representative of a foreign country.

The internal affairs authority concerned shall order any foreigner who does not leave the territory of the Republic of Slovenia in accordance with the preceding subsection, and cannot be removed immediately for any reason, to reside in a transit centre for foreigners for a period not exceeding thirty days if there exists a suspicion that he or she will seek to evade this measure.

An internal affairs authority may designate a different place of residence for a foreigner who is unable to leave the territory of the Republic of Slovenia immediately but has sufficient means of subsistence.”

Section 81

“Until the decision issued in the administrative proceedings concerning the request for citizenship becomes final, the provisions of this Act shall not apply to citizens of the SFRY who are citizens of other republics and who apply for Slovenian citizenship in accordance with section 40 of the Citizenship of the Republic of Slovenia Act within six months after it comes into force.

As regards citizens of the SFRY who are citizens of other republics but either do not apply for citizenship of the Republic of Slovenia within the time-limit set out in the previous subsection or are refused citizenship, the provisions of this Act shall apply two months after the expiry of the time-limit within which they could have applied for citizenship or after the decision made in respect of their application became final.”

Section 82

“... Permanent residence permits issued in accordance with the Movement and Residence of Foreigners Act ... shall remain valid if the foreign holder of such a permit had permanent residence on the territory of the Republic of Slovenia when this Act came into force.”

208. In order to facilitate the acquisition of permanent residence permits for citizens of the other former SFRY republics who had either failed to apply for Slovenian citizenship or had not acquired residence permits under the Aliens Act, on 3 September 1992 the government adopted the following decision:

“... in examining applications for permanent residence permits for aliens referred to in section 16 of the Aliens Act ..., the Ministry of the Interior shall consider that the condition for permanent residence on the territory of the Republic of Slovenia has been met when the alien has had permanent residence registered for at least three years and was actually residing here before the provisions of the Aliens Act started applying to him.”

- (h) **1999 Aliens Act (*Zakon o tujcih*, Official Gazette nos. 61/99, 108/2002, 112/2005, 107/2006, 71/2008 and 64/2009)**

209. The 1999 Aliens Act replaced the 1991 Aliens Act. Several amendments were made to the 1999 Aliens Act in the subsequent years. In 2011 it was replaced by a new Aliens Act (Official Gazette no. 50/2011).

- (i) **Law regulating the legal status of citizens of other successor States to the former SFRY in Slovenia (“the Legal Status Act” – *Zakon o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji*, Official Gazette no. 61/99 of 1999 and no. 54/2000 of 2000)**

210. The relevant provisions of the Legal Status Act, enacted further to the Constitutional Court’s decision of 4 February 1999 (see paragraphs 41-48 above), provide:

Section 1

“Citizens of another successor State to the former SFRY (hereinafter ‘foreigners’) who were registered as permanent residents on the territory of the Republic of Slovenia on 23 December 1990 and are actually resident in the Republic of Slovenia, and foreigners who were actually resident in the Republic of Slovenia on 25 June 1991 and have been living there continuously ever since, shall be issued with a permanent residence permit, regardless of the provisions of the Aliens Act ..., if they meet the requirements set forth in this Act.”

Section 2

“An application for permanent residence shall be submitted within three months after this Act comes into force ...

A foreigner who has lodged an application for permanent residence pursuant to section 40 of the Citizenship of the Republic of Slovenia Act ..., but has received a decision refusing to grant his application, may submit an application under the preceding subsection within three months after this Act comes into force or the decision became final, if such decision is issued after this Act came into force ...”

211. On 24 July 2010 the amended Legal Status Act (*Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji*, Official Gazette no. 50/2010) came into force. Section 1(č) of the Act provides:

“Actual residence in the Republic of Slovenia for the purposes of this Act shall mean that an individual has the centre of his or her life interests in the Republic of Slovenia, this being determined on the basis of his or her personal, family, economic, social and other ties demonstrating the existence of actual and permanent connections between an individual and the Republic of Slovenia. Justifiable absence from the Republic of Slovenia because of reasons referred to in the third subsection of this section shall not mean an interruption of actual residence in the Republic of Slovenia.

The condition of actual residence in the Republic of Slovenia shall be met if the person left the Republic of Slovenia and his or her continuous absence was not longer than one year, irrespective of the reason for the absence.

The condition of actual residence in the Republic of Slovenia shall also be met in the event that the absence was longer than one year but was justifiable for the following reasons:

- if the person left the Republic of Slovenia as a consequence of removal from the Register of Permanent Residents;

- if the person left the Republic of Slovenia because he or she was assigned to work, study or undergo medical treatment by a legal entity from the Republic of Slovenia or, in the case of a minor, by his or her parents or guardians, or if the person was an employee on a ship with a home port in the Republic of Slovenia, during the period of posting, study or treatment or the period of employment on the ship;

- if the person left the Republic of Slovenia because he or she could not acquire a residence permit in the Republic of Slovenia owing to non-fulfilment of the relevant conditions and the application for a permit was rejected or dismissed or the procedure was terminated;

- if the person could not return to the Republic of Slovenia because of the state of war in other successor States to the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, or for medical reasons;

- if the person was expelled from the Republic of Slovenia pursuant to section 28 ... or section 50 of the Aliens Act ..., unless the person was an alien expelled from the country as a sanction for having committed a criminal offence;

- if the person was refused entry to the Republic of Slovenia, except where entry was refused because of the imposition of a secondary sanction of expulsion for having committed a criminal offence ...

If the absence for reasons referred to in the preceding subsection, except for those referred to in the second indent, lasted more than five years, it shall be deemed that the condition of actual residence is satisfied for the period of five years and for a further period of five years only if the conduct of the person demonstrates that, during the period of absence, the person tried to return to the Republic of Slovenia and to continue his or her actual residence there.

For the purposes of this Act, a permanent residence permit or a specific decision on a retrospective permanent residence permit and registered permanent residence or a supplementary decision issued pursuant to point 8 of Constitutional Court decision ... no. U-I-246/02-28 of 3 April 2003 ... shall not mean that the condition of actual residence in the Republic of Slovenia in proceedings initiated under the Citizenship of the Republic of Slovenia Act is met.”

- (j) **Rules on the Form for registering or deregistering permanent residence, the Form for the Personal and Household Card and the manner of keeping and managing the Register of Permanent Residents (*Pravilnik o obrazcu za prijavo oziroma odjavo stalnega prebivališča, o obrazcu osebnega kartona in kartona gospodinjev ter o načinu vodenja in vzdrževanja registra stalnega prebivalstva*, Official Gazette no. 27/92 of 1992)**

212. The relevant provision of the Rules provides:

Rule 5

“The Register of Permanent Residents contains data on citizens of the Republic of Slovenia who have registered permanent residence in the territory of the municipality.

In the Register of Permanent Residents, the competent authority shall identify citizens of the Republic of Slovenia who travel abroad temporarily for more than three months, and persons to whom the authority has declined registration of permanent residence ...”

- (k) **State Attorney Act (*Zakon o državnem pravobrainstvu*, Official Gazette no. 94/07)**

213. The relevant provision of the State Attorney Act provides:

Section 14

“If a person intends to initiate civil or other proceedings against an entity defended by the State Attorney, this person should first submit a proposal to the State Attorney’s Office for resolution of the disputed relationship before the beginning of the proceedings. The State Attorney should as soon as possible, and not later than in thirty days, act appropriately and inform the person concerned of its position.”

3. Case-law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

- (a) **Decision of 4 February 1999 (U-I-284/94)**

214. The relevant parts of the Constitutional Court’s decision of 4 February 1999 (see paragraphs 41-48 above) read as follows.

“At the session of 4 February 1999 concerning the proceedings for the review of constitutionality commenced on the initiative of B.M. and V.T. ..., the Constitutional Court gave the following decision:

1. The Aliens Act (Official Gazette of the RS nos. 1/91-1, 44/97 and 50/98) is inconsistent with the Constitution in that it fails to determine the conditions for the acquisition of a permanent residence permit by the persons referred to in subsection 2 of section 81 upon the expiry of the period during which they had the possibility of applying for citizenship of the Republic of Slovenia, if they did not do so, or after the date on which the decision on refusal to grant citizenship became final.

...

3. The inconsistency as established in paragraph 1 of the operative provisions shall be eliminated by the legislature within six months from the date of publication of this decision in the Official Gazette of the Republic of Slovenia.

4. Pending the elimination of the inconsistency established in paragraph 1 above, no deportation order as referred to in section 28 of the Aliens Act shall be made against citizens of any other republic of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia if on the date of the plebiscite of 23 December 1990 they were registered as having permanent residence in, and are actually resident in, the Republic of Slovenia.

Reasons:

...

14. The Constitutional Court finds that the provisions of subsection 2 of section 13 and subsection 1 of section 16 of the Aliens Act should not apply to citizens of other republics who have not acquired the citizenship of the Republic of Slovenia. Neither should the competent authorities have transferred these persons from the existing Register of Permanent Residents to the Register of Aliens *ex proprio motu*, without any decision or notification being addressed to the persons concerned. There was no statutory basis whatsoever for them to take such action. The Inhabitants' Evidence of Residence and Population Registry Act, which is invoked by the government in its explanations, does not contain any provisions on the removal of permanent residents from the Register on the basis of the Act itself.

Neither is the government empowered by statute to adopt individual decisions determining the manner in which statutory provisions are to be implemented. On the basis of Article 120 of the Constitution, duties and functions associated with public administration are to be conducted independently and at all times pursuant to, and in a manner consistent with, the Constitution and the law. When the Government found that the Aliens Act could not also be applied in practice to citizens of other republics, it should have proposed that the legislature regulate their legal position, and should not have interfered with the legislative power by adopting a decision.

15. For the foregoing reasons, the Aliens Act, whose transitional provisions do not regulate the legal status of citizens of other republics who had permanent residence in the Republic of Slovenia and were actually resident on its territory, has violated the principles of a law-governed State under Article 2 of the Constitution. For this reason, the citizens of other republics, upon the expiry of the time-limits set out in subsection 2 of section 81, found themselves in an insecure legal position. From the text of the transitional provisions, which specify that the provisions of the Aliens Act are to be applied, the said persons could not have grasped what their position would be as foreigners and which statutory provisions should apply to them. Accordingly, the Constitutional Court concludes that, because the legal position of citizens of other republics as foreigners has not been regulated in the Republic of Slovenia, the principle of legal certainty as one of the principles of a law-governed State has been violated.

16. The principle of legal certainty guarantees to the individual that the State will not make his or her legal position worse without justified reasons. It was quite justified that citizens of other republics who did not opt for Slovenian citizenship should not

expect that they would be made equal to foreigners who had only just come into the Republic of Slovenia and that they would be deprived of permanent residence, without, moreover, being given any notice whatsoever. ...”

(b) Decision of 3 April 2003 (U-I-246/02)

215. The relevant parts of the Constitutional Court’s decision of 3 April 2003 (see paragraphs 58-60 above) read as follows.

“At a session held on 3 April 2003 in proceedings to examine petitions and in proceedings to review constitutionality brought about by petitions by the Association of the “Erased” of Slovenia, Ptuj, and others, represented by M.K. ... and N.M.P. ..., the Constitutional Court decided as follows.

1. The Law regulating the legal status of citizens of other successor States to the former SFRY in the Republic of Slovenia (Official Gazette of the RS nos. 61/99 and 64/01) is inconsistent with the Constitution, as it does not recognise citizens of other republics of the former SFRY who were removed from the Register of Permanent Residents on 26 February 1992 as having permanent residence from the above-mentioned date.

2. The Law regulating the legal status of citizens of other successor States to the former SFRY in the Republic of Slovenia is inconsistent with the Constitution, as it does not regulate the acquisition of a permit for permanent residence by citizens of other republics of the former SFRY as referred to in the previous paragraph whose forcible removal as a foreigner was ordered under section 28 of the Aliens Act (Official Gazette of the RS no. 1/91-1 and 44/97).

3. Section 1 of the Law regulating the legal status of citizens of other successor States to the former SFRY in the Republic of Slovenia is inconsistent with the Constitution for the reasons mentioned in the reasoning of this decision.

4. Subsections 1 and 2 of section 2 of the Law regulating the legal status of citizens of other successor States to the former SFRY in the Republic of Slovenia are abrogated in the parts in which they determine a time-limit of three months for submitting an application for the issuance of a permit for permanent residence.

...

7. The legislature is obliged to remedy the unconstitutionality established in paragraphs 1, 2 and 3 of the operative provisions within six months from the date of the publication of this decision in the Official Gazette of the Republic of Slovenia.

8. The permanent residence status of citizens of other republics of the former SFRY is hereby established from 26 February 1992 onwards if they were removed on that day from the Register of Permanent Residents, by means of a permit for permanent residence issued on the basis of the Law regulating the legal status of citizens of other successor States to the former SFRY in the Republic of Slovenia, the Aliens Act (Official Gazette of the RS nos. 1/91-1 and 44/97), or the Aliens Act (Official Gazette of the RS no. 61/99). The Ministry of the Interior must as an official duty

issue supplementary decisions on the establishment of their permanent residence in the Republic of Slovenia from 26 February 1992 onwards.

Reasons:

...

15. As the challenged Act does not enable citizens of other republics to acquire permanent resident status from the day when it was not formally recognised in their case [that is, when such status was taken away], and thus only partially remedies the established unconstitutionality, it is inconsistent with the Constitution. The principle of legal certainty as one of the principles of a State governed by the rule of law under Article 2 of the Constitution requires that the position of the persons concerned should not remain unregulated for any period of time. Permanent resident status is an important linking aspect for claiming certain rights and legal benefits which the persons concerned could not claim owing to the legally unregulated state of affairs. Their position in the Republic of Slovenia was legally uncertain owing to the unregulated state of affairs, as by acquiring the status of foreigner they lost their permanent resident status on the territory of the Republic of Slovenia and found themselves in an unregulated position or in an essentially worsened legal position (for example, that of having temporary resident status), which has lasted, in the case of some of the adversely affected persons, for as long as ten years. From the recommendation that the National Assembly made in the light of the seventh annual report of the Human Rights Ombudsman for the year 2001 (Official Gazette of the RS no. 2/03), it follows that the issue of the legal position of such citizens of other republics still calls for legal regulation.

...

22. On account of the fact that their permanent resident status was not recognised from the day when their legal status was changed, following the gaining of independence by the Republic of Slovenia, to the [different] status of a foreigner, citizens of other republics were not able to assert certain rights that they would otherwise have been entitled to as foreigners permanently residing in the Republic of Slovenia. The petitioners did not explicitly define these rights; however, from the decisions of the Constitutional Court it follows that these concerned, in particular, the right to the advance payment of a military pension, the right to social security benefits and the ability to change one's driving licence. ..."

...

THE LAW

I. PRELIMINARY ISSUES

...

C. The Government's objection of lack of victim status

243. The Government submitted that the six applicants (Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić) who had

been granted both *ex nunc* and *ex tunc* permanent residence permits after the 2010 Chamber judgment (see paragraphs 95, 123, 133, 158, 173 and 194 above) could no longer claim to be “victims” of the facts complained of within the meaning of Article 34 of the Convention.

244. The applicants challenged this position.

1. *The parties' submissions*

(a) **The Government**

245. The Government maintained that it was an irrefutable fact that the “erasure” was illegal and had led to an unconstitutional situation. The Republic of Slovenia had acknowledged this at both a symbolic and a legal level. On 15 June 2010 the President of the National Assembly had publicly apologised to the “erased”, as had the Minister of the Interior on 22 June 2010 (see paragraph 75 above). As to the legal level, from 1999 onwards the Constitutional Court had held on several occasions that the “erasure” was unconstitutional (see paragraphs 41-48, 52-56, 58-60 and 214-15 above). The applicants’ allegation that the Republic of Slovenia continued to deny the illegality of the “erasure” was therefore not accurate. Significant steps had been undertaken in order to comply fully with the Constitutional Court’s decisions and to redress the unlawfulness and the unconstitutionality of the “erasure”.

246. The amended Legal Status Act, which had been passed on 8 March 2010 and had come into force on 24 July 2010 (see paragraphs 71, 76-79 and 211 above), had eliminated the remaining unconstitutionality in the domestic legislation, offering the applicants who had not yet settled their legal status the possibility of requesting both *ex nunc* and *ex tunc* residence permits. With this special remedy, the legislature had provided for moral satisfaction as a special form of redress for the consequences of violations resulting from the “erasure”.

247. As to the six applicants (Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić) who had been granted both *ex nunc* and *ex tunc* permanent residence permits after the Chamber judgment, their status was equivalent to that of Mr Petreš and Mr Jovanović, who had been considered to have lost their “victim” status by the Chamber. The application in respect of them should therefore be declared inadmissible.

248. The same should apply to the remaining applicants (Mr Dabetić and Mrs Ristanović), who had never started proceedings in Slovenia with a view to requesting permanent residence permits.

249. Contrary to what the applicants alleged, a permanent residence permit was definitely not just “a piece of worthless paper”. It gave the holder

access to twenty-seven different rights in the field of social care, including pension rights, education, health and access to the labour market. As far as those rights were concerned, permanent residents were placed on the same level as Slovenian citizens. They did not enjoy the same political rights, but could vote in local elections.

250. As to compensation claims, Article 26 of the Constitution (see paragraph 203 above) provided for the right to compensation for damage caused by a civil authority. The applicants and other “erased” persons had the possibility of bringing civil proceedings in order to claim compensation for pecuniary and non-pecuniary damage under the Code of Obligations 2001, and could eventually lodge a constitutional appeal. In paragraph 43 of its decision of 10 June 2010, the Constitutional Court had held that “the delivery of decisions on the basis of the Legal Status Act and the amended Legal Status Act on its own did not imply a new type of State liability for damage or a new legal basis for enforcing claims for damages” (see paragraph 74 above). Claiming damages was also possible under section 14 of the State Attorney Act (see paragraph 213 above).

251. In their submissions after the hearing, the Government relied on the Constitutional Court’s decision of 5 July 2011 in one of the cases brought by the “erased”, from which it followed that the Constitutional Court had not yet taken a position on the question of State liability for the damage caused by the “erasure” (see paragraph 82 above). In addition, on 26 September 2011 the Constitutional Court had not accepted for consideration a constitutional appeal lodged by one of the “erased” (see paragraph 83 above).

252. The Government observed that none of the applicants had claimed compensation before the domestic courts. Only Mr Berisha and Mr Minić had filed a claim for damages with the State Attorney’s Office, which had been rejected. Mr Berisha had not instituted court proceedings (see paragraph 160 above).

(b) The applicants

253. The six applicants who had been granted both *ex nunc* and *ex tunc* permanent residence permits in the course of the proceedings before the Grand Chamber remained in their view “victims” of the human rights violations caused by the “erasure” since they had not received any proper redress for the breaches of the Convention.

254. Although it followed from the earlier case-law and also some later decisions that an applicant could cease to be a “victim” if a remedy was provided in the course of the proceedings (they cited, *inter alia*, *Maaouia v. France* (dec.), no. 39652/98, ECHR 1999-II; *Pančenko v. Latvia*

(dec.), no. 40772/98, 28 October 1999; and *Mikheyeva v. Latvia* (dec.), no. 50029/99, 12 September 2002), the recent case-law under Article 8 of the Convention clearly indicated that the recognition of a violation was not sufficient in this respect; “adequate” redress, including the reparation of adverse consequences suffered by the applicants over a long period of time, was also required (they cited *Aristimuño Mendizabal v. France*, no. 51431/99), § 79, [17 January 2006]; *Mengesha Kimfe v. Switzerland*, no. 24404/05, §§ 41-49, 29 July 2010; and *Agraw v. Switzerland*, no. 3295/06, §§ 27-34, 29 July 2010). The Court had also made a distinction between cases involving deportation of non-nationals, and those concerning the failure to regulate the applicant’s legal status over a long period. In the first category of cases, an applicant could no longer claim to be a “victim” if the deportation measure was not enforceable or if he or she had been issued with a residence permit (the applicants referred to *Sisojeva and Others v. Latvia* (striking out) [GC], no. 60654/00), § 100, [ECHR 2007-I], and *Kaftailova v. Latvia* (striking out) [GC], no. 59643/00), §§ 52-54, [7 December 2007]). On the other hand, in the second category of cases (*Aristimuño Mendizabal*, *Mengesha Kimfe*, and *Agraw*, cited above) the Court had clearly stated that the issuance of residence permits was not enough, especially on account of the lapse of time needed to grant them. The present application was more similar to the second category of cases.

255. The issuance of the residence permits to the six applicants, which was a measure preventing the continuation of a violation, could not be seen as recognition by the Slovenian authorities – at least in substance – of the violation complained of. The authorities had continued to deny that their actions were illegal. Here, unlike in the Latvian cases, the deprivation of permanent residence status had been carried out in flagrant breach of domestic law. Finally, the retrospective nature of the permanent residence permits remained only declaratory since the applicants were unable to receive proper reparation under the domestic legislation. For that reason, the permits were “just a piece of paper”.

256. As to Mr Dabetić and Mrs Ristanović, the State should regulate their legal status *ex proprio motu* by issuing retrospective permanent residence permits in compliance with the Constitutional Court’s decisions.

257. Finally, as to the question of pecuniary and non-pecuniary compensation, the amended Legal Status Act contained no specific provisions. Moreover, claiming damages before the domestic courts on the basis of the ordinary rules on tort liability would be virtually impossible. According to the latest statistics, by May 2011 the Ministry had dealt with 157 compensation claims. Out of these, 41 claims had been dismissed with final effect by the domestic courts. Only 15 had been challenged before the

Supreme Court and 5 of them had been dismissed. In addition, 8 of the “erased” had brought claims directly before the courts. None of them had been successful (see paragraph 83 above). The main reason for the rejection of the claims was the application of statutory limitations under the Code of Obligations: three years since the victim had learned of the damage and five years since the damage had occurred. The domestic courts had so far deemed that the latter date was 12 March 1999, when the Constitutional Court’s first leading decision had been published in the Official Gazette.

2. *The Chamber judgment*

258. The Chamber did not have the opportunity to rule on this plea, which related to facts that occurred after the delivery of its judgment (see paragraph 243 above).

3. *The Grand Chamber’s assessment*

259. The Court reiterates that it falls, firstly, to the national authorities to redress any alleged violation of the Convention. In this regard, the question whether an applicant can claim to be a “victim” of the alleged violation is relevant at all stages of the proceedings under the Convention (see, *inter alia*, *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 30, ECHR 2002-III). A decision or measure favourable to the applicant is not in principle sufficient to deprive him of his status as a “victim” for the purposes of Article 34 of the Convention unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for the breach of the Convention (see, for example, *Eckle v. Germany*, 15 July 1982, §§ 69 et seq., Series A no. 51; *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 44, ECHR 1999-VI; *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, §§ 179-80, ECHR 2006-V; and *Gäffgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 115, ECHR 2010).

260. As to the redress which is “appropriate” and “sufficient” in order to remedy a breach of a Convention right at national level, the Court has generally considered this to be dependent on all the circumstances of the case, having regard, in particular, to the nature of the Convention violation at stake (see, for instance, *Gäffgen*, cited above, § 116).

261. The Court has held in a number of cases under Article 8 of the Convention relating to the deportation or extradition of non-nationals that the regularisation of an applicant’s stay or the fact that the applicant was no longer under threat of being deported or extradited – even if the case was still pending before the Court – was “sufficient” in principle to remedy a complaint under Article 8 (see *Pančenko*, cited above; *Yang Chun Jin alias Yang Xiaolin v. Hungary* (striking out), no. 58073/00, §§ 20-23, 8 March

2001; *Mikheyeva*, cited above; *Fjodorova and Others v. Latvia* (dec.), no. 69405/01, 6 April 2006; *Sisojeva and Others*, cited above, §§ 102-04; *Shevanova [v. Latvia (striking out)] [GC]*, no. 58822/00, §§ 48-50, [7 December 2007]; and *Kaftailova*, cited above, §§ 52-54).

262. Furthermore, the Court has already had occasion to indicate in the context of different Convention Articles that an applicant's "victim" status may also depend on the level of compensation awarded at domestic level, where appropriate, or at least on the possibility of seeking and obtaining compensation for the damage sustained, having regard to the facts about which he or she complains before the Court (see, for instance, *Gäffen*, cited above, § 118, in respect of a complaint under Article 3; *Normann v. Denmark* (dec.), no. 44704/98, 14 June 2001, and *Scordino*, cited above, § 202, in respect of a complaint under Article 6; and *Jensen and Rasmussen v. Denmark* (dec.), no. 52620/99, 20 March 2003, in respect of a complaint under Article 11). This finding applies, *mutatis mutandis*, to complaints concerning a breach of Article 8.

263. Turning to the present case, the Grand Chamber reiterates that it has no jurisdiction in respect of the complaints of Mr Petreš and Mr Jovanović, as they were declared inadmissible by the Chamber after the issuance of the *ex tunc* residence permits ...

264. However, no such procedural bar exists as far as Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić are concerned. The Grand Chamber therefore has jurisdiction to examine whether, notwithstanding the issuance of *ex nunc* and *ex tunc* residence permits, these six applicants can still claim to be victims of the alleged violations. This examination may therefore lead to different conclusions from those reached by the Chamber in respect of Mr Petreš and Mr Jovanović, despite the similarity of the facts at stake. Such a result is, however, an unavoidable consequence of the restricted scope of the Grand Chamber's jurisdiction ...

265. The Grand Chamber considers that the first condition for the loss of victim status, the acknowledgment of a violation by the national authorities, has been fulfilled. The administrative authorities granted permanent residence permits to the six applicants following the Constitutional Court's decisions finding the existing legislation unconstitutional and after the amendments to the Legal Status Act had been enacted. In addition, in June 2010, there was also an official acknowledgment of a violation of the applicants' rights on the part of the government and Parliament. The finding of a violation by the national authorities has therefore been made in substance (see, *mutatis mutandis*, *Scordino*, cited above, § 194).

266. Furthermore, the Grand Chamber notes that in several other cases concerning the regularisation of the status of aliens, including cases involving comparable circumstances of the break-up of a predecessor State, the Court has held that the applicants were no longer victims of the alleged violations of the Convention after the issuing of a permit and has declared their applications inadmissible or found that the regularisation arrangements made available to the applicants constituted an “adequate” and “sufficient” remedy for their complaints under Article 8 of the Convention and has thus decided to strike the cases out of its list. The fact that the applicants were no longer at risk of deportation has also been taken into account by the Court (see *Pančenko*, cited above; *Mikheyeva*, cited above; *Fjodorova and Others*, cited above; *Sisojeva and Others*, cited above, §§ 102-04; *Shevanova*, cited above, §§ 48-50; and *Kaftailova*, cited above, § 54). In some of these cases, however, the Court noted that the applicants were at least partly responsible for the difficulties encountered in regularising their status (see *Shevanova*, cited above, §§ 47 and 49; *Kaftailova*, cited above, § 50; and *Sisojeva and Others*, cited above, § 94).

267. However, whereas those cases related to specific problems, the Grand Chamber finds that one of the characteristics of the present case is the widespread human rights concern created by the “erasure”. Furthermore, this situation lasted nearly twenty years for the majority of the applicants, in spite of the Constitutional Court’s leading decisions, which were themselves not complied with for more than a decade (see *Makuc and Others [v. Slovenia]* (dec.), no. 26828/06, § 168, [31 May 2007]). Having regard to this lengthy period in which the applicants experienced insecurity and legal uncertainty and to the gravity of the consequences of the “erasure” for them, the Grand Chamber, unlike the Chamber, considers that the acknowledgment of the human rights violations and the issuance of permanent residence permits to Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić did not constitute “appropriate” and “sufficient” redress at the national level (see, *mutatis mutandis*, *Aristimuño Mendizabal*, cited above, §§ 67-69 and 70-72; *Mengesha Kimfe*, cited above, §§ 41-47 and 67-72; and *Agraw*, cited above, §§ 30-32 and 50-55).

268. As to the possibility of seeking and obtaining compensation at the domestic level (see paragraphs 250-52 and 257 above), the Court observes that none of the “erased” have so far been awarded compensation in a final and binding judgment for the damage sustained, although several sets of proceedings are currently pending (see paragraph 83 above). In addition, none of the applicants have so far been successful before the State Attorney’s Office in their claims for compensation. Therefore, their prospects of receiving compensation in Slovenia appear, for the time being, to be too

remote to be relevant for the purposes of the present case (see, *mutatis mutandis*, *Dalban*, cited above, § 44).

269. In conclusion, the Court holds that the six applicants who were awarded both *ex nunc* and *ex tunc* permanent residence permits in the course of the proceedings before the Grand Chamber may still claim to be “victims” of the alleged violations. The Government’s preliminary objection in this respect should accordingly be dismissed.

270. Lastly, as to the Government’s plea of lack of “victim” status in respect of the remaining applicants (Mr Dabetić and Mrs Ristanović), who never started proper proceedings in Slovenia with a view to being granted permanent residence permits, the Court finds that it is not necessary to examine it since these applicants’ complaints are in any event inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies ...

...

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

314. The applicants claimed that they had been arbitrarily deprived of the possibility of preserving their status as permanent residents in Slovenia. They relied on Article 8 of the Convention, which reads as follows:

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

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

A. The parties’ submissions

1. *The applicants*

315. The applicants alleged that they had not been in a position to submit a formal request for citizenship within the short period set out in the domestic legislation. As a result, on 26 February 1992 their names had been unlawfully “erased” from the Register. The applicants Mr Kurić, Mr Dabetić and initially also Mr Ademi were also unable to acquire citizenship of any other successor State of the SFRY and had become, *de facto*, stateless persons. Subsequently, the applicants had not been in a position to successfully apply for permanent residence in Slovenia until the entry into force of the amended Legal Status Act in 2010.

316. Before the Chamber, the applicants submitted that the provisions of the Aliens Act were neither accessible nor foreseeable in effect. With respect to accessibility, the authorities had failed to provide adequate and detailed information to all persons concerned. As to foreseeability, the Aliens Act did not expressly apply to the “erased” since it was designed to regulate the status of illegal aliens. In addition, the applicants regarded the Slovenian authorities’ overall conduct as arbitrary. The interference complained of was not proportionate to the aim allegedly pursued, namely the control of the entry and residence of aliens, since the applicants had had permanent residence in Slovenia at the time of its independence.

317. The applicants essentially agreed with the Chamber’s findings and urged that the Government’s passive attitude be stigmatised in stronger terms. They stated that they had not been properly informed about the consequences of not having successfully applied for Slovenian citizenship: public announcements and newspaper articles were not enough. The “erasure” had been carried out arbitrarily, without any legal basis and in secret, and had affected 25,671 persons.

318. It was only in 1999, after the decision of the Constitutional Court, that the “erased” had begun to discover what had really happened. In the subsequent years, the Constitutional Court’s decisions had been systematically and deliberately disregarded by the government and Parliament. The new framework legislation – the amended Legal Status Act – had been passed eleven years after the first leading decision on the unlawfulness of the “erasure” and seven years after the second leading ruling. Contrary to the Government’s submissions, the applicants submitted that no genuine change had taken place in the Slovenian authorities’ policy since that Act had been passed.

319. The “erased” were not only denied access to Slovenian citizenship but were also bereft of any legal status conferring “the right to have rights”. This was a serious encroachment on human dignity. The “erasure” irremediably affected their private or family life or both under Article 8 of the Convention, which also protected the right to establish details of a person’s identity as an individual human being (the applicants cited, *inter alia*, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI, and *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I). From being citizens in full possession of their rights, they had become illegal aliens overnight; some of them had also become stateless. They had lived for twenty years in a most precarious situation and been seriously hindered in the full enjoyment of their basic human rights. The difficulties the “erased” had to surmount were illustrated by the applicants’ personal histories.

320. The Government had continued to minimise the unlawfulness and arbitrariness of the “erasure”. The weakness of the Government’s argument that the presence of the “erased” was tolerated was brought out by the fact that many had been forcibly deported from Slovenia, including five of the present applicants.

321. The Government had also minimised the consequences ensuing from the Constitutional Court’s decisions of 1999 and 2003. The prior legislative framework or its implementation, or both, by the competent administrative authorities were clearly inadequate. Most of the applicants had obtained their residence permits very recently, under the amended Legal Status Act. In spite of that, their situation had not yet been resolved in the absence of any financial redress.

322. As to the amended Legal Status Act, only thirty permits had been granted so far. According to the official data, approximately 13,000 of the “erased” were therefore still waiting for the situation to be resolved. It was therefore clear that the effects of the Court’s judgment would extend well beyond the specific situations of each applicant since the judgment would concern the entire category of the “erased”.

323. As to the Government’s criticism of the Chamber’s findings concerning statelessness, the Chamber had in any event not ruled that the “erasure” as such had caused statelessness or that the violations of the applicants’ rights had originated from their statelessness, but had recorded an indisputable objective fact. The applicants believed that the Chamber should have gone further in assessing the real impact the “erasure” had had on citizenship rights, taking into account the relevant substantive and procedural rules of international law concerning the avoidance of statelessness. The “erasure” had created a factual situation in which it was much more difficult, and sometimes impossible, for the applicants to regularise their citizenship in accordance with the relevant legislation either in Slovenia or in the other former republics of the SFRY.

324. The Government’s assumption that every former SFRY citizen should have kept his or her previous republic citizenship was not entirely correct. There were many reported cases showing the opposite, such as that of Mr Dabetić (see paragraph 97 above). Mr Ademi had only recently, in August 2010, been issued with a passport by “the former Yugoslv Republic of Macedonia” (see paragraph 172 above). The Government had failed to give any consideration at all to situations where a person had not had the citizenship of a republic. This occurred in particular where the person concerned was born in Slovenia to parents with the citizenship of another republic or with no republic citizenship at all. Since 1968, the practice had been to enter one’s citizenship in the registers kept in Slovenia, but in

practice the relevant data were often not reported to the republic of origin in spite of the existing legislation. At the time of the dissolution of the SFRY, the government had been under an obligation to give all persons living in Slovenia a choice between obtaining Slovenian citizenship and a residence permit.

2. *The Government*

325. Before the Chamber, the Government submitted that the events in 1991 had involved the historic creation of a new State and that it had therefore been necessary, on the one hand, to establish rapidly a corpus of citizens in view of parliamentary elections and, on the other hand, to regulate the status of aliens, including that of citizens of the other former republics of the SFRY with permanent residence in Slovenia. This pivotal time for the establishment of a new State called for the quick adoption of decisions owing to the pressing social need. Under both the Statement of Good Intentions and the independence legislation (see paragraphs 21-22 and 24-25 above), the Republic of Slovenia had allowed citizens of the other former republics of the SFRY with permanent residence on its territory to acquire Slovenian citizenship by naturalisation under exceptionally favourable conditions. Those who had not taken advantage of this had become aliens and should have regularised their status. In the sphere of immigration, the State was entitled not only to regulate the stay and residence of aliens but also to take dissuasive measures, such as deportation. It had therefore been necessary to enact the appropriate legislation, which was accessible to the applicants and foreseeable in effect, in order to ensure public safety. Such legislation was necessary in a democratic society and proportionate to the aims pursued.

326. Before the Grand Chamber, the Government acknowledged that the “erasure” had been illegal and had led to an unconstitutional situation. They had fully complied in recent years with the Constitutional Court’s decisions in order to redress the consequences of the “erasure”: on 24 July 2010 the amended Legal Status Act had come into force, and in 2009, after the change in government, the Ministry had resumed issuing *ex tunc* permanent residence permits. Moreover, various media had been used to provide information to the “erased” (for example, a brochure, the Internet and a free telephone number). The Chamber judgment had failed to attach sufficient weight to these activities.

327. In 1991 the applicants had already been sufficiently informed, via publication in the Official Gazette and the press, about the possibility of regularising their status and the need to acquire a permanent or a temporary residence permit if they wished to continue residing in Slovenia under the general provisions of the Aliens Act (section 16). Between 1992 and 1997, a

total of 4,893 such permits had been issued and the relevant conditions had been interpreted favourably. Approximately 12,500 permanent residence permits had been granted under both the Legal Status Act and the amended Legal Status Act (see paragraphs 67, 76 and 80 above).

328. In addition, although Article 8 of the Convention could not be construed as guaranteeing, as such, the right to a particular type of residence permit, and although the choice as to the most appropriate means of achieving respect for the rights enshrined in the Convention was a matter for the domestic authorities alone (the Government cited *Sisojeva and Others*, cited above, § 91), the Republic of Slovenia had decided to grant the “erased” permanent retrospective residence permits, as the most favourable legal status for aliens. This exceeded the minimum required by the Convention.

329. The Government challenged in particular the statements contained in the Chamber judgment concerning the issue of statelessness. They stressed that the “erasure” had resulted only in the cessation of registered permanent residence and had had no impact on the individual’s citizenship. Therefore, the Chamber’s findings on this issue had been legally and substantively inaccurate.

330. They drew attention to the concept of “dual citizenship”: in principle, all SFRY citizens had had citizenship of one of the republics. Since the SFRY system had not permitted statelessness, the break-up of the SFRY should not have created it.

3. *The third parties*

331. Open Society Justice Initiative stated that a process by which individuals were left at risk of being arbitrarily denied citizenship and becoming stateless had such a profound impact upon the victims as to interfere with Article 8 of the Convention. According to data from the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), at the end of 2009 4,090 former SFRY citizens who had been “erased” in 1992 and were now stateless were living in Slovenia. According to a European Union study, only five stateless persons had been naturalised in Slovenia after 2002.

332. Under customary international law there was a positive obligation to avoid statelessness and to ameliorate the condition of those who were left stateless, especially in cases of State succession. Stateless persons were marginalised and particularly vulnerable. Open Society Justice Initiative relied on the provisions of the European Convention on Nationality, which placed a distinct emphasis on the importance of habitual residence in nationality rules, the notion of a “genuine and effective link” and the State’s

obligation to facilitate the acquisition of nationality by stateless persons habitually resident on the territory, and in particular children.

333. Moreover, the Council of Europe Convention on the Avoidance of Statelessness in relation to State Succession had come into force on 1 August 2010. The explanatory report stated that the avoidance of statelessness formed a part of customary international law that was binding on Slovenia, even though the latter had not ratified this treaty.

334. Serious issues of statelessness had occurred in the context of the successor States of the SFRY. Among the group of the “erased” in Slovenia, a significant number remained stateless. The fact that the SFRY successor States had chosen to grant nationality on the basis of the list of names in their registers on republic citizenship had had a number of consequences: some former SFRY citizens did not possess or could not prove their republic citizenship for different reasons (destruction of documents or registers or both in the context of an armed conflict, impossibility of obtaining confirmation of one’s republic citizenship at the place of birth, and so on). The UNHCR had had substantial information and legal-aid programmes in place for a number of years in five of the successor States. The situation had disproportionately affected vulnerable groups, particularly minority groups from other former republics and Roma.

335. The Government’s efforts to regularise the status of the “erased” by issuing residence permits *ex proprio motu* and by implementing the amended Legal Status Act were welcomed. However, the UNHCR remained concerned that the reforms would not allow all those affected by the “erasure” to receive a permanent residence permit and citizenship because of the onerous requirements imposed. The other third-party interveners basically agreed with the submissions of Open Society Justice Initiative.

B. The Chamber judgment

336. The Chamber observed that before 1991 the applicants had had their lawful permanent residence on Slovenian territory under the SFRY legislation applicable at the material time for several years, most of them for decades, and had had a stronger residence status than long-term migrants. They had all spent a substantial part of their lives in Slovenia and had developed there the network of personal, social, cultural, linguistic and economic relations that make up the private life of every human being; most of them had also formed families in Slovenia or maintained ties with their families living there.

337. The Chamber concluded that the applicants had therefore had a private or family life or both in Slovenia at the material time within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention. Furthermore, the repercussions

of the “erasure” and the prolonged refusal of the Slovenian authorities to regulate comprehensively the applicants’ situation constituted an interference with the exercise of their rights under Article 8 of the Convention, in particular in cases of statelessness (see paragraphs 348-61 of the Chamber judgment).

338. As to whether that interference was “in accordance with the law” under paragraph 2 of Article 8, the Chamber held that the “erasure” had been found to be unlawful by the Constitutional Court and saw no reason to depart from that court’s decisions. The Chamber therefore found a violation of Article 8, also in the light of relevant international-law standards aimed at the avoidance of statelessness, especially in situations of State succession (see paragraphs 362-76 of the Chamber judgment).

C. The Grand Chamber’s assessment

1. Whether Article 8 applied to the applicants’ complaints

339. The Grand Chamber observes at the outset that the Government did not contest before it that the “erasure” and its repercussions had had an adverse effect on the applicants and amounted to an interference with their “private or family life” or both within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention (see *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, § 96, ECHR 2003-X). Having regard to both parties’ arguments, the Grand Chamber sees no reason to depart from the Chamber’s findings that, although the “erasure” had been carried out before 28 June 1994, when the Convention came into force in respect of Slovenia, the applicants had a private or family life or both in Slovenia within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention at the material time, and that the “erasure” interfered with their Article 8 rights and continues to do so (see paragraph 337 above).

340. It remains to be examined whether that interference was compatible with the second paragraph of Article 8 of the Convention, that is, whether it was “in accordance with the law”, pursued one or more of the legitimate aims listed in that paragraph and was “necessary in a democratic society”.

2. Justification of the interference

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

341. According to the Court’s established case-law, the expression “in accordance with the law” requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, and it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and

foreseeable as to its effects (see *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 50, ECHR 2000-II, and *Slivenko*, cited above, § 100).

342. The Court observes that the “erasure” of the applicants’ names from the Register, together with the names of more than 25,000 other former SFRY citizens, occurred as a result of the joint effect of two sections of the independence legislation enacted on 25 June 1991: section 40 of the Citizenship Act and section 81 of the Aliens Act (see paragraphs 25 and 27 above). Those former SFRY citizens with the citizenship of one of the other republics and permanent residence in Slovenia who failed to submit requests for Slovenian citizenship by 25 December 1991, or whose requests had been rejected, fell under the second subsection of section 81 of the Aliens Act. On 26 February 1992, when the latter provision became directly applicable, the applicants became aliens.

343. The Court considers that section 40 of the Citizenship Act and section 81 of the Aliens Act were legal instruments which were accessible to any interested persons. The applicants could therefore have foreseen that, by failing to apply for Slovenian nationality, they would be treated as aliens. However, in the Court’s opinion, they could not reasonably have expected, in the absence of any clause to that effect, that their status as aliens would entail the unlawfulness of their residence on Slovenian territory and would lead to such an extreme measure as the “erasure”. In this connection, it is to be recalled that the “erasure” was carried out automatically and without prior notification. Nor were the applicants given the opportunity to challenge it before the competent domestic authorities or to give explanations as to the reasons for their failure to apply for Slovenian citizenship. The absence of any notification or personal information could have led them to believe that their status as residents had remained unchanged and that they could continue residing and working in Slovenia as they had done for several years. Indeed, it was only incidentally that they learned about the “erasure” (see paragraphs 89, 111, 126, 137, 162 and 177 above). Serious doubts may therefore arise as to the foreseeability of the measure complained of.

344. Moreover, the Court cannot but attach significant weight to the fact that, in its leading decision of 4 February 1999, the Constitutional Court held that the transfer of the names of the “erased” from the Register of Permanent Residents to the Register of Aliens without a Residence Permit had no domestic legal basis; neither the Aliens Act nor the Inhabitants’ Evidence of Residence and Population Registry Act provided for such *ex lege* deregistration and transfer (see paragraphs 41 and 214 above). Furthermore, the Constitutional Court found that no legal provision regulated the transition of the legal status of the “erased” to the status of aliens living in Slovenia; sections 13 and 16 of the Aliens Act (see paragraph 207 above)

were designed for aliens entering Slovenia and were therefore not applicable to the applicants (see paragraphs 41-42, 44-45 and 214 above). There was therefore a legal vacuum in the legislation at the time since, for those former SFRY citizens holding the citizenship of one of the other republics who fell within the scope of the second subsection of section 81 of the Aliens Act, no procedure was put in place to request permanent residence permits. Under section 13 of the Aliens Act, they could only apply for a temporary residence permit, as if they were aliens entering Slovenia with a valid visa who wished to remain longer on Slovenian territory.

345. In addition, it is evident from the administrative circulars addressed by the Ministry of the Interior to the administrative units, in particular those dated 27 February and 15 June 1992 relating to the implementation of the Aliens Act, the interpretation of section 81 and the keeping of records (see paragraphs 28, 30 and 35 above), that the Slovenian authorities were aware at the material time of the negative consequences of the “erasure”, which was carried out in secret. By definition, these administrative circulars were not accessible to the applicants.

346. The Court therefore finds that, until 8 July 1999, when the Legal Status Act was passed, the impugned Slovenian legislation and administrative practice which resulted in the “erasure” lacked the requisite standards of foreseeability and accessibility, as developed in the Court’s case-law.

347. It is true that following the Constitutional Court’s decision of 4 February 1999, on 8 July 1999 the Legal Status Act was passed in order to regulate the situation of the “erased” (see paragraphs 49-50 above). However, the Constitutional Court held on 3 April 2003 that certain provisions of the Legal Status Act were unconstitutional, in particular since they failed to grant the “erased” retrospective permanent residence permits and to regulate the situation of those who had been deported (see paragraphs 58-60 and 215 above). Finally, it took more than seven years for the latter decision of the Constitutional Court ordering general measures to be complied with, with the enactment of the amended Legal Status Act on 24 July 2010 (see paragraph 76 above).

348. It follows that, at least until 2010, the domestic legal system failed to regulate clearly the consequences of the “erasure” and the residence status of those who had been subjected to it. Therefore, not only were the applicants not in a position to foresee the measure complained of, but they were also unable to envisage its repercussions on their private or family life or both.

349. This is sufficient for the Court to come to the conclusion that the interference with the applicants’ Article 8 rights was not “in accordance with the law” and that this provision has been violated.

350. However, in the particular circumstances of the present case, and given the widespread repercussions of the “erasure”, the Court considers it necessary to examine also whether, quite apart from its lack of sufficient legal basis, this measure pursued a legitimate aim and was proportionate to it.

(b) Did the interference pursue a legitimate aim?

351. The Government submitted that at the time the new State was being created, the independence legislation had pursued the legitimate aim of protecting national security. Moreover, the right for the State to control the entry and residence of aliens within its territory presupposed that it could take dissuasive measures, such as deportation, against persons infringing immigration laws (see paragraph 325 above).

352. The Court considers that the aim of the independence legislation and the measures taken in respect of the applicants cannot be dissociated from the wider context of the dissolution of the SFRY, the achievement of Slovenia’s independence in 1991 and the establishment of an effective political democracy, which entailed the formation of a “corpus of Slovenian citizens” with a view to the holding of parliamentary elections. The interference complained of (the “erasure”) has to be seen within this general framework.

353. The Court therefore considers that with the enactment of the independence legislation, which contained an option for all citizens of the other former republics of the SFRY resident in Slovenia to acquire Slovenian citizenship within a short period of time only, the Slovenian authorities sought to create a “corpus of Slovenian citizens” and thus to protect the interests of the country’s national security (see, *mutatis mutandis*, *Slivenko*, cited above, §§ 110-11), a legitimate aim within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

(c) Was the interference “necessary in a democratic society”?

354. This independence legislation, however, had adverse consequences for those former SFRY citizens who had not applied for Slovenian citizenship within the prescribed time-limit of six months and who consequently became aliens unlawfully residing on Slovenian territory because their names had been “erased” from the Register of Permanent Residents. The Court will assess the compatibility of this measure with the applicants’ right to respect for their private or family life or both. It reiterates that a measure interfering with rights guaranteed by Article 8 § 1 of the Convention can be regarded as being “necessary in a democratic society” if it has been taken in order to respond to a pressing social need and if the means employed are

proportionate to the aims pursued. The Court's task consists in ascertaining whether the impugned measures struck a fair balance between the relevant interests, namely the individual's rights protected by the Convention on the one hand and the community's interests on the other (see *Slivenko*, cited above, § 113).

355. According to the Court's case-law, the Convention does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country and Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens (see, among many other authorities, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 73, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *El Boujaïdi v. France*, 26 September 1997, § 39, *Reports* 1997-VI; *Baghli v. France*, no. 34374/97, § 45, ECHR 1999-VIII; *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, § 39, ECHR 2001-IX; *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, § 54, ECHR 2006-XII; and *Slivenko*, cited above, § 115). However, measures restricting the right to reside in a country may, in certain cases, entail a violation of Article 8 of the Convention if they create disproportionate repercussions on the private or family life, or both, of the individuals concerned (see *Boultif*, cited above, § 55; *Slivenko*, cited above, § 128; *Radovanovic v. Austria*, no. 42703/98, §§ 36-37, 22 April 2004; and *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 100, ECHR 2008).

356. In the present case, the applicants, who, prior to Slovenia's declaration of independence, had been lawfully residing in Slovenia for several years, had, as former SFRY citizens, enjoyed a wide range of social and political rights. Owing to the "erasure", they experienced a number of adverse consequences, such as the destruction of identity documents, loss of job opportunities, loss of health insurance, the impossibility of renewing identity documents or driving licences and difficulties in regulating pension rights. Indeed, the legal vacuum in the independence legislation (see paragraph 344 above) deprived the applicants of their legal status, which had previously given them access to a wide range of rights.

357. Allegedly, the "erasure" was a consequence of their failure to seek to obtain Slovenian citizenship. However, the Court points out that an alien lawfully residing in a country may wish to continue living in that country without necessarily acquiring its citizenship. As shown by the difficulties faced by the applicants, for many years, in obtaining a valid residence permit, the Slovenian legislature failed to enact provisions aimed at permitting former SFRY citizens holding the citizenship of one of the other republics to regularise their residence status if they had chosen not to become Slovenian citizens or had failed to do so. Such provisions would not

have undermined the legitimate aims of controlling the residence of aliens or creating a corpus of Slovenian citizens, or both.

358. In this connection, the Court reiterates that, while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective “respect” for private or family life or both, in particular in the case of long-term migrants such as the applicants (see, *mutatis mutandis*, *Gül v. Switzerland*, 19 February 1996, § 38, *Reports* 1996-I; *Ahmut v. the Netherlands*, 28 November 1996, § 67, *Reports* 1996-VI; and *Mehemi v. France (no. 2)*, no. 53470/99, § 45, ECHR 2003-IV).

359. The Court is of the opinion that, in the particular circumstances of the present case, the regularisation of the residence status of former SFRY citizens was a necessary step which the State should have taken in order to ensure that failure to obtain Slovenian citizenship would not disproportionately affect the Article 8 rights of the “erased”. The absence of such regulation and the prolonged impossibility of obtaining valid residence permits have upset the fair balance which should have been struck between the legitimate aim of the protection of national security and effective respect for the applicants’ right to private or family life or both.

(d) Conclusion

360. The Court considers that, despite the efforts made after the Constitutional Court’s decisions of 1999 and 2003, as well as recently with the enactment of the amended Legal Status Act, the Slovenian authorities have failed to remedy comprehensively and with the requisite promptness the blanket nature of the “erasure” and its grave consequences for the applicants.

361. For the reasons set out above, the measures complained of were neither “prescribed by law” nor “necessary in a democratic society” to achieve the legitimate aim of the protection of national security.

362. Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention.

...

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

373. The applicants claimed that in the enjoyment of their rights under Article 8 of the Convention they had been discriminated against on the

ground of their national origin when compared to other foreign citizens (the so-called “real” aliens) who continued to live in Slovenia on the basis of temporary or permanent residence permits.

374. They relied on Article 14 of the Convention, which reads as follows:

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

A. The parties’ submissions

1. The applicants

375. The applicants argued that they had been treated less favourably than “real” aliens who had lived in Slovenia since before independence and whose permanent residence permits remained valid under section 82 of the Aliens Act.

376. In the applicants’ view, the issue of discriminatory treatment of the “erased” was one of the main features of the present case, and the Grand Chamber should examine the merits of their complaint under Article 14 (they cited *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 89, ECHR 1999-III, and *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, §§ 160-68, ECHR 2005-VII). They emphasised that the Constitutional Court itself had confirmed the existence of discrimination. If the continuous right to residence of “real” aliens was recognised by the Aliens Act, the same should apply all the more to the “erased”.

377. Lastly, the applicants contested the Government’s allegations (see paragraph 379 below) that positive discrimination had been carried out in respect of them since they had not been subjected to deportation; five of the applicants had in fact been deported.

2. The Government

378. The Government stated that, at the time of its independence, the Republic of Slovenia had allowed citizens of the other former republics of the SFRY with permanent residence in Slovenia to acquire Slovenian citizenship under exceptionally favourable conditions. In addition, the 1991 Constitutional Law guaranteed them equal treatment to Slovenian citizens until their acquisition of Slovenian citizenship or the expiry of the time-limit set by the Aliens Act (see paragraph 202 above). However, bearing in mind

the necessity of forming a corpus of Slovenian citizens – especially with a view to the holding of the 1992 parliamentary elections – this equality in treatment could not last indefinitely. Therefore, it was up to the permanent residents without Slovenian citizenship to seize the opportunity to acquire citizenship of the independent Slovenia; this was not granted automatically.

379. The applicants' position was therefore linked to the fact that they, as aliens, had not acquired permanent residence permits. They had been treated like all other aliens without a residence permit. As to the SFRY legislation and the provisions of the Aliens Act, the applicants and the "real" aliens had never been in a comparable situation. Moreover, the applicants had benefited from positive discrimination, since they had in principle not been deported from Slovenia.

3. *The third parties*

380. Apart from the Serbian Government, the other third parties' submissions before the Chamber focused primarily on the issue of discrimination, which had been recognised as being of fundamental importance in the Court's case-law.

381. The third-party interveners stated that the "erased" had been subject to discrimination, both direct and indirect, on the ground of national origin or ethnicity or both (citing *D.H. and Others v. the Czech Republic* [[GC], no. 57325/00], § 175, [ECHR 2007-IV]). The Aliens Act contained stricter provisions for the "erased" than for other aliens. Because the Slovenian population was ethnically homogeneous as compared to other former SFRY republics, the "erasure" disproportionately affected non-ethnic Slovenes, former SFRY minorities and Roma, thereby also discriminating among residents on ethnic grounds. There was no objective justification for what had resulted in decades of legal limbo experienced by the "erased". Lastly, other Council of Europe bodies had interpreted the right to non-discrimination as requiring positive action on the part of member States.

B. The Chamber judgment

382. The Chamber considered that, in view of its finding of a violation of Article 8 of the Convention, it was not necessary to rule on the applicants' complaint under Article 14 (see paragraph 400 of the Chamber judgment).

C. The Grand Chamber's assessment

383. Having regard to the importance of the discrimination issue in the present case, the Grand Chamber considers, unlike the Chamber, that

the applicants' complaint under Article 14 of the Convention should be examined.

1. Applicability of Article 14 of the Convention

384. As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts in issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, among many other authorities, *Van Raalte v. the Netherlands*, 21 February 1997, § 33, *Reports* 1997-I; *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, *Reports* 1998-II; and *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 42, ECHR 2006-VIII).

385. In the present case, the Court has found that the measures complained of constituted an unlawful interference with the applicants' “private or family life” or both within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention (see paragraph 339 above). Article 8 thus being applicable to the facts of the case, Article 14 is applicable too.

2. Compliance with Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8

(a) General principles

386. According to the Court's well-established case-law, discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations (see *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV). A difference in treatment has no objective and reasonable justification if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised. Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible (see, among many other authorities, *Oršuš and Others v. Croatia* [GC], no. 15766/03, § 156, ECHR 2010).

387. The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 42, *Reports* 1996-IV). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background (see *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, § 40,

Series A no. 87, and *Inze v. Austria*, 28 October 1987, § 41, Series A no. 126), but the final decision as to observance of the Convention's requirements rests with the Court. Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must, however, have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved (see *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, § 54, ECHR 2004-X, and, *mutatis mutandis*, *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV).

388. That being said, Article 14 does not prohibit Contracting Parties from treating groups differently in order to correct "factual inequalities" between them. Indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may, without an objective and reasonable justification, give rise to a breach of that Article (see *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV, and *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 44, ECHR 2009). The Court has also accepted that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group, and that discrimination potentially contrary to the Convention may result from a *de facto* situation (see *D.H. and Others v. the Czech Republic*, cited above, § 175, and the authorities cited therein).

389. Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified (*ibid.*, § 177).

(b) Whether there has been a difference in treatment between persons in similar situations

390. Turning to the instant case, the Court observes that the status of citizens of States other than the former SFRY republics who had lived in Slovenia before its independence (the so-called "real" aliens) was regulated by section 82 of the Aliens Act, which provided that their permanent residence permits remained valid (see paragraph 207 above). However, the Aliens Act failed to regulate the status of the citizens of other SFRY republics who were residing in Slovenia. As noted above (see paragraph 344), this legal vacuum resulted in the "erasure" of the latter and the unlawfulness of their stay on Slovenian territory.

391. It could be argued that before the independence of Slovenia there was a difference between these two groups, since one was composed of aliens, whereas the other was composed of citizens of the former federal State of which Slovenia was a constituent part. However, in the Court's opinion,

after the declaration of independence and the coming into existence of the new State, their situation became at least comparable. The two groups were both composed of aliens holding citizenship of a State other than Slovenia or stateless people. As an effect of the “erasure”, members of only one of the groups could keep their residence permits.

392. Therefore, there has been a difference in treatment between two groups – “real” aliens and citizens of former SFRY Republics other than Slovenia – which were in a similar situation in respect of residence-related matters.

(c) Whether there is objective and reasonable justification

393. The Court does not see how the necessity, referred to by the Government, of forming a corpus of Slovenian citizens with a view to the holding of parliamentary elections in 1992 (see paragraph 378 above) could have required differential treatment in granting foreigners the possibility of residing in Slovenia, as a residence permit did not confer the right to vote on the holder. It is true that only the “erased”, and not “real” aliens, were given the possibility of acquiring Slovenian nationality under favourable conditions. However, the Court has already pointed out that, as such, a failure to apply for citizenship cannot be considered a reasonable ground for depriving a group of aliens of their residence permits (see paragraph 357 above).

394. Under these circumstances, the Court considers that the differential treatment complained of was based on the national origin of the persons concerned – as former SFRY citizens were treated differently from other foreigners – and that it did not pursue a legitimate aim and therefore lacked an objective and reasonable justification (see, *mutatis mutandis*, *Sejdić and Finci*, cited above, §§ 45-50). Moreover, the situation of the former SFRY citizens, including the applicants, was significantly altered after the declaration of independence when compared to that of “real” aliens. Before 1991, former SFRY citizens were, in matters connected to residence, in a privileged position in comparison with “real” aliens. At the relevant time, citizenship of the federal State could have been seen as an objective ground for such preferential treatment. However, as a consequence of the independence legislation, former SFRY citizens suddenly found themselves in a situation of unlawfulness which has been found to breach Article 8 (see paragraphs 361-62 above) and in a disadvantaged position *vis-à-vis* “real” aliens, as only the permanent residence permits of the latter remained valid, even in the absence of an application for Slovenian nationality (see paragraph 390 above). In the Court’s view, the legislation at stake thus placed a disproportionate and excessive burden on former SFRY citizens.

395. The above conclusion is also confirmed by the decision of 4 February 1999 in which the Constitutional Court held that the “erased” were in a less favourable legal position than “real” aliens who had been living in Slovenia before independence and whose special permanent residence permits remained valid under section 82 of the Aliens Act (see paragraph 42 above).

396. Having regard to the foregoing, the Court finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

V. ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

397. Article 46 of the Convention provides, in so far as relevant:

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

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

...”

398. Under this provision, the applicants requested the Court to indicate general measures aimed at redressing the situation of the “erased”.

A. The parties’ submissions

1. *The applicants*

399. The applicants submitted that, at this stage and in the absence of any settled practice, the enactment and implementation of the amended Legal Status Act could not be regarded as general measures capable of removing the systemic violation of the rights of the “erased”.

400. The amended Legal Status Act was *prima facie* an insufficient legal remedy, the decision of 3 April 2003 being applied in the most minimal and restrictive way, preserving the main features and requirements of the previous legislation. The condition of “actually residing in Slovenia” had been changed in order to include some exceptions. However, not all the cases of the “erased” fell under any of the exceptions mentioned. The procedure was cumbersome and costly and the burden of proof was incumbent on the “erased”. In the event of prolonged absence from Slovenia, they had to show that they had tried to return during the first ten years, which was extremely difficult to prove. It was therefore not surprising that according to the latest statistics as of June 2011, out of 127 applications submitted

(from a total of 13,000 eligible persons), only 30 had been successful while 60 had been dismissed. The heavy rate of rejected applications showed that the legislation had serious shortcomings.

401. As to the individual measures, the issuing of permanent residence permits did not constitute sufficient redress for the violations found. The serious non-pecuniary and pecuniary damage suffered required further remedial action, namely the adoption of individual measures of reparation. This had also been stressed in the 2010 concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. The Council of Europe's Commissioner for Human Rights had also stated that other measures were necessary in order to redress the violations suffered by the "erased", for instance in relation to family reunion. He had stressed that the new legislation did not provide for any specific mechanism for affording fair compensation for the many years of unregulated status. The concluding observations of the Committee against Torture had also urged the respondent Government to facilitate the full integration of the "erased", including those belonging to Roma communities. Furthermore, the three above-mentioned international bodies had pointed out the shortcomings of the amended Legal Status Act.

2. The Government

402. The Government maintained that the enactment and implementation of the amended Legal Status Act had constituted an appropriate, comprehensive and general measure for ensuring the right to private or family life, or both, of the "erased". With this, the Constitutional Court's decision of 2003 had been fully implemented.

403. In their view, the Chamber had failed to attach sufficient weight to the fact that the amended Legal Status Act was about to come into force. The Republic of Slovenia had therefore already taken appropriate steps before the delivery of the Chamber judgment. Moreover, various media had been used to provide information to the "erased" (a brochure, the Internet, a free telephone number, and so on). This was also the main reason referral to the Grand Chamber had been requested.

404. Furthermore, on 25 November 2011 an intergovernmental commission had been set up in order to deal with the problem of the "erased". The implementation of the Act was also regularly monitored by the authorities. 64 permanent residence permits and 111 supplementary permits had been issued under the amended Legal Status Act. Altogether, 12,500 of the "erased" had regularised their status.

B. The Chamber judgment

405. The Chamber held that the nature of the violation found on account of the failure by the Slovenian legislative and administrative authorities to comply with the Constitutional Court's decisions clearly indicated the appropriate general and individual measures to be adopted in the Slovenian domestic legal order: enactment of appropriate legislation and regularisation of the situation of the individual applicants by issuing retrospective permanent residence permits (see paragraphs 401-07 of the Chamber judgment).

C. The Grand Chamber's assessment

406. By Article 46 of the Convention the High Contracting Parties undertake to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to choose the general or, if appropriate, individual measures, or both, to be adopted. As the Court's judgments are essentially declaratory, the respondent State remains free, subject to the supervision of the Committee of Ministers, to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII; *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00], § 119, [ECHR 2006-II]; and *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, § 238, 22 December 2008).

407. However, in exceptional cases, with a view to helping the respondent State to fulfil its obligations under Article 46, the Court will seek to indicate the type of measure that might be taken in order to put an end to a situation it has found to exist (see, for example, *Broniowski [v. Poland]* [GC], no. 31443/96], § 194, [ECHR 2004-V]).

408. In the present case, the Court has found violations of the applicants' rights guaranteed by Articles 8, 13 and 14, which essentially originated in the prolonged failure of the Slovenian authorities, in spite of the Constitutional Court's leading judgments, to regularise the applicants' residence status following their "erasure" and to provide them with adequate redress.

409. The "erasure" concerned an entire category of former SFRY citizens with permanent residence in Slovenia who had the citizenship of

one of the other former SFRY republics at the time of Slovenia's declaration of independence. It has therefore affected and still affects a large number of persons.

410. However, it should be borne in mind that various legislative reforms, notably the amended Legal Status Act (see paragraphs 76-79 and 211 above), have been implemented since the delivery of the Chamber judgment. This new law enables the "erased" to take steps to regularise their residence in Slovenia. It is also worth noting that the six applicants in respect of whom the Court has found a breach of the Convention have been provided with permanent residence permits (see paragraphs 95, 123, 133, 158, 173 and 194 above), and that the Government have set up an intergovernmental commission in order to monitor the implementation of the amended Legal Status Act and to tackle the problem of the "erased" (see paragraph 404 above).

411. It is true that the amended Legal Status Act has been in place since 24 July 2010 and that some international monitoring bodies have pointed out certain of its shortcomings ... However, the Court considers that it would be premature at this stage, in the absence of any settled domestic practice, to examine whether the reforms outlined above and the various steps taken by the Government have achieved the result of satisfactorily regulating the residence status of the "erased" (see, *mutatis mutandis*, *Sejdovic*, cited above, §§ 119 and 123).

412. At the same time, the Court has found that the applicants were not awarded proper financial redress for the years during which they were in a position of vulnerability and legal insecurity and that, as matters currently stand, the possibility of obtaining compensation at the domestic level in civil proceedings or before the State Attorney's Office is still remote (see paragraph 268 above). Therefore, the Court finds that the facts of the case disclose the existence, within the Slovenian legal order, of a shortcoming as a consequence of which all of the "erased" are still denied compensation for the infringement of their fundamental rights.

413. The Court considers that the present case is suitable for the adoption of a pilot-judgment procedure within the meaning of Rule 61 of the Rules of Court, given that one of the fundamental implications of this procedure is that the Court's assessment of the situation complained of in a "pilot" case necessarily extends beyond the sole interests of the individual applicants and requires it to examine that case also from the perspective of the general measures that need to be taken in the interest of other potentially affected persons (see *Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, § 36, ECHR 2005-IX, and *Hutten-Czapska v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 35014/97, § 33, 28 April 2008). In this

connection, the Court observes that, further to the pilot judgment in *Lukenda v. Slovenia* (no. 23032/02, §§ 89-98, ECHR 2005-X), concerning the excessive length of judicial proceedings and the malfunctioning of the domestic legal system in this respect, the Government adopted a number of measures, including the setting up of a special financial mechanism. This has enabled the Court to dispose of a large number of pending cases.

414. Although only a few similar applications lodged by “erased” persons are currently pending before the Court, in the context of systemic, structural or similar violations the potential inflow of future cases is also an important consideration in terms of preventing the accumulation of such repetitive cases on the Court’s docket. As regards the consultation of the parties to the proceedings on this matter, as provided for by Rule 61 § 2 (a), the Court would point out that this provision came into force on 1 April 2011, well after this case was brought before the Grand Chamber, thus preventing it from being applied in the present case.

415. The Court therefore decides to indicate, in accordance with Rule 61 § 3, that the respondent Government should, within one year, set up an *ad hoc* domestic compensation scheme (see, *mutatis mutandis*, *Hutten-Czapska [v. Poland]* [GC], no. 35014/97, § 239, [ECHR 2006-VIII], and *Xenides-Arestis v. Turkey*, no. 46347/99, § 40, 22 December 2005). Pursuant to Rule 61 § 6 (a), the examination of all similar applications will be adjourned pending the adoption of the remedial measures in issue.

VI. ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

416. 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.”

417. The applicants claimed awards for pecuniary and non-pecuniary damage, as well as the reimbursement of the costs and expenses incurred before the Court. The Government disputed their claims.

A. The parties’ submissions

1. *The applicants*

418. The applicants contended that the Government’s position that they should first file their compensation claims before the domestic courts or the State Attorney’s Office had no merit (they cited *Barberà, Messegué*

and Jabardo v. Spain (Article 50), 13 June 1994, § 17, Series A no. 285-C). The admissibility of claims for just satisfaction was not subordinate to the prior exercise of domestic legal remedies. This was particularly true where, as in the present case, the remedies in question were manifestly incapable of offering the injured parties a speedy and simple opportunity to obtain pecuniary reparation.

419. Before the Grand Chamber, the applicants updated their just satisfaction claims. Each applicant with no income requested an amount corresponding to the social and housing allowances which he or she could have received if the “erasure” had not taken place.

The applicants submitted the following claims in respect of pecuniary damage:

- Mr Kurić: 37,929.85 euros (EUR);
- Ms Mezga: EUR 58,104.03;
- Mr Ristanović: EUR 15,698.07;
- Mr Berisha: EUR 104,174.25;
- Mr Sadik: EUR 41,374.95;
- Mr Minić: EUR 40,047.24.

420. Furthermore, in respect of non-pecuniary damage, the applicants stated that the “erasure” had had extremely serious consequences for them and had caused dramatic and wide-ranging upheaval in their lives: unregulated status, loss of employment, living conditions unworthy of a human being and serious health problems for many of them. In short, they had sustained different forms of suffering recognised by the Court’s case-law: pain and feelings of deep instability and insecurity about the future, which they had endured for an extremely long period, anxiety deriving from the danger of deportation, and a deep sensation of anxiety and sadness because of xenophobic attitudes and because of the absence of effective remedies. They contended that the non-pecuniary damage should be calculated from February 1999, the date of the Constitutional Court’s first decision, and claimed the following amounts:

- Mr Kurić: EUR 147,822;
- Ms Mezga: EUR 151,986;
- Mr Ristanović: EUR 151,986;
- Mr Berisha: EUR 146,781;
- Mr Sadik: EUR 154,068;
- Mr Minić: EUR 154,068.

421. Lastly, the applicants claimed EUR 49,975.82, plus value-added tax and additional taxes (EUR 62,369.82), for the costs and expenses incurred before the Court. They pointed out that given the exceptional circumstances of the case and their extremely poor living conditions, their

representatives had agreed to waive their fees should the Court reject their complaints. Therefore, no payment had been made so far by the applicants, and no relevant supporting documents could be produced.

2. The Government

422. The Government stated that none of the applicants had claimed compensation before the domestic courts. Only Mr Berisha and Mr Minić had filed a partial claim for damages with the State Attorney's Office, which had been rejected.

B. The Chamber judgment

423. The Chamber considered that the question of the application of Article 41 of the Convention was not ready for decision and accordingly decided to reserve it as a whole (see paragraphs 422-23 of the Chamber judgment and point 7 of its operative provisions).

C. The Grand Chamber's assessment

1. Pecuniary damage

424. In the circumstances of the present case, the Court considers that the question of compensation for pecuniary damage is not ready for decision. That question must accordingly be reserved and the subsequent procedure fixed, having due regard to any agreement which might be reached between the Government and the applicants and in the light of such individual or general measures as may be taken by the Government in the execution of the present judgment (Rules 61 § 7 and 75 § 1 of the Rules of Court).

2. Non-pecuniary damage

425. Having regard to the nature of the violations found in the instant case and the suffering endured by the applicants, the Court is prepared to uphold their claims in part and to award, on an equitable basis, EUR 20,000 to each successful applicant (Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić) in respect of non-pecuniary damage.

3. Costs and expenses

426. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to reimbursement of his costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and were reasonable as to quantum (see, for example, *Iatridis v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 31107/96, § 54, ECHR 2000-XI).

427. The Court notes that the case involved perusing a certain amount of factual and documentary evidence and required a fair degree of research and preparation. Although the Court does not doubt that the fees claimed were actually incurred, it considers the amount claimed for the costs and expenses relating to the proceedings before it excessive. Having regard to the fact that the legal issues raised by the application were similar for all the applicants, the Court decides to award them the overall sum of EUR 30,000.

4. *Default interest*

428. 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

...

3. *Holds* unanimously that Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić may claim to be “victims”, for the purposes of Article 34 of the Convention, of the alleged violations of their Convention rights;

...

6. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

...

8. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8;

9. *Holds* unanimously that the respondent Government should, within one year of the delivery of the present judgment, set up an *ad hoc* domestic compensation scheme (see paragraph 415 above);

10. *Holds* unanimously that, as far as any pecuniary damage resulting from the violations found in the present case is concerned, the question of the application of Article 41 is not ready for decision and accordingly,

(a) *reserves* the said question in this respect;

(b) *invites* the Government and the applicants to submit, within three months, their written observations on the matter and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;

(c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Court the power to fix the same if need be;

11. *Holds* unanimously

(a) that the respondent State is to pay, within three months, the following amounts:

(i) EUR 20,000 (twenty thousand euros) each to Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable on these sums;

(ii) EUR 30,000 (thirty thousand euros) to the applicants jointly, plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

12. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claims under Article 41 in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 26 June 2012.

Vincent Berger
Jurisconsult

Nicolas Bratza
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 Zupančič;
- (b) partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Vučinić;
- (c) joint partly dissenting opinion of Judges Bratza, Tulkens, Spielmann, Kovler, Kalaydjieva, Vučinić and Raimondi;
- (d) partly dissenting opinion of Judge Costa;
- (e) joint partly dissenting opinion of Judges Kovler and Kalaydjieva.

N.B.

V.B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

Especially in the international jurisdiction, this case raises very serious moral dilemmas. Some of these questions, as we shall see, were blocked from arising within the much narrower scope of the national jurisdiction. However, the historical spirit of the Convention, stemming from the similar *sequelae* of the Second World War, both enables the larger perspective and – *necessitate nature* – requires it! Indeed, in this and in other important cases this specificity of the broader perspective and especially of the enhanced objectivity due to the distance from the isolated national theatre seems to be the historically maturing purpose of our own international jurisdiction.

The number of persons allegedly affected since 1992 by this officially authorised legalistic attempt at ethnic cleansing, as Judge Vučinić rightly calls it, stands at 25,671. Following the new 1999 Citizenship Act – ultimately in conformity with the first judgment of the Constitutional Court – at least 6,621 of the aggrieved have apparently so far demonstrated their legal interest and have in fact regularised their residence or citizenship status. Up until 31 January 2012 the administrative units of the Ministry of the Interior had registered 229 applications for permanent residence as well as 101 applications for *ex tunc* regularisation. They had issued 59 permanent residence permits; 83 applications were rejected, whereas 87 applications were still pending. They had rendered 52 special and *ex officio* positive decisions, as well as 74 decisions upon a special application; of these, 10 applications were rejected administratively, whereas 17 were still pending. Against these decisions an administrative appeal was possible; up until 31 January 2012 there were 29 administrative appeals to the Ministry of the Interior. Presumably, after that, recourse to a judicial decision is possible. Apparently, about half of the original 25,671 affected persons either no longer live in the Republic of Slovenia or have not so far manifested their legal interest in regularising their residence status. As for indemnification of the victims, the domestic law, as per the decision of the Constitutional Court, posted a five-year deadline ending in March 2004. Given the legislative disregard of the judgment of the Constitutional Court until 1999 and the obvious continuity of the violation, this closing date ought not to be applicable.

On the other hand, I hasten to add, one cannot be certain in how many of these cases the victims, that is, those entitled to standing (*legitimatō activa*) in potential future cases, have themselves indeed neglected to apply for their citizenship in due time. Also, the twenty-year postponement in legally resolving this question – on a case-by-case basis! – in the domestic legal system was to some extent due to the contrived and disingenuous

impression, maintained in the misled Slovenian public, to the effect that at least some of the aggrieved had brought the problem upon themselves; allegedly their procrastination was due to their own nationalist (Serbian, Croatian, and so on) ambivalence as to their *animus manendi* concerning their continued residence in the then newly established Republic of Slovenia. This was before, during and after the Balkan wars twenty years ago. One must therefore keep in mind that – at the time – it was far from obvious for many of those concerned, in the context of their own wishful thinking, that the megalomaniac myths of Greater Serbia or greater whatever in the Balkans were unfounded. The real, and not merely legal, victims of these primitive tribal wars – fraught with the narcissism of small differences and with the consequent unspeakable atrocities that followed in Croatia, Serbia and Bosnia and Herzegovina – are now counted in the hundreds of thousands of those killed, tortured, raped, and so on. Moreover, the perfidious instigation of certain continental European foreign intelligence services interested in the disintegration of Yugoslavia, which triggered the rest of the insane activation of the chauvinist and revanchist collective unconscious, has been duly publicised, especially in the American press, and is now an established historical fact. This unfortunate process caused the surfacing of figures now known to be psychopaths, who were personally responsible for all manner of inhuman callousness. The latter was simply unimaginable in Yugoslavia before this tsunami of cruelty actually started to roll over the country. The historian A.J.P. Taylor, for example, considered Josip Broz Tito to be the last of the Habsburgs, capable of keeping together a tolerant multinational community; A.J.P. Taylor did not live to see it disintegrate. On the other hand, from the corroborated retrospective view of twenty years, the disintegration of Yugoslavia was and continues to be an unmitigated disaster. In this historical reassessment, the French would say: “*A quoi tout cela a-t-il servi?*” No reasonable person can reasonably answer this question except by saying, as Erich Fromm would have, that this was a *folie à millions*. We do not wish to draw parallels here with the disintegration of the ex-Soviet empire and its consequences; suffice it to say, because this is a matter of international law, that Woodrow Wilson, before launching, under the influence of Tomáš Garrigue Masaryk, his famous catchphrase concerning the self-determination of nations – had been explicitly and repeatedly forewarned about the possible consequences. The consequences are now here; that is to say, the particularisation and balkanisation of national entities has in fact materialised. This will hopefully be compensated for, as I emphasised at the time in an article in *El País*, by universalisation in the context of the European Union. Nationalist squabbles would be in the Hegelian sense transcended and would, including border disputes,

become largely inapposite within the context of the European Union. The European free movement of people, for example, makes what is at stake in this case simply *sans objet*. What has come apart on one level is, with the tragic historical delay, slowly coming together on a higher level. It is also increasingly clear that the keeping together, in the manner of A.J.P. Taylor, of *this*, in other words, the European entity, will require much political wisdom. Still, the historical delay has caused this case and many other still more appalling consequences. Some of them have ascended to international jurisdictions, most of them have not.

Because the ethnic cleansing attempt in the case before the Grand Chamber was done through misconstruction of the Slovenian Citizenship Act and its premeditated legal *lacunae*, the specificity of the case lies in its minutely recorded legalistic features. This is why we have a precise historical record of the number of the aggrieved, the number of those who were not provided for by the domestic system, in the manner of Article 41 of the Convention, and so on. The above-mentioned two-faced legalistic legacy of the communist system reminds us of the case of *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* ([GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II): there, too, the façade of schizophrenic legality had been maintained, in East Germany, as seemingly intact. Behind the façade the impunity had continued unimpeded. In the case before us we had an intentional *lacuna* in the law, which was then filled in by the semi-official but unpublished *dépêches* issued by the then Minister of the Interior and his Secretary of State. They were explicitly approved by the then Prime Minister and his government. In terms of criminal law we may therefore speak of *dolus directus* in the first case and at least of *dolus eventualis* in the latter case. Meanwhile, the public had been misled to believe, as I said, that the thousands affected by this were simply negligent in failing to apply for their Slovenian citizenship. Fortunately, owing to the legalistic nature of the abuse, all these actions, correspondence and so on, as pointed out above, were recorded and are on file; the Grand Chamber had the opportunity to see the relevant correspondence and the *dépêches* and to take them into account. It remains to be seen whether the domestic criminal legal system will, *vis-à-vis* the protagonists, react accordingly; if not, the issue will again come to Strasbourg under the procedural limbs of Articles 3 and 8, among others. Similarly, when it comes to compensating the 25,671 allegedly aggrieved persons, the judicial branch of the domestic legal system would, as in the judicial delay cases (see *Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, ECHR 2005-X), be well advised to process all of the situations fairly and on a case-by-case basis.

In fairness to the national legal system, we must consider the honourable and courageous stance – faced with the continuity of this appalling situation – taken twice by the Constitutional Court in Slovenia. This proves all over again that the national defence of constitutional rights is the best antechamber for our own protection of human rights. The relevant judgments of the Constitutional Court in Ljubljana were snubbed by both the executive and the legislative branches at the time. The price will now be paid by the Slovenian taxpayer. As per recent information, the rest of the judicial branch, owing to its characteristic post-communist legal formalism, has likewise failed to compensate the aggrieved for the continuing violations such as we have established in the cases before us.

This case also proves that legal mills do grind slowly – but unremittingly. Precisely because of international jurisdiction, at least here, justice will have been done. Moreover, while justice as such cannot be defined, injustice is easily recognisable. The broader question is, therefore, why it was not recognised in the domestic legal system. Indeed, in post-communist legal systems there seems to be an irreconcilable mutual exclusion between mechanical legal formalism on the one hand and the simple sense of justice on the other. Often enough, we encounter this irreconcilability – *summum ius, summa iniuria!* – in other cases, including Western ones, except that in this colossal instance the Constitutional Court had identified the injustice. It was the malevolent political will that impeded the rule of law and blocked the proper judicial remedy.

PARTLY CONCURRING, PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE VUČINIĆ

In this case the Court unanimously found a clear violation of Article 8 of the Convention, considering that the “erasure” of the applicants amounted to an interference with their “private or family life” or both within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention (see *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, § 96, ECHR 2003-X).

The main and the worst consequence of the “erasure” was that it was factually and legally impossible for the applicants to obtain permanent residence permits and/or Slovenian citizenship, and thus to continue to enjoy the full range of social and political rights which they had enjoyed prior to Slovenia’s independence, having been lawfully residing there for several years, or even decades, as former SFRY citizens.

As the Court pointed out in paragraph 356 of the judgment, “[o]wing to the ‘erasure’, they experienced a number of adverse consequences, such as the destruction of identity documents, loss of job opportunities, loss of health insurance, the impossibility of renewing identity documents or driving licences, and difficulties in regulating pension rights. Indeed, the legal vacuum in the independence legislation ... deprived the applicants of their *legal status*, which had previously given them access to a wide range of rights” (emphasis added).

While I agree with the general sense of paragraph 356 of the judgment, which captures the essence of this case, this paragraph is, in my opinion, to some extent legally incomplete and unfinished. This is no “ordinary violation” of Article 8 § 1 of the Convention. We are dealing with large-scale violations of the right of every person *to be a person before the law, the right to his or her legal personality*.

This *absolutely fundamental* right is directly provided for by Article 6 of the Universal Declaration of Human Rights and by Article 16 of the International Covenant on Civil and Political Rights. This *per se* testifies abundantly to the fact that we are dealing here with something extraordinary! Moreover, the right to legal personality is very well founded in universal and customary international human rights law. This right is a fundamental precondition for the enjoyment not only of basic human rights and freedoms, but also of the whole range of different substantive and procedural rights.

By their “erasure” the applicants were *de facto* deprived of their legal personality, because they had been simply and ruthlessly “erased” from the legal order of Slovenia. They ceased to exist as “legal subjects” – that

is, as “natural persons” in the Slovenian legal system. They were treated as disposable objects and not as subjects of the law. Needless to say, this runs counter to the applicants’ inherent human personality and dignity.

The fact that this right is not mentioned *expressis verbis* in the Convention does not mean that it is not indirectly and tacitly included within the ambit of Article 8 § 1 of the Convention. As the Court has ruled on several occasions, the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers, among many other things, the personal identity and physical, psychological and moral integrity of a person. It can therefore embrace multiple aspects of the person’s physical, social and moral identity and dignity. The right to private life cannot be restricted to the so-called “inner circle” of human existence, in which an individual may live his or her own personal life as he or she chooses, thus excluding entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A 251-B). It follows *necessitate nature* that Article 8 protects in addition the right to personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings as well as the outside world, even in the public context, which may also fall within the scope of “private life” (see *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 66, ECHR 2008, and *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX).

On the one hand, it is absolutely clear that the right to legal personality is a basic precondition and essential necessity both for the realisation and enjoyment of the above-mentioned different aspects of private life, including the so-called “inner circle”, and also – in the public context – for the “external development” of personality.

On the other hand, the right to legal personality is a normal, natural and logical consequence of human personality and inherent human dignity; it is a natural and inherent part of every human being and his or her human personality. The broad, non-exhaustive and flexible nature of Article 8 of the Convention obviously means that this right is included within its comprehensive ambit. This right is tacitly, but very clearly, included and deeply rooted in the concept of individual personality and inherent human dignity embraced by Article 8 of the Convention.

The right to be a person before the law is acquired by birth, but unfortunately it can be restricted or totally denied by the illegal and arbitrary action of a government. The restriction or denial of this right can take place through two principal means of “vulgar positivism”: the passing of “illegal and illegitimate laws”, that is, laws with illegal and illegitimate aims or with

an “anti-human content”; and the improper and arbitrary implementation of formally “legal and legitimate laws”, as happened in the present case.

The Court had an excellent opportunity to rule that this right was an inherent part of Article 8 of the Convention. The majority unfortunately failed to say so and to confirm expressly and explicitly something that already falls implicitly and tacitly within the ambit of Article 8 of the Convention. This aim could have been achieved by adding one short and simple sentence to this effect at the end of paragraph 356.

Divesting the applicants of their legal personality by virtue of the large-scale “erasure” deprived them not only of their legal status, which had previously given them access to a wide range of rights: it also essentially and substantially decreased their legal capacity and procedural ability to use the allegedly accessible domestic remedies to regularise their legal status. For this reason, all the remedies mentioned by the Government may be considered to have been essentially inaccessible and insufficient for the applicants, as stated in the joint dissenting opinion of Judges Bratza, Tulkens, Spielmann, Kovler, Kalaydjieva, Vučinić and Raimondi. Not only the legal vacuum in the independence legislation (see paragraphs 344-56 of the judgment), but also the deliberate implementation of this legislation through secret and subordinate regulations with clearly illegitimate aims placed additional, insurmountable administrative obstacles in the applicants’ way and thwarted the subsequent success of their legitimate claims for regularisation of their legal status.

In such circumstances Mr Dabetić and Mrs Ristanović should have been considered to have been dispensed from the obligation to apply formally for a residence permit in the first place. In a situation where they had previously been “erased” from the legal system of Slovenia, *de facto* deprived of their legal capacity, and confronted with an organised and carefully planned governmental policy with the aim of decreasing the number of “ethnically unsuitable” citizens, such an application, no doubt, would have been totally pointless and futile, as was clearly the case for the other applicants.

The applicants, including Mr Dabetić and Mrs Ristanović, could not have lost their victim status, because they are still suffering. They have to endure the consequences of the “erasure” and the deprivation of their legal personality. Nor have they yet been given any appropriate redress and compensation!

Furthermore, for years the Government blatantly disregarded the judgments of the Constitutional Court of Slovenia. These judgments of the Constitutional Court clearly confirmed the violations of the applicants’ rights. In this case, we have what is a classic example of a “continuing violation” of the Convention.

Last but not least, in my opinion, the Court did not sufficiently take into consideration the particularly aggravating circumstances in this case, namely the fact that this was a large-scale, gross and systematic violation of basic human rights as a consequence of a deliberately organised and planned governmental policy, as more than 25,000 persons were “erased” from the Slovenian legal system and thus deprived of their right to be recognised as a person before the law. Needless to say, this amounted to a legalistic means of ethnic cleansing.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF
JUDGES BRATZA, TULKENS, SPIELMANN, KOVLER,
KALAYDJIEVA, VUČINIĆ AND RAIMONDI

(*Translation*)

1. We are unable to follow the majority in upholding the Government’s preliminary objection of non-exhaustion of domestic remedies in respect of Mr Dabetić and Mrs Ristanović ...

2. In the present case the Court found a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8. In paragraph 371 of the judgment [see full text of judgment, available in Hudoc] it referred to its finding that the Government had failed to establish that the remedies available to the applicants were “adequate” and “effective” in order to redress, at the material time, the alleged violation of Article 8. The Court linked its finding of a violation of Article 13 of the Convention to its decision to dismiss the objection of non-exhaustion in respect of the six applicants who eventually received residence permits (Mr Kurić, Ms Mezga, Mr Ristanović, Mr Berisha, Mr Ademi and Mr Minić ...). In accordance with the traditional approach taken in its case-law, it thereby applied the principle of the “close affinity” characterising the subtle links between Articles 35 and 13 of the Convention. The non-exhaustion rule is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention – with which it has close affinity – that there is an effective remedy available in the domestic system in respect of the alleged breach (see, as most recent authorities, *Sabeh El Leil v. France* [GC], no. 34869/05, § 32, 29 June 2011, and *McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, § 107, 10 September 2010).

3. The Court conducted a detailed examination of the various options referred to by the Government in support of their objection, namely individual constitutional appeals, a petition for an abstract review of the constitutionality of legislation, the amended Legal Status Act and citizenship proceedings. The Court was not persuaded by any of these remedies put forward by the Government, holding that the objection should be dismissed and quite logically concluding, on exactly the same grounds, that there had been a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 8.

4. There are only two alternatives here: either there are remedies satisfying the criteria of adequacy and effectiveness, or there are not. In opting for the second alternative, the Court should in our view have also dismissed the objection of non-exhaustion of domestic remedies in respect of Mr Dabetić and Mrs Ristanović. The fact that these two applicants did not attempt to obtain a residence permit or take any other steps to regularise their residence

status (see paragraphs 289-94 of the judgment [see full text of judgment, available in Hudoc]) is of no relevance to a finding that domestic remedies were not exhausted.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE COSTA

(*Translation*)

I readily subscribe to the excellent arguments put forward by Judge Spielmann and several other colleagues in their joint opinion: the application, in so far as it was lodged by Mr Dabetić and Mrs Ristanović, should not, in my opinion, have been rejected for failure to exhaust domestic remedies. Since the Court found that the domestic remedies were not sufficiently effective, it should not have been necessary to exhaust them, and the reasoning in the judgment is contradictory in this respect; I shall not labour the point.

I would, however, add an observation covering two aspects.

In my view, it would have been preferable to examine in the first place whether these two people qualified as victims or whether, as the Slovenian Government also maintained, the fact that they did not seek to avail themselves of the laws whereby their claims could (possibly) have been satisfied demonstrated their lack, or loss, of victim status.

Firstly, although the Court's case-law does not lay down a rigid hierarchy regarding objections to admissibility, it would seem more natural to determine whether applicants have victim status before deciding whether they have exhausted domestic remedies. The former issue, moreover, is referred to in Article 34 of the Convention and the latter in Article 35, although I accept that this textual argument is not compelling.

Secondly, I consider that the Government were mistaken in confusing the apparent lack of interest shown by these applicants with the loss of their status as victims. Mr Dabetić and Mrs Ristanović were in very difficult circumstances for reasons relating to ill-health and geographical distance, and the complexity of the various legal changes affecting their situation did not make it any easier for them to become acquainted with the instruments that might have formed the basis for their requests. It is therefore harsh to maintain that their *subjective* – and, I repeat, apparent – lack of interest can be taken to equate to loss of victim status, which is an *objective* factor. A shift from subjective to objective considerations is not impossible in certain special circumstances, but it can certainly not be presumed.

Admittedly, by upholding the objection of failure to exhaust domestic remedies, the judgment was not required to examine the objection of lack of victim status, rightly noting that it was not necessary to do so. However, I wished to point out that, in my view, the complaints which Mr Dabetić and Mrs Ristanović brought before the European Court of Human Rights

were admissible on *two* counts, and probably well-founded. I thus find it all the more regrettable that these complaints were rejected.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES KOVLER AND KALAYDJIEVA

Together with Judges Bratza, Tulkens, Spielmann, Vučinić and Raimondi, we have expressed our disagreement with the conclusions of the majority as concerns the admissibility of the complaints by the applicants Mr Dabetić and Mrs Ristanović. In our view similar concerns were applicable to the conclusions reached by the Chamber of the Third Section in its judgment of 31 May 2007 in respect of the victim status of the applicants Mr Petreš and Mr Jovanović. In this regard the Chamber on the one hand found that “the issuing of the retrospective residence permits, in line with the Constitutional Court’s decision, constitutes an adequate and sufficient remedy for their complaints” (see paragraph 311 of the Chamber judgment), while on the other hand finding a violation of Article 13 of the Convention, holding that “the respondent Government have failed to establish that the [same] remedies at the applicants’ disposal can be regarded as effective remedies” (see paragraph 385 of the Chamber judgment).

We fully subscribe to the Grand Chamber’s express conclusions that “[h]aving regard to this lengthy period in which the applicants experienced insecurity and legal uncertainty and to the gravity of the consequences of the ‘erasure’ for them, ... the acknowledgment of the human rights violations and the issuance of permanent residence permits [to the other six applicants] did not constitute ‘appropriate’ and ‘sufficient’ redress at the national level” (see paragraph 267 of the judgment) and that, in view of the Government’s failure to establish the effectiveness of the available remedies, there was a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 8. For the same reasons we disagree that an applicant may be required to make use of remedies that are unable to provide “adequate and sufficient” redress, we equally fail to see how the implementation of the same measures could deprive an applicant of his or her victim status. In previous cases the Grand Chamber has subjected the victim status of applicants to scrutiny in the light of the (in)appropriateness and (in)sufficiency of the remedies available at the national level as two issues that should be examined together, since they reflect two sides of the same coin (see *Gäffgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, ECHR 2010; *Sakhnovskiy v. Russia* [GC], no. 21272/03, 2 November 2010; and *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012).

We regret the majority’s view that the controversial findings of the Chamber on the victim status of the applicants Mr Petreš and Mr Jovanović constituted a “procedural bar” to the Grand Chamber’s jurisdiction (see

paragraph 263 of the judgment), thus allowing a clearly different outcome in identical individual cases.

KURIĆ ET AUTRES c. SLOVÉNIE
(Requête n° 26828/06)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 26 JUIN 2012¹

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

SOMMAIRE¹**Non-réglementation de la question du séjour de personnes ayant été « effacées » du registre des résidents permanents après l'accession de la Slovénie à l'indépendance****Article 8**

Respect de la vie privée et familiale – Non-réglementation de la question du séjour de personnes ayant été « effacées » du registre des résidents permanents après l'accession de la Slovénie à l'indépendance – Prévus par la loi – Imprévisibilité de la mesure – Nécessaire dans une société démocratique – Protection des intérêts de la sécurité nationale – Constitution d'un corps de citoyens – Vide juridique privant des immigrés de longue durée en situation régulière de leur statut de résident

Article 14 combiné avec l'article 8

Discrimination – Nationalité – Différence de traitement entre les ressortissants de républiques de l'ex-Yougoslavie autres que la Slovénie et les autres étrangers – Absence de but légitime – Charge excessive et disproportionnée

Article 46

Arrêt pilote – Mesures générales – Etat défendeur tenu de mettre en place un système d'indemnisation garantissant un redressement adéquat aux personnes « effacées » – Redressement adéquat – Mise en place d'un système d'indemnisation ad hoc

*

* *

Les huit requérants étaient précédemment ressortissants à la fois de l'ex-Yougoslavie et de l'une de ses républiques constitutives autres que la Slovénie. Ils avaient acquis le statut de résident permanent en Slovénie mais, à la suite de l'indépendance de cet Etat, soit ils négligèrent de demander la nationalité slovène, soit ils se virent débouter de leur demande à cet effet. Le 26 février 1992, en application de la nouvelle loi sur les étrangers, leur nom fut effacé du registre des résidents permanents et ils devinrent des étrangers sans permis de séjour. Quelque 25 000 autres personnes se trouvaient dans la même situation. D'après les requérants, aucun d'entre eux ne reçut

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

notification de cette décision, et c'est seulement par la suite qu'ils auraient appris être devenus des étrangers lorsqu'ils cherchèrent à faire renouveler leurs documents d'identité. L'effacement du nom des intéressés du registre des résidents permanents a eu des conséquences négatives graves et persistantes : certains devinrent apatrides, d'autres furent expulsés de leur appartement, ne purent travailler ou voyager, perdirent tous leurs biens personnels et vécurent plusieurs années de suite dans des abris ou des parcs municipaux. D'autres encore furent placés en détention puis expulsés de Slovénie. En 1999, la Cour constitutionnelle jugea inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi sur les étrangers ainsi que l'« effacement » automatique du registre, estimant qu'en vertu de la législation en question les ressortissants de l'ex-Yougoslavie se trouvaient dans une situation juridique moins favorable que les autres étrangers qui vivaient déjà en Slovénie avant son indépendance, en ce qu'aucune loi ne réglait le passage à la condition d'étranger vivant en Slovénie. A la suite de la décision de la Cour constitutionnelle, une nouvelle loi censée régler la situation des « personnes effacées » fut adoptée. Par une décision de 2003, la Cour constitutionnelle déclara inconstitutionnelles certaines dispositions de la nouvelle loi, en particulier parce qu'elle n'accordait pas aux « personnes effacées » des permis de séjour permanents rétroactifs et ne réglait pas la situation des personnes qui avaient été expulsées.

1. Article 8 : L'« effacement » et ses répercussions ont porté et continuent de porter préjudice aux requérants et s'analysent en une ingérence dans leur vie privée et familiale. L'« effacement » du registre du nom des requérants comme de plus de 25 000 autres ressortissants de l'ex-Yougoslavie est résulté de l'effet combiné de deux dispositions des lois sur l'indépendance. Ces deux instruments juridiques étaient accessibles à toute personne intéressée. Toutefois, les requérants ne pouvaient raisonnablement pas prévoir que leur condition d'étranger entraînerait l'illégalité de leur séjour sur le territoire slovène et conduirait à une mesure aussi extrême que l'« effacement ». En outre, celui-ci a été effectué automatiquement et sans notification préalable, et les requérants n'ont eu la possibilité ni de contester cette mesure devant les autorités internes compétentes ni d'exposer les raisons pour lesquelles ils n'avaient pas sollicité la nationalité slovène. De plus, la Cour constitutionnelle a jugé que le transfert des noms des « personnes effacées » du registre des résidents permanents au registre des étrangers non titulaires d'un permis de séjour n'avait aucune base en droit interne. Enfin, il y avait un vide juridique dans la législation en vigueur à l'époque puisqu'aucune procédure ne permettait aux requérants de solliciter un permis de séjour permanent. La législation et la pratique administrative ne répondaient donc pas aux critères de prévisibilité et d'accessibilité. Certes, la loi sur le statut juridique fut adoptée pour régulariser le statut des « personnes effacées ». Toutefois, la Cour constitutionnelle jugea que certaines dispositions de cette loi étaient inconstitutionnelles et il fallut attendre plus de sept ans pour que cette dernière décision, qui ordonnait des mesures générales, fût exécutée. Il s'ensuit que, au moins jusqu'en 2010, le système juridique interne ne réglait pas clairement

les conséquences de l'« effacement » et le statut de résident de ceux qui y avaient été soumis. Dès lors, non seulement les requérants n'étaient pas en mesure de prévoir la mesure litigieuse, mais il leur était de surcroît impossible d'en envisager les répercussions sur leur vie privée et/ou familiale. L'ingérence litigieuse n'était donc pas prévue par la loi.

Toutefois, dans les circonstances particulières de l'espèce, la Cour estime qu'il y a lieu d'examiner également si cette ingérence poursuivait un but légitime et était proportionnée à ce but. Le but des lois sur l'indépendance et des mesures prises à l'égard des requérants ne peut être dissocié du contexte plus vaste de la dissolution de l'ex-Yougoslavie, de l'accession de la Slovénie à l'indépendance en 1991 et de la création d'une démocratie politique effective, qui impliquaient la constitution d'un « corps de citoyens slovènes » en vue de la tenue des élections législatives. Les autorités cherchaient à créer un « corps de citoyens slovènes » et ainsi à protéger les intérêts de la sécurité nationale du pays, but légitime au regard de l'article 8 § 2 de la Convention. Toutefois, concernant la proportionnalité des mesures en question, le vide juridique laissé par les lois sur l'indépendance a privé les requérants du statut juridique qui leur avait donné auparavant accès à tout un éventail de droits. Or un étranger résidant légalement dans un pays peut souhaiter continuer à y vivre sans forcément en acquérir la nationalité, mais le législateur slovène n'avait pas adopté de dispositions destinées à permettre aux ressortissants de l'ex-Yougoslavie ayant la nationalité de l'une des autres républiques de régulariser leur statut de résident s'ils avaient choisi de ne pas acquérir la nationalité slovène ou s'ils ne l'avaient pas sollicitée. Pareilles dispositions n'auraient pourtant pas compromis les buts légitimes poursuivis. Par conséquent, les mesures dénoncées n'étaient ni prévues par la loi ni nécessaires dans une société démocratique pour atteindre le but légitime que constituait la protection de la sécurité nationale.

Conclusion: violation (unanimité).

2. Article 14 combiné avec l'article 8 : il y a eu une différence de traitement entre deux groupes – les « véritables » étrangers et les ressortissants de républiques de l'ex-RSFY autres que la Slovénie – qui se trouvaient dans une situation similaire en ce qui concerne les questions de séjour. Cette différence de traitement fondée sur la nationalité a fait peser une charge excessive et disproportionnée sur les ressortissants de l'ex-RSFY.

Conclusion: violation (unanimité).

3. Article 46 : en l'absence d'une pratique interne établie, il serait prématuré à ce stade d'examiner si les réformes et les diverses mesures prises par le Gouvernement ont réussi à régler de manière satisfaisante la situation des « personnes effacées » quant à leur droit de séjour. En même temps, l'ensemble de ces personnes continuent de se voir refuser une réparation pour la violation de leurs droits fondamentaux. En outre, l'appréciation de la situation dénoncée s'étend au-delà des seuls intérêts des requérants et commande d'examiner l'affaire aussi sous l'angle des mesures générales devant être prises dans l'intérêt des autres personnes potentiellement

touchées. La présente affaire se prête donc à l'adoption de la procédure de l'arrêt pilote. Seules quelques requêtes similaires introduites par des « personnes effacées » sont actuellement pendantes devant la Cour, mais, dans le contexte de violations systémiques, structurelles ou similaires, le flux d'affaires susceptibles d'être introduites à l'avenir est aussi un élément dont il importe que la Cour tienne compte. L'Etat défendeur doit donc, dans un délai d'un an, mettre en place un système d'indemnisation *ad hoc* au niveau interne. L'examen de toutes les requêtes similaires sera ajourné dans l'attente de l'adoption de cette mesure.

Article 41 : la Cour alloue aux six requérants dont la requête a été déclarée recevable des sommes pour préjudice moral et pour frais et dépens ; elle réserve la question de la réparation pour dommage matériel.

Jurisprudence citée par la Cour

- Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, série A n° 87
Inze c. Autriche, 28 octobre 1987, série A n° 126
Gül c. Suisse, 19 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I
Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV
Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V
Ahmut c. Pays-Bas, 28 novembre 1996, *Recueil* 1996-VI
Van Raalte c. Pays-Bas, 21 février 1997, *Recueil* 1997-I
El Boujaïdi c. France, 26 septembre 1997, *Recueil* 1997-VI
Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II
Baghli c. France, n° 34374/97, CEDH 1999-VIII
Amann c. Suisse [GC], n° 27798/95, CEDH 2000-II
Thlimmenos c. Grèce [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV
Scozzari et Giunta c. Italie [GC], nos 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VIII
Boultif c. Suisse, n° 54273/00, CEDH 2001-IX
Stafford c. Royaume-Uni [GC], n° 46295/99, CEDH 2002-IV
Willis c. Royaume-Uni, n° 36042/97, CEDH 2002-IV
Mehemi c. France (n° 2), n° 53470/99, CEDH 2003-IV
Slivenko c. Lettonie [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X
Radovanovic c. Autriche, n° 42703/98, 22 avril 2004
Broniowski c. Pologne [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V
Ünal Tekeli c. Turquie, n° 29865/96, CEDH 2004-X
Broniowski c. Pologne (règlement amiable) [GC], n° 31443/96, CEDH 2005-IX
Lukenda c. Slovénie, n° 23032/02, CEDH 2005-X
Xenides-Arestis c. Turquie, n° 46347/99, 22 décembre 2005
Sejdovic c. Italie [GC], n° 56581/00, CEDH 2006-II
Hutten-Czapska c. Pologne [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII
Zarb Adami c. Malte, n° 17209/02, CEDH 2006-VIII
Üner c. Pays-Bas [GC], n° 46410/99, CEDH 2006-XII
D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV

Hutten-Czapska c. Pologne (règlement amiable) [GC], n° 35014/97, 28 avril 2008
Maslov c. Autriche [GC], n° 1638/03, CEDH 2008
Alexanian c. Russie, n° 46468/06, 22 décembre 2008
Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine [GC], nos 27996/06 et 34836/06, CEDH 2009
Oršuš et autres c. Croatie [GC], n° 15766/03, CEDH 2010

En l'affaire Kurić et autres c. Slovénie,

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

Nicolas Bratza, *président*,

Jean-Paul Costa,

Françoise Tulkens,

Nina Vajić,

Dean Spielmann,

Boštjan M. Zupančič,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Luis López Guerra,

Zdravka Kalaydjieva,

Nebojša Vučinić,

Guido Raimondi,

Ganna Yudkivska,

Angelika Nußberger, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 6 juillet 2011 et le 11 avril 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 26828/06) dirigée contre la République de Slovénie et dont M. Milan Makuc, ressortissant croate, et dix autres requérants ont saisi la Cour le 4 juillet 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). Après le décès de M. Makuc, l'affaire fut renommée *Kurić et autres c. Slovénie*. Il reste huit requérants devant la Grande Chambre (paragraphe 15 ci-dessous).

2. Les requérants ont été représentés devant la Cour par M^e A.G. Lana et M^e A. Saccucci, avocats à Rome, et par M^e A. Ballerini et M^e M. Vano, avocats à Gênes (Italie).

3. Le gouvernement slovène («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. L. Bembič, procureur général.

4. Invoquant l'article 8 de la Convention, les requérants alléguaient notamment avoir été arbitrairement privés de leur statut de résident permanent après que la Slovénie eut déclaré son indépendance en 1991. Ils se plaignaient également, sous l'angle de l'article 13 de la Convention, de n'avoir disposé d'aucun recours effectif à cet égard et, sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, d'avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire. Enfin, ils soutenaient avoir été arbitrairement privés de leurs droits à pension, en violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

5. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement), qui a décidé le 10 novembre 2006 de la communiquer en urgence au gouvernement défendeur en vertu de l'article 40 et de la traiter par priorité en vertu de l'article 41.

6. Le 31 mai 2007, une chambre de ladite section composée de Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Elisabet Fura, Alvin Gyulumyan, Egbert Myjer, David Thór Björgvinsson et Ineta Ziemele, juges, ainsi que de Santiago Quesada, greffier de section, a décidé de porter à la connaissance du gouvernement défendeur les griefs tirés de l'article 8, pris isolément et combiné avec les articles 13 et 14 de la Convention, et de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle a également décidé que les questions de recevabilité et de fond devaient être examinées conjointement (article 29 § 1 de la Convention). Elle a déclaré la requête irrecevable pour le surplus.

7. Par ailleurs, le gouvernement serbe, exerçant son droit d'intervenir (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 b) du règlement), a présenté des observations. L'Equal Rights Trust, l'Open Society Justice Initiative, l'Institut pour la paix – Institut d'études politiques et sociales contemporaines, et le Centre d'information juridique des organisations non gouvernementales, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement) ont également soumis des observations. Tant le gouvernement défendeur que les requérants ont répondu aux observations du gouvernement serbe.

8. Le gouvernement croate et le gouvernement de la Bosnie-Herzégovine, qui ont reçu communication de la requête (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 a) du règlement), n'ont pas souhaité exercer leur droit d'intervenir dans la procédure.

9. Le 13 juillet 2010, une chambre de la troisième section composée de Josep Casadevall, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvin Gyulumyan, Egbert Myjer et Ineta Ziemele, juges, ainsi que de Santiago Quesada, greffier de section, a déclaré recevables les griefs énoncés par huit requérants sur le terrain des articles 8, 13 et 14 de la Convention et a dit, à l'unanimité, qu'il y avait eu violation des articles 8 et 13 de la Convention et qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14

de la Convention. La chambre a également dit que la parente concernée de feu M. Makuc n'avait pas qualité pour poursuivre la procédure au nom de celui-ci. Elle a déclaré irrecevables les griefs de MM. Petreš et Jovanović, qui avaient obtenu des permis de séjour permanent, et les griefs des autres requérants pour le surplus. En outre, elle a indiqué au gouvernement défendeur les mesures individuelles et générales qu'il y avait lieu d'adopter dans le cadre de l'article 46 et a réservé la question de la satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention.

10. Le 13 octobre 2010, le Gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le 21 février 2011, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

11. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Le 3 novembre 2011, le mandat de président de la Cour de Jean-Paul Costa a pris fin. Nicolas Bratza a succédé à Jean-Paul Costa en cette qualité et a assumé à partir de cette date la présidence de la Grande Chambre en l'espèce (article 9 § 2 du règlement). Jean-Paul Costa a continué de siéger après l'expiration de son mandat, en vertu des articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement.

12. Tant les requérants que le gouvernement défendeur ont déposé des observations écrites. En outre, des commentaires ont été reçus du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite devant la Grande Chambre (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement). L'organisation Open Society Justice Initiative a soumis des observations actualisées et récapitulatives.

13. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 6 juillet 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M.	L. Bembič, procureur général,	<i>agent,</i>
M ^{mes}	V. Klemenc, procureur général,	<i>coagent,</i>
	N. Gregori, ministère de l'Intérieur,	
M.	J. Koselj, ministère de l'Intérieur,	
M ^{mes}	I. Jeglič, ministère de l'Intérieur,	
	A. Snoj, ministère de l'Intérieur,	
MM.	A. Jerman, ministère de l'Intérieur,	
	P. Pavlin, ministère de l'Intérieur,	
	S. Bardutzky, ministère de la Justice,	<i>conseillers;</i>

– *pour les requérants*

MM. A. G. Lana,

A. Saccucci,

conseils,

M^{mes} N. Kogovšek Šalamo,

A. Sironi,

conseillers.

14. La Cour a entendu en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges MM. Lana, Saccucci et Bembič. Les requérants et le gouvernement défendeur ont présenté par écrit des informations complémentaires.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

15. Le premier requérant, M. Mustafa Kurić, est né en 1935 et réside à Koper (Slovénie). Il est apatride. Le deuxième requérant, M. Velimir Dabetić, est né en 1969 et réside en Italie. Il est lui aussi apatride. La troisième requérante, M^{me} Ana Mezga, ressortissante croate, est née en 1965 et réside à Portorož (Slovénie). La quatrième requérante, M^{me} Ljubenka Ristanović, ressortissante serbe, est née en 1968 et réside en Serbie. Le cinquième requérant, M. Tripun Ristanović, fils de la quatrième requérante et ressortissant de Bosnie-Herzégovine, est né en 1988 et réside actuellement en Slovénie. Le sixième requérant, M. Ali Berisha, est né en 1969 au Kosovo. D'après les dernières informations communiquées à la Cour, M. Berisha a la nationalité serbe et vit actuellement en Allemagne. Le septième requérant, M. Ilfan Sadik Ademi, est né en 1952. Il réside en Allemagne et a maintenant la nationalité de « l'ex-République yougoslave de Macédoine ». Le huitième requérant, M. Zoran Minić, est né en 1972. D'après le Gouvernement, il a la nationalité serbe.

A. Le contexte de l'affaire

1. *La nationalité dans la République socialiste fédérative de Yougoslavie (la « RSFY »)*

16. La RSFY était un Etat fédéral composé de six républiques: la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la Serbie, la Slovénie, le Monténégro et la Macédoine. Ressortissants à la fois de la RSFY et de l'une des six républiques, les ressortissants de la RSFY avaient une « double nationalité » à l'intérieur du pays. Jusqu'en 1974, la nationalité fédérale primait la nationalité de la

république: seul un ressortissant yougoslave pouvait détenir la nationalité d'une république.

17. Les règles régissant la nationalité étaient les mêmes dans toutes les républiques de la RSFY, le principe de base étant l'acquisition de la nationalité par le droit du sang (*jus sanguinis*). En principe, un enfant avait la même nationalité que ses parents; si ceux-ci n'étaient pas ressortissants de la même république, ils décidaient ensemble de la nationalité de leur enfant. A la date de l'acquisition de la nationalité d'une autre république, la personne en question perdait la nationalité de la république dont elle était antérieurement ressortissante.

18. A partir de 1947, on tint des registres de ressortissants distincts au niveau des républiques, mais non au niveau de l'Etat fédéral. A partir de 1974, les informations relatives à la nationalité des nouveau-nés furent inscrites au registre des naissances et, à partir de 1984, on cessa de consigner ces renseignements dans le registre des ressortissants, toutes les informations relatives à la nationalité étant portées sur le registre des naissances.

19. Les ressortissants de la RSFY jouissaient de la liberté de circulation dans l'Etat fédéral et pouvaient faire enregistrer leur résidence permanente là où ils décidaient de s'installer sur le territoire de la RSFY. La pleine jouissance des divers droits civils, économiques, sociaux, voire politiques, était liée à la résidence permanente.

20. Les ressortissants de la RSFY qui vivaient dans ce qui était alors la République socialiste de Slovénie, mais qui avaient la nationalité de l'une des autres républiques, comme les requérants, faisaient enregistrer leur résidence permanente dans cette république de la même façon que les citoyens slovènes. Les ressortissants étrangers pouvaient également, suivant une procédure distincte, devenir résidents permanents en RSFY.

2. *L'indépendance de la Slovénie et l'« effacement »*

21. Au cours du processus de dissolution de la RSFY, la Slovénie prit des mesures en vue de son indépendance. Le 6 décembre 1990, l'Assemblée de la république de Slovénie adopta la « Déclaration de bonnes intentions » (*Izjava o dobrih namernih*), qui garantissait que l'ensemble des résidents permanents sur le territoire slovène pourraient obtenir la nationalité slovène s'ils le souhaitaient (paragraphe 200 ci-dessous).

22. Le 25 juin 1991, la Slovénie déclara son indépendance. Une série de lois désignées globalement par le terme de « lois sur l'indépendance » furent adoptées. Parmi elles figuraient la loi sur la nationalité de la République de Slovénie (*Zakon o državljanstvu Republike Slovenije* – « la loi sur la nationalité »), la loi sur les étrangers (*Zakon o tujcih*, paragraphes 205-207 ci-dessous), la loi sur le contrôle des frontières nationales (*Zakon o nadzoru*

državne meje) et la loi sur les passeports des ressortissants slovènes (*Zakon o potnih listinah državljanov Republike Slovenije*).

23. A l'époque, contrairement à la population de certaines des autres républiques de l'ex-RSFY, la population slovène était relativement homogène : 90 % environ des deux millions de résidents avaient la nationalité slovène. Quelque 200 000 résidents slovènes (soit 10 % de la population), dont les requérants, étaient des ressortissants d'autres républiques de l'ex-RSFY. Cette proportion reflète également à peu près l'origine ethnique de la population slovène à l'époque.

24. Conformément à la Déclaration de bonnes intentions, l'article 13 de la loi constitutionnelle de 1991 énonçait que les ressortissants d'autres républiques de l'ex-RSFY qui, au 23 décembre 1990, date du plébiscite sur l'indépendance de la Slovénie, étaient enregistrés comme résidents permanents en République de Slovénie et y résidaient effectivement, avaient les mêmes droits et devoirs que les ressortissants de la République de Slovénie, à l'exception du droit d'acquérir des biens, jusqu'à l'obtention de la nationalité de la République de Slovénie en vertu de l'article 40 de la loi sur la nationalité ou jusqu'à l'expiration du délai fixé à l'article 81 de la loi sur les étrangers (25 décembre 1991 – paragraphes 202, 205 et 207 ci-dessous).

25. D'après l'article 40 de la loi sur la nationalité, entrée en vigueur le 25 juin 1991, les ressortissants des républiques de l'ex-RSFY qui n'étaient pas ressortissants slovènes (« les ressortissants des républiques de l'ex-RSFY ») pouvaient acquérir la nationalité slovène s'ils satisfaisaient aux trois conditions suivantes : avoir obtenu le statut de résident permanent en Slovénie au 23 décembre 1990 (date du plébiscite), résider effectivement en Slovénie et solliciter la nationalité slovène dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi sur la nationalité. Comme indiqué au paragraphe 24 ci-dessus, ce délai expira le 25 décembre 1991. Après cette date, les ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY se virent appliquer, au même titre que les étrangers, les conditions moins favorables d'acquisition de la nationalité par naturalisation posées par l'article 10 de la loi sur la nationalité (paragraphe 205 ci-dessous).

26. D'après les chiffres officiels, 171 132 ressortissants de républiques de l'ex-RSFY résidant en Slovénie demandèrent et obtinrent la nationalité du nouvel Etat en vertu de l'article 40 de la loi sur la nationalité. On estime par ailleurs que 11 000 personnes quittèrent la Slovénie.

27. L'article 81, deuxième alinéa, de la loi sur les étrangers précisait que les ressortissants des républiques de l'ex-RSFY qui n'avaient pas demandé la nationalité slovène dans le délai prescrit ou dont la demande avait été rejetée devenaient des étrangers. Les dispositions de la loi sur les étrangers

devenaient applicables aux ressortissants de l'ex-RSFY à l'issue d'une période de deux mois à compter de l'expiration du délai en cause (soit le 26 février 1992), ou de deux mois après la date de la décision définitive de rejet de la demande de nationalité dans le cadre d'une procédure administrative (paragraphe 207 ci-dessous).

28. Après la déclaration d'indépendance, le ministère de l'Intérieur (« le ministère ») adressa aux autorités administratives municipales plusieurs instructions internes, qui ne furent pas publiées (*okrožnice, navodila, depěše*), sur la mise en œuvre des lois sur l'indépendance et, en particulier, de la loi sur les étrangers. Par une circulaire du 26 juin 1991, le ministère informa les autorités administratives que les ressortissants d'autres républiques de l'ex-RSFY vivant en Slovénie étaient considérés à partir de cette date comme des étrangers dans le cadre de toutes les procédures administratives et que, selon l'article 13 de la loi constitutionnelle de 1991, ils avaient les mêmes droits et devoirs que les ressortissants de la République slovène jusqu'à l'expiration des délais applicables (paragraphe 24 ci-dessus). Le ministère émit également des instructions techniques concernant les passeports et les étrangers. Le 30 juillet 1991, il informa les autorités administratives municipales que, d'après la déclaration de Brioni signée par des représentants de la Slovénie, de la Croatie, de la Serbie et de la Yougoslavie sous l'égide de la troïka ministérielle de la Communauté européenne, l'application des lois sur l'indépendance dans le domaine des affaires intérieures était suspendue pour une durée de trois mois. Durant cette période, les ressortissants d'autres républiques de l'ex-RSFY ne seraient pas traités comme des étrangers. Deux autres circulaires administratives furent émises les 5 et 18 février 1992 ; elles attiraient l'attention sur les problèmes généraux concernant la mise en œuvre de la loi sur les étrangers. La première indiquait que, lorsqu'elles traitaient des questions relatives au statut des étrangers, les autorités administratives slovènes devaient conserver les papiers d'identité des ressortissants des autres républiques de la RSFY délivrés par elles et annuler et détruire les passeports de ces personnes.

29. Le 26 février 1992, date à laquelle l'article 81, deuxième alinéa, de la loi sur les étrangers devint applicable, les autorités administratives municipales effacèrent du registre des résidents permanents (*Register stalnega prebivalstva* – « le registre ») le nom des personnes qui n'avaient pas demandé ou obtenu la nationalité slovène et, d'après le Gouvernement, transférèrent leur nom sur le registre des étrangers non titulaires d'un permis de séjour.

30. Le 27 février 1992, le ministère adressa aux autorités administratives municipales des instructions dans lesquelles il indiquait qu'il était nécessaire d'adopter des règles portant sur le statut juridique de ces personnes. Il attirait l'attention de ces autorités sur le fait qu'il fallait s'attendre à de

nombreux problèmes et précisait qu'il y avait lieu de régler le statut juridique des personnes concernées et, parallèlement, d'entreprendre « le nettoyage des registres ». En outre, il soulignait que les papiers d'identité de ces personnes, même s'ils avaient été délivrés par les autorités slovènes et étaient formellement valables, seraient en fait invalidés en raison du changement de statut *ex lege* de ces personnes. Le ministère donnait également l'interprétation des articles 23 et 28 de la loi sur les étrangers qu'il y aurait lieu selon lui de retenir dans les cas d'annulation du statut de résident ou d'expulsion forcée.

31. D'après les requérants, les personnes dont le nom avait été effacé du registre ne reçurent pas officiellement notification de cette mesure. Aucune procédure spéciale n'aurait été prévue à cet effet et aucun document officiel n'aurait été délivré. Les intéressés n'auraient appris que par la suite qu'ils étaient devenus des étrangers, par exemple au moment de faire renouveler leurs papiers (carte d'identité, passeport, permis de conduire). En revanche, le Gouvernement soutient qu'au-delà de la publication de la nouvelle législation au Journal officiel, la population slovène a été informée par les médias et par des avis. Dans certaines communes, les personnes concernées auraient même été averties en personne.

32. Selon les chiffres officiels de 2002, le nombre de ressortissants de l'ex-RSFY ayant perdu leur statut de résident permanent le 26 février 1992 s'élevait à 18 305, dont environ 2 400 qui s'étaient vu refuser la nationalité. Ces personnes furent ensuite désignées par l'appellation de « personnes effacées » (*izbrisani*), qui incluait les requérants en l'espèce. De nouvelles données sur les « personnes effacées » furent réunies en 2009 (paragraphe 69 ci-dessous).

33. Les « personnes effacées » devinrent en conséquence des étrangers ou des apatrides résidant illégalement en Slovénie. Elles rencontrèrent généralement des difficultés pour conserver leur emploi et leur permis de conduire et pour obtenir leur pension de retraite. En outre, elles ne pouvaient pas quitter le pays, car il leur était impossible d'y revenir sans pièce d'identité valable. De nombreuses familles furent séparées, certains membres se trouvant en Slovénie et d'autres vivant dans l'un des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY. Parmi les « personnes effacées » figuraient 5 360 mineurs, qui, pour la plupart, se virent retirer leurs papiers d'identité. Certaines des « personnes effacées » quittèrent la Slovénie de leur plein gré. D'autres se virent notifier des ordonnances d'expulsion et furent renvoyées.

34. Après le 26 février 1992, il fut impossible aux ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY de se faire enregistrer comme résidents permanents s'ils n'avaient pas obtenu un nouveau permis de séjour. Toutefois, en vertu de l'article 82 de la loi sur les étrangers, les permis de

séjour permanent délivrés aux étrangers ressortissants d'Etats autres qu'une république de l'ex-RSFY demeurerent valables après l'entrée en vigueur de la loi sur les étrangers (paragraphe 207 ci-dessous).

35. Le 4 juin 1992, le ministre de l'Intérieur adressa au gouvernement une lettre (n° 0016/1-S-010/3-91) l'informant des questions qui demeuraient en suspens concernant la mise en œuvre de la loi sur les étrangers, compte tenu du grand nombre de ressortissants d'autres républiques de l'ex-RSFY qui vivaient en Slovénie et dont le statut n'était pas réglementé. Il y déclarait également qu'à son avis tous les droits des ressortissants d'autres républiques de la RSFY vivant en Slovénie, tels qu'ils résultaient des conventions internationales ou des traités bilatéraux, avaient été pris en considération au cours du processus ayant mené à l'indépendance. Le Gouvernement soutient qu'à la suite de cette lettre il prit des mesures pour atténuer les conséquences de l'« effacement », interprétant notamment avec plus de souplesse les dispositions de la loi sur les étrangers (paragraphe 36 ci-dessous). En outre, le 15 juin 1992, une autre circulaire administrative renfermant des instructions sur la mise en œuvre de la loi sur les étrangers fut adressée aux autorités administratives municipales. Elle abordait un certain nombre de questions non résolues concernant notamment l'attribution des appartements de l'armée, l'enregistrement des réfugiés temporaires de Bosnie-Herzégovine, la tenue des registres, la transmission d'informations personnelles provenant du registre de la population et les procédures impliquant des étrangers. La circulaire précisait que les cartes d'identité personnelles délivrées aux étrangers par les autorités slovènes devaient être détruites. Plus particulièrement, en ce qui concerne les ressortissants de l'ex-RSFY ayant leur résidence permanente en Slovénie, elle fixait les dates à inscrire dans le registre : soit la date à laquelle les intéressés étaient devenus citoyens slovènes, soit celle à laquelle ils étaient devenus des étrangers en vertu de l'article 81 de la loi sur les étrangers (le 26 février 1992 ou deux mois après la date de réception de la décision de ne pas accorder la nationalité slovène).

36. Le 3 septembre 1992, le gouvernement décida de tenir compte de la période ayant précédé l'entrée en vigueur de la loi sur les étrangers aux fins du calcul de la durée de résidence en Slovénie, une durée de trois ans étant requise pour la délivrance d'un permis de séjour permanent. Au total, 4 893 permis de séjour permanent furent ainsi délivrés de 1992 à 1997.

37. Le 28 juin 1994, la Convention entra en vigueur à l'égard de la Slovénie.

38. Le Parlement slovène demanda la tenue d'un référendum sur la question de savoir s'il fallait ou non déchoir les ressortissants de l'ex-RSFY de la nationalité slovène lorsqu'elle leur avait été accordée sur le fondement

de l'article 40 de la loi sur la nationalité. Le 20 novembre 1995, la Cour constitutionnelle jugea cette demande inconstitutionnelle.

39. Dans les années qui suivirent, plusieurs organisations non gouvernementales, dont Amnesty International et le Helsinki Monitor, ainsi que le médiateur slovène des droits de l'homme, publièrent des rapports attirant l'attention sur la situation des « personnes effacées ».

3. La décision rendue par la Cour constitutionnelle le 4 février 1999 et les événements ultérieurs

40. Le 24 juin 1998, la Cour constitutionnelle déclara en partie recevable un recours en inconstitutionnalité de l'article 16, premier alinéa, et de l'article 81, deuxième alinéa, de la loi sur les étrangers (paragraphe 27 ci-dessus et 207 ci-dessous) qui avait été formé en 1994 par deux personnes dont les noms avaient été effacés du registre en 1992.

41. Par une décision du 4 février 1999 (affaire U-I-284/94), elle déclara l'article 81 de la loi sur les étrangers inconstitutionnel, au motif qu'il n'énonçait pas les conditions dans lesquelles les personnes visées dans son deuxième alinéa pouvaient obtenir un permis de séjour permanent. Elle releva que les autorités avaient effacé du registre les noms des ressortissants des républiques de l'ex-RSFY qui n'avaient pas sollicité la nationalité slovène et les avaient inscrits d'office dans le registre des étrangers, sans en avertir les intéressés. Elle estima en outre que cette mesure était dépourvue de base légale, la loi sur le registre de la population et des résidents ne prévoyant pas de mesure de radiation *ex lege*.

42. La Cour constitutionnelle releva que les dispositions de la loi sur les étrangers visaient, d'une manière générale, à réglementer le statut des étrangers qui étaient entrés en Slovénie après l'indépendance, et non celui des étrangers qui y vivaient déjà. D'après elle, si l'article 82 de la loi sur les étrangers régissait bien le statut juridique des étrangers non originaires de l'une des républiques de l'ex-RSFY, il n'existait aucune disposition équivalente pour les ressortissants de l'ex-RSFY, si bien que ces derniers se trouvaient dans une situation juridique moins favorable que les étrangers qui résidaient déjà en Slovénie avant l'indépendance.

43. La Cour constitutionnelle releva qu'en 1991, au cours du processus législatif, une proposition avait été faite qui visait à l'adoption d'une disposition spéciale pour régir la situation temporaire des ressortissants de l'ex-RSFY qui résidaient en Slovénie mais n'avaient pas demandé la nationalité slovène. Le législateur avait finalement estimé que la situation de ces personnes ne devait pas être régie par la loi sur les étrangers mais plutôt par des accords avec les Etats successeurs de l'ex-RSFY. Or, ces accords n'ayant pu être conclus, notamment en raison de la guerre en Croatie et

en Bosnie-Herzégovine, la situation de ces personnes n'avait pas été réglée. Pour la Cour constitutionnelle, compte tenu de l'évolution récente dans le domaine de la protection des droits de l'homme, la situation des personnes qui possédaient la nationalité de l'Etat prédécesseur, mais non de l'Etat successeur, et résidaient de façon permanente sur le territoire d'Etats divisés après 1990 relevait désormais d'accords internationaux.

44. La Cour constitutionnelle déclara donc l'article 81 inconstitutionnel en ce qu'il ne prévoyait pas, pour les personnes qui n'avaient pas demandé la nationalité slovène ou pour celles qui ne l'avaient pas obtenue, les conditions dans lesquelles elles pouvaient solliciter le statut de résident permanent après l'expiration du délai prescrit. Un vide juridique avait ainsi été créé et les principes de la légalité, de la sécurité juridique et de l'égalité avaient été méconnus.

45. La Cour constitutionnelle déclara en outre qu'il ne fallait pas se fonder sur les dispositions de la loi sur les étrangers réglementant l'acquisition par les étrangers entrant en Slovénie de permis de séjour permanent ou temporaire (articles 13 et 16 de la loi sur les étrangers – paragraphe 207 ci-dessous) pour régir le statut des ressortissants des républiques de l'ex-RSFY, qui pouvaient raisonnablement escompter que les nouvelles conditions à satisfaire pour conserver leur statut de résident permanent en Slovénie ne seraient pas plus rigoureuses que celles posées à l'article 13 de la loi constitutionnelle (paragraphe 202 ci-dessous) et à l'article 40 de la loi sur la nationalité (paragraphe 205 ci-dessous), et que leur statut serait déterminé conformément au droit international.

46. La Cour constitutionnelle conclut par ailleurs que, dès lors qu'il s'appliquait uniquement aux étrangers qui étaient entrés en Slovénie après l'indépendance, l'alinéa premier de l'article 16 de la loi sur les étrangers n'était pas contraire à la Constitution.

47. Elle accorda au législateur un délai de six mois pour mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée. Elle déclara que, dans l'intervalle, aucune mesure d'expulsion de Slovénie ne pouvait être prise au titre de l'article 28 de la loi sur les étrangers à l'encontre des ressortissants de l'ex-RSFY qui, au 23 décembre 1990, étaient enregistrés comme résidents permanents en Slovénie et y résidaient effectivement.

48. La Cour constitutionnelle souligna également que l'absence de réglementation du statut des ressortissants des républiques de l'ex-RSFY qui se trouvaient dans une situation juridique précaire pouvait donner lieu à une violation de la Convention, notamment du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 (voir, pour des extraits de cette décision, le paragraphe 214 ci-dessous).

49. En conséquence, la loi réglementant le statut juridique des ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY résidant en République de Slovénie (*Zakon o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji* – « la loi sur le statut juridique ») fut adoptée le 8 juillet 1999. Elle entendait régler le statut juridique des « personnes effacées » en simplifiant les conditions d'acquisition d'un titre de séjour permanent.

50. En vertu de l'article 1 de la loi sur le statut juridique, les ressortissants d'autres Etats successeurs de l'ex-RSFY qui étaient enregistrés comme résidents permanents sur le territoire slovène au 23 décembre 1990, date du plébiscite, ou au 25 juin 1991, date de l'indépendance, et y résidaient effectivement, avaient droit à un permis de séjour permanent, nonobstant les dispositions de la loi sur les étrangers. Ils bénéficiaient d'un délai de trois mois pour déposer une demande. L'article 3 de la loi sur le statut juridique prévoyait des exceptions pour les personnes sous le coup de condamnations pénales. Des permis de séjour furent accordés *ex nunc* à ceux qui remplissaient les conditions susmentionnées (paragraphe 210 ci-dessous).

51. Le 18 mai 2000, la Cour constitutionnelle, statuant sur un autre recours (affaire U-I-295/99), annula en partie l'article 3 de la loi sur le statut juridique, le jugeant inconstitutionnel au motif que les conditions d'acquisition d'un permis de séjour permanent s'y trouvant énoncées étaient plus strictes que les critères d'annulation d'un permis de séjour permanent prévus par la loi sur les étrangers.

4. Les décisions rendues par la Cour constitutionnelle dans d'autres procédures introduites par des « personnes effacées »

52. S'appuyant sur sa décision de principe du 4 février 1999 (paragraphe 41-48 ci-dessus), la Cour constitutionnelle a rendu plusieurs décisions dans des affaires introduites par des « personnes effacées ».

53. Le 1^{er} juillet 1999, dans une affaire (Up-333/96) dans laquelle le demandeur s'était vu refuser le renouvellement de son permis de conduire au motif que son nom avait été « effacé » du registre, elle releva qu'à la suite de sa décision du 4 février 1999 la loi sur le statut juridique avait été rédigée mais n'avait pas encore été adoptée. Elle décida que, jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi, le demandeur devait bénéficier du statut qu'il aurait eu si le délai fixé à l'article 81, deuxième alinéa, de la loi sur les étrangers n'avait pas expiré (paragraphe 27 ci-dessus). Elle ordonna aux autorités d'enregistrer l'intéressé comme résident permanent à l'adresse à laquelle il vivait avant que son nom ne fût illégalement effacé du registre, et de renouveler son permis de conduire.

54. Une décision similaire fut adoptée le 15 juillet 1999 dans une affaire (Up-60/97) où les demandeurs, tous membres d'une même famille et ressortissants de l'une des républiques de l'ex-RSFY, s'étaient vu refuser un permis de séjour permanent en vertu de l'article 16 de la loi sur les étrangers, au motif que le père avait perdu son emploi.

55. Le 18 novembre 1999 et le 16 décembre 1999, dans deux affaires (Up-20/97 et Up-152/97) concernant le versement d'une pension militaire à une « personne effacée », la Cour constitutionnelle annula les arrêts de la Cour suprême et renvoya les affaires pour réexamen.

56. Le 20 septembre 2001, dans une affaire (Up-336/98) relative au droit d'une personne à une allocation pour garde d'enfants, la Cour constitutionnelle annula les décisions des autorités inférieures et renvoya l'affaire pour réexamen.

57. En outre, la Cour constitutionnelle examina un certain nombre d'affaires introduites par des « personnes effacées » relativement aux conditions d'acquisition de la nationalité slovène. Dans une décision du 6 juillet 1995 (affaire Up-38/93), elle estima que l'on pouvait considérer que la condition posée par l'article 40 de la loi sur la nationalité, à savoir « réside[r] effectivement [en Slovénie] » (paragraphe 25 ci-dessus et 205 ci-dessous), était remplie dans une situation où une personne avait interrompu son séjour en Slovénie pour des raisons valables, c'est-à-dire lorsque d'autres circonstances indiquaient qu'elle avait dans ce pays le centre de ses intérêts vitaux. La Cour constitutionnelle annula la décision de la Cour suprême au motif que celle-ci avait traité de manière différenciée des affaires analogues, et elle renvoya l'affaire pour réexamen.

5. La décision rendue par la Cour constitutionnelle le 3 avril 2003

58. Le 3 avril 2003, statuant sur un recours en inconstitutionnalité de la loi sur le statut juridique dans sa version du 8 juillet 1999 introduit par l'Association des « personnes effacées » et par d'autres « personnes effacées » (affaire U-I-246/02), la Cour constitutionnelle jugea que, pour une série de motifs, la loi sur le statut juridique n'était pas conforme à la Constitution : elle ne reconnaissait pas aux personnes dont le nom avait été effacé du registre le droit à un permis de séjour permanent avec effet rétroactif à partir de la date de l'« effacement », elle ne définissait pas le sens de l'expression « résid[e] effectivement » figurant à l'article premier et elle ne régissait pas l'acquisition d'un permis de séjour permanent par les ressortissants des républiques de l'ex-RSFY qui avaient été renvoyés de force de Slovénie en vertu de l'article 28 de la loi sur les étrangers.

59. La Cour constitutionnelle estima que, bien que le nombre exact de personnes renvoyées ne fût pas connu, il y avait probablement peu

de personnes dans ce cas, étant donné que le statut non réglementé des « personnes effacées » avait de manière générale été toléré. Elle déclara également inconstitutionnel le délai de trois mois fixé pour l'introduction d'une demande de permis de séjour permanent, le jugeant déraisonnablement court, et elle donna au législateur six mois pour corriger les dispositions inconstitutionnelles de la loi dénoncée. La Cour constitutionnelle souligna en outre l'importance du statut de résident permanent pour l'obtention de certains droits et prestations, notamment le droit à une pension militaire, les allocations sociales et le renouvellement d'un permis de conduire.

60. La Cour constitutionnelle ordonna (point 8 du dispositif de sa décision) au ministère de rendre d'office, en faveur des personnes déjà titulaires de permis *ex nunc* (non rétroactifs) en vertu de la loi sur le statut juridique ou de la loi sur les étrangers, des décisions établissant leur statut de résident permanent en Slovénie *ex tunc* à compter du 26 février 1992, date de l'« effacement » (voir, pour des extraits de cette décision, le paragraphe 215 ci-dessous).

61. Le 25 novembre 2003, le Parlement adopta la loi sur l'application du point 8 de la décision de la Cour constitutionnelle dans l'affaire n° U-I-246/02-28 (*Zakon o izvršitvi 8. točke odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije št. U-I-246/02-28*), également dénommée « la loi technique ». Cette loi définissait la procédure de délivrance d'un permis de séjour permanent *ex tunc* aux ressortissants des républiques de l'ex-RSFY qui étaient enregistrés comme résidents permanents en Slovénie, à la fois au 23 décembre 1990 et au 25 février 1992, et qui avaient déjà obtenu un permis de séjour permanent en vertu de la loi sur le statut juridique ou de la loi sur les étrangers.

62. Toutefois, un référendum sur la question de savoir si la loi technique devait être mise en œuvre eut lieu le 4 avril 2004. Le taux de participation fut de 31,54 %; le dépouillement du scrutin révéla que 94,59 % des suffrages valablement émis étaient opposés à la mise en œuvre de la loi, laquelle n'entra donc jamais en vigueur.

63. Entre-temps, dans une décision (affaire U-II-3/03) rendue le 22 décembre 2003, la Cour constitutionnelle avait précisé que c'était sa décision du 3 avril 2003 (paragraphe 58-60 ci-dessus) qui constituait la base légale pour la délivrance de permis de séjour complémentaires par le ministère, et que celui-ci était tenu de l'exécuter.

64. En outre, dans une affaire (Up-211/04) introduite par l'une des « personnes effacées » qui soutenait que son absence de Slovénie était due à la guerre, la Cour constitutionnelle annula, le 2 mars 2006, les jugements de la Cour suprême écartant la demande de l'intéressé tendant à l'obtention d'un permis de séjour permanent en vertu de la loi sur le statut juridique,

et renvoya l'affaire devant le tribunal administratif. Elle invita celui-ci à apprécier de manière appropriée la condition relative à l'obligation de « résider effectivement en République de Slovénie » depuis le 23 décembre 1990 et les motifs de l'absence de la personne concernée de Slovénie.

65. En particulier, la Cour constitutionnelle déclara que le fait que le législateur eût tardé à éliminer les incohérences n'empêchait pas les tribunaux de rendre, dans les affaires portées devant eux, des décisions conformes à celle prononcée par elle le 3 avril 2003 (paragraphe 58-60 ci-dessus).

66. En 2004, le ministère délivra, sur le seul fondement de la décision susmentionnée de la Cour constitutionnelle, 4 034 permis avec effet rétroactif aux « personnes effacées ». Les autorités suspendirent temporairement puis reprirent la délivrance d'office de ces permis en 2009, à la suite d'un changement de gouvernement (paragraphe 70 ci-dessous).

67. D'après le Gouvernement, 13 355 demandes avaient été introduites au titre de la loi sur le statut juridique au 30 juin 2007. Ces demandes donnèrent lieu à la délivrance de 12 236 permis de séjour permanent.

68. Un nouveau gouvernement fut nommé en novembre 2008, après les élections législatives du 21 septembre 2008. L'une de ses priorités était l'adoption de règles régissant, dans le respect des décisions de la Cour constitutionnelle, le statut des « personnes effacées ».

69. A la suite d'une amélioration de son système informatique, le ministère recueillit de nouvelles données sur les « personnes effacées » et publia un rapport indiquant qu'au 24 janvier 2009 le nombre des personnes effacées du registre s'élevait à 25 671, dont 7 899 avaient par la suite acquis la nationalité slovène ; 7 313 de ces personnes étaient toujours en vie. En outre, 3 630 autres personnes avaient obtenu un permis de séjour. Le statut de 13 426 « personnes effacées » n'était toujours pas réglementé à cette date, et l'on ne savait pas où elles résidaient.

70. En 2009, se conformant au point 8 du dispositif de la décision de la Cour constitutionnelle du 3 avril 2003 (paragraphe 60 ci-dessus), le ministère recommença à rendre d'office, en faveur des personnes déjà titulaires de permis *ex nunc*, des décisions leur reconnaissant le statut de résident permanent en Slovénie *ex tunc* à compter du 26 février 1992. 2 347 décisions de ce type furent rendues.

6. La loi modifiée sur le statut juridique

71. Par la suite, le ministère rédigea des amendements et ajouts à la loi sur le statut juridique (« la loi modifiée sur le statut juridique ») afin de régler, conformément à la décision de la Cour constitutionnelle du 3 avril 2003, les incompatibilités entre la loi sur le statut juridique et la Constitution, en particulier concernant les personnes qui avaient été expulsées et celles qui

avaient dû quitter la Slovénie pour d'autres motifs liés à l'« effacement ». La loi modifiée sur le statut juridique fut adoptée le 8 mars 2010.

72. Le 12 mars 2010, trente et un députés demandèrent la tenue d'un référendum sur la loi modifiée sur le statut juridique, notamment parce qu'elle ne régissait pas la question de l'indemnisation des « personnes effacées », ce qui repoussa son entrée en vigueur. Le 18 mars 2010, estimant que le report de l'entrée en vigueur de la loi modifiée sur le statut juridique ou son rejet dans le cadre d'un référendum emporteraient des conséquences inconstitutionnelles, l'Assemblée nationale saisit la Cour constitutionnelle de la question.

73. Le 10 juin 2010, la Cour constitutionnelle adopta dans l'affaire U-II-1/10 une décision dans laquelle, s'appuyant sur ses décisions de principe antérieures, elle estima que les dispositions de la loi modifiée sur le statut juridique étaient conformes à la Constitution. Elle considéra que la loi modifiée fournissait une solution permanente concernant le statut des « personnes effacées » qui n'avaient pas pu régulariser leur situation ou celle de leurs enfants et qu'elle prévoyait le prononcé de décisions rétroactives spéciales en faveur des « personnes effacées » qui avaient obtenu la nationalité slovène sans remplir la condition relative à la possession préalable d'un permis de séjour permanent. La Cour constitutionnelle refusa d'autoriser la tenue d'un référendum, estimant qu'un rejet éventuel de la loi en question emporterait des conséquences inconstitutionnelles. Elle constata en outre que le retard intervenu dans la mise en œuvre de sa décision de principe de 2003 avait entraîné une nouvelle violation de la Constitution.

74. Le paragraphe 43 de la décision précisait qu'en adoptant la loi en question, qui prévoyait la rétroactivité du statut de résident permanent, le législateur avait introduit une satisfaction morale dans laquelle il fallait voir une forme de réparation pour l'« effacement ». Pour la Cour constitutionnelle, en cas de dommage résultant de l'« effacement », la question de la responsabilité éventuelle de l'Etat pouvait se poser au regard de l'article 26 de la Constitution lorsque d'autres conditions fixées dans cette disposition et les conditions légales pertinentes étaient remplies. En tout état de cause, la loi modifiée sur le statut juridique n'impliquait pas en soi un nouveau type de responsabilité délictuelle pour l'Etat ou une nouvelle base juridique permettant de faire valoir des demandes en réparation. Pour la Cour constitutionnelle, le législateur pouvait parfaitement adopter une législation spécifique limitant la responsabilité de l'Etat, ainsi qu'il l'avait fait, par exemple, en ce qui concerne les victimes de la Seconde Guerre mondiale. La Cour constitutionnelle conclut que le silence de la loi en question relativement à la question de la réparation financière n'était pas inconstitutionnel.

75. Le 15 juin 2010, le président de l'Assemblée nationale présenta publiquement des excuses aux « personnes effacées » et, le 22 juin 2010, le ministre de l'Intérieur fit de même.

76. Le 24 juin 2010, la loi modifiée sur le statut juridique fut publiée au Journal officiel. Elle entra en vigueur le 24 juillet 2010, quelques jours après le prononcé de l'arrêt de la chambre. Avant son adoption, 13 600 demandes de permis de séjour avaient été soumises, dont 12 345 avaient été accueillies.

77. L'article 1 de la loi modifiée sur le statut juridique s'appliquait aux étrangers qui avaient la nationalité d'une autre république de l'ex-RSFY à la date du 25 juin 1991, étaient enregistrés comme résidents permanents en Slovénie au 23 décembre 1990 ou au 25 juin 1991, et résidaient effectivement dans ce pays depuis lors, indépendamment des dispositions de la loi sur les étrangers. Il prévoyait l'acquisition par les « personnes effacées » de permis de séjour permanent à la fois *ex nunc* et *ex tunc*. Il réglementait aussi le statut des enfants des « personnes effacées » et énonçait que des décisions rétroactives seraient rendues en faveur des « personnes effacées » qui s'étaient vu accorder la nationalité slovène sans avoir été titulaires auparavant d'un permis de séjour.

78. En particulier, l'article 1 č) définissait l'expression « résider effectivement » en Slovénie (la résidence effective étant une condition préalable à l'obtention du statut de résident permanent) comme signifiant, pour la personne concernée, avoir dans ce pays le centre de ses intérêts vitaux, cette dernière notion renvoyant aux relations personnelles, familiales, économiques, sociales et autres de la personne aptes à prouver l'existence de liens effectifs et permanents entre celle-ci et la République de Slovénie.

79. Cette disposition indiquait en outre que la condition de « résidence effective » pouvait être jugée remplie dans les cas d'absence justifiée de plus d'un an (expulsion forcée de Slovénie, absence à la suite de l'« effacement » ou impossibilité de revenir en raison de l'état de guerre dans d'autres Etats successeurs de la RSFY). Dans les cas d'absence plus longue, la condition de « résidence effective » ne pouvait être réputée satisfaite, pour une période de cinq ans augmentée d'une autre période de cinq ans, que si l'intéressé avait tenté de rentrer en Slovénie (paragraphe 211 ci-dessous).

80. D'après les statistiques fournies par le Gouvernement, les services administratifs territoriaux ont reçu 173 demandes de permis de séjour permanent *ex nunc* et 84 demandes de permis *ex tunc* complémentaires entre le 24 juin 2010 et le 31 mai 2011. Ces demandes ont abouti à l'octroi de 64 permis de séjour permanent *ex nunc* et de 111 permis de séjour permanent *ex tunc*, y compris ceux délivrés par le ministère de l'Intérieur; dans certains cas les autorités les ont délivrés d'office. D'autres procédures

sont encore pendantes. Le délai de dépôt des demandes au titre de la loi modifiée sur le statut juridique expire le 24 juillet 2013.

81. Le 26 avril 2011, l'association Initiative civile des « personnes effacées » et cinquante-deux particuliers ont saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en inconstitutionnalité de la loi modifiée sur le statut juridique (affaire U-I-85/11). Cette procédure est actuellement pendante.

82. Par ailleurs, une des « personnes effacées » forma un recours constitutionnel pour contester le rejet par la Cour suprême de sa demande d'indemnisation, d'un montant de 50 492,40 euros (EUR), pour perte d'emploi et préjudice moral. Quant au dommage matériel, la Cour suprême avait fait observer que les autorités n'avaient pas agi illégalement et que l'article 26 de la Constitution était donc inapplicable. Le 5 juillet 2011 (affaire Up-1176/09), la Cour constitutionnelle rejeta le recours, confirmant le point de vue de la Cour suprême selon lequel, malgré la décision de la Cour constitutionnelle abrogeant ultérieurement la disposition incriminée de la loi sur la nationalité, on ne pouvait dire que les autorités ou juridictions administratives eussent agi illégalement à l'époque des faits. Elle ajouta que, étant donné que la perte d'emploi était liée au refus d'accorder la nationalité slovène à la personne concernée et non au refus de lui accorder un permis de séjour permanent, ses décisions de principe sur la question des « personnes effacées » ne pouvaient être prises en compte.

83. Le 21 juillet 2011, le Gouvernement a communiqué quelque trente jugements définitifs rendus par des juridictions de première et de deuxième instance et par la Cour suprême dans le cadre de procédures en réparation engagées par des « personnes effacées ». Toutes les demandes en réparation furent finalement rejetées, la plupart pour non-respect des délais prescrits, bien que dans certains cas les tribunaux eussent initialement jugé les demandes bien fondées. A l'époque, des procédures étaient pendantes devant la Cour suprême dans onze affaires introduites par des « personnes effacées ». Enfin, le 7 novembre 2011, le Gouvernement a communiqué une nouvelle décision rendue par la Cour constitutionnelle le 26 septembre 2011 dans une affaire (Up-108/11) introduite par une des « personnes effacées » qui avait demandé réparation pour dommage matériel et moral. Dans cette affaire, la juridiction de première instance avait à l'origine dit dans un jugement provisoire qu'il y avait des motifs de considérer que l'Etat était tenu à réparation. Toutefois, la Cour suprême confirma la décision de deuxième instance rejetant la demande en raison de l'expiration du délai légal. La Cour constitutionnelle approuva cette décision.

B. La situation particulière de chacun des requérants

84. Avant le 25 juin 1991, date à laquelle la Slovénie a déclaré son indépendance, les requérants étaient ressortissants à la fois de la RSFY et

de l'une de ses républiques constitutives autres que la Slovénie. Ils avaient acquis le statut de résident permanent en Slovénie en tant que ressortissants de la RSFY, statut qu'ils conservèrent jusqu'au 26 février 1992, date à laquelle leurs noms furent effacés du registre.

85. A la suite de l'entrée en vigueur le 24 juillet 2010 de la loi modifiée sur le statut juridique, M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić obtinrent des permis de séjour permanent, à la fois *ex nunc* et *ex tunc*. M. Dabetić et M^{me} Ristanović ne sollicitèrent pas de permis de séjour. Les paragraphes qui suivent exposent la situation particulière de chacun des requérants.

1. M. Mustafa Kurić

86. M. Kurić est né le 8 avril 1935 à Šipovo (Bosnie-Herzégovine). D'après le Gouvernement, sa nationalité n'est pas connue. A la fin de l'enseignement primaire, il suivit une formation de cordonnier. Il arriva en Slovénie à l'âge de vingt ans et s'installa à Koper en 1965. En 1976, il loua à la commune de Koper un petit atelier, où il s'établit à son compte. Il fut enregistré comme résident permanent en Slovénie du 23 juillet 1970 au 26 février 1992.

87. En 1991, il tomba gravement malade et fut hospitalisé pendant trois mois. Il allègue que c'est pour cette raison qu'il ne déposa pas de demande d'acquisition de la nationalité slovène. Il ajoute que les autorités lui assurèrent à l'époque qu'il aurait d'autres possibilités de demander la nationalité slovène. Le Gouvernement confirme que l'intéressé fut hospitalisé, mais dit qu'il était déjà sorti de l'hôpital le 15 juin 1991.

88. Le requérant ne fut jamais officiellement avisé qu'il n'avait plus aucun statut juridique en Slovénie.

89. En 1993, sa maison prit feu et il perdit la plupart de ses papiers. Lorsqu'il sollicita de nouveaux papiers auprès de la commune de Koper, on l'informa que son nom avait été effacé du registre.

90. Il continua son activité professionnelle et paya son loyer jusqu'à ce qu'il connût des difficultés financières, à la fin des années 1990. N'étant plus en mesure d'acquitter le loyer, il dut sortir des locaux. Sans papiers d'identité, il risquait d'être expulsé s'il quittait la commune, où la police tolérait sa présence.

91. Le requérant dit avoir tenté à diverses occasions dans les années 1990 de régulariser sa situation auprès des services administratifs de Koper, mais n'avoir pas reçu de réponse. En 2005, il aurait adressé au ministère une lettre dans laquelle il demandait la nationalité slovène. Il n'aurait pas reçu de réponse. D'après le gouvernement défendeur, en revanche, M. Kurić n'a jamais demandé de permis de séjour en Slovénie.

92. Le requérant affirme avoir engagé en 2006 une procédure concernant ses droits à pension devant la caisse d'assurance vieillesse et invalidité qui, le 14 mai 2006, lui aurait adressé une lettre faisant état de ses années de travail et lui demandant de fournir un certificat de nationalité. En réponse à une demande de l'agent du Gouvernement, la caisse d'assurance vieillesse et invalidité a toutefois déclaré, le 29 octobre 2007, que le requérant ne l'avait pas officiellement saisie.

93. Le 7 mai 2007, le requérant sollicita la nationalité slovène en tant que personne apatride. Sa demande fut rejetée le 27 juillet 2007.

94. Le 29 janvier 2008, il renouvela sa demande sur le fondement de l'article 10 de la loi sur la nationalité. Le 10 juin 2009, le service administratif de Koper écarta sa demande. M. Kurić ne contesta pas ce rejet devant la cour administrative.

95. Le 24 février 2009, il sollicita un permis de séjour permanent. Le 2 novembre 2010, on lui accorda des permis de séjour *ex nunc* et *ex tunc*, qui lui furent délivrés le 26 novembre 2010.

96. Le requérant indique qu'alors même qu'il a reçu son permis de séjour permanent il continue de se heurter à de nombreuses difficultés, en particulier concernant ses droits à pension. Il ajoute qu'il souffre de graves problèmes de santé.

2. M. Velimir Dabetić

97. M. Dabetić est né le 22 septembre 1969 à Koper (Slovénie). Il est apatride. Il fut enregistré comme résident permanent en Slovénie du 29 septembre 1971 au 26 février 1992. Ses parents et ses deux frères sont nés au Monténégro et leurs noms, comme le sien, furent effacés du registre en 1992. Sa mère obtint la nationalité slovène en 1997 et son père en 2004. A la fin de l'enseignement primaire, il suivit pendant deux ans une formation de ferronnier dans un établissement d'enseignement secondaire spécialisé. Il vit actuellement en Italie, où il n'a aucun statut juridique.

98. Le requérant indique qu'il est parti s'installer en Italie en 1991, mais est resté enregistré comme résident permanent à Koper (Slovénie) jusqu'aux événements de 1992. Il aurait à l'époque reçu des informations erronées des services administratifs de Koper. D'après le Gouvernement, le requérant vit en Italie depuis 1989, et non depuis 1991. L'intéressé n'aurait donc pas résidé en Slovénie à la date de l'accession du pays à l'indépendance.

99. Le requérant allègue que lorsqu'il chercha à solliciter la nationalité slovène auprès du service administratif de Koper, l'employé lui demanda de présenter un document exposant ses antécédents professionnels en Slovénie. Il aurait alors déclaré qu'il travaillait en Italie sur la base d'un permis de travail légal et qu'il ne pouvait fournir un tel document. L'employé lui

aurait répondu que c'était l'Italie et non la Slovénie qui devait lui accorder la nationalité.

100. Le requérant affirme en outre qu'il a eu connaissance de l'«effacement» plus tard que les autres requérants. En 2002, à l'expiration de son ancien passeport de la RSFY, les autorités italiennes auraient refusé de renouveler le permis de séjour (*permesso di soggiorno*) qui lui permettait de travailler et lui auraient ordonné de rentrer en Slovénie. Toutefois, bien qu'il eût tenté d'y retourner légalement, il lui aurait été impossible de régulariser sa situation dans ce pays. Le Gouvernement soutient que le requérant n'a jamais demandé en bonne et due forme un permis de séjour en Slovénie.

101. Le 26 novembre 2003, à la suite du prononcé par la Cour constitutionnelle de sa décision du 3 avril 2003, le requérant demanda au ministère de rendre une décision complémentaire *ex tunc* aux fins de la régularisation de son statut, sans qu'il eût sollicité au préalable un permis de séjour permanent *ex nunc*.

102. Le 29 novembre 2003, le requérant demanda la nationalité slovène en vertu de l'article 19 de la loi sur la nationalité, telle que modifiée en 2002.

103. Le 9 février 2004, il saisit l'unité de Nova Gorica du tribunal administratif pour se plaindre de l'inertie des autorités administratives (*tožba zaradi molka upravnega organa*), auxquelles il reprochait de ne pas avoir délivré la décision complémentaire *ex tunc* sollicitée par lui.

104. Le 20 mai 2005, le tribunal administratif le débouta de sa demande.

105. Le 14 novembre 2005, le ministère rejeta la demande d'acquisition de la nationalité slovène déposée par le requérant au motif qu'il n'avait pas prouvé avoir effectivement résidé en Slovénie pendant dix ans et y avoir vécu en permanence durant les cinq dernières années.

106. Parallèlement, le requérant sollicita également le statut d'apatride auprès du ministère italien de l'Intérieur.

107. Ces dernières années, le requérant fut souvent arrêté et placé en garde à vue par la police italienne. De plus, le 20 avril 2006 il reçut l'ordre de quitter le pays dans les cinq jours. Finalement, il fut autorisé à rester en Italie étant donné qu'il avait demandé à être reconnu comme apatride et que la procédure à cet égard était pendante.

108. Le requérant fut également inculpé d'immigration illégale en Italie. Le 19 juin 2006, le tribunal de district de Mantoue le relaxa au motif qu'il n'avait pas de nationalité et que l'on ne pouvait attendre de lui qu'il quittât l'Italie de son plein gré. A l'époque, sa demande tendant à l'obtention du statut d'apatride était pendante. Elle fut finalement rejetée au motif qu'un étranger qui résidait illégalement sur le territoire italien n'avait pas droit à ce statut.

109. Le requérant déclare vivre dans des conditions extrêmement difficiles. Il n'a pas engagé de procédure au titre de la loi modifiée sur le statut juridique.

3. *M^{me} Ana Mezga*

110. M^{me} Mezga est née le 4 juin 1965 à Čakovec (Croatie). Elle a la nationalité croate. En 1979, elle s'installa à Ljubljana (Slovénie), où elle trouva ultérieurement un emploi. Elle suivit l'enseignement primaire pendant huit ans et fut enregistrée comme résidente permanente en Slovénie du 28 juillet 1980 au 26 février 1992.

111. Elle déclare qu'en 1992, après la naissance de son second enfant, elle se rendit compte que son nom avait été effacé du registre. Son employeur aurait écourté son congé de maternité et l'aurait licenciée. En outre, en mars 1993, elle aurait été arrêtée par la police lors d'un contrôle de routine. N'ayant pas de papiers d'identité, elle aurait été détenue au poste de police puis dans un centre de transit pour étrangers (*prehodni dom za tujce*), mais elle aurait été libérée après avoir payé une amende. La requérante estime que cette arrestation confirme qu'elle avait perdu son statut juridique.

112. Elle s'installa par la suite à Piran, où elle rencontra H.Š., citoyen slovène, avec lequel elle eut deux enfants, qui ont la nationalité slovène. Elle déclare qu'elle n'engagea aucune procédure pour régulariser sa situation, consciente qu'elle ne remplissait manifestement pas les conditions posées par la législation en vigueur.

113. Le 13 décembre 1999, après l'entrée en vigueur de la loi sur le statut juridique, M^{me} Mezga sollicita un permis de séjour permanent. Le ministère l'invita à cinq reprises à compléter son dossier et l'informa qu'elle aurait également pu demander un permis de séjour permanent dans le cadre du regroupement familial

114. Le 14 avril 2004, la requérante invita le ministère à rendre une décision complémentaire en vertu du point 8 du dispositif de la décision de la Cour constitutionnelle du 3 avril 2003 (paragraphe 60 ci-dessus).

115. Le 29 avril 2004, elle demanda la nationalité slovène sur le fondement de l'article 19 de la loi sur la nationalité, telle que modifiée.

116. Le 15 octobre 2004, elle assista à une réunion au service administratif de Piran dans le cadre de la procédure relative à sa demande d'un permis de séjour permanent. Le 25 octobre 2004, elle fut invitée à compléter son dossier.

117. Le 5 novembre 2004, la caisse d'assurance vieillesse et invalidité déclara que les emplois occupés par la requérante en Slovénie étaient consignés dans ses fichiers.

118. Le 6 décembre 2004, le ministère mit fin à la procédure relative à la demande de la requérante tendant à l'obtention d'un permis de séjour permanent, en raison de l'inactivité de celle-ci et de son incapacité à prouver qu'elle résidait effectivement en Slovénie depuis le 23 décembre 1990.

119. Le 18 novembre 2005, dans le cadre de la procédure concernant la nationalité, le ministère accorda à la requérante un délai de deux mois pour compléter son dossier. L'intéressée devait notamment prouver qu'elle résidait effectivement en Slovénie depuis le 23 décembre 1990.

120. Le 13 juin 2006, le ministère écarta la demande d'acquisition de la nationalité slovène introduite par la requérante.

121. Le 10 août 2007, celle-ci sollicita un permis de séjour temporaire en tant que membre de la famille d'un citoyen slovène.

122. Le 13 septembre 2007, elle obtint un permis de séjour temporaire valable jusqu'au 13 septembre 2012.

123. Le 22 juillet 2010, elle demanda un permis de séjour permanent en vertu de la loi modifiée sur le statut juridique. Le 1^{er} mars 2011, elle se vit accorder des permis de séjour *ex nunc* et *ex tunc*, qui lui furent délivrés le 2 mars 2011.

124. La requérante déclare que, alors même qu'elle a obtenu un permis de séjour permanent, elle se heurte à des difficultés concernant son assurance médicale et l'aide financière sociale. Elle affirme par ailleurs avoir de graves problèmes de santé.

4. *M^{me} Ljubenka Ristanović*

125. M^{me} Ristanović est née le 19 novembre 1968 à Zavidovići (Bosnie-Herzégovine). Elle a actuellement la nationalité serbe. En 1986, elle se rendit à Ljubljana (Slovénie) pour y chercher du travail. Elle s'y maria et, le 20 août 1988, donna naissance à un fils, le cinquième requérant, Tripun Ristanović. Elle fut enregistrée comme résidente permanente à Ljubljana du 6 août 1986 au 20 novembre 1991.

126. M^{me} Ristanović déclare qu'elle pensait acquérir la nationalité slovène automatiquement en tant que résidente permanente. Toutefois, en 1994, elle-même et son fils furent expulsés de Slovénie. Elle dit avoir eu connaissance de l'«effacement» à ce moment-là. Quant au mari de M^{me} Ristanović, titulaire d'un permis de travail et d'un permis de séjour temporaire à l'époque des faits, il resta en Slovénie et obtint par la suite un permis de séjour permanent.

127. Selon le gouvernement défendeur, M^{me} Ristanović quitta la commune où elle vivait sans demander sa radiation du registre des résidents permanents, et les données personnelles la concernant furent transférées du

registre des résidents permanents à celui des personnes ayant « émigré sans s'être fait radier ».

128. La requérante déclare avoir vécu en Serbie comme réfugiée et être restée de nombreuses années sans papiers d'identité. En 2004, elle aurait obtenu une carte d'identité serbe et en 2005 un passeport serbe. Elle-même et son fils n'auraient sollicité ni un permis de séjour permanent en Slovénie ni la nationalité slovène, conscients que pendant de nombreuses années ils n'avaient pas rempli la condition de résidence effective en Slovénie posée par la législation en vigueur.

129. M^{me} Ristanović n'a pas engagé de procédure en vertu de la loi modifiée sur le statut juridique. Elle dit avoir de graves problèmes de santé.

5. *M. Tripun Ristanović*

130. M. Tripun Ristanović, fils de la quatrième requérante, M^{me} Ljubenka Ristanović, est né le 20 août 1988 à Ljubljana (Slovénie). Il est ressortissant de Bosnie-Herzégovine. Il fut enregistré comme résident permanent à Ljubljana du 20 août 1988 au 26 février 1992.

131. En 1994, M. Ristanović, alors mineur, fut expulsé de Slovénie avec sa mère.

132. Il vécut comme réfugié avec sa mère en Serbie pendant de nombreuses années. En 2004, les autorités de Bosnie-Herzégovine lui délivrèrent une carte d'identité et un passeport. N'ayant pas de papiers d'identité serbes, il aurait vécu en Serbie dans la crainte permanente d'être expulsé.

133. Le 9 novembre 2010, il sollicita un permis de séjour permanent en Slovénie au titre de la loi modifiée sur le statut juridique. Après s'être vu accorder le 10 mars 2011 des permis de séjour *ex nunc* et *ex tunc*, qui lui furent délivrés le 11 mars 2011, il retourna en Slovénie.

134. D'après le Gouvernement, le requérant a saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en inconstitutionnalité de la loi modifiée sur le statut juridique, qui a été joint à ceux formés par l'association Initiative civile des « personnes effacées » et par d'autres particuliers. La procédure est actuellement pendante (paragraphe 81 ci-dessus).

6. *M. Ali Berisha*

135. M. Berisha est né le 23 mai 1969 à Peć (Kosovo) dans une communauté rom. D'après le Gouvernement, il a la nationalité serbe. M. Berisha s'installa en Slovénie en 1985. Il travailla dans une usine à Maribor jusqu'au 31 mai 1991. Il fut enregistré comme résident permanent en Slovénie du 6 octobre 1987 au 26 février 1992.

136. En 1991, il aurait séjourné pendant quelque temps au Kosovo avec sa mère malade, raison pour laquelle il n'aurait pas demandé la nationalité slovène à l'époque.

137. En 1993, à son retour d'Allemagne où il avait rendu visite à des proches, le requérant fut arrêté par la police des frontières slovène. On lui prit alors son passeport de la RSFY et il fut placé dans un centre de transit pour étrangers pendant dix jours. Le requérant dit que c'est à ce moment-là qu'il eut connaissance de l'« effacement ». Il affirme en outre que le 3 juillet 1993 il fut expulsé vers Tirana (Albanie) sans qu'aucune décision eût été adoptée à cet égard. La police albanaise le renvoya en Slovénie au motif qu'il n'avait pas de passeport en cours de validité. Il fut à nouveau placé dans le même centre de transit, d'où il s'échappa durant la nuit.

138. En 1993, l'intéressé s'enfuit en Allemagne, où il obtint un permis de séjour temporaire pour raisons humanitaires, compte tenu de l'instabilité qui régnait au Kosovo à l'époque.

139. Le 9 août 1996, il épousa M.M., née au Kosovo, également membre d'un groupe rom. Ils eurent quatre enfants entre 1997 et 2003, alors que la famille vivait en Allemagne.

140. En 2005, les autorités allemandes refusèrent de renouveler le permis de séjour du requérant, jugeant la situation au Kosovo suffisamment stable dans l'ensemble pour que l'intéressé pût y retourner. Celui-ci reçut l'ordre de quitter l'Allemagne avec sa famille avant le 30 septembre 2005.

141. A une date non précisée, le requérant et sa famille demandèrent l'asile en Allemagne.

142. Par la suite, ils retournèrent en Slovénie.

143. Le 13 juillet 2005, ils sollicitèrent des permis de séjour temporaire. Le 25 juillet 2005, ils demandèrent également des permis de séjour permanent au titre de la loi sur le statut juridique.

144. Craignant d'être expulsés, le 26 septembre 2005 ils demandèrent également l'asile. Le requérant sollicita aussi le statut de réfugié.

145. Le 19 octobre 2005, à la suite du retrait par les intéressés de leurs demandes d'asile, le ministère mit fin à la procédure. Il ordonna le renvoi du requérant et de sa famille en Allemagne. Un arrêté d'expulsion fut pris le 28 octobre 2005, mais il ne fut pas exécuté. Le 10 novembre 2005, un nouvel arrêté d'expulsion fut délivré qui fixait la date de l'expulsion au 18 novembre 2005. Le requérant engagea alors une procédure devant le tribunal administratif. Le 15 novembre 2005, sa demande fut accueillie.

146. A l'époque, l'affaire eut un retentissement considérable aux niveaux national et international, grâce aux efforts déployés par Amnesty International.

147. Le 27 février 2006, la famille demanda une nouvelle fois l'asile en Slovénie. Elle vivait alors dans un centre pour demandeurs d'asile.

148. Le 28 avril 2006, le requérant introduisit une action devant le tribunal administratif pour se plaindre de l'inertie des autorités administratives dans le cadre de la procédure relative aux permis de séjour permanent sollicités pour lui-même, son épouse et leurs quatre enfants.

149. Le 19 juillet 2006, les autorités allemandes informèrent les autorités slovènes qu'en vertu du règlement de Dublin c'était l'Allemagne qui était responsable de l'examen des demandes d'asile de la famille Berisha.

150. Le 28 juillet 2006, le cinquième enfant du requérant naquit en Slovénie.

151. Le 30 octobre 2006, à la suite de la décision susmentionnée des autorités allemandes, le ministère déclara qu'il n'était pas compétent pour examiner les demandes d'asile du requérant et de sa famille et que ceux-ci seraient remis à l'Allemagne. Il précisa avoir également obtenu de nouveaux éléments indiquant que M. Berisha et sa famille étaient demandeurs d'asile en Allemagne, où ils bénéficiaient d'une aide financière à cette fin.

152. Le 5 novembre 2006, le requérant et sa famille contestèrent la décision du ministère devant le tribunal administratif. Le même jour, ils demandèrent également que la décision attaquée ne fût pas exécutée et retirèrent leur demande d'asile (paragraphe 147 ci-dessus).

153. Le requérant affirme que le 7 novembre 2006 le ministère tenta une nouvelle fois de le transférer avec sa famille en Allemagne. Le 15 novembre 2006, le tribunal administratif annula l'arrêté d'expulsion. Le ministère fit appel.

154. Le 28 décembre 2006, la Cour suprême confirma la décision du ministère du 30 octobre 2006 selon laquelle c'était l'Allemagne qui, en vertu du règlement de Dublin, était compétente pour connaître de la demande d'asile du requérant.

155. Le 1^{er} février 2007, le requérant et sa famille furent remis à l'Allemagne, où ils vivent désormais en situation de « tolérance » (*Duldung*).

156. Ni le requérant ni sa famille n'ont demandé la nationalité slovène.

157. Dans le cadre de la procédure de demande d'asile, la Cour constitutionnelle rejeta le 18 avril 2008 un recours constitutionnel du requérant.

158. Le 19 octobre 2010, à la suite de la demande qu'il avait déposée le 25 juillet 2005 (paragraphe 143 ci-dessus), M. Berisha se vit accorder des permis de séjour à la fois *ex nunc* et *ex tunc*, qui lui furent délivrés le 24 novembre 2010 par le consulat de Slovénie à Munich.

159. Le requérant, qui vit toujours en Allemagne, déclare que pour le moment il ne peut retourner en Slovénie, étant donné que ses cinq enfants

et son épouse n'ont aucun statut juridique dans ce pays et ne remplissent pas les conditions pour un regroupement familial en vertu de la loi sur les étrangers.

160. A une date non précisée, le requérant déposa auprès du parquet général une demande en réparation, qui fut rejetée. D'après le gouvernement défendeur, l'intéressé n'a pas engagé de procédure judiciaire.

7. M. Ilfan Sadik Ademi

161. M. Ademi est né le 28 juillet 1952 à Skopje («l'ex-République yougoslave de Macédoine») dans une communauté rom. Il est aujourd'hui ressortissant de «l'ex-République yougoslave de Macédoine». En 1977, il s'installa en Slovénie, où il travailla jusqu'en 1992. Il y fut enregistré comme résident permanent du 27 septembre 1977 au 26 février 1992.

162. Il déclare avoir laissé passer le délai pour demander la nationalité slovène en 1991. En 1993, il fut arrêté par la police au cours d'un contrôle de routine. N'ayant pas de papiers d'identité valides, il fut expulsé vers la Hongrie avec sa famille. Il dit que c'est à ce moment-là qu'il eut connaissance de l'«effacement». Peu après, l'intéressé et sa famille se rendirent en Croatie, d'où ils entrèrent à nouveau illégalement en Slovénie.

163. Entre-temps, le requérant, assisté d'un avocat, avait le 23 novembre 1992 déposé une demande d'acquisition de la nationalité slovène.

164. Par la suite, il se rendit en Allemagne où, s'étant déclaré apatride, il obtint un permis de séjour temporaire et un passeport pour étrangers.

165. Le 9 février 1999, il sollicita un passeport auprès de l'ambassade de «l'ex-République yougoslave de Macédoine», mais reçut une réponse négative au motif qu'il n'était pas ressortissant de cette république.

166. Le 16 février 2005, le requérant demanda un permis de séjour permanent en Slovénie au titre de la loi sur le statut juridique. Le 20 avril 2005, le ministère l'invita à compléter son dossier en prouvant sa nationalité.

167. Le 26 mai 2005, le requérant vit sa demande rejetée au motif qu'il était apatride. Le ministère déclara que la loi sur le statut juridique ne s'appliquait qu'aux ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY.

168. Le 11 juillet 2005, le ministère répondit à une lettre du requérant dans laquelle celui-ci sollicitait un nouvel examen de la demande d'acquisition de la nationalité slovène qu'il avait déposée en 1992. Il l'informa qu'étant donné que son dossier faisait apparaître qu'il n'avait pas vécu en Slovénie pendant les dix années précédentes, il ne satisfaisait pas aux conditions d'octroi de la nationalité slovène en vertu de la loi sur la nationalité dans sa version modifiée.

169. Le 9 septembre 2005, le requérant vit sa demande de nationalité rejetée.

170. Le 31 juillet 2007, il sollicita derechef un permis de séjour permanent en vertu de la loi sur le statut juridique. Le 31 mars 2008, le ministère rejeta sa demande, de nouveau au motif qu'il n'était ressortissant d'aucun des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY. Le requérant engagea alors une procédure devant le tribunal administratif.

171. Le 18 février 2009, cette juridiction confirma la décision par laquelle le ministère avait rejeté la demande de l'intéressé tendant à l'obtention d'un permis de séjour permanent. Le requérant interjeta appel.

172. Le 6 octobre 2010, la Cour suprême fit droit à l'appel et renvoya l'affaire pour réexamen. Elle releva que la loi modifiée sur le statut juridique avait été adoptée dans l'intervalle et que la demande de l'intéressé devait être examinée à la lumière de la nouvelle législation. Au cours de cette procédure, le requérant soumit un passeport de « l'ex-République yougoslave de Macédoine » qui avait été délivré le 19 août 2010.

173. Le 20 avril 2011, M. Ademi se vit accorder des permis de séjour *ex nunc* et *ex tunc*, qui lui furent délivrés le 23 mai 2011.

174. Le requérant, qui a de graves problèmes de santé, vit actuellement entre la Slovénie et l'Allemagne où, dans l'intervalle, il n'a plus le droit de séjourner.

8. M. Zoran Minić

175. M. Minić est né le 4 avril 1972 à Podujevo (Kosovo). D'après le Gouvernement, il a la nationalité serbe. L'intéressé s'installa avec sa famille en Slovénie en 1977. A la fin de l'enseignement primaire, il suivit une formation de cuisinier pendant trois ans dans un établissement d'enseignement secondaire. Il fut enregistré comme résident en Slovénie du 1^{er} août 1984 au 26 février 1992.

176. Le requérant déclare qu'en 1991 il rendit visite à ses grands-parents au Kosovo. Lui-même et sa famille auraient pour cette raison dépassé d'un mois le délai imparti pour le dépôt de leur demande d'acquisition de la nationalité slovène, la guerre au Kosovo ayant rendu difficile la collecte des documents requis. D'après le Gouvernement, rien n'indique que M. Minić ait demandé la nationalité slovène en 1991. En outre, il ressortirait des certificats de travail de l'intéressé qu'il était employé à Podujevo de 1992 à 1999. Le requérant épousa une ressortissante serbe, avec laquelle il eut quatre enfants.

177. Il affirme qu'il découvrit que son nom et celui d'autres membres de sa famille avaient été « effacés » lorsqu'il chercha à régulariser sa situation en Slovénie. Les conditions de vie étant insupportables en Slovénie sans statut juridique, il aurait été contraint de déménager temporairement au Kosovo.

178. Il revint en Slovénie à plusieurs occasions. En 2002, il y fut arrêté par la police au motif qu'il travaillait sans permis. Il fut poursuivi, se vit infliger une amende et, le 5 juin 2002, fut expulsé vers la Hongrie sans qu'aucun arrêté officiel eût été pris à cet égard, et ce malgré la décision de la Cour constitutionnelle du 4 février 1999 (paragraphe 41-48 ci-dessus).

179. Le requérant déclare que pendant de nombreuses années il ne jugea pas utile de solliciter un quelconque statut juridique en Slovénie, conscient qu'il ne remplissait pas les conditions d'attribution de la nationalité slovène ou d'un permis de séjour permanent en vertu de la législation en vigueur à l'époque. Quant à sa famille, sa mère obtint finalement la nationalité slovène en 2000 et ses frères et sœurs en 2003.

180. Après le prononcé par la Cour constitutionnelle de sa décision du 3 avril 2003 (paragraphe 58-60 ci-dessus), le requérant sollicita la nationalité slovène le 15 septembre 2003 en vertu de l'article 19 de la loi sur la nationalité, dans sa version modifiée.

181. A cinq reprises entre le 26 avril et le 9 octobre 2004, le ministère invita l'intéressé à compléter son dossier en fournissant des éléments prouvant notamment qu'il vivait en permanence en Slovénie depuis le 23 décembre 1990. Ne s'étant pas exécuté, le requérant fut convoqué au ministère.

182. Entendu le 17 décembre 2004, il confirma les informations relatives à ses antécédents professionnels, suivant lesquelles il avait travaillé à Podujevo (Kosovo) du 8 juillet 1992 au 6 avril 1999 et n'avait donc pas vécu en Slovénie sans interruption depuis le 23 décembre 1990.

183. Le 21 février 2006, sa demande de nationalité fut par conséquent rejetée. Il se vit notifier cette décision entre le 28 juin et le 2 juillet 2006, lors d'un voyage en Slovénie.

184. Le 17 juillet 2006, le requérant engagea une procédure devant le tribunal administratif.

185. Le 30 juin 2006, il sollicita un permis de séjour permanent en vertu de la loi sur le statut juridique.

186. Le 29 mars 2007, il fut convoqué au ministère. Le 14 juillet 2007, il soumit des documents supplémentaires à l'appui de sa demande.

187. Le 18 juillet 2007, le ministère rejeta la demande, estimant que l'intéressé n'avait pas prouvé qu'il satisfaisait à la condition de résidence effective en Slovénie.

188. Le 19 septembre 2007, le requérant engagea une procédure devant le tribunal administratif.

189. Le 10 septembre 2008, dans le cadre d'une procédure administrative concernant la demande d'acquisition de la nationalité slovène déposée par le requérant, la Cour constitutionnelle écarta le recours constitutionnel dont celui-ci l'avait saisie.

190. Le 26 novembre 2008, le tribunal administratif annula la décision rendue par le ministère le 18 juillet 2007 (paragraphe 187 ci-dessus) et renvoya l'affaire pour réexamen.

191. Le 24 juillet 2009, le ministère rejeta de nouveau la demande du requérant, estimant qu'il ne remplissait pas le critère de résidence effective en Slovénie.

192. Le requérant engagea alors une nouvelle procédure devant le tribunal administratif. Il déclara qu'il avait été bloqué au Kosovo en 1992 et qu'il était depuis revenu aussi souvent que possible en Slovénie, mais que la guerre et d'autres circonstances l'avaient empêché d'y faire des visites fréquentes. En outre, en tant que Serbe du Kosovo, il aurait obtenu le statut de personne déplacée en Serbie après l'incendie de sa maison au Kosovo. Il aurait tenté à plusieurs reprises de régulariser sa situation en Slovénie mais aurait été expulsé du pays en 2002. Ses parents, son frère et ses deux sœurs auraient tous obtenu la nationalité slovène.

193. Le 19 janvier 2011, le tribunal administratif annula la décision du ministère et renvoya l'affaire pour réexamen en indiquant que la demande de l'intéressé devait être traitée sur la base de la loi modifiée sur le statut juridique.

194. Le 4 mai 2011, le requérant se vit accorder des permis de séjour *ex nunc* et *ex tunc*, qui lui furent délivrés le 9 juin 2011.

195. Entre-temps, le 1^{er} juin 2011, le requérant avait déposé une demande en réparation auprès du parquet général. Celui-ci la rejeta en raison de l'expiration du délai légal, estimant que l'intéressé avait eu connaissance du dommage causé par l'« effacement » lorsqu'il avait demandé la nationalité slovène et un permis de séjour permanent.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le droit et la pratique internes

1. La législation de l'ex-République socialiste de Slovénie

- a) **La loi sur la nationalité de la République socialiste de Slovénie (*Zakon o državljanstvu Socialistične republike Slovenije* – Journal officiel de la République socialiste de Slovénie n° 23/76 de 1976)**

196. D'après l'article 1 de cette loi, tout ressortissant de la République socialiste de Slovénie était du même coup ressortissant de la RSFY, ce qui établissait la primauté de la nationalité de la république.

b) La loi sur la circulation et le séjour des étrangers (*Zakon o gibanju in prebivanju tujcev* – Journal officiel de la RSFY n° 56/80 de 1980), dans sa teneur modifiée

197. Cette loi distinguait entre le permis de séjour temporaire ou permanent octroyé à un étranger sur le territoire de l'Etat et le lieu de résidence temporaire ou permanent d'un ressortissant de la RSFY, c'est-à-dire le lieu où il résidait réellement.

c) La loi sur le registre de la population et des résidents (*Zakon o evidenci nastanitve občanov in o registru prebivalstva* – Journal officiel de la République socialiste de Slovénie n° 6/83 de 1983 et 11/91 de 1991)

198. Cette loi régissait l'enregistrement et la désinscription de la résidence permanente et de la résidence temporaire, ainsi que la tenue des registres de population sur le territoire slovène.

199. L'article 5 de cette loi, dans sa teneur modifiée en 1991, se lisait ainsi :

«L'enregistrement de la résidence permanente et de tout changement d'adresse est obligatoire pour tout habitant chaque fois qu'il s'installe de façon permanente dans un lieu ou change d'adresse. La désinscription de la résidence permanente est obligatoire pour tout habitant qui quitte le territoire de la République de Slovénie.»

2. La législation de la République de Slovénie

a) La Déclaration de bonnes intentions (*Izjava o dobrih namenih* – Journal officiel de la République de Slovénie («la RS») n° 44/90-I de 1990)

200. La Déclaration de bonnes intentions, adoptée le 6 décembre 1990 au cours de la préparation du plébiscite sur l'indépendance de la Slovénie, exprime l'engagement de l'Etat à respecter certaines valeurs dans la quête de l'indépendance. La disposition pertinente de ce document est ainsi libellée :

« (...) L'Etat slovène (...) garantit à tous les membres des autres nations et nationalités le droit au développement complet de leur culture et de leur langue et à tous les résidents permanents en Slovénie le droit d'acquérir la nationalité slovène s'ils le souhaitent (...) »

b) L'acte constitutionnel fondamental sur l'indépendance et la souveraineté de la République de Slovénie (*Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije* – Journal officiel de la RS n° 1/91-I de 1991)

201. Les passages pertinents de l'Acte constitutionnel fondamental sur l'indépendance et la souveraineté de la République de Slovénie, publié le 25 juin 1991, disposent :

Article III

«La République de Slovénie garantit la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales à toutes les personnes se trouvant sur le territoire de la République de Slovénie, sans distinction d'appartenance nationale et sans aucune discrimination, conformément à la Constitution de la République de Slovénie et aux traités internationaux contraignants (...)»

c) La loi constitutionnelle de 1991 relative à l'Acte constitutionnel fondamental sur l'indépendance et la souveraineté de la République de Slovénie (*Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti RS* – Journal officiel de la RS n° 1/91-I de 1991)

202. Les dispositions pertinentes de la loi constitutionnelle de 1991 énoncent :

Article 13

«Les ressortissants des autres républiques [de l'ex-RSFY] qui, au 23 décembre 1990, date de la tenue du plébiscite sur l'indépendance de la République de Slovénie, étaient enregistrés comme résidents permanents en République de Slovénie et y résidaient effectivement jouiront, jusqu'à l'acquisition de la nationalité slovène en vertu de l'article 40 de la loi sur la nationalité de la République de Slovénie ou jusqu'à l'expiration du délai fixé à l'article 81 de la loi sur les étrangers, des mêmes droits et devoirs que les ressortissants de la République de Slovénie (...)»

d) La Constitution de la République de Slovénie (*Ustava Republike Slovenije* – Journal officiel n° 33/91-I de 1991)

203. Les dispositions pertinentes de la Constitution de la République de Slovénie se lisent ainsi :

Article 8

«Les lois et les règlements doivent être conformes aux principes de droit international généralement reconnus et aux traités internationaux liant la Slovénie. Les traités ratifiés et publiés sont appliqués directement.»

Article 14

«En Slovénie, les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont garantis à tous de manière égale, sans distinction fondée sur l'origine nationale, la race, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, la situation matérielle, la naissance, l'instruction, la situation sociale, ou toute autre situation personnelle.

Tous les citoyens sont égaux devant la loi.»

Article 26

«Chacun a droit à la réparation de tout préjudice pouvant lui avoir été causé par des agissements illégaux commis par un individu ou un organe dans l'exercice de ses

fonctions ou de ses activités au service de l'Etat ou d'une autorité locale, ou en tant que détenteur d'une fonction publique.

La personne lésée a en outre le droit, conformément à la loi, de demander directement réparation à la personne ou à l'organe qui lui a causé le préjudice.»

(...)

f) La loi sur la nationalité de la République de Slovénie (*Zakon o državljanstvu Republike Slovenije* – Journal officiel n^{os} 1/91-I et 30/91 de 1991 et 96/2002 de 2002)

205. Les dispositions pertinentes de la loi sur la nationalité se lisent ainsi :

Article 10

« L'autorité compétente peut, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, accorder la naturalisation à une personne qui la sollicite si cette mesure est conforme à l'intérêt national. Le demandeur doit remplir les conditions suivantes :

1. être âgé de 18 ans ;
2. être libéré de la nationalité qu'il possède au moment de la demande ou prouver qu'il [en] sera libéré s'il acquiert la nationalité de la République de Slovénie ;
3. pouvoir attester d'une période de dix ans de résidence effective en Slovénie, dont une période de résidence continue pour les cinq ans précédant immédiatement le dépôt de la demande ;
4. avoir une source de revenus permanente et garantie, d'un montant permettant d'assurer au moins une sécurité matérielle et sociale ;
5. avoir une maîtrise de la langue slovène qui permette de communiquer dans la vie de tous les jours ;
6. ne pas avoir été condamné à une peine d'emprisonnement de plus d'un an dans le pays dont il est ressortissant ou en Slovénie pour une infraction réprimée tant par le droit pénal de son pays que par celui de la République de Slovénie ;
7. ne pas être interdit de séjour en République de Slovénie ;
8. ne pas constituer une menace pour l'ordre public, la sécurité ou la défense de l'Etat s'il est naturalisé ;

(...)»

Article 39

« Sont considérés comme des ressortissants de la République de Slovénie au titre de la présente loi toutes les personnes qui avaient acquis la nationalité de la République de Slovénie et la nationalité de la République socialiste fédérative de Yougoslavie en vertu de lois valides. »

Article 40

«Tout ressortissant d'une autre république [de l'ex-RSFY] qui, au 23 décembre 1990, date du plébiscite sur l'indépendance de la République de Slovénie, était enregistré comme résident permanent en République de Slovénie et qui y réside effectivement peut acquérir la nationalité de la République de Slovénie s'il introduit, dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, une demande auprès des services administratifs chargés des affaires intérieures de sa commune de résidence (...)»

206. Le 14 novembre 2002, la loi sur la nationalité de la République de Slovénie fut modifiée. Elle énonce :

Article 19

«Un adulte qui, au 23 décembre 1990, était enregistré comme résident permanent sur le territoire de la République de Slovénie et qui y réside de façon ininterrompue depuis cette date peut demander la nationalité de la République de Slovénie dans un délai de un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi s'il remplit les conditions qui s'y trouvent énoncées (...)»

Lorsqu'elle décide au titre de l'alinéa précédent si le demandeur remplit les conditions énoncées dans (...) la présente loi, l'autorité compétente peut tenir compte de la durée du séjour de l'intéressé dans l'Etat, de ses liens personnels, familiaux, professionnels, sociaux et autres avec la République de Slovénie et des conséquences qu'aurait un refus pour le demandeur.

(...)»

g) La loi sur les étrangers (*Zakon o tujcih* – Journal officiel n° 1/91-I de 1991)

207. Les dispositions pertinentes de la loi sur les étrangers étaient ainsi libellées :

Article 13

«Tout étranger qui entre sur le territoire de la République de Slovénie en possession d'un passeport valide peut y séjourner pendant trois mois ou pendant la durée de validité du visa qui lui aura été délivré, sauf disposition contraire d'un accord international (...)»

Tout étranger qui souhaite rester sur le territoire de la République de Slovénie au-delà du délai prévu à l'alinéa précédent pour des raisons tenant à la poursuite d'études, une spécialisation, un emploi, un traitement médical, l'acquisition d'une expérience professionnelle ou parce qu'il est marié à un ressortissant de la République slovène, possède des biens immobiliers sur le territoire de la République de Slovénie ou jouit de droits attachés à un emploi dans cet Etat, ou pour toute autre raison valable exigeant qu'il réside sur le territoire de l'Etat, doit solliciter (...) un permis de séjour temporaire.

(...)»

Article 16

« Un permis de séjour permanent peut être délivré à un étranger qui réside de manière ininterrompue sur le territoire de la République de Slovénie depuis trois ans au moins au titre d'un permis de séjour temporaire et qui remplit les conditions d'octroi d'un permis de séjour permanent sur le territoire de la République de Slovénie énoncées au deuxième alinéa de l'article 13 de la présente loi (...) »

Article 23

« Un étranger qui réside sur le territoire de la République de Slovénie au titre d'un passeport étranger, d'un visa, d'un permis d'entrée ou d'un accord international (...) ou qui s'est vu délivrer un permis de séjour temporaire (...) peut se voir refuser l'autorisation de demeurer dans le pays :

- i. lorsque des raisons tenant à l'ordre public, à la sécurité ou à la défense de l'Etat l'exigent ;
- ii. s'il refuse de se conformer à une décision des autorités de l'Etat ;
- iii. s'il enfreint de manière répétée l'ordre public, les dispositions relatives à la sécurité des frontières nationales ou les dispositions de la présente loi ;
- iv. s'il est condamné par une juridiction étrangère ou nationale pour une infraction passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins trois mois ;
- v. s'il n'a plus des moyens de subsistance suffisants et si sa subsistance n'est pas garantie d'une autre manière ;
- vi. si la protection de la santé publique l'exige. »

Article 28

« Lorsqu'un étranger n'obtempère pas volontairement à un ordre de quitter le territoire de la République de Slovénie reçu de l'autorité compétente ou des services administratifs chargés des affaires intérieures, ou lorsqu'il séjourne sur le territoire de la République de Slovénie au-delà de la période prévue par le premier alinéa de l'article 13 de la présente loi ou de la période fixée par la décision lui octroyant une autorisation de séjour temporaire, un agent des affaires intérieures à ce habilité peut le conduire à la frontière de l'Etat ou à la représentation diplomatique ou consulaire de l'Etat dont il est ressortissant, et lui ordonner de franchir la frontière ou le remettre au représentant d'un Etat étranger.

Lorsqu'un étranger ne quitte pas le territoire de la République de Slovénie conformément aux dispositions de l'alinéa ci-dessus et que, pour une raison quelconque, il ne peut être renvoyé immédiatement, l'autorité chargée des affaires intérieures compétente ordonne son placement dans un centre de transit pour étrangers pendant une période n'excédant pas trente jours s'il y a des raisons de croire que l'intéressé cherchera à se soustraire à la mesure de renvoi qui le vise.

Lorsqu'un étranger ne peut quitter le territoire de la République de Slovénie immédiatement mais a des moyens de subsistance suffisants, une autorité chargée des affaires intérieures peut lui assigner un autre lieu de résidence. »

Article 81

« Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux ressortissants de la RSFY qui sont ressortissants d'autres républiques et qui sollicitent la nationalité slovène en vertu de l'article 40 de la loi sur la nationalité de la République de Slovénie dans un délai de six mois à compter de la date d'entrée en vigueur de cette loi tant que la décision rendue dans le cadre de la procédure administrative concernant leur demande de nationalité n'est pas définitive.

En ce qui concerne les ressortissants de la RSFY qui sont ressortissants d'autres républiques mais qui ne sollicitent pas la nationalité de la République de Slovénie dans le délai fixé à l'alinéa précédent ou qui se voient refuser la nationalité, les dispositions de la présente loi s'appliquent à l'issue d'une période de deux mois à compter de l'expiration du délai imparti pour solliciter la nationalité ou après que la décision rendue relativement à leur demande est devenue définitive. »

Article 82

« (...) Un permis de séjour permanent délivré en vertu de la loi sur la circulation et le séjour des étrangers (...) demeure valable si l'étranger titulaire d'un tel permis réside de façon permanente sur le territoire de la République de Slovénie à la date d'entrée en vigueur de la présente loi. »

208. Afin de faciliter l'acquisition de permis de séjour permanent aux ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY qui n'avaient pas demandé la nationalité slovène ou qui n'avaient pas obtenu de permis de séjour en vertu de la loi sur les étrangers, le gouvernement adopta, le 3 septembre 1992, la décision suivante :

« (...) lors de l'examen des demandes de permis de séjour permanent soumises par les étrangers visés à l'article 16 de la loi sur les étrangers (...), le ministère de l'Intérieur considère que la condition de résidence permanente sur le territoire de la République de Slovénie est remplie lorsque l'étranger est enregistré comme résident permanent depuis trois ans au moins et qu'il résidait effectivement sur le territoire de la République de Slovénie avant que les dispositions de la loi sur les étrangers ne lui fussent applicables. »

h) La loi de 1999 sur les étrangers (*Zakon o tujcih* – Journal officiel n^{os} 61/99, 108/2002, 112/2005, 107/2006, 71/2008 et 64/2009)

209. La loi de 1999 sur les étrangers remplaça celle de 1991. Des modifications y furent ensuite apportées. En 2011, elle fut remplacée par une nouvelle loi sur les étrangers (Journal officiel n^o 50/2011).

i) La loi réglementant le statut juridique des ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY résidant en République de Slovénie (« la loi sur le statut juridique » – *Zakon o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji* – Journal officiel n^{os} 61/99 de 1999 et 54/2000 de 2000)

210. Les dispositions pertinentes de cette loi, adoptée à la suite de la décision de la Cour constitutionnelle du 4 février 1999 (paragraphe 41-48 ci-dessus), énonçaient :

Article 1

« Les ressortissants d'autres Etats successeurs de l'ex-RSFY qui étaient enregistrés comme résidents permanents sur le territoire de la République de Slovénie au 23 décembre 1990 et qui résident aujourd'hui effectivement en République de Slovénie, et les ressortissants d'autres Etats successeurs de l'ex-RSFY qui résidaient effectivement en République de Slovénie au 25 juin 1991 et qui y résident sans interruption depuis lors se verront délivrer un permis de séjour permanent, nonobstant les dispositions de la loi sur les étrangers (...), s'ils remplissent les conditions énoncées dans la présente loi. »

Article 2

« Les demandes de permis de séjour permanent doivent être introduites dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi (...) »

Tout ressortissant d'un autre Etat successeur de l'ex-RSFY qui a introduit une demande de permis de séjour permanent en vertu de l'article 40 de la loi sur la nationalité de la République de Slovénie (...) mais s'est vu notifier une décision de refus peut déposer une demande sur le fondement de l'alinéa précédent dans un délai de trois mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi ou de la date à laquelle la décision est devenue définitive si cette dernière est postérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi (...) »

211. Le 24 juillet 2010 est entrée en vigueur la loi modifiée sur le statut juridique (*Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji*, Journal officiel n° 50/2010). Son article 1 č) dispose :

« Au sens de la présente loi, résider effectivement en République de Slovénie signifie, pour la personne concernée, avoir dans ce pays le centre de ses intérêts vitaux, cette dernière notion renvoyant aux relations personnelles, familiales, économiques, sociales et autres de la personne aptes à prouver l'existence de liens effectifs et permanents entre celle-ci et la République de Slovénie. Une absence de République de Slovénie justifiée par l'un des motifs mentionnés au troisième alinéa du présent article ne vaut pas interruption de la résidence effective en Slovénie.

La condition de résidence effective en Slovénie est remplie si la personne a quitté la Slovénie mais que son absence, quelle qu'en soit la raison, n'a pas duré plus d'un an.

La condition de résidence effective en Slovénie est également remplie si l'absence a duré plus d'un an mais était justifiée par l'un des motifs suivants :

– la personne a quitté la Slovénie à la suite de son effacement du registre des résidents permanents ;

– la personne a quitté la Slovénie après avoir été invitée à aller travailler à l'étranger ou à y suivre des études ou un traitement médical par une entité juridique slovène ou, dans le cas d'un mineur, par ses parents ou ses tuteurs, ou parce qu'elle travaillait à bord d'un navire ayant son port d'attache en Slovénie, étant entendu que seule la durée de

l'affectation, des études, du traitement médical ou de l'emploi à bord du navire est prise en compte ;

– la personne a quitté la Slovénie parce qu'elle n'a pu obtenir un permis de séjour dans ce pays au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions exigées et que sa demande d'octroi d'un permis avait été écartée pour des raisons de procédure ou de fond ou qu'il avait été mis fin à la procédure à cet égard ;

– la personne s'est trouvée dans l'impossibilité de revenir en Slovénie du fait de l'état de guerre régnant dans d'autres Etats successeurs de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie ou pour des raisons médicales ;

– la personne a été expulsée de Slovénie en application de l'article 28 (...) ou de l'article 50 de la loi sur les étrangers (...) sauf s'il s'agissait d'un étranger expulsé du pays au motif qu'il s'était rendu coupable d'une infraction ;

– la personne s'est vu refuser l'entrée sur le territoire slovène, sauf si ce refus découlait d'une peine complémentaire d'expulsion sanctionnant une infraction (...)

Si l'absence pour l'une des raisons énoncées à l'alinéa précédent, à l'exception du deuxième tiret, a duré plus de cinq ans, la condition de résidence effective n'est réputée satisfaite, pour cette période de cinq ans augmentée d'une autre période de cinq ans, que si le comportement de la personne concernée démontre que, durant cette absence, elle a essayé de rentrer en Slovénie et de continuer à y résider effectivement.

Aux fins de la présente loi, un permis de séjour permanent ou une décision spécifique relative à l'octroi à titre rétroactif d'un permis de séjour permanent et l'enregistrement de la résidence permanente ou une décision complémentaire prise en application du point 8 de la décision de la Cour constitutionnelle (...) n° U-I-246/02-28 du 3 avril 2003 (...) ne signifient pas que la condition de résidence effective en Slovénie doit être réputée remplie dans le cadre d'une procédure engagée en vertu de la loi sur la nationalité de la République de Slovénie.»

j) Règlement sur les fiches d'enregistrement et de désinscription de la résidence permanente, sur la fiche personnelle et familiale et sur les modalités de tenue et de gestion du registre des résidents permanents (*Pravilnik o obrazcu za prijavo oziroma odjavo stalnega prebivališča, o obrazcu osebnega kartona in kartona gospodinjstev ter o načinu vodenja in vzdrževanja registra stalnega prebivalstva* – Journal officiel n° 27/92 de 1992)

212. La disposition pertinente de ce règlement est ainsi libellée :

Article 5

«Le registre des résidents permanents contient des renseignements sur les citoyens de la République de Slovénie qui ont fait enregistrer leur résidence permanente sur le territoire de la commune concernée.

Dans le registre des résidents permanents, l'autorité compétente identifie les citoyens de la République de Slovénie qui se rendent temporairement à l'étranger pour plus de

trois mois, et les personnes qu'elle a refusé d'enregistrer comme résidents permanents (...)

k) La loi sur le parquet général (*Zakon o državnem pravobrilstvu* – Journal officiel n° 94/07)

213. La disposition pertinente de cette loi énonce :

Article 14

«Si une personne entend engager une procédure civile ou autre contre une entité défendue par le parquet général, elle doit auparavant soumettre à celui-ci une proposition tendant à la résolution du litige. Le parquet général doit, dès que possible et au plus tard dans les trente jours, prendre les mesures appropriées et informer la personne concernée de sa position.»

3. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie

a) Décision du 4 février 1999 (affaire U-I-284/94)

214. Les passages pertinents de cette décision de la Cour constitutionnelle (paragraphe 41-48 ci-dessus) se lisent ainsi :

«Lors de sa séance du 4 février 1999 consacrée à l'examen du recours en inconstitutionnalité déposé par B. M. et V. T., (...), la Cour constitutionnelle a rendu la décision suivante :

1. La loi sur les étrangers (Journal officiel de la RS n°s 1/91-I, 44/97 et 50/98) est incompatible avec la Constitution au motif qu'elle ne prévoit pas, pour les personnes visées à son article 81, deuxième alinéa, les conditions d'acquisition d'un permis de séjour permanent après l'expiration du délai au cours duquel elles avaient la possibilité de solliciter la nationalité slovène lorsqu'elles ne l'ont pas fait, ou après qu'elles ont été déboutées à titre définitif de leur demande en ce sens.

(...)

3. Le législateur a l'obligation de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée au point 1 du dispositif dans un délai de six mois à compter du jour de la publication de la présente décision au Journal officiel de la République de Slovénie.

4. Dans l'intervalle, aucun arrêté d'expulsion ne peut être pris au titre de l'article 28 de la loi sur les étrangers à l'encontre de ressortissants d'autres républiques de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie si, au 23 décembre 1990, date du plébiscite, ils étaient enregistrés comme résidents permanents en République de Slovénie et s'ils résident effectivement dans ce pays.

Motifs

(...)

14. Pour la Cour constitutionnelle, les dispositions de l'article 13, deuxième alinéa, et de l'article 16, premier alinéa, de la loi sur les étrangers n'auraient pas dû être appliquées aux ressortissants d'autres Républiques n'ayant pas acquis la nationalité slovène. Les autorités compétentes n'auraient pas davantage dû transférer d'office le nom de ces personnes du registre des résidents permanents à celui des étrangers sans qu'aucune décision ou information eussent été notifiées aux intéressés. Pareille initiative ne reposait sur aucune base juridique. La loi sur le registre de la population et des résidents, invoquée par le gouvernement dans ses observations, ne contient aucune disposition sur l'effacement de résidents permanents du registre en vertu de cette loi.

Le gouvernement n'est pas non plus habilité par la loi à déterminer par des décisions individuelles les modalités de mise en œuvre de dispositions législatives. L'article 120 de la Constitution précise que les devoirs et les fonctions liés à l'administration publique doivent être accomplis en toute indépendance et dans le cadre et le respect de la Constitution et de la loi. Si le gouvernement estimait que la loi sur les étrangers ne pouvait pas s'appliquer en pratique aux ressortissants d'autres républiques, il aurait dû demander au législateur de réglementer leur statut juridique au lieu d'interférer dans les compétences de celui-ci en adoptant des décisions.

15. Pour ces motifs, la loi sur les étrangers, dont les dispositions transitoires ne définissent pas le statut juridique des ressortissants des autres républiques qui étaient résidents permanents en Slovénie et résidaient effectivement dans ce pays, emporte violation des principes de l'état de droit visés à l'article 2 de la Constitution. De ce fait, les ressortissants des autres républiques se sont retrouvés, à l'expiration du délai prévu à l'article 81, deuxième alinéa, dans une situation d'insécurité juridique. Ils ne pouvaient déterminer à partir des dispositions transitoires – lesquelles indiquaient que la loi sur les étrangers s'appliquait – ce que serait leur statut juridique en tant que ressortissants d'une autre république, ni quelles dispositions législatives leur seraient applicables. Dès lors, la Cour constitutionnelle conclut que le défaut de réglementation en République de Slovénie du statut juridique particulier des ressortissants des autres républiques a enfreint le principe de la sécurité juridique, lequel constitue l'un des principes de l'état de droit.

16. Le principe de la sécurité juridique garantit à l'individu que l'Etat n'aggraverait pas sa situation juridique sans raison légitime. Or les ressortissants des autres républiques n'ayant pas opté pour la nationalité slovène pouvaient légitimement escompter qu'ils ne seraient pas assimilés à des étrangers venant d'arriver en Slovénie et privés de leur statut de résident permanent, surtout sans même en être avisés. (...)»

b) Décision du 3 avril 2003 (affaire U-I-246/02)

215. Les passages pertinents de cette décision de la Cour constitutionnelle (paragraphes 58-60 ci-dessus) se lisent ainsi :

«Lors de sa séance du 3 avril 2003 consacrée à l'examen des recours en inconstitutionnalité formés par l'Association des personnes effacées de Slovénie (Ptuj) et d'autres, représentés par M.K. (...) et N.M.P. (...), la Cour constitutionnelle a rendu la décision suivante :

1. La loi réglementant le statut juridique des ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY résidant en République de Slovénie (Journal officiel de la RS n^{os} 61/99 et 64/01) est incompatible avec la Constitution au motif qu'elle ne reconnaît pas aux ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY dont le nom a été effacé du registre des résidents permanents le 26 février 1992 la qualité de résident permanent à compter de cette date.

2. La loi réglementant le statut juridique des ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY résidant en République de Slovénie est incompatible avec la Constitution au motif qu'elle ne réglemente pas l'acquisition d'un permis de séjour permanent pour les ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY, mentionnés au paragraphe précédent, dont l'expulsion forcée a été ordonnée en vertu de l'article 28 de la loi sur les étrangers (Journal officiel de la RS n^{os} 1/91-1 et 44/97).

3. L'article 1 de la loi réglementant le statut juridique des ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY résidant en République de Slovénie est incompatible avec la Constitution pour les motifs exposés dans le corps de la présente décision.

4. Les premier et deuxième alinéas de l'article 2 de la loi réglementant le statut juridique des ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY résidant en République de Slovénie sont annulés en leurs dispositions fixant à trois mois le délai de dépôt d'une demande de permis de séjour permanent.

(...)

7. Le législateur a l'obligation de corriger les inconstitutionnalités constatées aux points 1, 2 et 3 du dispositif dans un délai de six mois à compter du jour de la publication de la présente décision au Journal officiel de la République de Slovénie.

8. Le statut de résident permanent des ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY est ainsi établi à compter du 26 février 1992 si leur nom a été effacé à cette date du registre des résidents permanents, par l'octroi d'un permis de séjour permanent en vertu de la loi réglementant le statut juridique des ressortissants des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY résidant en République de Slovénie (Journal officiel de la RS n^{os} 1/91-1 et 44/97) ou de la loi sur les étrangers (Journal officiel de la RS n^o 61/99). Le ministère de l'Intérieur doit, dans le cadre de ses obligations officielles, délivrer aux intéressés des décisions complémentaires sur l'établissement de leur résidence permanente en République de Slovénie à compter du 26 février 1992.

Motifs

(...)

15. La loi contestée est incompatible avec la Constitution au motif qu'elle ne permet pas aux ressortissants des autres républiques d'acquérir le statut de résident permanent à partir du jour où il a cessé formellement de leur être reconnu [c'est-à-dire à compter de la date à laquelle ils en ont été déchus] et ne corrige donc que partiellement l'inconstitutionnalité constatée. Le principe de la sécurité juridique, l'un des principes de l'état de droit consacré par l'article 2 de la Constitution, exige qu'il n'y ait aucune solution de continuité dans la réglementation de la situation de ces personnes, pour quelque durée que ce soit. Le statut de résident permanent est important pour la

jouissance de certains droits et avantages juridiques, que les personnes concernées n'ont pas pu revendiquer en raison du défaut de réglementation de leur statut. La situation de ces personnes en République de Slovénie est juridiquement incertaine du fait de l'absence de réglementation, étant donné que l'acquisition du statut d'étranger leur a fait perdre leur statut de résident permanent sur le territoire de la République de Slovénie et qu'elles se sont trouvées dans une situation non réglementée ou ont vu leur situation juridique empirer (puisqu'elles n'avaient plus que le statut de résident temporaire, par exemple), situation dont les conséquences négatives ont perduré jusqu'à dix ans pour certaines personnes. Il ressort de la recommandation faite par l'Assemblée nationale après examen du 7^e rapport annuel du médiateur pour les droits de l'homme pour l'année 2001 (journal officiel de la RS n° 2/03) que la question de la situation juridique de ces ressortissants d'autres républiques appelle toujours une réglementation juridique.

(...)

22. Dès lors que leur statut de résident permanent n'a pas été reconnu à partir du jour où, à la suite de l'indépendance de la République de Slovénie, leur statut juridique est devenu celui [différent] de ressortissant d'un autre Etat successeur de l'ex-RSFY, les ressortissants des autres républiques n'ont plus été en mesure de revendiquer certains droits auxquels ils auraient pu prétendre en tant que ressortissants de l'une ou l'autre des républiques de l'ex-RSFY résidant à titre permanent en République de Slovénie. Les demandeurs n'ont pas explicitement défini ces droits; il ressort toutefois des décisions de la Cour constitutionnelle qu'il s'agit plus particulièrement du droit au paiement anticipé d'une pension militaire, du droit à des prestations de sécurité sociale et de la possibilité de renouveler le permis de conduire (...)

(...)

EN DROIT

I. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

(...)

C. L'exception du Gouvernement relative à la qualité de victime

243. Le Gouvernement soutient que les six requérants (M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić) qui ont obtenu des permis de séjour permanent *ex nunc* et *ex tunc* après le prononcé de l'arrêt de la chambre en 2010 (paragraphe 95, 123, 133, 158, 173 et 194 ci-dessus) ne peuvent plus se prétendre « victimes », au sens de l'article 34 de la Convention, des faits dénoncés.

244. Les requérants s'inscrivent en faux contre cette thèse.

1. Les thèses des parties

a) Le Gouvernement

245. Le Gouvernement admet qu'il est irréfutable que l'« effacement » était illégal et qu'il a engendré une situation inconstitutionnelle. La République de Slovénie l'aurait reconnu tant symboliquement que juridiquement. Le 15 juin 2010, le président de l'Assemblée nationale aurait présenté publiquement des excuses aux « personnes effacées » et, le 22 juin 2010, le ministre de l'Intérieur aurait fait de même (paragraphe 75 ci-dessus). Sur le plan juridique, depuis 1999, la Cour constitutionnelle aurait à plusieurs occasions jugé l'« effacement » inconstitutionnel (paragraphe 41-48, 52-56, 58-60 et 214-215 ci-dessus). Ce serait donc à tort que les requérants allèguent que la République de Slovénie continue de nier l'illégalité de l'« effacement ». Les autorités auraient pris d'importantes mesures pour se conformer pleinement aux décisions de la Cour constitutionnelle et pour corriger l'illégalité et l'inconstitutionnalité de l'« effacement ».

246. Le Gouvernement indique que la loi modifiée sur le statut juridique, adoptée le 8 mars 2010 et entrée en vigueur le 24 juillet 2010 (paragraphe 71, 76-79 et 211 ci-dessus), a éliminé les inconstitutionnalités restantes de la législation interne en offrant aux requérants qui n'avaient pas encore régularisé leur situation juridique la possibilité de solliciter des permis de séjour à la fois *ex nunc* et *ex tunc*. Avec ce recours spécial, le législateur aurait fourni une satisfaction morale, dans laquelle il faudrait voir une forme particulière de réparation pour les conséquences des violations résultant de l'« effacement ».

247. Quant aux six requérants (M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić) ayant obtenu des permis de séjour permanent *ex nunc* et *ex tunc* après le prononcé de l'arrêt de la chambre, leur statut serait équivalent à celui de MM. Petreš et Jovanović, dont la chambre aurait dit qu'ils n'avaient plus la qualité de « victime ». Il y aurait donc lieu de déclarer la requête irrecevable pour ce qui concerne ces six requérants.

248. Il en serait de même pour les deux autres requérants (M. Dabetić et M^{me} Ristanović), qui n'auraient jamais entamé de procédure en Slovénie pour demander des permis de séjour permanent.

249. Contrairement aux allégations des requérants, un permis de séjour permanent ne serait certainement pas qu'« un papier sans valeur ». Il ouvrirait à son titulaire vingt-sept droits différents dans les domaines de la protection sociale – notamment des droits à pension –, de l'éducation, de la santé et de l'accès au marché du travail. Les résidents permanents seraient placés sur un pied d'égalité avec les citoyens slovènes en ce qui concerne ces droits. Ils ne

bénéficieraient pas des mêmes droits politiques, mais pourraient voter aux élections locales.

250. Quant aux demandes en réparation, l'article 26 de la Constitution (paragraphe 203 ci-dessus) garantirait le droit à la réparation des dommages causés par une autorité civile. Les requérants et les autres « personnes effacées » auraient la possibilité d'engager une action civile pour réclamer une indemnité pour dommage matériel et moral en vertu du code des obligations de 2001 et pourraient pour finir introduire un recours constitutionnel. Au paragraphe 43 de sa décision du 10 juin 2010, la Cour constitutionnelle aurait déclaré : « le prononcé de décisions sur la base de la loi sur le statut juridique et de la loi modifiée sur le statut juridique n'implique pas en soi un nouveau type de responsabilité délictuelle pour l'Etat ou une nouvelle base juridique permettant de faire valoir des demandes en réparation » (paragraphe 74 ci-dessus). Il serait également possible de réclamer réparation sur le fondement de l'article 14 de la loi sur le parquet général (paragraphe 213 ci-dessus).

251. Après l'audience, le Gouvernement a invoqué la décision rendue par la Cour constitutionnelle le 5 juillet 2011 dans l'une des affaires introduites par les « personnes effacées », d'où il ressortirait que la haute juridiction ne s'est pas encore prononcée sur la question de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'« effacement » (paragraphe 82 ci-dessus). En outre, le 26 septembre 2011, la Cour constitutionnelle n'aurait pas retenu pour examen un recours constitutionnel formé par l'une des « personnes effacées » (paragraphe 83 ci-dessus).

252. Le Gouvernement fait observer qu'aucun des requérants n'a demandé réparation devant les juridictions internes. Seuls M. Berisha et M. Minić auraient saisi le parquet général d'une demande en réparation, qui aurait été rejetée. M. Berisha n'aurait pas engagé de procédure judiciaire (paragraphe 160 ci-dessus).

b) Les requérants

253. Les six requérants qui se sont vu octroyer des permis de séjour permanent *ex nunc* et *ex tunc* pendant la procédure devant la Grande Chambre continuent de se dire « victimes » des violations des droits de l'homme causées par l'« effacement », estimant que celles-ci n'ont pas été adéquatement réparées.

254. D'après eux, s'il ressort d'une jurisprudence ancienne ainsi que de certaines décisions plus récentes qu'un requérant peut cesser d'être « victime » si un redressement est fourni au cours de la procédure (voir, entre autres, *Maaouia c. France* (déc.), n° 39652/98, CEDH 1999-II ; *Pančenko c. Lettonie* (déc.), n° 40772/98, 28 octobre 1999, et *Mikheyeva c. Lettonie* (déc.), n° 50029/99, 12 septembre 2002), la jurisprudence actuelle relative

à l'article 8 de la Convention indique clairement que la reconnaissance d'une violation n'est pas suffisante à cet égard; un redressement « adéquat », notamment la réparation du préjudice subi par les requérants pendant un laps de temps considérable, serait également exigé (*Aristimuño Mendizabal* [c. France, n° 51431/99], § 79, [17 janvier 2006]; *Mengesha Kimfe c. Suisse*, n° 24404/05, §§ 41-49, 29 juillet 2010, et *Agraw c. Suisse*, n° 3295/06, §§ 27-34, 29 juillet 2010). La Cour aurait également établi une distinction entre les affaires concernant l'expulsion de non-nationaux et celles se rapportant au défaut prolongé de réglementation du statut juridique d'un requérant. Dans la première catégorie d'affaires, un requérant ne pourrait plus se prétendre « victime » si la mesure d'expulsion n'était pas exécutoire ou s'il s'est vu délivrer un permis de séjour (les requérants mentionnent les arrêts *Syssoyeva et autres* [c. Lettonie (radiation) [GC], n° 60654/00,] § 100, [CEDH 2007-I], et *Kaftailova* [c. Lettonie (radiation) [GC], n° 59643/00], §§ 52-54, [7 décembre 2007]). Dans la seconde catégorie (*Aristimuño Mendizabal*, *Mengesha Kimfe*, et *Agraw*, arrêts précités), la Cour aurait en revanche clairement déclaré que la délivrance d'un permis de séjour n'était pas suffisante, en particulier en raison du temps exigé pour leur octroi. La présente espèce se rapprocherait davantage des affaires de la seconde catégorie.

255. L'octroi de permis de séjour aux six requérants, qui serait une mesure permettant d'éviter la poursuite de la violation, ne pourrait passer pour une reconnaissance par les autorités slovènes – au moins en substance – de la violation dénoncée. Les autorités continueraient à nier l'illégalité des mesures prises par elles. En l'espèce, contrairement aux affaires lettones, les requérants auraient été privés du statut de résident permanent en violation flagrante du droit interne. Enfin, le caractère rétroactif des permis de séjour permanent demeurerait uniquement déclaratoire étant donné que les intéressés ne pourraient pas obtenir une réparation adéquate en vertu du droit interne. Aussi les permis ne seraient-ils que de « simples morceaux de papier ».

256. Quant à M. Dabetić et M^{me} Ristanović, les requérants estiment que l'Etat devrait régler leur statut juridique d'office en leur délivrant un permis de séjour permanent avec effet rétroactif, conformément aux décisions de la Cour constitutionnelle.

257. Enfin, la loi modifiée sur le statut juridique ne contiendrait aucune disposition spécifique en ce qui concerne la question de l'indemnisation pour dommage matériel et moral. En outre, il serait presque impossible de demander réparation devant les juridictions internes sur la base des dispositions ordinaires régissant la responsabilité délictuelle. D'après les dernières statistiques, arrêtées en mai 2011, le ministère aurait traité

157 demandes en réparation. Les juridictions internes en auraient rejeté 41 par des décisions définitives. Seules 15 décisions de rejet auraient été contestées devant la Cour suprême et 5 d'entre elles auraient été écartées. Par ailleurs, 8 « personnes effacées » auraient saisi directement les tribunaux. Aucune n'aurait obtenu gain de cause (paragraphe 83 ci-dessus). Les demandes auraient été rejetées principalement par application des règles de prescription du code des obligations : trois ans à partir de la connaissance du dommage et cinq ans à partir de la survenance du dommage. Les juridictions internes auraient considéré jusqu'ici que cette dernière date était le 12 mars 1999, date de la publication au Journal officiel de la première décision de principe de la Cour constitutionnelle.

2. *L'arrêt de la chambre*

258. La chambre n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette exception, qui se rapporte à des faits survenus après le prononcé de son arrêt (paragraphe 243 ci-dessus).

3. *Appréciation de la Grande Chambre*

259. La Cour rappelle qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la Convention. A cet égard, la question de savoir si un requérant peut se prétendre « victime » du manquement allégué se pose à tous les stades de la procédure au regard de la Convention (voir, entre autres, *Bourdov c. Russie*, n° 59498/00, § 30, CEDH 2002-III). Une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit pas en principe à le priver de la qualité de « victime » aux fins de l'article 34 de la Convention, sauf si les autorités nationales reconnaissent, explicitement ou en substance, puis réparent la violation de la Convention (voir, par exemple, *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, §§ 69 et suiv., série A n° 51; *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 44, CEDH 1999-VI; *Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, §§ 179-180, CEDH 2006-V, et *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 115, CEDH 2010).

260. En ce qui concerne la réparation « adéquate » et « suffisante » pour remédier au niveau interne à la violation d'un droit garanti par la Convention, la Cour considère généralement qu'elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, eu égard en particulier à la nature de la violation de la Convention qui se trouve en jeu (voir, par exemple, *Gäfgen*, précité, § 116).

261. Dans les cas d'expulsion ou d'extradition de non-nationaux, la Cour a dit dans un certain nombre d'affaires soulevant des questions sous l'angle de l'article 8 de la Convention que la régularisation du séjour

du requérant ou le fait que l'intéressé n'était plus menacé d'expulsion ou d'extradition – même si l'affaire demeurait pendante devant la Cour – était en principe « suffisant » pour redresser un grief tiré de l'article 8 (*Pančenko*, décision précitée; *Yang Chun Jin alias Yang Xiaolin c. Hongrie* (radiation), n° 58073/00, §§ 20-23, 8 mars 2001; *Mikheyeva*, décision précitée; *Fjodorova et autres c. Lettonie* (déc.), n° 69405/01, 6 avril 2006; *Sysoyeva et autres*, précité, §§ 102-104; *Chevanova [c. Lettonie]* (radiation) [GC], n° 58822/00, §§ 48-50, [7 décembre 2007], et *Kaftailova*, précité, §§ 52-54).

262. En outre, la Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer à propos d'autres articles de la Convention que la qualité de « victime » d'un requérant peut aussi dépendre du montant de l'indemnité qui, le cas échéant, lui a été accordée au niveau national, ou à tout le moins de la possibilité de demander et d'obtenir réparation pour le dommage subi, compte tenu de la situation dont il se plaint devant la Cour (voir, par exemple, *Gäfgen*, précité, § 118, concernant un grief tiré de l'article 3; *Normann c. Danemark* (déc.), n° 44704/98, 14 juin 2001; *Scordino (n° 1)*, précité, § 202, concernant un grief tiré de l'article 6, et *Jensen et Rasmussen c. Danemark* (déc.), n° 52620/99, 20 mars 2003, concernant un grief tiré de l'article 11). Ce constat s'applique, *mutatis mutandis*, aux plaintes pour violation de l'article 8.

263. En l'espèce, la Grande Chambre rappelle qu'elle n'a pas compétence pour examiner les griefs de MM. Petreš et Jovanović, qui ont été déclarés irrecevables par la chambre après l'octroi aux intéressés de permis de séjour *ex tunc* (...)

264. En revanche, il n'existe aucun obstacle procédural de ce type relativement à M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić. La Grande Chambre est donc compétente pour rechercher si, nonobstant l'octroi de permis de séjour *ex nunc* et *ex tunc* à ces six requérants, ceux-ci peuvent toujours se prétendre victimes des violations alléguées. Il est donc possible que cet examen aboutisse, malgré la similitude des faits en cause, à des conclusions différentes de celles auxquelles la chambre est parvenue pour M. Petreš et M. Jovanović. Pareille situation est une conséquence inévitable de la limitation de la compétence de la Grande Chambre (...)

265. La Grande Chambre estime que la première condition pour que l'on puisse conclure à la perte de la qualité de victime, à savoir la reconnaissance d'une violation par les autorités nationales, se trouve remplie. En effet, les services administratifs ont accordé des permis de séjour permanent aux six requérants à la suite des décisions de la Cour constitutionnelle déclarant la législation en vigueur inconstitutionnelle et après l'adoption de la loi modifiée sur le statut juridique. De plus, en juin 2010, le gouvernement et le

Parlement ont reconnu officiellement la violation des droits des requérants. Le constat d'une violation a donc été formulé en substance par les autorités nationales (voir, *mutatis mutandis*, *Scordino* (n° 1), précité, § 194).

266. La Grande Chambre relève en outre que dans plusieurs autres affaires concernant la régularisation du statut d'étrangers, notamment dans des affaires se rapportant à une situation analogue de dissolution d'un Etat prédécesseur, la Cour a soit estimé qu'une fois qu'ils avaient obtenu un permis les requérants n'étaient plus victimes des violations alléguées de la Convention et déclaré les requêtes des intéressés irrecevables, soit considéré que les modalités de régularisation offertes aux requérants avaient constitué un redressement « adéquat » et « suffisant » pour leurs griefs sur le terrain de l'article 8 de la Convention et décidé en conséquence de rayer les affaires du rôle. Dans ces affaires, la Cour a également tenu compte du fait que les requérants n'étaient plus menacés d'expulsion (*Pančenko*, décision précitée; *Mikheyeva*, décision précitée; *Fjodorova et autres*, décision précitée; *Sysoyeva et autres*, précité, §§ 102-104; *Chevanova*, précité, §§ 48-50, et *Kaftailova*, précité, § 54). Dans certains cas, toutefois, la Cour a noté que les requérants étaient au moins en partie responsables des difficultés liées à la régularisation de leur statut (*Chevanova*, précité, §§ 47 et 49; *Kaftailova*, précité, § 50, et *Sysoyeva et autres*, précité, § 94).

267. Cependant, alors que ces affaires avaient trait à des problèmes spécifiques, la Grande Chambre estime que le cas d'espèce se caractérise notamment par la préoccupation générale concernant le respect des droits de l'homme suscitée par l'« effacement ». De plus, la situation litigieuse a perduré pendant près de vingt ans pour la majorité des requérants, en dépit des décisions de principe rendues par la Cour constitutionnelle, lesquelles sont d'ailleurs demeurées inexécutées pendant plus de dix ans (*Makuc et autres* [c. Slovénie (déc.), n° 26828/06], § 168[, 31 mai 2007]). Eu égard à cette longue période d'insécurité et d'incertitude juridique qu'ont connue les requérants et à la gravité des conséquences de l'« effacement » pour eux, la Grande Chambre, contrairement à la chambre, estime que la reconnaissance des violations des droits de l'homme et l'octroi de permis de séjour permanent à M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić n'ont pas constitué un redressement « approprié » et « suffisant » au niveau national (voir, *mutatis mutandis*, *Aristimuño Mendizabal*, précité, §§ 67-69 et 70-72; *Mengasha Kimfè*, précité, §§ 41-47 et 67-72, et *Agraw*, précité, §§ 30-32 et 50-55).

268. Quant à la possibilité de demander et d'obtenir réparation au niveau interne (paragraphes 250-252 et 257 ci-dessus), la Cour observe qu'aucune des « personnes effacées » n'a jusqu'ici été indemnisée en vertu d'un jugement définitif et exécutoire, même si plusieurs procédures sont

actuellement pendantes (paragraphe 83 ci-dessus). En outre, aucune des demandes en réparation dont les requérants ont saisi le parquet général n'a jusqu'ici abouti. Dès lors, les chances des intéressés d'être indemnisés en Slovénie paraissent, pour le moment, trop faibles pour être pertinentes dans le cadre de la présente espèce (voir, *mutatis mutandis*, *Dalban*, précité, § 44).

269. En conclusion, la Cour juge que les six requérants qui ont obtenu des permis de séjour permanent *ex nunc* et *ex tunc* au cours de la procédure devant la Grande Chambre peuvent toujours se prétendre « victimes » des violations alléguées. Par conséquent, il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement sur ce point.

270. Enfin, quant à l'exception du Gouvernement relative à la qualité de « victime » des requérants restants – M. Dabetić et M^{me} Ristanović – qui n'ont jamais dûment engagé de procédure en Slovénie en vue d'obtenir des permis de séjour permanent, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de l'examiner puisque les griefs de ces requérants sont quoi qu'il en soit irrecevables pour non-épuisement des voies de recours internes (...)

(...)

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

314. Les requérants se plaignent d'avoir été arbitrairement privés de la possibilité de conserver leur statut de résident permanent en Slovénie. Ils invoquent l'article 8 de la Convention, ainsi libellé :

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

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

A. Les thèses des parties

1. Les requérants

315. Les requérants allèguent qu'ils n'ont pas été en mesure d'introduire une demande officielle d'acquisition de la nationalité dans le court délai fixé par la loi interne. En conséquence, le 26 février 1992, leurs noms auraient été illégalement « effacés » du registre. M. Kurić, M. Dabetić et, à l'origine, M. Ademi n'auraient de surcroît pas pu obtenir la nationalité d'un autre Etat successeur de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (la

«RSFY») et seraient devenus *de facto* apatrides. Par la suite, jusqu'à l'entrée en vigueur en 2010 de la loi modifiée sur le statut juridique, les requérants se seraient trouvés dans l'impossibilité de demander et d'obtenir un permis de séjour permanent en Slovénie.

316. Devant la chambre, les intéressés ont soutenu que les dispositions de la loi sur les étrangers n'étaient ni accessibles ni prévisibles relativement à leurs effets. Pour ce qui est de l'accessibilité, les autorités n'auraient pas fourni des informations satisfaisantes et détaillées à l'ensemble des personnes concernées. Quant à la prévisibilité, la loi sur les étrangers n'aurait pas été expressément applicable aux «personnes effacées», puisqu'elle aurait été conçue pour réglementer le statut des étrangers en situation irrégulière. En outre, le comportement général des autorités slovènes aurait été arbitraire. L'ingérence litigieuse n'aurait pas été proportionnée au but prétendument poursuivi, à savoir le contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers, puisque les intéressés auraient eu leur résidence permanente en Slovénie au moment de l'accession du pays à l'indépendance.

317. Les requérants souscrivent pour l'essentiel aux conclusions de la chambre et insistent pour que l'inertie du Gouvernement soit dénoncée en des termes plus vigoureux. Ils allèguent n'avoir pas été dûment informés des conséquences qu'emporterait pour eux le fait de ne pas demander et obtenir la nationalité slovène; ils estiment que des avis publics et des articles de presse n'étaient pas suffisants. L'«effacement» aurait été effectué arbitrairement, sans aucune base légale et dans le secret, et il aurait touché 25 671 personnes.

318. D'après les requérants, c'est seulement en 1999, après la décision de la Cour constitutionnelle, que les «personnes effacées» ont commencé à découvrir ce qui s'était réellement passé. Dans les années qui ont suivi, le gouvernement et le Parlement auraient systématiquement et délibérément ignoré les décisions de la Cour constitutionnelle. La nouvelle législation cadre – la loi modifiée sur le statut juridique – aurait été adoptée onze ans après la première décision de principe concluant à l'illégalité de l'«effacement» et sept ans après la deuxième décision de principe. Contestant la thèse du Gouvernement, les requérants soutiennent que les autorités slovènes n'ont pas véritablement changé leur politique depuis l'adoption de cette loi.

319. Les «personnes effacées» auraient été privées non seulement de l'accès à la nationalité slovène mais également de tout statut juridique conférant «le droit de jouir de droits». Les requérants y voient une atteinte grave à la dignité humaine. L'«effacement» aurait des répercussions irréremédiables sur leur vie privée et/ou familiale, dont le respect serait garanti par l'article 8 de la Convention, lequel protégerait également le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain (les

requérants citent, notamment, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI, et *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). De citoyens jouissant pleinement de leurs droits, les requérants seraient devenus du jour au lendemain des étrangers en situation illégale. Certains seraient aussi devenus apatrides. Ils vivraient depuis vingt ans dans une situation extrêmement précaire et subiraient de graves entraves dans la pleine jouissance de leurs droits fondamentaux. L'histoire personnelle des requérants illustrerait les difficultés auxquelles les « personnes effacées » se heurteraient.

320. Le Gouvernement continuerait à minimiser l'illégalité et le caractère arbitraire de l'« effacement ». La faiblesse de son argument selon lequel la présence des « personnes effacées » est tolérée serait mise en évidence par le fait qu'un grand nombre de ces personnes, dont cinq des requérants en l'espèce, ont été expulsés de force de Slovénie.

321. Le Gouvernement aurait également réduit la portée des conséquences découlant des décisions rendues par la Cour constitutionnelle en 1999 et en 2003. Le cadre législatif antérieur et/ou sa mise en œuvre par les autorités administratives compétentes auraient été clairement inadéquats. La plupart des requérants auraient obtenu leur permis de séjour très récemment, en vertu de la loi modifiée sur le statut juridique. Malgré cela, leur situation ne serait toujours pas réglée, puisqu'ils n'auraient toujours pas reçu de réparation financière.

322. Quant à la loi modifiée sur le statut juridique, trente permis seulement auraient jusqu'ici été octroyés sur son fondement. D'après les chiffres officiels, quelque 13 000 « personnes effacées » attendraient donc toujours que leur situation soit réglée. Par conséquent, l'arrêt de la Cour déploierait manifestement des effets bien au-delà de la situation particulière de chaque requérant, puisqu'il concernerait toute la catégorie des « personnes effacées ».

323. Pour autant que le Gouvernement critique les conclusions relatives à l'apatridie formulées par la chambre, les requérants font valoir que celle-ci n'a de toute façon pas dit que c'est l'« effacement » en tant que tel qui a entraîné l'apatridie ou que les violations des droits des requérants résultent de leur apatridie, mais qu'elle a constaté un fait objectif incontestable. D'après eux, la chambre aurait dû aller plus loin dans son appréciation du véritable impact de l'« effacement » sur les droits attachés à la nationalité et tenir compte des règles matérielles et procédurales pertinentes du droit international concernant la prévention de l'apatridie. L'« effacement » aurait créé une situation factuelle dans laquelle il aurait été bien plus difficile, voire parfois impossible, pour les requérants de régulariser leur nationalité

conformément à la législation en vigueur, que ce soit en Slovénie ou dans les autres républiques de l'ex-RSFY.

324. La supposition du Gouvernement selon laquelle tous les citoyens de l'ex-RSFY devaient normalement conserver la nationalité de la république qu'ils avaient jusque-là ne serait pas entièrement juste. De nombreux cas contraires auraient été rapportés, comme celui de M. Dabetić (paragraphe 97 ci-dessus). M. Ademi se serait vu délivrer récemment, en août 2010, un passeport de « l'ex-République yougoslave de Macédoine » (paragraphe 172 ci-dessus). Le Gouvernement n'aurait absolument pas considéré les situations de non-possession antérieure de la nationalité d'une république. Ces situations auraient notamment concerné les personnes nées en Slovénie de parents ayant la nationalité d'une autre république ou ayant une nationalité autre que celle d'une autre république. A partir de 1968, la pratique aurait consisté à inscrire la nationalité dans les registres tenus en Slovénie, mais dans les faits les informations pertinentes auraient rarement été communiquées à la république d'origine, malgré la législation en vigueur. A l'époque de la dissolution de la RSFY, le gouvernement aurait été tenu de donner à toutes les personnes vivant en Slovénie le choix entre l'acquisition de la nationalité slovène et l'octroi d'un permis de séjour.

2. Le Gouvernement

325. Devant la chambre, le Gouvernement a soutenu que les événements survenus en 1991 avaient entraîné la création historique d'un nouvel Etat, et que cela avait rendu nécessaire, d'une part, l'établissement rapide d'un corps de citoyens en vue de la tenue des élections législatives et, d'autre part, la réglementation du statut des étrangers, y compris celui des ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY qui résidaient en permanence en Slovénie. La création d'un nouvel Etat aurait appelé une prise de décision rapide en raison d'un besoin social impérieux. Conformément à la Déclaration de bonnes intentions et aux lois sur l'indépendance (paragraphe 21-22 et 24-25 ci-dessus), la République de Slovénie aurait permis aux ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY qui résidaient en permanence en Slovénie d'acquérir la nationalité slovène par naturalisation dans des conditions extrêmement favorables. Ceux ne s'étant pas prévalus de cette possibilité seraient devenus des étrangers et auraient dû régulariser leur situation. Dans le domaine de l'immigration, les Etats seraient autorisés non seulement à réglementer le séjour ou la résidence des étrangers mais encore à prendre des mesures de dissuasion telles que l'expulsion. C'est ainsi que le Gouvernement aurait été amené à adopter la législation pertinente, laquelle aurait été accessible aux requérants et prévisible quant à ses effets,

afin d'assurer la sécurité publique. Cette législation aurait été nécessaire dans une société démocratique et proportionnée aux buts poursuivis.

326. Devant la Grande Chambre, le Gouvernement reconnaît que l'« effacement » était illégal et qu'il a engendré une situation inconstitutionnelle. Au cours des dernières années, il aurait adopté toutes les mesures nécessaires pour se conformer aux décisions de la Cour constitutionnelle et redresser les conséquences de l'« effacement » : la loi modifiée sur le statut juridique serait entrée en vigueur le 24 juillet 2010 et, en 2009, après le changement de gouvernement, le ministère aurait repris la délivrance de permis de séjour permanent *ex tunc*. En outre, des informations auraient été fournies aux « personnes effacées » par différents moyens (brochures, Internet et numéro de téléphone gratuit par exemple). L'arrêt de la chambre n'aurait pas accordé suffisamment de poids à ces initiatives.

327. Le Gouvernement soutient qu'en 1991 les requérants avaient déjà été suffisamment informés, par voie de publication au Journal officiel et par la presse, de la possibilité de régulariser leur statut et de la nécessité d'acquérir un permis de séjour permanent ou temporaire en vertu des dispositions générales de la loi sur les étrangers (article 16) s'ils souhaitaient continuer à résider en Slovénie. De 1992 à 1997, 4 893 permis de ce type auraient au total été délivrés et les conditions requises auraient été interprétées favorablement. Quelque 12 500 permis de séjour permanent auraient été octroyés au titre de la loi sur le statut juridique et de la loi modifiée sur le statut juridique (paragraphe 67, 76 et 80 ci-dessus).

328. Le Gouvernement ajoute que l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme garantissant, en tant que tel, le droit à un type particulier de titre de séjour et que le choix des moyens les plus appropriés pour assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe aux seules autorités nationales (il cite *Syssoyeva et autres*, précité, § 91), mais que la République de Slovénie a néanmoins décidé d'accorder aux « personnes effacées » des permis de séjour permanent avec effet rétroactif, c'est-à-dire le statut juridique le plus favorable dont peuvent bénéficier les étrangers. Cette mesure dépasserait le minimum requis par la Convention.

329. Le Gouvernement conteste en particulier les constats formulés par la chambre dans son arrêt quant à la question de l'apatridie. Il souligne que l'« effacement » a eu pour seul résultat de mettre fin à l'enregistrement de la résidence permanente et n'a eu aucun impact sur la nationalité des personnes concernées. Les conclusions de la chambre sur cette question seraient donc juridiquement et factuellement inexactes.

330. Le Gouvernement attire l'attention sur la notion de « double nationalité » : en principe, tous les ressortissants de la RSFY avaient la nationalité d'une des républiques qui la composaient. D'après lui, étant

donné que le système de la RSFY ne permettait pas l'apatridie, l'éclatement de la Fédération n'aurait pas dû la créer.

3. *Les tiers intervenants*

331. L'organisation Open Society Justice Initiative déclare qu'un processus par lequel des personnes se trouvent exposées au risque de se voir arbitrairement priver de leur nationalité et de devenir apatrides a un impact tel sur les victimes qu'il porte atteinte au droit protégé par l'article 8 de la Convention. Elle indique que, d'après les données du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), il y avait fin 2009 en Slovénie 4 090 ressortissants de l'ex-RSFY dont le nom aurait été « effacé » en 1992 et qui seraient devenus apatrides. Selon une étude de l'Union européenne, cinq apatrides seulement auraient été naturalisés en Slovénie après 2002.

332. En vertu du droit international coutumier, il existerait une obligation positive d'éviter l'apatridie et d'améliorer la condition de ceux qui deviennent apatrides, en particulier en cas de succession d'Etats. Les apatrides seraient marginalisés et particulièrement vulnérables. Open Society Justice Initiative s'appuie sur les dispositions de la Convention européenne sur la nationalité qui, en ce qui concerne les règles d'octroi de la nationalité, mettraient particulièrement l'accent sur l'importance de la résidence habituelle, sur la notion de « lien véritable et effectif » et sur l'obligation pour l'Etat de faciliter l'acquisition de la nationalité par les apatrides résidant habituellement sur son territoire, en particulier les enfants.

333. En outre, le rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'Etats, entrée en vigueur le 1^{er} août 2010, indiquerait que la prévention de l'apatridie fait partie du droit international coutumier qui lie la Slovénie, nonobstant la non-ratification de l'instrument par cet Etat.

334. De graves questions d'apatridie se seraient posées dans le contexte des Etats successeurs de la RSFY. Le groupe des « personnes effacées » en Slovénie compterait encore de nombreux apatrides. Le fait que les Etats successeurs de la RSFY aient choisi d'accorder la nationalité sur la base de la liste de noms figurant dans leurs registres de nationalité de la république aurait emporté un certain nombre de conséquences, étant donné que certains ressortissants de l'ex-RSFY n'auraient pas eu la nationalité d'une république ou que, pour différentes raisons (destruction de leurs pièces d'identité et/ou des registres dans le contexte d'un conflit armé, impossibilité d'obtenir confirmation de la nationalité de la république dans le lieu de naissance, etc.), ils n'auraient pas été en mesure de prouver qu'ils possédaient une

telle nationalité. Le HCR aurait mis en place d'importants programmes d'information et d'aide juridique pendant un certain nombre d'années dans cinq des Etats successeurs. La situation aurait touché de manière disproportionnée des groupes vulnérables, en particulier des groupes minoritaires d'autres républiques et les Roms.

335. Les efforts déployés par l'Etat slovène pour régulariser le statut des « personnes effacées » – par la délivrance d'office de permis de séjour aux intéressés et par la mise en œuvre de la loi modifiée sur le statut juridique – seraient une bonne chose. Le HCR craindrait toutefois que, compte tenu des lourdes exigences imposées, les réformes ne permettent pas à toutes les personnes touchées par l'« effacement » d'obtenir un permis de séjour permanent et la nationalité. Les autres tiers intervenants souscrivent pour l'essentiel aux observations de Open Society Justice Initiative.

B. L'arrêt de la chambre

336. La chambre a relevé qu'avant 1991 les requérants avaient résidé sur le territoire slovène légalement et de façon permanente pendant des années, voire des décennies pour la plupart d'eux, en vertu de la législation de la RSFY applicable à l'époque, et qu'ils avaient un statut de résident plus solide que les immigrés de longue durée. Ils avaient tous passé une grande partie de leur vie en Slovénie et y avaient noué les relations personnelles, sociales, culturelles, linguistiques et économiques qui constituent la vie privée de tout être humain; la plupart d'entre eux avaient également construit une vie familiale en Slovénie ou conservaient des liens avec leur famille restée sur place.

337. La chambre a conclu que les requérants avaient à l'époque en Slovénie une vie privée et/ou familiale au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Elle a considéré en outre que les répercussions de l'« effacement » et le refus persistant des autorités slovènes de régler dans tous ses aspects la situation des requérants s'analysaient en une ingérence dans l'exercice par les intéressés de leurs droits découlant de l'article 8 de la Convention, surtout dans le cas des requérants devenus apatrides (paragraphe 348-361 de l'arrêt de la chambre).

338. Sur le point de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi » au sens de l'article 8 § 2, la chambre a constaté que l'« effacement » avait été jugé illégal par la Cour constitutionnelle et n'a vu aucune raison de s'écarter des décisions de la haute juridiction. Elle a donc conclu à la violation de l'article 8, en tenant compte également des normes pertinentes du droit international sur la prévention des cas d'apatridie, en particulier en situation de succession d'Etats (paragraphe 362-376 de l'arrêt de la chambre).

C. L'appréciation de la Grande Chambre

1. Sur l'applicabilité de l'article 8 aux griefs des requérants

339. La Grande Chambre observe d'emblée que le Gouvernement ne conteste pas devant elle que l'« effacement » et ses répercussions aient porté préjudice aux requérants et qu'ils s'analysent en une ingérence dans la « vie privée et familiale » des intéressés au sens de l'article 8 § 1 de la Convention (*Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 96, CEDH 2003-X). Après avoir examiné les arguments des deux parties, la Grande Chambre ne voit aucune raison de s'écarter des conclusions de la chambre selon lesquelles, bien que l'« effacement » fût intervenu avant le 28 juin 1994, date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Slovénie, les requérants jouissaient à l'époque des faits en Slovénie d'une vie privée et/ou familiale, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention, et que l'« effacement » a porté et continue de porter atteinte à leurs droits découlant de l'article 8 (paragraphe 337 ci-dessus).

340. Il reste à examiner si cette ingérence était compatible avec les exigences du second paragraphe de l'article 8 de la Convention, autrement dit si elle était « prévue par la loi », si elle poursuivait un ou plusieurs des buts légitimes énumérés dans ledit paragraphe et si elle était « nécessaire dans une société démocratique » pour réaliser ce ou ces buts.

2. Sur la justification de l'ingérence

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

341. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'expression « prévue par la loi » requiert que la mesure incriminée ait une base en droit interne mais vise également la qualité de la loi en question, exigeant que celle-ci soit accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses effets (*Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, § 50, CEDH 2000-II, et *Slivenko*, précité, § 100).

342. La Cour observe que l'« effacement » du registre du nom des requérants comme de plus de 25 000 autres ressortissants de l'ex-RSFY est résulté de l'effet combiné de deux dispositions des lois sur l'indépendance adoptées le 25 juin 1991 : l'article 40 de la loi sur la nationalité et l'article 81 de la loi sur les étrangers (paragraphe 25 et 27 ci-dessus). Les ressortissants de l'ex-RSFY ayant la nationalité de l'une des autres républiques et résidant de manière permanente en Slovénie qui n'avaient pas demandé la nationalité slovène au 25 décembre 1991 ou dont la demande avait été rejetée tombèrent sous le coup de l'article 81, deuxième alinéa, de la loi sur les étrangers. Le

26 février 1992, lorsque cette disposition devint directement applicable, les requérants devinrent des étrangers.

343. La Cour estime que l'article 40 de la loi sur la nationalité et l'article 81 de la loi sur les étrangers sont des instruments juridiques qui étaient accessibles à toute personne intéressée. Les requérants pouvaient donc prévoir que s'ils ne demandaient pas la nationalité slovène ils seraient traités comme des étrangers. Toutefois, de l'avis de la Cour, ils ne pouvaient raisonnablement prévoir, en l'absence de toute disposition à cet effet, que leur condition d'étranger entraînerait l'illégalité de leur séjour sur le territoire slovène et conduirait à une mesure aussi extrême que l'« effacement ». A ce propos, il y a lieu de rappeler que l'« effacement » a été effectué automatiquement et sans notification préalable. En outre, les requérants n'ont eu la possibilité ni de contester cette mesure devant les autorités internes compétentes ni d'exposer les raisons pour lesquelles ils n'avaient pas sollicité la nationalité slovène. L'absence de toute notification ou information personnelle a pu les amener à penser que leur statut de résident demeurait inchangé et qu'ils pourraient continuer à séjourner et travailler en Slovénie comme ils le faisaient depuis de nombreuses années. Ce n'est d'ailleurs qu'incidemment qu'ils ont eu connaissance de l'« effacement » (paragraphe 89, 111, 126, 137, 162 et 177 ci-dessus). On peut donc sérieusement douter de la prévisibilité de la mesure litigieuse.

344. En outre, la Cour ne peut qu'attribuer un poids important au fait que, dans sa décision de principe du 4 février 1999, la Cour constitutionnelle a jugé que le transfert des noms des « personnes effacées » du registre des résidents permanents au registre des étrangers non titulaires d'un permis de séjour n'avait aucune base en droit interne; ni la loi sur les étrangers ni la loi sur le registre de la population et des résidents ne prévoyaient une telle mesure de radiation du registre et de transfert (paragraphe 41 et 214 ci-dessus). De plus, la Cour constitutionnelle a estimé qu'aucune disposition légale ne régissait le passage de la condition de « personne effacée » à celle d'étranger vivant en Slovénie; en effet, les articles 13 et 16 de la loi sur les étrangers (paragraphe 207 ci-dessus), conçus pour les étrangers entrant en Slovénie, n'étaient pas applicables aux requérants (paragraphe 41-42, 44-45 et 214 ci-dessus). Il y avait donc un vide juridique dans la législation en vigueur à l'époque, puisque les ressortissants de l'ex-RSFY qui avaient la nationalité de l'une des autres républiques et relevaient de l'article 81, deuxième alinéa, de la loi sur les étrangers ne disposaient d'aucune procédure leur permettant de solliciter un permis de séjour permanent. En vertu de l'article 13 de la loi sur les étrangers en effet, ils pouvaient uniquement demander un permis de séjour temporaire, comme s'ils étaient des étrangers

qui entraient en Slovénie au titre d'un visa valable et souhaitaient demeurer plus longtemps sur le territoire.

345. De surcroît, il ressort à l'évidence des circulaires administratives adressées par le ministère de l'Intérieur aux services administratifs, en particulier de celles datées du 27 février et du 15 juin 1992 concernant la mise en œuvre de la loi sur les étrangers, l'interprétation de l'article 81 et la tenue des registres (paragraphe 28, 30 et 35 ci-dessus), que les autorités slovènes étaient conscientes à l'époque des conséquences néfastes de l'« effacement », qui avait été effectué en secret. Par définition, ces circulaires administratives n'étaient pas accessibles aux requérants.

346. Dès lors, la Cour estime que jusqu'au 8 juillet 1999, date d'adoption de la loi sur le statut juridique, la législation et la pratique administrative slovènes dénoncées, qui ont abouti à l'« effacement » litigieux, ne répondaient pas aux critères de prévisibilité et d'accessibilité tels que définis dans la jurisprudence de la Cour.

347. Certes, le 8 juillet 1999, à la suite de la décision de la Cour constitutionnelle du 4 février 1999, la loi sur le statut juridique fut adoptée pour régulariser le statut des « personnes effacées » (paragraphe 49-50 ci-dessus). Toutefois, le 3 avril 2003, la Cour constitutionnelle jugea que certaines dispositions de cette loi étaient inconstitutionnelles, au motif en particulier qu'elles n'accordaient pas aux « personnes effacées » des permis de séjour permanent avec effet rétroactif et ne réglaient pas la situation des personnes qui avaient été expulsées (paragraphe 58-60 et 215 ci-dessus). Enfin, il a fallu attendre plus de sept ans, jusqu'au 24 juillet 2010, date d'adoption de la loi modifiée sur le statut juridique (paragraphe 76 ci-dessus), pour que cette dernière décision de la Cour constitutionnelle, qui ordonnait des mesures générales, soit exécutée.

348. Il s'ensuit que, au moins jusqu'en 2010, le système juridique interne ne réglait pas clairement les conséquences de l'« effacement » et le statut de résident de ceux qui y avaient été soumis. Dès lors, non seulement les requérants n'étaient pas en mesure de prévoir la mesure litigieuse, mais il leur était de surcroît impossible d'en envisager les répercussions sur leur vie privée et/ou familiale.

349. Ces éléments suffirent à la Cour pour conclure que l'ingérence litigieuse dans l'exercice par les requérants de leurs droits découlant de l'article 8 n'était pas « prévue par la loi » et qu'il y a eu violation de cette disposition.

350. Toutefois, dans les circonstances particulières de l'espèce, et compte tenu des vastes répercussions de l'« effacement », la Cour estime qu'il y a lieu d'examiner également si, indépendamment du fait qu'elle ne reposait pas

sur une base légale suffisante, cette mesure poursuivait un but légitime et était proportionnée à ce but.

b) L'ingérence poursuivait-elle un but légitime ?

351. Le Gouvernement soutient qu'à l'époque de la création du nouvel Etat les lois sur l'indépendance poursuivaient le but légitime que constitue la protection de la sécurité nationale. De plus, le droit pour l'Etat de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire présupposerait qu'il puisse prendre des mesures de dissuasion, telles que l'expulsion, contre les personnes enfreignant les lois sur l'immigration (paragraphe 325 ci-dessus).

352. La Cour estime que le but des lois sur l'indépendance et des mesures prises à l'égard des requérants ne peut être dissocié du contexte plus vaste de la dissolution de la RSFY, de l'accession de la Slovénie à l'indépendance en 1991 et de la création d'une démocratie politique effective, qui impliquaient la constitution d'un « corps de citoyens slovènes » en vue de la tenue des élections législatives. L'ingérence dénoncée (l'« effacement ») doit être envisagée dans ce contexte général.

353. La Cour considère donc qu'avec l'adoption des lois sur l'indépendance, qui prévoyaient la faculté pour tous les ressortissants des républiques de l'ex-RSFY résidant en Slovénie d'opter pour l'acquisition de la nationalité slovène pendant une courte période seulement, les autorités slovènes ont cherché à créer un « corps de citoyens slovènes » et ainsi à protéger les intérêts de la sécurité nationale du pays (voir, *mutatis mutandis*, *Slivenko*, précité, §§ 110-111), but légitime au regard de l'article 8 § 2 de la Convention.

c) L'ingérence était-elle « nécessaire dans une société démocratique » ?

354. Ces lois sur l'indépendance ont toutefois eu des conséquences néfastes pour les ressortissants de l'ex-RSFY qui n'avaient pas demandé la nationalité slovène dans le délai prescrit de six mois et qui sont par conséquent devenus des étrangers séjournant illégalement sur le territoire slovène car leur nom avait été « effacé » du registre des résidents permanents. La Cour appréciera la compatibilité de cette mesure avec le droit des requérants au respect de leur vie privée et/ou familiale. Elle rappelle qu'une mesure constituant une ingérence dans l'exercice de droits garantis par l'article 8 § 1 de la Convention peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » si elle a été prise pour répondre à un besoin social impérieux et si les moyens employés étaient proportionnés aux buts poursuivis. La tâche de la Cour consiste à déterminer si les mesures en question ont respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, les droits de

l'individu concerné au regard de la Convention et, d'autre part, les intérêts de la société (*Slivenko*, précité, § 113).

355. Ainsi que la Cour l'a déclaré à maintes reprises, la Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier et les Etats contractants ont le droit, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention, de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (voir, parmi beaucoup d'autres, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 73, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *El Boujaïdi c. France*, 26 septembre 1997, § 39, *Recueil* 1997-VI; *Baghli c. France*, n° 34374/97, § 45, CEDH 1999-VIII; *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, § 39, CEDH 2001-IX; *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, § 54, CEDH 2006-XII; et *Slivenko*, précité, § 115). Toutefois, des mesures restreignant le droit d'une personne de séjourner dans un pays peuvent, dans certains cas, donner lieu à une violation de l'article 8 de la Convention s'il en résulte des répercussions disproportionnées sur la vie privée et/ou familiale de l'intéressé (*Boultif*, précité, § 55; *Slivenko*, précité, § 128; *Radovanovic c. Autriche*, n° 42703/98, §§ 36-37, 22 avril 2004, et *Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, § 100, CEDH 2008).

356. En l'espèce, les requérants, qui avant la déclaration d'indépendance de la Slovénie résidaient légalement sur le territoire slovène depuis plusieurs années, jouissaient en tant que ressortissants de l'ex-RSFY de toute une série de droits sociaux et politiques. L'«effacement» a eu pour eux un certain nombre de conséquences néfastes telles que la destruction de leurs papiers d'identité, la perte de possibilités d'emploi, la perte de leur assurance maladie, l'impossibilité de renouveler leurs papiers d'identité et leurs permis de conduire, et des difficultés pour faire valoir leurs droits à pension. De fait, le vide juridique laissé par les lois sur l'indépendance (paragraphe 344 ci-dessus) a privé les requérants du statut juridique qui leur avait donné auparavant accès à tout un éventail de droits.

357. Le Gouvernement explique que l'«effacement» a été opéré parce que les intéressés n'avaient pas cherché à acquérir la nationalité slovène. La Cour souligne toutefois qu'un étranger résidant légalement dans un pays peut souhaiter continuer à y vivre sans forcément en acquérir la nationalité. Comme le montrent les difficultés auxquelles les requérants se sont heurtés pendant de nombreuses années pour obtenir un permis de séjour valable, le législateur slovène n'avait pas adopté de dispositions destinées à permettre aux ressortissants de l'ex-RSFY ayant la nationalité de l'une des autres républiques de régulariser leur statut de résident s'ils avaient choisi de ne pas acquérir la nationalité slovène ou s'ils ne l'avaient pas sollicitée. Pareilles dispositions n'auraient pourtant pas compromis les buts légitimes

poursuivis, à savoir le contrôle du séjour des étrangers et la constitution d'un corps de citoyens slovènes.

358. A cet égard, la Cour rappelle que, si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie privée et/ou familiale, en particulier dans le cas d'immigrés de longue durée tels que les requérants (voir, *mutatis mutandis*, *Gül c. Suisse*, 19 février 1996, § 38, *Recueil* 1996-I; *Ahmut c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996, § 67, *Recueil* 1996-VI, et *Mehemi c. France* (n° 2), n° 53470/99, § 45, CEDH 2003-IV).

359. La Cour considère que, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'Etat aurait dû régulariser le statut de résident des ressortissants de l'ex-RSFY afin d'éviter que la non-acquisition de la nationalité slovène ne porte atteinte de façon disproportionnée aux droits des « personnes effacées » découlant de l'article 8. L'absence de pareille régularisation et l'impossibilité prolongée pour les requérants d'obtenir des permis de séjour valables ont rompu le juste équilibre que l'Etat devait ménager entre le but légitime que constituait la protection de la sécurité nationale et le respect effectif de la vie privée et/ou familiale des requérants.

d) Conclusion

360. La Cour estime que, malgré les efforts déployés par elles après les décisions rendues par la Cour constitutionnelle en 1999 et 2003 et, récemment, avec l'adoption de la loi modifiée sur le statut juridique, les autorités slovènes n'ont pas remédié à tous égards et avec la célérité voulue au caractère généralisé de l'« effacement » et à ses graves conséquences pour les requérants.

361. Pour les motifs exposés ci-dessus, les mesures dénoncées n'étaient ni « prévues par la loi » ni « nécessaires dans une société démocratique » pour atteindre le but légitime que constituait la protection de la sécurité nationale.

362. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

(...)

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

373. Les requérants allèguent que si on les compare aux étrangers (les « véritables » étrangers) qui continuèrent de résider en Slovénie au titre de permis de séjour temporaire ou permanent, ils ont fait l'objet d'une

discrimination fondée sur leur origine nationale dans la jouissance de leurs droits découlant de l'article 8.

374. Ils invoquent l'article 14 de la Convention, ainsi libellé :

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

A. Les thèses des parties

1. Les requérants

375. Les requérants soutiennent avoir été traités moins favorablement que les « véritables » étrangers qui avaient commencé à vivre en Slovénie avant l'indépendance et dont les permis de séjour permanent demeurèrent valables en vertu de l'article 82 de la loi sur les étrangers.

376. Ils estiment que la question du traitement discriminatoire à leurs yeux des « personnes effacées » est l'un des principaux aspects de l'espèce et que la Grande Chambre doit examiner le fond de leur grief tiré de l'article 14 (*Chassagnou et autres c. France* [GC], n^{os} 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 89, CEDH 1999-III, et *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n^{os} 43577/98 et 43579/98, §§ 160-168, CEDH 2005-VII). Ils soulignent que la Cour constitutionnelle elle-même a confirmé l'existence d'une discrimination. D'après eux, dès lors que la loi sur les étrangers reconnaissait aux « véritables » étrangers le droit de continuer à résider sur le territoire, ce droit aurait à plus forte raison dû être reconnu aux « personnes effacées ».

377. Enfin, les requérants contestent l'argument du Gouvernement (paragraphe 379 ci-dessous) selon lequel ils ont fait l'objet d'une discrimination positive puisqu'ils n'auraient pas été expulsés ; ils indiquent qu'en réalité cinq d'entre eux furent contraints de quitter le pays.

2. Le Gouvernement

378. Le Gouvernement déclare qu'au moment de son indépendance la République de Slovénie a permis aux ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY qui résidaient en permanence en Slovénie d'acquérir la nationalité slovène dans des conditions exceptionnellement favorables. En outre, la loi constitutionnelle de 1991 aurait garanti l'égalité de traitement entre ces personnes et les ressortissants slovènes jusqu'à l'acquisition par elles de la nationalité slovène ou l'expiration du délai fixé par la loi sur les étrangers (paragraphe 202 ci-dessus). Toutefois, eu égard à la nécessité de constituer un corps de citoyens slovènes – en particulier en vue des élections législatives

de 1992 – cette égalité de traitement n’aurait pu durer indéfiniment. Dès lors, pour le Gouvernement, il appartenait aux résidents permanents qui n’avaient pas la nationalité slovène de saisir cette occasion pour acquérir la nationalité de la Slovénie indépendante, laquelle n’aurait pas été accordée automatiquement.

379. La situation des requérants serait donc liée à la non-acquisition par eux, en tant qu’étrangers, de permis de séjour permanent. Ils auraient en fait subi le même traitement que tous les étrangers non titulaires d’un permis de séjour. Quant à la législation de la RSFY et aux dispositions de la loi sur les étrangers, elles n’auraient jamais placé les requérants et les « véritables » étrangers dans une situation comparable. De plus, les requérants auraient bénéficié d’une discrimination positive, puisqu’ils n’auraient en principe pas été expulsés de Slovénie.

3. *Les tiers intervenants*

380. Les tiers intervenants, à l’exception du gouvernement serbe, avaient essentiellement consacré leurs observations devant la chambre à la question de la discrimination, dont la jurisprudence de la Cour reconnaît l’importance fondamentale.

381. D’après eux, les « personnes effacées » avaient fait l’objet d’une discrimination, à la fois directe et indirecte, fondée sur leur origine nationale et/ou ethnique (ils citaient *D.H. et autres c. République tchèque* [[GC], n° 57325/00], § 175, [CEDH 2007-IV]). Les dispositions de la loi sur les étrangers auraient été plus strictes à l’égard des « personnes effacées » qu’à l’égard des autres étrangers. La population slovène étant ethniquement homogène par rapport à celle d’autres républiques de l’ex-RSFY, l’« effacement » aurait touché de façon disproportionnée les personnes qui n’étaient pas d’origine ethnique slovène, les minorités de l’ex-RSFY et les Roms, ce qui aurait opéré ainsi entre les résidents une discrimination fondée sur l’origine ethnique. La situation d’incertitude juridique qui en serait résultée pendant des décennies pour les « personnes effacées » ne trouverait aucune justification objective. Enfin, d’autres organes du Conseil de l’Europe auraient interprété le droit à la non-discrimination comme exigeant des mesures positives de la part des Etats membres.

B. L’arrêt de la chambre

382. Eu égard à son constat de violation de l’article 8 de la Convention, la chambre a estimé qu’il n’y avait pas lieu de statuer sur le grief tiré de l’article 14 (paragraphe 400 de l’arrêt de la chambre).

C. L'appréciation de la Grande Chambre

383. Considérant l'importance que la question de la discrimination revêt en l'espèce, la Grande Chambre estime, contrairement à la chambre, qu'il y a lieu d'examiner le grief soulevé par les requérants sur le terrain de l'article 14 de la Convention.

1. Applicabilité de l'article 14 de la Convention

384. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, § 33, *Recueil* 1997-I; *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil* 1998-II, et *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 42, CEDH 2006-VIII).

385. En l'espèce, la Cour a estimé que les mesures dénoncées s'analysaient en une ingérence illégale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur « vie privée et familiale » au sens de l'article 8 § 1 de la Convention (paragraphe 339 ci-dessus). Par conséquent, l'article 8 étant ainsi applicable aux faits de la cause, l'article 14 l'est également.

2. Observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

a) Principes généraux

386. D'après la jurisprudence constante de la Cour, la discrimination consiste à traiter de manière différente sans justification objective et raisonnable des personnes placées dans des situations comparables (*Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV). Une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'existe pas un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé. En cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible (voir, parmi beaucoup d'autres, *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], n° 15766/03, § 156, CEDH 2010).

387. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à

d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 42, *Recueil* 1996-IV). L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 40, série A n° 87, et *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, § 41, série A n° 126), mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (*Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, § 54, CEDH 2004-X, et, *mutatis mutandis*, *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV).

388. Cela étant, l'article 14 de la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, en l'absence d'une justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause (*Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV, et *Sejdić et Finčić c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, § 44, CEDH 2009). La Cour a également admis que peut être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe, et qu'une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter d'une situation de fait (*D.H. et autres c. République tchèque*, précité, § 175, et les références qui y sont citées).

389. Enfin, en ce qui concerne la charge de la preuve en la matière, la Cour a déjà statué que, quand un requérant a établi l'existence d'une différence de traitement, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette différence de traitement était justifiée (*ibidem*, § 177).

b) Sur le point de savoir s'il y a eu une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables

390. Se tournant vers la présente affaire, la Cour observe que le statut des ressortissants d'Etats autres que les républiques de l'ex-RSFY qui vivaient en Slovaquie avant l'indépendance (les « véritables » étrangers) était régi par l'article 82 de la loi sur les étrangers, d'après lequel les permis de séjour permanent de ces personnes demeuraient valables (paragraphe 207 ci-dessus). Toutefois, cette loi ne réglementait pas le statut des ressortissants des autres républiques de l'ex-RSFY qui résidaient en Slovaquie. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus (paragraphe 344), ce vide juridique a conduit à

l'« effacement » de ces derniers et à l'irrégularité de leur séjour sur le territoire slovène.

391. On pourrait soutenir qu'il existait avant l'indépendance de la Slovénie une différence entre ces deux groupes, puisque l'un était composé d'étrangers alors que l'autre était formé de ressortissants de l'ancien Etat fédéral dont la Slovénie était une partie constitutive. La Cour estime toutefois qu'après la déclaration d'indépendance et la naissance du nouvel Etat, la situation de ces deux groupes de personnes est devenue au moins comparable. Ils se composaient en effet tous deux d'étrangers ayant la nationalité d'un Etat autre que la Slovénie et d'apatrides. Or, à la suite de l'« effacement », seuls les membres de l'un de ces deux groupes ont pu conserver leur permis de séjour.

392. Dès lors, il y a eu une différence de traitement entre deux groupes – les « véritables » étrangers et les ressortissants de républiques de l'ex-RSFY autres que la Slovénie – qui se trouvaient dans une situation similaire en ce qui concerne les questions de séjour.

c) Sur l'existence d'une justification objective et raisonnable

393. La Cour ne voit pas en quoi la nécessité, invoquée par le Gouvernement, de constituer un corps de citoyens slovènes en vue de la tenue des élections législatives de 1992 (paragraphe 378 ci-dessus) a pu exiger d'établir une différence de traitement dans l'octroi aux étrangers de la possibilité de séjourner en Slovénie, étant donné qu'un permis de séjour ne confère pas le droit de vote à son titulaire. Certes, seules les « personnes effacées », et non les « véritables » étrangers, se sont vu donner la possibilité d'acquérir la nationalité slovène dans des conditions favorables. Toutefois, la Cour a déjà souligné que le fait de n'avoir pas demandé la nationalité ne pouvait en soi passer pour un motif raisonnable de priver un groupe d'étrangers de leurs permis de séjour (paragraphe 357 ci-dessus).

394. Dès lors, la Cour estime que la différence de traitement dénoncée était fondée sur l'origine nationale des intéressés – les ressortissants de l'ex-RSFY étant traités différemment des autres étrangers – et ne poursuivait pas un but légitime ; par conséquent, elle ne reposait pas sur une justification objective et raisonnable (voir, *mutatis mutandis*, *Sejdić et Finci*, précité, §§ 45-50). En outre, après la déclaration d'indépendance, la situation des ressortissants de l'ex-RSFY, dont les requérants, changea considérablement par rapport à celle des « véritables » étrangers. Avant 1991, les ressortissants de l'ex-RSFY se trouvaient dans une situation privilégiée par rapport aux « véritables » étrangers en ce qui concerne les questions liées à la résidence. On peut considérer qu'à l'époque la nationalité de l'Etat fédéral était une justification objective pour pareil traitement préférentiel. Toutefois, après

l'adoption des lois sur l'indépendance, les ressortissants de l'ex-RSFY se retrouvèrent soudain dans une situation d'irrégularité, que la Cour a jugée contraire à l'article 8 (paragraphe 361-362 ci-dessus), et désavantagés par rapport aux « véritables » étrangers, dont les permis de séjour permanent étaient seuls demeurés valables, même si les intéressés n'avaient pas sollicité la nationalité slovène (paragraphe 390 ci-dessus). Aussi la Cour considère-t-elle que la législation en cause a fait peser une charge excessive et disproportionnée sur les ressortissants de l'ex-RSFY.

395. La conclusion ci-dessus se trouve également confirmée par la décision du 4 février 1999 dans laquelle la Cour constitutionnelle a dit que les « personnes effacées » se trouvaient dans une situation juridique moins favorable que les « véritables » étrangers qui résidaient en Slovénie avant l'indépendance et dont les permis de séjour permanent spéciaux demeuraient valables en vertu de l'article 82 de la loi sur les étrangers (paragraphe 42 ci-dessus).

396. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

V. ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

397. L'article 46 de la Convention, en son passage pertinent en l'espèce, se lit ainsi :

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

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

(...)»

398. Au titre de cette disposition, les requérants demandent à la Cour d'indiquer au gouvernement défendeur des mesures générales destinées à redresser la situation des « personnes effacées ».

A. Les thèses des parties

1. *Les requérants*

399. Les requérants soutiennent qu'à ce stade, et en l'absence d'une pratique interne établie, l'adoption et l'application de la loi modifiée sur le statut juridique ne peuvent passer pour des mesures générales de nature à mettre fin à la violation systématique des droits des « personnes effacées ».

400. La loi modifiée sur le statut juridique constituerait, de prime abord, un remède insuffisant, en ce qu'elle appliquerait de façon extrêmement minimale et restrictive la décision du 3 avril 2003 et conserverait les

principales caractéristiques et exigences de la loi antérieure. Le législateur aurait modifié la condition de « résidence effective en Slovénie » pour y ménager certaines exceptions. Toutefois, certains des cas des « personnes effacées » ne relèveraient d'aucune des exceptions prévues. La procédure serait lourde et coûteuse et la charge de la preuve incomberait aux « personnes effacées ». Pour les cas d'absence prolongée de Slovénie, les « personnes effacées » devraient montrer qu'elles avaient tenté de revenir au pays au cours des dix premières années, ce qui serait extrêmement difficile à prouver. Les dernières statistiques ne seraient donc guère étonnantes : en juin 2011, sur les 127 demandes déposées (sur un total de 13 000 personnes supposées répondre aux conditions requises), 30 seulement auraient été accueillies et 60 auraient été rejetées. Le fort pourcentage de demandes écartées montrerait les graves défauts de la loi.

401. Quant aux mesures individuelles, l'octroi de permis de séjour permanent ne constituerait pas un redressement suffisant pour les violations constatées. Les graves dommages moral et matériel subis exigeraient des mesures de redressement supplémentaires, et notamment l'adoption de mesures individuelles de réparation. C'est ce qu'aurait également souligné le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale dans ses observations finales de 2010. Le Commissaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe aurait aussi déclaré que d'autres mesures s'imposaient, notamment en matière de regroupement familial, pour réparer les violations subies par les « personnes effacées ». Il aurait souligné que la nouvelle législation ne fournissait pas un mécanisme propre à offrir une réparation équitable aux intéressés pour les nombreuses années où leur statut n'aurait pas été réglé. Dans ses observations finales, le Comité contre la torture aurait également encouragé le gouvernement défendeur à faciliter la pleine intégration des « personnes effacées », y compris celles appartenant à des communautés roms. En outre, les trois organes internationaux susmentionnés auraient souligné les défauts de la loi modifiée sur le statut juridique.

2. Le Gouvernement

402. Le Gouvernement voit dans l'adoption et l'application de la loi modifiée sur le statut juridique des mesures générales appropriées et exhaustives propres à garantir le droit au respect de la vie privée et/ou familiale des « personnes effacées ». La décision rendue par la Cour constitutionnelle en 2003 aurait ainsi été pleinement mise en œuvre.

403. De l'avis du Gouvernement, la chambre n'a pas accordé suffisamment de poids au fait que la loi modifiée sur le statut juridique était sur le point d'entrer en vigueur. La République de Slovénie aurait donc

déjà pris les mesures appropriées avant le prononcé par la chambre de son arrêt. De plus, les « personnes effacées » auraient été informées par divers moyens (brochure, Internet, numéro de téléphone gratuit, etc.). Ce serait principalement pour cette raison que le Gouvernement aurait demandé le renvoi devant la Grande Chambre.

404. En outre, le 25 novembre 2011, une commission inter-gouvernementale aurait été chargée de traiter le problème des « personnes effacées ». De plus, les autorités contrôlèrent régulièrement l'application de la loi. En vertu de la loi modifiée sur le statut juridique, 64 permis de séjour permanent et 111 permis complémentaires auraient été délivrés. Au total, 12 500 « personnes effacées » auraient régularisé leur situation.

B. L'arrêt de la chambre

405. La chambre a noté que la violation constatée à raison de l'inobservation par les autorités législatives et administratives slovènes des décisions de la Cour constitutionnelle indiquait clairement les mesures générales et individuelles qu'il y avait lieu de prendre dans l'ordre juridique interne slovène: adoption d'une loi appropriée et régularisation de la situation de chaque requérant par la délivrance de permis de séjour permanent rétroactifs (paragraphe 401-407 de l'arrêt de la chambre).

C. Appréciation de la Grande Chambre

406. En vertu de l'article 46 de la Convention, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé de surveiller l'exécution de ces arrêts. Il en découle notamment que, lorsque la Cour constate une violation, l'Etat défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi de choisir les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter. Les arrêts de la Cour ayant un caractère pour l'essentiel déclaratoire, l'Etat défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n^{os} 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII; *Sejdovic c. Italie* [GC], n^o 56581/00, § 119, [CEDH 2006-II], et *Alexanian c. Russie*, n^o 46468/06, § 238, 22 décembre 2008).

407. Dans des cas exceptionnels, cependant, pour aider l'Etat défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour peut chercher à

indiquer le type de mesures à prendre pour mettre un terme à la situation constatée (voir, par exemple, *Broniowski [c. Pologne]* [GC], n° 31443/96], § 194, [CEDH 2004-V]).

408. En l'espèce, la Cour a constaté des violations des droits des requérants découlant des articles 8, 13 et 14; ces violations sont résultées pour l'essentiel de ce que, en dépit des décisions de principe de la Cour constitutionnelle, les autorités slovènes sont restées en défaut, pendant un laps de temps important, de régulariser le statut des requérants à la suite de leur « effacement » et de leur fournir un redressement adéquat.

409. L'« effacement » a touché toute une catégorie de ressortissants de l'ex-RSFY qui résidaient en permanence en Slovénie et qui avaient la nationalité de l'une des autres républiques de l'ex-RSFY au moment de la déclaration d'indépendance de la Slovénie. Cette mesure a donc eu et continue d'avoir des répercussions sur un grand nombre de personnes.

410. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que diverses réformes législatives, notamment la loi modifiée sur le statut juridique (paragraphes 76-79 et 211 ci-dessus), ont été mises en œuvre après le prononcé de l'arrêt de la chambre. Cette nouvelle loi donne aux « personnes effacées » la possibilité de régulariser leur séjour en Slovénie en accomplissant certaines démarches. Il y a lieu de noter également que les six requérants dans le chef desquels la Cour a constaté une violation de la Convention ont obtenu des titres de séjour permanent (paragraphes 95, 123, 133, 158, 173 et 194 ci-dessus) et que le Gouvernement a chargé une commission intergouvernementale de contrôler l'application de la loi modifiée sur le statut juridique et de traiter le problème des « personnes effacées » (paragraphe 404 ci-dessus).

411. Il est vrai que la loi modifiée sur le statut juridique est en vigueur depuis le 24 juillet 2010 et que des organes de contrôle internationaux ont souligné certains de ses défauts (...) Toutefois, la Cour estime qu'il serait prématuré à ce stade, en l'absence d'une pratique interne établie, d'examiner si les réformes exposées ci-dessus et les diverses mesures prises par le Gouvernement ont réussi à régler de manière satisfaisante la situation des « personnes effacées » quant à leur droit de séjour (voir, *mutatis mutandis*, *Sejdovic*, précité, §§ 119 et 123).

412. En même temps, la Cour a constaté que les requérants n'avaient pas obtenu un redressement financier adéquat pour les années pendant lesquelles ils s'étaient trouvés dans une situation de vulnérabilité et d'insécurité juridique et que, en l'état actuel des choses, la possibilité d'obtenir réparation au niveau national dans le cadre d'une procédure civile ou devant le parquet général demeure faible (paragraphe 268 ci-dessus). Dès

lors, la Cour estime que les faits de l'espèce révèlent l'existence, dans l'ordre juridique slovène, d'une faille en conséquence de laquelle l'ensemble des « personnes effacées » continuent de se voir refuser une réparation pour la violation de leurs droits fondamentaux.

413. La Cour estime que la présente affaire se prête à l'adoption de la procédure de l'arrêt pilote au sens de l'article 61 de son règlement, une des conditions fondamentales pour l'application de cette procédure étant que l'appréciation par la Cour de la situation dénoncée dans l'affaire « pilote » s'étende nécessairement au-delà des seuls intérêts du ou des requérants dont il s'agit et commande à la Cour d'examiner l'affaire aussi sous l'angle des mesures générales devant être prises dans l'intérêt des autres personnes potentiellement touchées (*Broniowski c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 31443/96, § 36, CEDH 2005-IX, et *Hutten-Czapska c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 35014/97, § 33, 28 avril 2008). A cet égard, la Cour observe qu'à la suite de l'arrêt pilote qu'elle a rendu dans l'affaire *Lukenda c. Slovénie* (n° 23032/02, §§ 89-98, CEDH 2005-X), qui concernait la durée excessive d'une procédure judiciaire et les dysfonctionnements de l'ordre juridique interne à cet égard, le Gouvernement a adopté un certain nombre de mesures, notamment la mise en place d'un mécanisme financier spécial. Ces mesures ont permis à la Cour de terminer un grand nombre d'affaires pendantes devant elle.

414. Seules quelques requêtes similaires introduites par des « personnes effacées » sont actuellement pendantes devant la Cour, mais dans le contexte de violations systémiques, structurelles ou similaires, le flux d'affaires susceptibles d'être introduites à l'avenir est aussi un élément dont il importe que la Cour tienne compte afin de prévenir l'encombrement de son rôle par des affaires répétitives. En ce qui concerne la consultation des parties à la procédure sur cette question, prévue à l'article 61 § 2 a) du règlement, la Cour souligne que cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2011, soit bien après le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, ce qui a empêché son application en l'espèce.

415. La Cour décide donc d'indiquer au gouvernement défendeur, en vertu de l'article 61 § 3 de son règlement, qu'il doit mettre en place, dans un délai d'un an, un système d'indemnisation *ad hoc* au niveau interne (voir, *mutatis mutandis*, *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, § 239, [CEDH 2006-VIII,] et *Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, § 40, 22 décembre 2005). En application de l'article 61 § 6 a) du règlement, l'examen de toutes les requêtes similaires sera ajourné dans l'attente de l'adoption des mesures de redressement en question.

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

416. 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. »

417. Les requérants sollicitent des indemnités tant pour dommage matériel que pour dommage moral ainsi que le remboursement des frais et dépens exposés devant la Cour. Le Gouvernement conteste ces demandes.

A. Les thèses des parties

1. Les requérants

418. Les requérants soutiennent que le point de vue du Gouvernement selon lequel ils doivent d'abord soumettre leurs demandes d'indemnisation devant les juridictions internes ou auprès du parquet général est dépourvu de fondement (ils citent *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* (article 50), 13 juin 1994, § 17, série A n° 285-C). La recevabilité des demandes de satisfaction équitable ne serait pas subordonnée à l'exercice préalable des voies de recours internes. Cela serait particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, les recours en question seraient manifestement insusceptibles d'offrir aux parties lésées un moyen rapide et simple d'obtenir une réparation pécuniaire.

419. Devant la Grande Chambre, les requérants ont actualisé leurs demandes de satisfaction équitable. Ceux qui n'ont aucun revenu sollicitent une somme correspondant aux allocations sociales et de logement qu'ils auraient perçues si l'« effacement » n'avait pas eu lieu.

Les requérants réclament les montants suivants pour dommage matériel :

- M. Kurić: 37 929,85 euros (EUR) ;
- M^{me} Mezga: 58 104,03 EUR ;
- M. Ristanović: 15 698,07 EUR ;
- M. Berisha: 104 174,25 EUR ;
- M. Sadik: 41 374,95 EUR ;
- M. Minić: 40 047,24 EUR.

420. En ce qui concerne le préjudice moral qu'ils estiment avoir subi, les requérants déclarent que l'« effacement » a eu des conséquences extrêmement graves pour eux et a engendré des bouleversements sérieux et de grande ampleur dans leur vie: statut non réglementé, perte d'emploi, conditions de vie indignes d'un être humain, et graves problèmes de santé pour bon nombre d'entre eux. En résumé, ils auraient enduré diverses formes de

souffrance reconnues par la jurisprudence de la Cour : douleur et sentiments d'instabilité et d'insécurité profondes quant à l'avenir pendant une période extrêmement longue, anxiété causée par le risque d'expulsion, et sentiment intense d'angoisse et de tristesse en raison des attitudes xénophobes et de l'absence de recours effectifs. D'après eux, l'indemnité pour préjudice moral devrait être calculée à partir de février 1999, date de la première décision de la Cour constitutionnelle. Ils sollicitent les montants suivants :

- M. Kurić : 147 822 EUR ;
- M^{me} Mezga : 151 986 EUR ;
- M. Ristanović : 151 986 EUR ;
- M. Berisha : 146 781 EUR ;
- M. Sadik : 154 068 EUR ;
- M. Minić : 154 068 EUR.

421. Enfin, les requérants réclament 49 975,82 EUR, plus la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et autres taxes (soit 62 369,82 EUR), pour les frais et dépens exposés devant la Cour. Ils soulignent que, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire et de l'extrême pauvreté dans laquelle ils vivent, leurs représentants ont accepté de renoncer à leurs honoraires au cas où la Cour rejeterait leurs griefs. Par conséquent, ils n'auraient encore effectué aucun paiement et ne pourraient donc produire aucun justificatif pertinent.

2. Le Gouvernement

422. Le Gouvernement indique qu'aucun des requérants n'a demandé réparation devant les juridictions internes. Seuls M. Berisha et M. Minić auraient déposé auprès du parquet général une demande partielle en réparation, qui aurait été rejetée.

B. L'arrêt de la chambre

423. La chambre a estimé que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouvait pas en état et l'a réservée en entier (paragraphe 422-423 de l'arrêt de la chambre et point 7 de son dispositif).

C. Appréciation de la Grande Chambre

1. Dommage matériel

424. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour estime que la question de la réparation pour dommage matériel ne se trouve pas en état. En conséquence, elle la réserve et fixera la procédure ultérieure compte tenu de la possibilité que le Gouvernement et les requérants parviennent à un accord et à la lumière de toute mesure à caractère individuel ou général que

le Gouvernement pourrait prendre en exécution du présent arrêt (articles 61 § 7 et 75 § 1 du règlement).

2. *Dommmage moral*

425. Eu égard à la nature des violations constatées en l'espèce et aux souffrances endurées par les requérants, la Cour est disposée à accueillir en partie leurs demandes et à allouer en équité, pour préjudice moral, 20 000 EUR à chacun des requérants ayant obtenu gain de cause (M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić).

3. *Frais et dépens*

426. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux (voir, par exemple, *Iatridis c. Grèce* (satisfaction équitable) [GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 2000-XI).

427. La Cour note que l'affaire a exigé l'analyse d'un certain nombre d'éléments factuels et documentaires ainsi qu'un travail relativement important de recherche et de préparation. Tout en ne doutant pas de la réalité des sommes engagées, elle estime que le montant sollicité pour les frais et dépens afférents à la procédure suivie devant elle est excessif. Les questions juridiques soulevées par la requête étant similaires pour l'ensemble des requérants, la Cour décide de leur allouer la somme globale de 30 000 EUR.

4. *Intérêts moratoires*

428. 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

(...)

3. *Dit*, à l'unanimité, que M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić peuvent se prétendre «victimes», aux fins de l'article 34 de la Convention, des violations alléguées de leurs droits découlant de la Convention;

(...)

6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;

(...)

8. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention;
9. *Dit*, à l'unanimité, que l'Etat défendeur doit, dans un délai d'un an à compter du prononcé du présent arrêt, mettre en place un système d'indemnisation *ad hoc* au niveau interne (paragraphe 415 ci-dessus);
10. *Dit*, à l'unanimité, que, en ce qui concerne le dommage matériel résultant des violations constatées en l'espèce, la question de l'application de l'article 41 ne se trouve pas en état et, en conséquence,
 - a) la *réserve* à cet égard;
 - b) *invite* le Gouvernement et les requérants à lui soumettre par écrit, dans les trois mois, leurs observations sur ladite question et, notamment, à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient parvenir;
 - c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président de la Cour le soin de la fixer au besoin.
11. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivante:
 - i. 20 000 EUR (vingt mille euros) à M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić respectivement pour préjudice moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur ces sommes,
 - ii. 30 000 EUR (trente mille euros) aux requérants conjointement, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt sur cette somme, pour frais et dépens;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai de trois mois 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;
12. *Rejette*, à l'unanimité, le surplus des demandes formulées par les requérants au titre de l'article 41 pour préjudice moral et pour frais et dépens.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 26 juin 2012.

Vincent Berger
Jurisconsulte

Nicolas Bratza
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Zupančič;
- opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge Vučinić;
- opinion en partie dissidente commune aux juges Bratza, Tulkens, Spielmann, Kovler, Kalaydjieva, Vučinić et Raimondi;
- opinion en partie dissidente du juge Costa;
- opinion en partie dissidente commune aux juges Kovler et Kalaydjieva.

N.B.

V.B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

La présente affaire soulève de très sérieux dilemmes moraux, en particulier au niveau juridictionnel international. Comme nous le verrons, certaines de ces questions n'ont pas pu émerger au niveau des juridictions nationales, dont la sphère est plus restreinte. Toutefois, l'esprit historique de la Convention, qui procède des séquelles de la Seconde Guerre mondiale, comparables à celles du cas d'espèce, permet et requiert – forcément – d'adopter une perspective plus large ! En effet, dans la présente affaire et dans d'autres affaires importantes, cette spécificité d'une perspective plus large et, en particulier, d'une objectivité accrue due à la distance par rapport au théâtre national isolé, semble être le but, mûri au fil du temps, de notre propre compétence internationale.

Depuis 1992, 25 671 personnes auraient été touchées par cette pratique de nettoyage ethnique légaliste – ainsi que l'a qualifiée à juste titre le juge Vučinić –, qui a été officiellement autorisée. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de 1999 sur la nationalité – enfin conforme à la première décision de la Cour constitutionnelle – au moins 6 621 personnes lésées ont jusqu'ici apparemment démontré leur intérêt juridique et ont en fait régularisé leur séjour ou leur nationalité. Au 31 janvier 2012, les services administratifs du ministère de l'Intérieur avaient enregistré 229 demandes de permis de séjour permanent et 101 demandes de régularisation *ex tunc*. Ils avaient délivré 59 permis de séjour permanent; 83 de ces demandes avaient été rejetées, et 87 étaient toujours pendantes. Ils avaient rendu 52 décisions positives soit spéciales soit d'office, ainsi que 74 décisions à la suite de demandes spéciales; sur ces demandes, 10 avaient été rejetées administrativement et 17 étaient toujours pendantes. Ces décisions sont susceptibles d'un recours administratif. Au 31 janvier 2012, 29 recours administratifs étaient pendants devant le ministère de l'Intérieur. On peut supposer que, après un tel recours administratif, il est possible de solliciter une décision judiciaire. Il semble que la moitié environ des 25 671 personnes initialement lésées ne vivent plus en République de Slovénie ou n'ont pas manifesté leur intérêt juridique à régulariser leur statut de résident. Quant à l'indemnisation des victimes, conformément à la décision de la Cour constitutionnelle, le droit interne fixait à cet égard un délai de cinq ans expirant en mars 2004. Le législateur ayant ignoré cette décision de la Cour constitutionnelle jusqu'en 1999 et la violation ayant manifestement continué, cette date d'expiration ne devrait pas être applicable.

En revanche, je m'empresse d'ajouter que l'on ne peut dire avec certitude dans combien de cas les victimes, c'est-à-dire celles ayant qualité pour agir (*legitimatio activa*) dans des affaires futures potentielles, ont en fait elles-mêmes négligé de demander la nationalité en temps utile. En outre, le délai de vingt ans qu'il a fallu pour résoudre juridiquement cette question – au cas par cas ! – au niveau interne est dans une certaine mesure dû au fait que l'on a trompé l'opinion publique slovène en lui donnant l'impression peu crédible et fautive qu'au moins certaines des personnes lésées avaient causé le problème elles-mêmes ; la procrastination dont les intéressés ont fait preuve aurait été due à leur propre ambivalence nationaliste (serbe, croate, etc.) quant à leur *animus manendi* (intention d'établir résidence), c'est-à-dire de continuer à séjourner dans la République de Slovénie qui venait alors d'être créée. C'était il y a vingt ans, avant, pendant et après les guerres dans les Balkans. Il faut donc garder à l'esprit que – à l'époque – il était loin d'être évident pour les personnes concernées, eu égard à leurs vœux pieux, que les mythes mégalomanes d'une grande Serbie, ou autre, dans les Balkans étaient infondés. Les personnes véritablement – et pas seulement juridiquement – victimes de ces guerres tribales primitives – caractérisées par le narcissisme des petites différences et par les atrocités indicibles qui s'ensuivirent en Croatie, en Serbie et en Bosnie-Herzégovine – se comptent maintenant en centaines de milliers de personnes tuées, torturées, violées, etc. En outre, l'instigation perfide de certains services de renseignement d'Europe continentale – lesquels avaient un intérêt à la désintégration de la Yougoslavie – qui avait déclenché pour le reste l'activation démente de l'inconscient collectif chauvin et revancharde, a été largement médiatisée, en particulier aux Etats-Unis, et constitue désormais un fait historique établi. Ce processus déplorable a fait émerger des personnages, maintenant connus pour être des psychopathes, qui furent personnellement responsables de toutes sortes de cruautés inhumaines. Celles-ci étaient tout simplement inimaginables en Yougoslavie avant que ce tsunami de cruautés ne commence à déferler sur le pays. L'historien A.J.P. Taylor, par exemple, considérait Josip Broz Tito comme le dernier des Habsbourg, capable d'assurer la cohésion d'une communauté multinationale tolérante ; cet historien ne l'a pas vue se désintégrer. Par ailleurs, il apparaît, avec vingt ans de recul, que la désintégration de la Yougoslavie était et reste un véritable désastre. Dans ce réexamen historique, les Français diraient : « A quoi tout cela a-t-il servi ? » Nulle personne sensée ne peut raisonnablement répondre à cette question, sauf à dire, à l'instar d'Erich Fromm, qu'il s'agissait d'une

1. En français dans le texte.

« folie à millions¹ ». Notre intention n'est pas d'établir ici un parallèle avec l'éclatement de l'empire soviétique et ses conséquences ; il suffit de dire, puisqu'il s'agit d'une question de droit international, que Woodrow Wilson, avant de lancer sous l'influence de Tomáš Garrigue Masaryk son célèbre slogan concernant l'autodétermination des nations – avait été clairement et à maintes reprises averti des conséquences possibles de ce principe. Les conséquences sont désormais là, à savoir que la particularisation et la balkanisation d'entités nationales se sont en fait matérialisées. Il faut espérer que ce phénomène sera compensé, ainsi que je l'ai souligné à l'époque dans un article paru dans *El País*, par l'universalisation dans le contexte de l'Union européenne. Dans ce cadre, les querelles nationalistes seraient transcendées, au sens hégélien, et deviendraient, y compris les conflits frontaliers, en grande partie hors de propos. Avec la libre circulation des personnes en Europe, par exemple, les enjeux de la présente affaire deviennent tout simplement « sans objet² ». Ce qui s'est désintégré à un niveau commence doucement, avec le retard tragique lié à l'histoire, à se reconstruire à un niveau supérieur. Il devient également de plus en plus clair que la cohésion, à la manière de A.J.P. Taylor, de *cela*, en d'autres termes de l'entité européenne, exigera beaucoup de sagesse politique. Cependant, le retard historique a engendré cette affaire et beaucoup d'autres conséquences plus épouvantables encore. Certaines ont donné lieu à des affaires qui ont abouti devant les juridictions internationales, mais ce n'est pas le cas de la plupart d'entre elles.

La pratique de nettoyage ethnique examinée dans l'affaire devant la Grande Chambre ayant été menée au moyen d'une construction erronée de la loi slovène sur la nationalité et de ses lacunes juridiques préméditées, la spécificité du cas d'espèce réside dans ses aspects legalistes, minutieusement consignés. C'est pourquoi nous disposons de renseignements historiques précis concernant le nombre de personnes lésées, le nombre de celles qui n'ont pas obtenu satisfaction au niveau interne (comme au titre de l'article 41 de la Convention devant la Cour), etc. L'héritage legaliste hypocrite susmentionné du régime communiste nous rappelle l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* ([GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II) ; dans cette affaire aussi la façade de légalité schizophrène avait été maintenue intacte en apparence en Allemagne de l'Est. Derrière la façade, l'impunité avait continué sans entraves. Dans l'affaire dont nous sommes saisis, nous sommes en présence d'une lacune, laissée intentionnellement dans la loi, qui a été comblée par les « dépêches³ »

1. En français dans le texte.

2. En français dans le texte.

3. En français dans le texte.

semi-officielles mais non publiées émises par le ministre de l'Intérieur et son secrétaire d'Etat qui étaient alors en fonction. Ces dépêches furent expressément approuvées par le premier ministre et le gouvernement d'alors. En droit pénal, nous pouvons donc parler de *dolus directus* pour les premiers et, pour le moins, de *dolus eventualis* pour les seconds. En attendant, on a trompé le public en lui faisant croire, comme je l'ai dit, que les milliers de victimes avaient été tout simplement négligentes en ce qu'elles n'avaient pas demandé la nationalité slovène. Fort heureusement, grâce au caractère légaliste de la violation, toutes ces mesures, cette correspondance, etc. ont été enregistrées et sont conservées dans les archives, comme je l'ai souligné ci-dessus; la Grande Chambre a pu consulter la correspondance et les dépêches en question et les prendre en compte. Il reste à voir si le système pénal national agira en conséquence vis-à-vis des protagonistes; dans la négative, la question reviendra à Strasbourg sous l'angle des volets procéduraux des articles 3 et 8 notamment. De même, s'agissant de l'indemnisation des 25 671 victimes alléguées, la branche judiciaire du système juridique interne ferait bien, comme dans les affaires de durée de procédure (*Lukenda c. Slovénie*, n° 23032/02, CEDH 2005-X), de traiter l'ensemble des situations équitablement et au cas par cas.

Pour être justes envers le système juridique national, nous devons tenir compte de la position honorable et courageuse adoptée par deux fois par la Cour constitutionnelle slovène face à la poursuite de cette situation épouvantable. Cela montre une fois de plus que la défense nationale des droits constitutionnels est la meilleure antichambre de notre propre protection des droits de l'homme. Les arrêts pertinents de la Cour constitutionnelle de Ljubljana ont essuyé une rebuffade des pouvoirs exécutif et législatif à l'époque. C'est le contribuable slovène qui va maintenant en payer le prix. D'après des informations récentes, en raison de son formalisme juridique caractéristique du post-communisme, le restant de la branche judiciaire n'a pas non plus indemnisé les victimes pour les violations continues telles que nous les avons établies dans les cas dont nous sommes saisis.

Cette affaire montre également que la machine judiciaire tourne doucement – mais sûrement. C'est précisément en raison de la compétence internationale que, du moins ici, la justice aura été rendue. En outre, bien qu'il soit impossible de définir la justice en tant que telle, l'injustice est facilement reconnaissable. Se pose donc la question plus large de savoir pourquoi l'injustice n'a pas été perçue au niveau national. En fait, dans les systèmes juridiques post-communistes, il semble y avoir une incompatibilité totale entre le formalisme juridique mécanique d'une part et le simple sens de la justice d'autre part. Nous rencontrons cette incompatibilité – *summum ius, summa iniuria!* – bien souvent dans d'autres affaires, y compris dans

des affaires dirigées contre des pays occidentaux, sauf que dans cette affaire colossale la Cour constitutionnelle a identifié l'injustice. C'est la volonté politique malveillante qui a fait obstacle à la prééminence du droit et à un redressement judiciaire adéquat.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE
ET EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE VUČINIĆ

(Traduction)

En l'espèce, la Cour conclut à l'unanimité qu'il y a manifestement eu une violation de l'article 8 de la Convention, considérant que l'« effacement » du nom des requérants a constitué une ingérence dans la « vie privée et familiale » des intéressés au sens de l'article 8 § 1 de la Convention (*Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 96, CEDH 2003-X).

La principale conséquence de l'« effacement », et la pire, a été l'impossibilité tant concrète que juridique pour les requérants d'obtenir un permis de séjour permanent et/ou la nationalité slovène, et donc de continuer à jouir de toute la série de droits sociaux et politiques dont ils bénéficiaient en tant que ressortissants de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie avant l'indépendance de la Slovénie, puisqu'ils résidaient légalement sur le territoire slovène depuis des années, voire des décennies.

Ainsi que la Cour le souligne au paragraphe 356 de l'arrêt, « [l]'« effacement » a eu pour eux un certain nombre de conséquences néfastes telles que la destruction de leurs papiers d'identité, la perte de possibilités d'emploi, la perte de leur assurance maladie, l'impossibilité de renouveler leurs papiers d'identité et leurs permis de conduire, et des difficultés pour faire valoir leurs droits à pension. De fait, le vide juridique laissé par les lois sur l'indépendance (...) a privé les requérants du *statut juridique* qui leur avait donné auparavant accès à tout un éventail de droits. » (italique ajouté)

Si j'approuve le sens général du paragraphe 356 de l'arrêt, qui résume le fond de l'affaire, j'estime qu'il est dans une certaine mesure juridiquement incomplet et inachevé. Nous ne sommes pas en présence d'une « violation ordinaire » de l'article 8 § 1 de la Convention. Nous avons affaire à des violations à grande échelle du droit de chacun à *l'existence juridique, c'est-à-dire du droit de chacun à la personnalité juridique*.

Ce droit *absolument fondamental* est directement prévu par l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et par l'article 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cela en soi témoigne amplement de ce que nous sommes confrontés à une affaire hors du commun ! En outre, le droit à la personnalité juridique est bien ancré dans le droit international des droits de l'homme tant universel que coutumier. C'est une condition préalable essentielle à la jouissance non seulement des droits et libertés fondamentaux, mais également d'un large éventail de droits matériels et procéduraux.

L'« effacement » a *de facto* privé les requérants de leur personnalité juridique, leur nom ayant été tout simplement et sans pitié « effacé » de l'ordre juridique slovène. Ils ont cessé d'exister en tant que « sujets de droit », c'est-à-dire en tant que « personnes physiques », dans le système juridique slovène. On a traité les requérants comme des objets jetables et non comme des sujets de droit. Il va sans dire que cela porte atteinte à la personnalité humaine et à la dignité des requérants.

Si ce droit n'est pas mentionné expressément dans la Convention, cela ne signifie pas qu'il ne relève pas indirectement et tacitement du champ d'application de l'article 8 § 1 de la Convention. La Cour l'a dit à plusieurs reprises, la notion de « vie privée » est large et ne se prête pas à une définition exhaustive. Cette notion recouvre, entre autres, l'identité personnelle et l'intégrité physique, psychologique et morale de la personne. Elle peut donc englober de multiples aspects de l'identité et de la dignité physiques, sociales et morales d'une personne. On ne saurait limiter le droit au respect de la vie privée à un « cercle intime » de l'existence humaine où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et écarter entièrement de ce droit le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B). Il s'ensuit par la force des choses que l'article 8 protège également le droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, même dans la sphère publique, qui peut également relever de la notion de « vie privée » (*S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n° 30562/04 et 30566/04, § 66, CEDH 2008, et *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, CEDH 2001-IX).

D'une part, il est absolument clair que le droit à la personnalité juridique est une condition préalable fondamentale et indispensable tant à la réalisation et à la jouissance des divers aspects susmentionnés de la vie privée, y compris le « cercle intime », que – dans la sphère publique – à l'« épanouissement extérieur » de la personnalité.

D'autre part, le droit à la personnalité juridique est une conséquence normale, naturelle et logique de la personnalité humaine et de la dignité inhérente à celle-ci ; il s'agit d'une composante naturelle et inhérente de tout être humain et de sa personnalité humaine. De par son caractère large, non exhaustif et souple, l'article 8 de la Convention inclut manifestement ce droit dans son vaste champ d'application. Ce droit est tacitement, mais très clairement, englobé et profondément ancré dans la notion de personnalité individuelle et de dignité humaine inhérente à la personne couverte par l'article 8 de la Convention.

Le droit à la personnalité juridique s'acquiert par la naissance, mais il peut malheureusement être restreint ou une personne peut en être totalement privée par des mesures prises illégalement et arbitrairement par un gouvernement. La restriction ou la privation de ce droit peut s'opérer par deux grands moyens du « positivisme ordinaire » : l'adoption de « lois illégales et illégitimes », c'est-à-dire de lois qui poursuivent des buts illégaux et illégitimes ou qui ont un contenu « anti-humain », ou la mise en œuvre arbitraire et abusive de « lois légales et légitimes », comme ce fut le cas en l'espèce.

La Cour avait là une excellente occasion de dire que ce droit est inhérent à l'article 8 de la Convention. Malheureusement, la majorité ne l'a pas saisie et n'a précisé ni expressément ni explicitement ce qui entre déjà implicitement et tacitement dans le domaine de l'article 8 de la Convention. Elle aurait pu obtenir ce résultat en ajoutant une phrase simple et courte dans ce sens à la fin du paragraphe 356.

La déchéance des requérants de leur personnalité juridique par l'opération d'« effacement » de grande envergure n'a pas seulement privé les intéressés de leur statut juridique, qui leur donnait auparavant accès à toute une série de droits ; elle a aussi substantiellement diminué leur capacité juridique et procédurale à utiliser les recours internes qui leur auraient été accessibles pour la régularisation de leur statut juridique. Pour cette raison, aucun des recours mentionnés par le Gouvernement ne saurait être considéré comme accessible et adéquat pour les requérants, ainsi qu'il est dit dans l'opinion en partie dissidente commune aux juges Bratza, Tulkens, Spielmann, Kovler, Kalaydjieva, Vučinić et Raimondi. Non seulement le vide juridique laissé dans les lois sur l'indépendance (paragraphe 344-356 de l'arrêt), mais également la mise en œuvre délibérée de ces lois par une réglementation dérivée secrète ayant manifestement des buts illégitimes a placé devant les requérants des obstacles administratifs insurmontables supplémentaires et a fait échec à leurs demandes légitimes de régularisation de leur statut juridique.

Dès lors, on aurait dû considérer que M. Dabetić et M^{me} Ristanović étaient dispensés de l'obligation de demander officiellement avant toute chose un permis de séjour. Les intéressés ayant auparavant été « effacés » du système juridique slovène, privés *de facto* de leur capacité juridique et confrontés à une politique du gouvernement organisée et soigneusement planifiée tendant à la réduction du nombre de citoyens « ethniquement non appropriés », leur demande aurait sans aucun doute été totalement inutile et vaine, comme cela a d'ailleurs été le cas pour les autres requérants.

On ne saurait considérer que les requérants, y compris M. Dabetić et M^{me} Ristanović, ont perdu leur qualité de victime, car ils continuent de subir

des préjudices. Ils endurent les conséquences de l'« effacement » et de la perte de leur personnalité juridique. Ils n'ont jusqu'ici obtenu ni redressement ni réparation appropriés !

En outre, pendant des années, le Gouvernement n'a, de manière flagrante, tenu aucun compte des arrêts de la Cour constitutionnelle slovène, qui confirment clairement les violations des droits des requérants. En l'espèce, nous sommes en présence d'un exemple classique de « violation continue » de la Convention.

Enfin, et surtout, j'estime qu'en l'espèce la Cour n'a pas suffisamment pris en considération les circonstances particulièrement aggravantes, à savoir qu'il s'agit ici d'une violation systématique, massive et manifeste de droits humains fondamentaux résultant d'une politique gouvernementale délibérément organisée et planifiée, plus de 25 000 personnes ayant été « effacées » du système juridique slovène et ainsi privées de leur droit à la reconnaissance de leur personnalité juridique. Nul besoin de préciser que cela constitue un moyen légaliste d'effectuer un nettoyage ethnique.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE
AUX JUGES BRATZA, TULKENS, SPIELMANN, KOVLER,
KALAYDJIEVA, VUČINIĆ ET RAIMONDI

1. Nous ne pouvons suivre la majorité pour autant qu'elle accueille l'exception préliminaire de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement en ce qui concerne M. Dabetić et M^{me} Ristanović (...)

2. Dans la présente affaire, la Cour conclut à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention. Au paragraphe 371 de l'arrêt, elle renvoie à son constat selon lequel le Gouvernement n'a pas établi que les recours dont disposaient les requérants fussent « adéquats » et « effectifs » pour faire redresser, à l'époque des faits, la violation alléguée de l'article 8 de la Convention. La Cour lie le constat de violation de l'article 13 de la Convention à sa décision rejetant l'exception de non-épuisement concernant les six requérants qui ont finalement obtenu des permis de séjour (M. Kurić, M^{me} Mezga, M. Ristanović, M. Berisha, M. Ademi et M. Minić) (...). Conformément à sa ligne jurisprudentielle traditionnelle, elle fait ainsi application du principe des « affinités étroites » qui caractérisent les liens subtils unissant l'article 35 à l'article 13 de la Convention. En effet, la règle de l'épuisement des voies de recours internes se fonde sur l'hypothèse, objet de l'article 13 de la Convention – avec laquelle elle présente d'étroites affinités –, que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée (voir, en dernier lieu, *Sabeh El Leil c. France* [GC], n° 34869/05, § 32, 29 juin 2011, et *McFarlane c. Irlande* [GC], n° 31333/06, § 107, 10 septembre 2010).

3. La Cour a examiné en détail les différentes possibilités exposées par le Gouvernement à l'appui de son exception, à savoir les recours constitutionnels individuels, la requête en contrôle abstrait de la constitutionnalité de la législation, la loi modifiée sur le statut juridique et la procédure d'acquisition de la nationalité. Aucune de ces voies proposées par le Gouvernement n'a emporté la conviction de la Cour, laquelle conclut qu'il y a lieu de rejeter l'exception et, en toute logique et par identité de motifs, qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention.

4. De deux choses l'une. Ou bien il y a des recours qui répondent aux critères d'adéquation et d'effectivité ou bien il n'y en a pas. En optant pour la deuxième branche de l'alternative, la Cour aurait, à notre avis, dû rejeter également l'exception tirée du non-épuisement des voies de recours internes pour ce qui est de M. Dabetić et de M^{me} Ristanović. Le fait que ces deux requérants n'ont ni tenté d'obtenir un permis de séjour ni pris de mesure

pour régulariser leur statut de résident (...) n'est pas pertinent pour conclure au non-épuisement des voies de recours internes.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE COSTA

Je me rallie volontiers à l'excellente argumentation développée par le Juge Spielmann et plusieurs autres collègues dans leur opinion commune : la requête, en tant qu'elle émane de M. Dabetić et de M^{me} Ristanović, n'aurait à mon avis pas dû être rejetée pour non-épuisement des voies des recours internes : puisque ceux-ci, aux yeux de la Cour, n'étaient pas suffisamment effectifs ils n'avaient donc pas à être épuisés, et le raisonnement de l'arrêt est sur ce point entaché de contradiction ; je n'y insiste pas.

J'ajoute toutefois une remarque qui couvre deux aspects.

Il aurait été à mon avis préférable d'examiner d'abord si ces deux personnes avaient la qualité de victimes ou si, comme l'a soutenu également le gouvernement slovène, le fait qu'ils n'auraient pas demandé à bénéficier des lois leur permettant (peut-être) d'obtenir satisfaction sur le fond démontrerait l'absence ou la perte de leur qualité de victimes.

D'une part, bien qu'il n'y ait aucune hiérarchie rigide, selon la jurisprudence de la Cour, en ce qui concerne les fins de non-recevoir, il semble plus naturel de statuer sur le statut de victime des requérants avant de décider s'ils ont épuisé les recours internes. La première question est d'ailleurs mentionnée à l'article 34 de la Convention et la seconde à l'article 35, même si cet argument de texte n'est pas péremptoire, je l'admets.

D'autre part, le gouvernement à mes yeux se trompe en confondant l'absence apparente d'intérêt manifesté par ces requérants avec la disparition de la qualité de victime. M. Dabetić et M^{me} Ristanović étaient dans des conditions très difficiles, pour des raisons de maladie et d'éloignement, et la complexité des avatars juridiques affectant leur situation ne rendait pas plus facile la connaissance des textes qui auraient pu fonder leurs demandes. Il est donc sévère de soutenir que leur désintérêt *subjectif*, apparent je le répète, puisse équivaloir à la perte du statut de victimes, lequel est *objectif*. Le glissement du *subjectif* à l'*objectif* n'est pas impossible dans certaines circonstances particulières, mais il ne se présume certainement pas.

Certes, l'arrêt, en accueillant l'exception de non-épuisement, n'a pas eu à examiner celle touchant à la qualité de victimes et il dit, justement, que ce n'est pas nécessaire. Mais je tenais à préciser qu'à mon sens M. Dabetić et M^{me} Ristanović étaient *doublement* recevables, et probablement fondés, dans leur recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Je n'en regrette que davantage que celui-ci ait été rejeté.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE
COMMUNE AUX JUGES KOVLER ET KALAYDJIEVA

(Traduction)

Avec les juges Bratza, Tulkens, Spielmann, Vučinić et Raimondi nous avons exprimé notre désaccord avec les conclusions de la majorité concernant la recevabilité des griefs de M. Dabetić et M^{me} Ristanović. A notre sens, des préoccupations similaires s'appliquent aux conclusions formulées par la chambre de la troisième section dans son arrêt du 31 mai 2007 quant à la qualité de victime de MM. Petreš et Jovanović. A cet égard, la chambre a estimé d'une part que «la délivrance de permis de séjour rétroactifs (...) constitu[ait] un redressement adéquat et suffisant de leurs griefs» (paragraphe 311 de l'arrêt de la chambre), tout en constatant d'autre part une violation de l'article 13 de la Convention, considérant que «l'Etat défendeur n'a[vait] pas démontré que les [mêmes] recours à la disposition des requérants pouvaient passer pour effectifs» (paragraphe 385 de l'arrêt de la chambre).

Nous nous rallions sans réserve à la Grande Chambre lorsqu'elle conclut que «[e]u égard à cette longue période d'insécurité et d'incertitude juridique qu'ont connue les requérants et à la gravité des conséquences de l'«effacement» pour eux, (...) la reconnaissance des violations des droits de l'homme et l'octroi de permis de séjour permanent [aux six autres requérants] n'ont pas constitué un redressement «approprié» et «suffisant» au niveau national» (paragraphe 267 de l'arrêt) et qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention, étant donné que le Gouvernement n'a pas établi le caractère effectif des recours disponibles. Pour les mêmes raisons que celles pour lesquelles nous ne pensons pas qu'un requérant puisse être tenu d'utiliser des recours qui ne sont pas de nature à fournir un redressement «adéquat et suffisant», nous ne voyons pas comment la mise en œuvre des mêmes mesures peut priver un requérant de sa qualité de victime. Dans des affaires antérieures, la Grande Chambre a examiné conjointement la question de la qualité de victime des requérants et celle du caractère approprié et suffisant ou non des recours disponibles au niveau national car il s'agit des deux faces d'une même médaille (*Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, CEDH 2010; *Sakhnovski c. Russie* [GC], n° 21272/03, 2 novembre 2010, et *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, CEDH 2012).

Nous regrettons le point de vue de la majorité selon lequel les conclusions controversées de la chambre sur la qualité de victime de MM. Petreš et

Jovanović constituent un « obstacle procédural » à la compétence de la Grande Chambre (paragraphe 263 de l'arrêt), car il permet un résultat manifestement différent dans des affaires individuelles identiques.

X v. FINLAND
(Application no. 34806/04)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 3 JULY 2012¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Forced administration of therapeutic drugs in mental institution****Article 8**

Respect for private life – Forced administration of therapeutic drugs in mental institution – Interference with personal integrity – In accordance with the law – Absence of judicial scrutiny or mechanism for ruling on lawfulness or proportionality of measure – Lack of adequate safeguards against arbitrariness

Article 5 § 1

Deprivation of liberty – Persons of unsound mind – Forced confinement in a mental institution – Lack of independent psychiatric opinion concerning continued confinement – Inability of patient to seek judicial review of need to continue confinement – Lack of adequate safeguards against arbitrariness

*

* *

The applicant, a paediatrician, was arrested in October 2004 in connection with criminal proceedings that had been brought against her after she had allegedly helped a mother remove her daughter from public care. The district court ordered the applicant's transfer to a mental institution, where a doctor concluded after examining her over a two-month period that she suffered from a delusional disorder and met the criteria for involuntary confinement. In February 2005 the Forensic Psychiatry Board of the National Authority for Medicolegal Affairs ordered the applicant's involuntary treatment on the basis of the doctor's report. The hospital then started injecting the applicant with medication which she had refused to take orally. She was not released from hospital until January 2006 and her treatment officially ended in June of that year. The applicant unsuccessfully challenged her confinement and involuntary treatment before the domestic authorities.

Held

(1) Article 5 § 1: The initial decision to place the applicant in involuntary hospital care had been taken by an independent administrative body with legal and medical expertise and had been based on a thorough psychiatric examination carried out in a mental institution by a doctor who had not participated in the decision to place her there. The decision-making process had followed the domestic legal procedures

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

at all times and the Mental Health Act was sufficiently clear and foreseeable in that respect. However, domestic law also had to protect individuals from arbitrary deprivation of their liberty and security. While there had been no problem with the applicant's initial confinement, as it had been ordered by an independent specialised authority following a psychiatric examination and had been subject to judicial review, the safeguards against arbitrariness had been inadequate as regards the continuation of the applicant's involuntary confinement after that period. In particular, there had been no independent psychiatric opinion, as the two doctors who had decided on the prolongation of the confinement were from the hospital where she was detained. In addition, under Finnish law the applicant herself could not bring proceedings for review of the need for her continued confinement, as such periodic review could only take place every six months at the initiative of the relevant domestic authorities. The procedure prescribed by national law had thus not provided adequate safeguards against arbitrariness.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 8: Medical intervention in defiance of the individual's will normally constituted interference with his or her private life, and in particular with his or her personal integrity. Such interference was justified if it was in accordance with the law, pursued a legitimate aim and was proportionate. The accessibility and foreseeability of the law in issue in the applicant's case did not give rise to any problems. However, Article 8 also required that the law in question be compatible with the rule of law, which in the specific area of forced medication meant that the domestic law had to provide some kind of protection to the individual against arbitrary interference. Under the Mental Health Act, doctors attending a patient could decide on the treatment to be given, regardless of the patient's wishes, and their decisions were not subject to appeal. However, given the seriousness of the forced administration of medication, the Court considered that the law on which such treatment was based had to guarantee proper safeguards against arbitrariness. In the applicant's case such safeguards had been missing: the decision to confine the applicant involuntarily had included automatic authorisation for the forced administration of medication if she refused treatment. The decision-making had been solely in the hands of the doctors treating her and was not subject to any kind of judicial scrutiny. The applicant had not had any remedy by which she could ask the courts to rule on the lawfulness or the proportionality of the measure or discontinue it. Accordingly, the interference in question had not been "in accordance with the law".

Conclusion: violation (unanimously).

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

Case-law cited by the Court

Winterwerp v. the Netherlands, 24 October 1979, Series A no. 33

Luberti v. Italy, 23 February 1984, Series A no. 75

Chappell v. the United Kingdom, 30 March 1989, Series A no. 152-A
Wassink v. the Netherlands, 27 September 1990, Series A no. 185-A
Herczegfalvy v. Austria, 24 September 1992, Series A no. 244
Benham v. the United Kingdom, 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions*
1996-III
Johnson v. the United Kingdom, 24 October 1997, *Reports* 1997-VII
Matter v. Slovakia, no. 31534/96, 5 July 1999
Witold Litwa v. Poland, no. 26629/95, ECHR 2000-III
Elsholz v. Germany [GC], no. 25735/94, ECHR 2000-VIII
Varbanov v. Bulgaria, no. 31365/96, ECHR 2000-X
Société Colas Est and Others v. France, no. 37971/97, ECHR 2002-III
Rakevich v. Russia, no. 58973/00, 28 October 2003
Glass v. the United Kingdom, no. 61827/00, ECHR 2004-II
Narinen v. Finland, no. 45027/98, 1 June 2004
Gorshkov v. Ukraine, no. 67531/01, 8 November 2005
Saadi v. the United Kingdom [GC], no. 13229/03, ECHR 2008
Bik v. Russia, no. 26321/03, 22 April 2010
Witek v. Poland, no. 13453/07, 21 December 2010
Stanev v. Bulgaria [GC], no. 36760/06, ECHR 2012

In the case of X v. Finland,

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

Nicolas Bratza, *President*,

Lech Garlicki,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Nebojša Vučinić, *judges*,

Matti Mikkola, *ad hoc judge*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 12 June 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 34806/04) against the Republic of Finland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Finnish national, X (“the applicant”), on 30 September 2004. The President of the Fourth Section of the Court decided of his own motion that the applicant’s name should not be disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant was represented by Ms H. Molander, a lawyer practising in Helsinki. The Finnish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr A. Kosonen, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged in particular under Article 6 of the Convention that she had not received a fair hearing in the criminal proceedings against her, in that she had not been given an opportunity to be heard at an oral hearing on the need to appoint a guardian for her for the purpose of those proceedings, and that she had not been given an opportunity to examine witnesses appearing on her behalf. She also alleged, under Articles 5 and 8, that she had been unnecessarily and unlawfully subjected to involuntary admission to a mental institution and forcible administration of medication. She further claimed, under Article 13, that she had not had an effective remedy to challenge the forcible administration of medication.

4. On 11 May 2009 the President of the Section decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

5. Having consulted the parties, the Chamber decided that no hearing on the merits was required (Rule 54 § 3).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Background and events giving rise to the criminal proceedings

6. The applicant is a paediatrician, born in 1943, who continued in private practice after her retirement.

7. On 30 November 1995 a mother brought her daughter, V., who was born in 1993, to the applicant's practice to be examined, suspecting that the girl had been sexually abused by her father. The applicant examined her and took photographs.

8. On 13 June 2000 the girl was taken into public care because of her mother's mental-health problems and was placed in a family-support centre.

9. The events now in issue began on 16 December 2000, when the mother failed to return V. to the family-support centre after spending time with her. It appears that the centre was going to close during the Christmas holidays and it was alleged during the domestic proceedings that the girl had indicated to her mother that she was unwilling to go to her father's home for the holidays.

10. V. fell ill and was taken to the applicant's practice by her mother on 26 December 2000. When she left the practice V. remained with her mother until she was found by the authorities on 22 April 2001.

B. Use of coercive measures

11. On 18 April 2001 the applicant was arrested as a suspect in the deprivation of V.'s liberty, which had allegedly begun on 16 December 2000 in [town A]. The applicant's home and practice were searched the same day. On 20 April 2001 the District Court (*käräjäoikeus, tingsrätten*), after it had heard the applicant in person, remanded her in custody, considering it likely that she would otherwise complicate the resolution of the case and continue to engage in criminal activity.

12. By five separate decisions between May and September 2001, given at the request of the police, the District Court granted permission to obtain information about calls to and from telephones used by V.'s mother and a third suspect during different periods between 15 December 2000 and

22 April 2001. The information gathered showed that calls had also been made from and to a telephone in the applicant's possession.

13. V. was found on 22 April 2001. On 25 April 2001 the applicant was released. Following her release, the applicant complained on several occasions, *inter alia*, about the District Court's decision of 20 April 2001 remanding her in custody, and requested an investigation of, *inter alia*, the actions of a number of police officers during her arrest and related events.

C. Restraining order

14. On 11 May 2001 the police issued an interim restraining order in respect of the applicant, the terms of which were that she was not allowed to visit certain places frequented by V. Those places were specified in the decision.

15. On 1 June 2001 the District Court found that it was unlikely that the applicant would or could continue to harass the girl or commit an offence against her. It therefore quashed the restraining order.

D. Criminal proceedings

16. On 18 April 2002 the public prosecutor preferred charges against V.'s mother, the applicant and a third person. The applicant was charged with seriously depriving V. of her liberty during the period from 16 December 2000 to 22 April 2001 or, in the alternative, aiding and abetting the commission of that offence. The applicant had allegedly, through her opinions, advice and actions, contributed to the mother's decision to abduct her child on 16 December 2000 in [town A] and, after the mother had abducted her child and taken her by Christmas 2000 at the latest to [town B], the applicant had, with the mother's consent, unlawfully isolated V. As the deprivation of liberty had lasted a long time, had been planned and premeditated and had endangered the girl's emotional development, the offence was considered aggravated.

17. In her written reply to the charge, the applicant denied that she had in any way had an impact on the mother's actions. She had only provided medical treatment for V. It had not been shown that the suspicions of sexual abuse were unfounded.

18. On 17 July 2002 and 22 January 2003 the applicant unsuccessfully made an application to the Office of the Prosecutor General (*valtakunnansyyttäjä, högsta åklagaren*), requesting that the public prosecutor be replaced by an impartial one and alleging a number of irregularities in the performance of his duties.

19. On 21 August 2002 the District Court appointed a public defender to represent the applicant – Ms M.K., a member of the Bar – since the representative chosen by the applicant – Mr J.R., a civil engineer – was not considered capable of representing her, given the gravity of the alleged offence. The applicant contested the appointment of Ms M.K. in a written representation, without however naming a lawyer of her choosing, although invited to do so. On 21 October 2002 the Court of Appeal (*hovioikeus, hovrätten*) rejected the applicant's representation.

20. At a preliminary hearing on 19 September 2002, the District Court ordered, against the applicant's wishes, that the case be examined in camera as it concerned sensitive issues relating to a child's life. It also held that the applicant was unable to defend herself, given the nature of the case. The applicant unsuccessfully complained to the higher courts about this decision.

21. The case was heard over four days, beginning on 22 October 2002. The applicant informed the court that she considered that her public defender, Ms M.K., who was present at the hearing, was not entitled to plead on her behalf. The applicant declared that she would defend herself.

22. The District Court heard statements from the applicant and the two other defendants. It also heard V.'s father, representing V., and ten witnesses. On 24 October 2002 the court rejected as irrelevant a request by the applicant that V., Mr J.R., a police inspector and two lawyers be heard as witnesses regarding the applicant's deprivation of liberty and the alleged misinterpretation of the facts by the public prosecutor, which the applicant described as criminal. The applicant then reiterated her request, stating that the witnesses should testify about the background to the offence with which she was charged. The District Court also rejected that request, noting that she had not given any reasons which would have justified hearing the witnesses she proposed.

23. On 25 October 2002 the District Court ordered the applicant and V.'s mother to undergo a psychiatric assessment under Chapter 17, Article 45, of the Code of Judicial Procedure (*oikeudenkäymiskaari, Rättegångs Balk*) and section 16(1) of the Mental Health Act (*mielenterveyslaki, mentalvårdslagen*), and adjourned the proceedings for the assessment to take place. The applicant then went into hiding.

E. Events which took place while the applicant was in hiding

24. Dr K.A., a psychiatrist, noted in a written medical opinion of 30 December 2002 that he had met the applicant twice, on 14 November and 30 December 2002, and that in the two conversations he had had with her he had not observed any signs of mental disorder and that, in his opinion,

she was not in need of involuntary care. He emphasised, however, that he had not carried out a psychiatric assessment, as such an assessment could only take place in a hospital and not in a private consulting room.

25. Niuvanniemi Hospital, one of the two State mental hospitals, informed the applicant that it was ready to receive her from 2 January 2003. At the applicant's request, the assessment was postponed firstly to 20 January 2003 and then to 12 March 2003. The applicant failed, however, to appear at the hospital.

26. By a letter of 8 January 2003, the applicant proposed Mr P.S. as her new representative. On 13 January 2003 the District Court appointed Mr P.S., a member of the Bar, as the applicant's new public defender.

27. On 25 March 2003 the District Court ordered the applicant's arrest and detention *in absentia* on the ground that she was seeking to evade trial, as she had not appeared at Niuvanniemi Hospital. The applicant was represented at the hearing by Mr P.S. The applicant lodged a complaint, alleging insufficient grounds for detention and procedural errors. On 28 April 2003 the Court of Appeal dismissed the complaint as unfounded. On 16 June 2003 the Court of Appeal dismissed a further complaint by the applicant without considering its merits. The applicant later lodged a third complaint, which was dismissed as unfounded by the Court of Appeal on 18 March 2004. The Supreme Court refused requests by the applicant for leave to appeal.

28. On 9 October 2003 the Court of Appeal rejected a complaint by the applicant in connection with the order that she undergo a psychiatric assessment, finding the applicant's allegations of procedural errors in the District Court proceedings unsubstantiated. On 30 March 2004 the Supreme Court refused leave to appeal.

29. After receiving a request from Mr P.S. to withdraw, on 5 May 2004 the District Court, having given the applicant an opportunity to be heard in writing, appointed Mr M.S., a member of the Bar, as her new public defender. On 23 June 2004 the Court of Appeal rejected a complaint by the applicant against this decision, finding that she was unable to defend herself and that Mr M.S. was not biased as she had alleged. It also rejected a request by the applicant for an oral hearing as manifestly unnecessary. On 27 June 2005 the Supreme Court refused leave to appeal.

30. On 15 June 2004 the Court of Appeal rejected a complaint by the applicant that, *inter alia*, the District Court judge who had ordered her psychiatric assessment was biased. A request by the applicant that its decision be supplemented was rejected by the Court of Appeal on 12 July 2004. On 27 June 2005 the Supreme Court refused leave to appeal.

31. By a letter of 2 September 2004, the District Court informed the applicant that it would hold an oral hearing on 20 September 2004 concerning her detention. The applicant was informed that other aspects of the criminal charges against her would not be dealt with at that hearing and no evidence would be taken other than on her detention.

32. On 20 September 2004 the District Court issued a further order for the applicant's arrest and detention, finding that she was still seeking to evade trial. She was represented at the hearing by her public defender Mr M.S. On 9 November 2004 the Court of Appeal dismissed a complaint by the applicant concerning the decision of 20 September 2004 without considering its merits, as it had been drawn up by Mr J.R., who did not fulfil the requirements set out in Chapter 15, Article 2, of the Code of Judicial Procedure. It was noted that a public defender had been appointed to represent the applicant. A further complaint by the applicant was dismissed by the Supreme Court on 29 September 2005 without consideration on the merits.

F. Arrest and detention

33. On 12 October 2004 the applicant was arrested.

34. On 15 October 2004, having heard the applicant in person, the District Court remanded her in custody, finding that she was aware of the psychiatric assessment to be conducted and the subsequent arrest warrants. The court stated that the applicant had been evading trial, of which the assessment formed a part. The applicant was ordered into police custody and from there to a mental institution to be designated by the National Authority for Medicolegal Affairs (*terveydenhuollon oikeusturvakeskus, rättskyddscentralen för hälsovården*).

G. Psychiatric assessment in a mental institution

35. On 11 November 2004 the applicant was taken to Vanha Vaasa Hospital, the other State mental hospital, for a psychiatric assessment, the duration of which was initially to be two months. The assessment was carried out by Dr A.K. a specialist in psychiatry, adolescent psychiatry and forensic psychiatry. During the assessment the applicant was interviewed by Dr A.K. on ten occasions. She also saw two psychologists, G.W-H. and A.K-V. She refused to undergo somatic and neurological examinations and special examinations, such as magnetic resonance imaging of the brain. She also refused laboratory tests and psychological tests.

36. On 3 January 2005 Dr A.K. gave his written opinion to the National Authority for Medicolegal Affairs on the basis of the assessment conducted

between 11 November 2004 and 3 January 2005. His conclusions were that the applicant was suffering from a delusional disorder and that she had not been criminally responsible at the time of the alleged offence. Dr A.K. also found that the criteria for involuntary confinement, set out in section 8 of the Mental Health Act, were met and that the applicant could not be heard at the trial. Her capacity to look after her own interests was diminished by her mental illness, and she was thus in need of a guardian for the criminal proceedings.

37. On the same date the applicant asked the National Authority for Medicolegal Affairs for a second opinion. On 5 January 2005 the Authority informed the applicant that ordering a psychiatric assessment of a defendant in a criminal case was outside its authority, and she should therefore direct her request to the court.

38. By an interlocutory decision of 20 January 2005, the Forensic Psychiatry Board of the National Authority for Medicolegal Affairs (*terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen oikeuspsykiatristen asioiden lautakunta, nämnden för rättspsykiatriska ärenden vid rättskyddscentralen för hälsovården* – “the Forensic Psychiatry Board”) requested Dr A.K. to supplement his opinion, as far as possible, by giving the applicant psychological tests and by submitting such background information as would enable a comparison to be made between the applicant’s ability to manage in her earlier life and her ability to manage at the time of the alleged criminal events. Dr A.K. was also invited to provide detailed reasons why he considered that the criteria for involuntary care were met and why outpatient treatment was not considered sufficient. The results of the supplementary examination were to be submitted to the National Authority for Medicolegal Affairs as soon as possible.

39. The supplementary examination was completed on 4 February 2005. The applicant again refused psychological tests by the hospital staff, doubting their impartiality. In his report, dated the same day, Dr A.K. found that the applicant was suffering from a psychotic delusional disorder and that her condition had already been present prior to the events leading to the criminal charges. The applicant had observed indications of sexual abuse which other experts had not been able to detect. In Dr A.K.’s opinion, the applicant was in need of involuntary psychiatric treatment in order to recover from her disorder, which mainly related to judicial matters, but also to a delusion of grandeur as to the correctness of her own actions. Further, as a doctor she was endangering other people’s well-being by prescribing them treatment which put their health at risk. Because the applicant had for a long time evaded psychiatric assessment, and as she opposed treatment, outpatient treatment would not be sufficient. In conclusion,

Dr A.K. considered that the applicant was paranoid and that she had made accusations against various authorities about continued abuse of office. She had become entangled in the tiny details of her own case without being able to perceive the wider picture. He considered that her delusional disorder had reached the level of psychosis, which distorted her conception of reality. Owing to her illness, she did not understand the unlawfulness and repercussions of her actions and she had been psychotically deluded when she had taken part in the deprivation of a child's liberty. Moreover, she was in denial of her illness.

40. The applicant sent a number of letters to the Forensic Psychiatry Board in which she criticised the psychiatric assessment conducted by Dr A.K., among other things. She also submitted to the Board Dr K.A.'s divergent medical opinion of 30 December 2002 (see paragraph 24 above).

41. On 17 February 2005 the National Authority for Medicolegal Affairs submitted its opinion on the psychiatric assessment to the District Court under section 16(3) of the Mental Health Act, finding that the applicant had not been responsible for her actions at the time of the offence.

42. On 23 February 2005, the psychiatric assessment being complete, the District Court ordered the applicant's release from detention. She was, however, to remain in hospital for treatment, as ordered on 17 February 2005 by the Forensic Psychiatry Board.

H. Involuntary care

43. On 17 February 2005 the Forensic Psychiatry Board ordered, on the basis of Dr A.K.'s proposal, that the applicant receive involuntary treatment in Vanha Vaasa Hospital. It considered that she was suffering from a delusional disorder, which had affected her for years and which made her incapable either of seeing a matter from a viewpoint other than her own or of questioning the correctness of her own conclusions. She suspected that the authorities had "ganged up" on her. During the psychiatric assessment she had tried, as a medical doctor, to impose her opinion regarding the treatment of other patients on the ward. The delusional disorder, if not treated, would considerably worsen her mental illness or seriously endanger her health and the health of others. No other mental-health services were considered adequate, having regard to the fact that the applicant did not consider herself to be mentally ill. The decision referred to sections 8, 17(1) and 17a of the Mental Health Act.

44. The applicant considered that she was not in need of mental-health treatment, and wished to obtain a second opinion on her need for treatment. However, at the beginning of February 2005 the hospital refused to allow a Dr M-P.H. to visit her during the ongoing psychiatric assessment.

45. The initiation of medication was discussed with the applicant on 21 March 2005. She was given the opportunity to take medication orally, but she repeatedly refused to do so. Owing to the applicant's resistance, the administration of medication began with involuntary injections of Zyprexa. As the applicant had made it clear that she would not cooperate, it was decided to continue her medication by giving long-acting injections of Risperdal Consta every two weeks, starting on 31 March 2005. The basis of the decision was explained to the applicant and she was also given information about the drug. The issue of medication was discussed with the applicant on several occasions after that. She was encouraged to take it orally, but she persistently refused.

46. As the applicant's core symptoms persisted after two and a half months of medication, it was decided on 22 June 2005 to increase the dosage of Risperdal Consta from 25 milligrams to 37.5 milligrams. It was reduced to 25 milligrams again from 16 November 2005.

47. The applicant alleged that when she had questioned the forcible administration of medication, she was informed that it was intended to cure her telephone-surveillance delusion. The applicant argued that the surveillance had taken place and that there had been no delusion on her part.

48. On 7 July 2005 the applicant claimed to have been assaulted in connection with the forcible administration of her medication. She had resisted, as she considered the medication unnecessary, whereupon she had been dragged by her arms and legs to her room. When she was put on the bed, her thigh had hit the edge of the bed. She had reported the incident to the police, who had asked a medical doctor, Dr S.Ö., to examine her, which he did on 28 July 2005. In his medical opinion of 5 August 2005, he noted that the applicant had a 10 cm bruise on her thigh, which could have been caused in the manner described by the applicant.

49. On 22 July 2005 the Head Physician of the hospital decided to continue the applicant's involuntary treatment.

50. In a written statement of 17 August 2005 to the Administrative Court, the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital, Dr M.E., noted that the applicant was still in denial about her illness and very strongly opposed to medical treatment. She was literally fighting back, and this had resulted in several difficult situations when attempts were being made to proceed with the administration of her medication in a manner which would be safe for both the applicant and the hospital staff.

51. It appears that in August 2005 enquiries were made about a possible transfer of the applicant to a different hospital in her home town. However,

that hospital did not consider itself able at that point to accept responsibility for the applicant's care.

52. The applicant alleged that she was still suffering side effects from the medication. The applicant's patient records indicate that the alleged side effects could not be objectively verified. The applicant refused to undergo further medical examinations whereby any side effects could be detected.

53. On 3 October 2005 the applicant was visited by Dr E.P., a general practitioner at an occupational health-care centre. In his opinion of 5 October 2005, Dr E.P. emphasised that he did not specialise in psychiatry and he was not therefore qualified to judge whether the diagnosis of delusion was correct on the basis of one visit. He noted, however, that the applicant had been lucid and well-orientated. During their conversation he had not observed any signs of psychosis or delusion. In his capacity as a general practitioner, he considered that the conditions for involuntary treatment were not met.

54. On 22 October 2005 the applicant was visited by a psychiatrist, Dr M-P.H., who in a written medical opinion of 25 October 2005 considered, as an outsider, that the choice of medication for the applicant (37.5 milligrams of Risperdal Consta injected into the muscle every two weeks) seemed excessive, given the patient's age and state of health. Furthermore, he considered that the involuntary and forced medication fulfilled the constitutive elements of assault. In conclusion, he considered that open-care measures were possible and that the danger posed by the applicant to herself and others had been considerably exaggerated, and accordingly that the criteria for involuntary care were not met.

55. It appears from the applicant's patient records that from November 2005 at the latest she was no longer physically resisting the injections, although she was still verbally opposing her medication.

56. On 19 November 2005 the hospital decided to move the applicant from the closed ward to an open one.

57. On 24 November 2005 the applicant agreed to blood tests.

58. On 21 December 2005 the applicant again saw Dr M-P.H., who in a written medical opinion of 21 December 2005 considered that the conditions for involuntary care were not met.

59. The applicant spent Christmas at home. She had with her a dose of Risperdal Consta, which she injected during her holiday with the assistance of a nurse.

60. On 9 January 2006 it was decided, by mutual agreement with the applicant, that her medication should be terminated, as she did not want to take it.

61. On 20 January 2006 the Head Physician of the hospital took a further decision to continue the applicant's involuntary care.

62. On 27 January 2006 the applicant was discharged from hospital.

63. On 30 May 2006 Dr M.E. considered that the grounds for continuing the involuntary care under section 8 of the Mental Health Act no longer existed, whereupon her treatment was officially terminated by a decision of the National Authority for Medicolegal Affairs of 22 June 2006.

I. Proceedings before the Supreme Administrative Court concerning the initial confinement for involuntary care

64. On 23 February 2005 the applicant appealed to the Supreme Administrative Court (*korkein hallinto-oikeus, högsta förvaltnings-domstolen*) against the decision of 17 February 2005 by the Forensic Psychiatry Board, arguing that there was no legal basis for the involuntary care. She alleged that Dr A.K. had erred in his assessment. She relied, *inter alia*, on the above-mentioned medical opinion of Dr K.A., who had seen her twice, in November and December 2002, and who had not found any signs of mental illness on the basis of those meetings. She alleged that there was no other reason for the forced medication than the hospital doctors' attempt to conceal their incorrect diagnosis.

65. On 4 March 2005 the Supreme Administrative Court found no reason to stay execution pending its proceedings.

66. On 30 June 2005 the Supreme Administrative Court prohibited Mr J.R. from acting as the applicant's representative. Under Chapter 15, Article 10a § 2, of the Code of Judicial Procedure the applicant was invited to inform the court of her choice of counsel. Subsequently, the applicant was represented by Ms H.M., counsel chosen by her. She was granted legal aid.

67. On 30 August 2005 the Supreme Administrative Court decided to hold an oral hearing in the case.

68. On 29 and 30 September 2005 the applicant requested the court to postpone the oral hearing until she had obtained an impartial medical opinion and until she had recovered from the side effects of her medication. On 3 October 2005 she informed the court that she had fallen ill and again requested that the hearing be postponed.

69. On 4 October 2005 the Supreme Administrative Court held an oral hearing and received the testimony of, *inter alia*, the applicant and six witnesses proposed by her. The applicant was represented by Ms H.M.

70. The court refused the applicant's request for a stay of the proceedings pending the submission of fresh medical opinions. The court considered this unnecessary given the fact that the issue to be decided was whether the

applicant had been in need of involuntary care at the material time, that is, the end of 2004 and the beginning of 2005. The validity of the impugned decision had already expired, as more than six months had elapsed since it had been given. It was difficult to see how a fresh examination could affect the court's assessment.

71. On 7 October 2005 the applicant submitted to the court a medical opinion by Dr E.P. dated 5 October 2005.

72. On 13 October 2005 the Supreme Administrative Court dismissed the applicant's appeal. Having first noted that the impugned decision met the formal requirements and that the applicant's complaint of partiality on the part of Dr A.K. and the members of the Forensic Psychiatry Board could not be upheld, it went on to note that the question to be decided was whether the criteria for involuntary care under section 8 of the Mental Health Act had been met on 17 February 2005, when the Board had given its decision. The question whether a person is mentally ill was a factual question to be decided on the basis of medical evidence, having due regard to the correctness of the decision-making procedure applied.

73. The court considered that Dr A.K., a specialist in psychiatry since 1990, was an experienced psychiatrist. His opinion and the opinion of the Board were based on a professionally qualified and reliable medical assessment.

74. As to the subject matter the court reasoned, *inter alia*:

“... Dr A.K. interviewed the applicant on ten occasions and was then able to make observations on her. Drs A.K. and M.E. explained at the oral hearing that the diagnosis of delusion was affected by the absoluteness of the applicant's views on incest. They stressed that incest diagnoses required examinations by doctors specialising in gynaecology and also child psychiatry examinations. The applicant is a specialist in paediatrics. In particular, Dr M.E. gave evidence that in his discussions with the applicant she had refused to take into account the possibility that there had been no incest, although she admitted in general that doctors could also be mistaken. The fact that witnesses J. and S. gave evidence that the applicant had explained her situation in a pertinent manner did not undermine the view of Drs A.K. and M.E. The doctors gave concordant evidence that the discussions with the applicant were pertinent as long as her view on the alleged incest was not contradicted. At the oral hearing it became evident that witnesses J. and S. had not disputed the applicant's views, but had mostly listened to what she had to say. S. indeed gave evidence that she had checked the information provided by the applicant against other sources, but as she had concluded that the views of the applicant were tenable, she had naturally not come into conflict with her. Witness P. had not expressed an opinion as to whether or not the applicant had a delusional disorder. He had only judged whether or not open-care measures were possible.

According to Dr A.K., the diagnosis of delusion had also been affected by the applicant's continuing suspicion of authority and of medical and psychological

examinations. Dr M.E. also gave evidence about the numerous appeals made by the applicant and how her world centred on them. The applicant had refused a somatic and neurological examination, magnetic resonance imaging and psychological tests because she believed that the tests would be carried out by biased and prejudiced persons.

The applicant has the right to refuse to be examined in respect of her mental health. On the other hand, it is justifiable to question the basis for the absolute refusal to undergo the examinations offered and whether the refusal may be based precisely on thinking typical of a delusional disorder. Having regard to these considerations, it cannot be said that the diagnosis of delusional disorder was based on improper or arbitrary grounds, although the applicant has explained her refusal of examinations by stating that she had the right to do so, and her drafting of legal submissions by stating that it was necessary to do so. At the oral hearing the applicant admitted that a deluded person would probably not be aware of their own illness.

At the oral hearing the applicant's son, Dr E., a doctor in general practice, gave evidence stating that he understood, given his mother's absolute and rigid behaviour, that she had been diagnosed as delusional. He could not, however, be certain of the correctness of the diagnosis, since he had seen his mother only a few times in recent years.

On the basis of the documents in the file and the information received at the oral hearing, and on the above grounds, the Supreme Administrative Court finds that reliable evidence has been provided for the diagnosis of delusional disorder in the decision of the National Authority for Medicolegal Affairs.

A diagnosis of delusional disorder as such does not, however, suffice to warrant involuntary treatment. In addition, its effects on the person concerned and on others must be assessed.

The decision of the National Authority for Medicolegal Affairs was that the applicant was in need of involuntary treatment and that, if not treated, her mental illness would considerably worsen and seriously endanger her health and the health of others.

According to information received, when the decision on treatment was taken regard was had to the repercussions for the applicant's life if her conflicts with the authorities and raising of associated issues were to continue. At the time it was considered that the applicant was not able to think matters through and that ordering treatment could help her to continue life in a calmer way.

These considerations must be held to be pertinent to an assessment of the need for the involuntary treatment for the sake of the applicant's own health. The fact that after about six months of treatment and medication the Head Physician, Dr M.E., in his explanation of 17 August 2005, and the witnesses put forward by the applicant, in their statements, expressed divergent conclusions does not justify calling into question the assessment of the National Authority for Medicolegal Affairs regarding the need for treatment on 17 February 2005 for the sake of the applicant's health.

The National Authority for Medicolegal Affairs did not consider that, if not treated, the applicant would seriously endanger the safety of others. However, it held that the health of others could be seriously endangered. It should be taken into account that the applicant could have an influence on other people, owing to the authority which she enjoys by reason of her status as a paediatrician. She may engender in other people suspicions which lack real foundation, causing them to act hastily, inappropriately or even criminally. The possibility of this kind of influence is not lessened by the fact that the applicant is retired. Nor would the possibility of influence be prevented by the mere withdrawal of the applicant's licence to practise medicine, because the influence is exerted on a psychological level and also in contexts other than that of a doctor's consulting room.

The nurse assigned to the applicant, P., gave evidence to the effect that the applicant was not dangerous to other people. Although in his witness statement he also raised the issue of whether the applicant had given other patients dangerous advice, P's testimony can be regarded as a common judgment of a person's dangerousness, such as violent behaviour or similar. This is not the case when it comes to the applicant. On the contrary, all the witnesses have concordantly testified that she tries to do good things and tries to help others. The doctors treating her have made similar statements. This intention does not, however, obviate the possibility that the actions of the person could cause harm to others. In this case there are sufficient grounds for holding that, if not treated, the applicant could have seriously endangered the health of others.

Other mental-health services are inadequate, having regard to the fact that the applicant is in denial as regards her illness. That being the case, it can be held that the applicant would try to avoid treatment and would refuse examinations.

Conclusion

The Supreme Administrative Court finds, on the basis of the documents in the file and the information received at the oral hearing, that it has been reliably and objectively shown that the applicant was, at the time of the decision of the National Authority for Medicolegal Affairs, mentally ill within the meaning of section 8 of the Mental Health Act. Owing to her mental illness, she was in need of treatment and, if not treated, her mental illness would have considerably worsened or seriously endangered her health and the health of others. Other mental-health services would not have been adequate. The conditions for ordering the applicant to undergo involuntary hospital treatment were thus present. The decision of the National Authority for Medicolegal Affairs ordering treatment was based on the Mental Health Act and was made in accordance with the procedure laid down by law. Furthermore, the decision is not unlawful."

J. Proceedings relating to the first decision to continue involuntary care

75. On 22 July 2005, on the basis of a medical-observation report by the doctor treating the applicant and the applicant's medical records, the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital decided to continue her treatment. It was noted that the applicant had, *inter alia*, criticised the treatment being

given in the hospital and had tried to play a role in other patients' treatment in her capacity as a doctor. She had also given them instructions concerning medication, even after she had been forbidden to do so. Open-care measures were considered insufficient, because the applicant was in denial about her illness and completely lacked motivation in relation to her treatment.

76. The decision of 22 July 2005 was submitted for confirmation to the Administrative Court (*hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen*). The applicant also appealed against that decision to the same court, requesting an oral hearing.

77. On 31 October 2005, having obtained a statement from the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital and the applicant's comments on it, the Administrative Court dismissed the applicant's appeal. It observed that the applicant's condition had improved during treatment and that there had been discussions about a possible transfer to a psychiatric hospital in her home town. The court noted that the applicant was not suicidal and thus not endangering her own health, nor was she violent towards others. She was able to discuss day-to-day matters in a pertinent and polite manner as long as no one contested her views. However, she was still in denial about her illness, which manifested itself in her opposition to medical treatment and all further medical examinations offered to her. The denial of the illness and lack of motivation in relation to treatment led the court to the conclusion that the applicant would most likely neglect to take her treatment outside the hospital, which would severely aggravate her illness and endanger her health. As her delusion was related to her medical profession and her patients, lack of treatment could also put the health of others at serious risk. The Administrative Court also dismissed the applicant's request for an oral hearing as manifestly unnecessary, making reference to the hearing held by the Supreme Administrative Court on 4 October 2005. Moreover, the court considered that the main issue, that of whether the applicant's condition had improved to the extent that grounds for involuntary treatment no longer existed, could be adequately resolved on the basis of the case file alone.

78. The applicant appealed further to the Supreme Administrative Court, citing, *inter alia*, the medical opinion of 30 December 2002 of Dr K.A., the medical opinion of 5 October 2005 of Dr E.P., and those of 25 October 2005 and 21 December 2005 of Dr M-P.H.

79. On 16 May 2006 the Supreme Administrative Court, having obtained a fresh statement from the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital and the applicant's comments on it, upheld the lower court's decision, on mainly the same grounds. It rejected the applicant's request for an oral hearing, finding oral evidence on circumstances which prevailed after the adoption of the impugned decision of 22 July 2005 irrelevant.

K. Proceedings relating to the second decision to continue involuntary care

80. On 20 January 2006 the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital took a further decision to continue the applicant's involuntary care, based on a medical-observation report by another hospital physician. It was noted that the applicant's condition had improved and that she was currently cooperating with hospital staff. While her sense of reality still failed her as far as the criminal charge against her was concerned, she was able to discuss the matter pertinently and without agitation. She was no longer regarded as dangerous to herself or others and planning for her future transfer to outpatient care was considered justified.

81. That decision was submitted to the Administrative Court for confirmation. The applicant appealed against that decision also.

82. On 20 April 2006, having held an oral hearing, the Administrative Court found that the applicant was still suffering from psychotic delusions and that her illness was of a chronic nature. According to the court, the cessation of treatment would therefore significantly aggravate her illness. The court also took into account the marked improvement in the applicant's condition, which had made it possible to plan her gradual transfer to outpatient care. It was noted that the applicant's medication by injection had been terminated at the beginning of January. The court considered that it had been important for safety reasons to observe the effects of the withdrawal of medication in the hospital and, therefore, other forms of care would have been insufficient at the time.

83. It is not known whether the applicant lodged a further appeal with the Supreme Administrative Court.

L. Other measures taken by the applicant in respect of involuntary care

84. During her stay in Vanha Vaasa Hospital, the applicant made representations to the National Authority for Medicolegal Affairs, which by a letter of 15 July 2005 noted that it had commenced an investigation into the actions of the medical staff involved in the applicant's treatment. It did not however have the authority to monitor health-care establishments. It informed the applicant that that authority lay with the social and health affairs department of the relevant State Provincial Office (*lääninhallitus, länsstyrelse*). Nor did the National Authority for Medicolegal Affairs have the authority to intervene in the administration of medication or to order the medication to be discontinued. It could, however, assess retrospectively the appropriateness of a doctor's professional activity.

85. Between January and July 2005, the applicant lodged a number of other requests with the National Authority for Medicolegal Affairs concerning, *inter alia*, her psychiatric assessment and treatment in Vanha Vaasa Hospital. On 12 January 2007 the National Authority for Medicolegal Affairs gave its decision in respect of those complaints. It relied on the judgment of 13 October 2005 by the Supreme Administrative Court in finding that the confinement of the applicant in involuntary care had been justified. As a general remark it was noted that the primary and sometimes only symptom of a delusional disorder was a false belief which the patient holds to and attempts to act upon. The delusion was continuous, clear and systematic, and could be very persistent and steadfast. It was common for a patient suffering from a delusional disorder not to manifest any other anomalous behaviour. A special form of delusion was what was known as a querulous delusion, which was characterised by continual claims for rectification, complaints and legal proceedings, driven by psychotic thinking, with the aim of restoring the person's injured self-esteem. A delusional disorder was treated with therapeutic consultations and antipsychotic medicines. Lack of motivation for and an inadequate response to treatment posed fundamental risks to the successful outcome of medical treatment. As regards the applicant's treatment, and the forced administration of medication in particular, the National Authority for Medicolegal Affairs found no indication of conduct deviating from appropriate and commonly accepted medical practice, so her representations could therefore be considered erroneous. The decision was not subject to appeal.

86. By letters of 8, 11, 25 and 26 July 2005, Ms H.M. approached the Chancellor of Justice on the applicant's behalf, requesting him to take action concerning the involuntary treatment of the applicant. Having regard to the provisions concerning the division of duties between the Chancellor of Justice and the Parliamentary Ombudsman, those letters were transmitted to the latter authority. By a letter of 27 September 2005, Ms H.M. was informed of the Ombudsman's decision not to deal with the case, as it was already pending before other authorities, namely the Supreme Administrative Court, the National Authority for Medicolegal Affairs, and the police.

87. The applicant reported three Vanha Vaasa Hospital doctors to the police, alleging, *inter alia*, serious deprivation of liberty. On 27 January 2006, having obtained written statements from the National Authority for Medicolegal Affairs, the police found that no offence had been committed and closed the investigation.

88. The applicant also made representations to the State Provincial Office, which sent the regional medical officer and health-care inspector

to Vanha Vaasa Hospital to interview the applicant and the hospital staff involved in her treatment. The regional medical officer also met the applicant's representative. Furthermore, the authority acquainted itself with the applicant's medical records and other documents related to the case and obtained written statements from hospital staff and the applicant's comments on them. In its decision of 26 June 2006, the State Provincial Office noted that the issues raised by the applicant had previously been thoroughly examined by the National Authority for Medicolegal Affairs, which had found no irregularities. In the light of its own examination of the case, the State Provincial Office did not find that there was any reason to take further measures. The decision was not subject to appeal.

...

N. Continuation of the criminal proceedings

96. On 10 March 2005 the applicant submitted to the District Court a list of eighteen witnesses she wished to examine before the court concerning, *inter alia*, the events in December 2000 and the alleged serious deprivation of liberty. She also sought to have Drs H.L. and M-P.H. heard as medical experts. She further identified a number of documents to be adduced as written evidence.

97. On 14 March 2005 the District Court held the final hearing in the criminal case. The applicant arrived at the court house but left before the hearing began. According to the applicant, she did so because Mr J.R., whom she had wanted to have heard as a witness, had been removed from the premises by force.

98. The District Court proceeded with the hearing, in which the applicant was represented by her guardian, Mr M.S. The latter did not contest the accuracy of the medical opinion on the applicant's psychiatric assessment. Nor did he refer to other medical opinions on the applicant's mental health. He pleaded on the applicant's behalf that she could only be regarded as an accessory to the offence in her capacity as a doctor. He did not find it necessary to hear witnesses.

99. In its judgment of 8 April 2005, the District Court found V.'s mother responsible for serious deprivation of liberty between 16 December 2000 and 22 April 2001. The applicant was found responsible for aiding and abetting V.'s mother in the commission of that offence between 26 December 2000 and 22 April 2001. The court did not pass sentence on them as they were not responsible for their actions at the material time. However, it ordered them to pay damages and legal costs.

100. As regards the background to the case, the court noted that V. had been examined from 1995 onwards as a result of her mother's suspicions

that she had been sexually abused. The public prosecutor L.K. had decided on 19 April 1999 not to prefer charges against the father, as there was no evidence that an offence had taken place during the period from 1994 to March 1996. On 21 April 1998 the public prosecutor M.P. waived charges against another person, as there was no evidence that an offence had taken place in July 1997. On 4 June 2001 the public prosecutor L.K. waived charges against the father, as there was no evidence that an offence had taken place during the period from September 1998 to June 2000. In June 2000 the mother took V. to a university hospital for examination. Those examinations did not support her suspicions of sexual abuse. On 13 June 2000 the girl was taken into emergency public care because of her mother's mental-health problems and was placed in a family-support centre. An ordinary-care order was made in July 2000. Meanwhile, on 26 June 2000 the mother removed the girl from the centre without permission and they were found later that day in a town some 100 km away, whereupon the girl was returned to the centre by the police. On 3 April 2001 the Court of Appeal granted the father sole custody of the girl, who was to see her mother during supervised visits three times a week.

101. As to the applicant's actions, the court noted that she had expressed a number of opinions which could not be regarded as medical opinions. She had predominantly functioned as an aide to the girl's mother, making suggestions on what measures to take. The applicant had been aware of the fact that the girl had been taken into public care and on 18 December 2000 the police had told her that the girl was missing. The court found it established that V. and her mother had come to meet the applicant on 26 December 2000. Since that date the applicant had found accommodation for them and transported them in her car. The applicant had allowed the mother's mail to be redirected to her address. The court noted that it had not even been suggested that the applicant had been in [town A] on 16 December 2000.

102. By a letter of 12 April 2005, Mr M.S. informed the applicant that, as her guardian, he had notified the District Court of the applicant's intention to appeal against its judgment. He asked the applicant to state her opinion on the judgment in writing and informed her that he would be in Vaasa on 26 April 2005, should the applicant wish to meet him in person. It appears that no meeting took place.

103. Mr M.S. subsequently appealed on the applicant's behalf, arguing that the charge should be rejected on the ground of lack of intent. In her capacity as a doctor, the applicant had only wished to protect the mother and the child as she was firmly convinced that the girl had been sexually abused. The guardian took the view that the case could be examined by

the appellate court in a written procedure. On 9 May 2005 Mr M.S. sent a copy of the notice of appeal to the applicant for information, noting that it corresponded, in the main, to the draft he had sent her earlier, on 2 May 2005. He also noted that the applicant had not made any comments on that draft.

104. In her own writ of appeal the applicant requested an oral hearing, at which she wished the court to hear the same eighteen witnesses she had requested in the proceedings before the District Court. She also questioned the motives of the public prosecutor in bringing charges for an aggravated offence. The applicant had acquired a copy of his notes to the proceedings, in which it was implied that a psychiatric assessment was the only means of treatment, which, in turn, was the only means of stopping the terrorising of the father and the child and the misuse of justice. The applicant later lodged a number of additional submissions with the appellate court.

105. On 31 August 2005, relying on Chapter 26, Article 14 § 2, point 4, of the Code of Judicial Procedure, the Court of Appeal refused the applicant's request for an oral hearing as manifestly unnecessary. As regards the subject matter, the court upheld the lower court's judgment, finding no reason to deviate from it. Under Chapter 25, Article 12 § 2, of the Code, the court dismissed the applicant's own belated representations without examining their merits.

106. The applicant, represented by counsel of her choosing, Ms H.M., requested leave to appeal.

107. On 14 February 2006 the Supreme Court refused leave to appeal.

O. Restriction on exercise of medical profession

108. On 24 October 2005 the National Authority for Medicolegal Affairs decided that the applicant's ability to work as a doctor and her health should be examined.

109. By an interim decision of 17 March 2006, the National Authority for Medicolegal Affairs prohibited the applicant from practising her profession in 2006.

110. The applicant was assessed in an open ward of the psychiatric clinic at Helsinki University Hospital from 6 September to 6 October 2006.

111. The resultant medical opinion of 10 October 2006 did not note any specific psychiatric disorder affecting the applicant. It was noted, however, that a full examination could not be conducted because the applicant refused to surrender documents from Vanha Vaasa Hospital concerning her medical history. It was considered that the fact that she had suffered from a narrowly focused delusional disorder would hamper her ability to function

as a sound expert in sexual-abuse cases. She should thus concentrate on general paediatrics.

112. On 29 January 2007 the National Authority for Medicolegal Affairs revoked its decision of 17 March 2006, but ordered that the applicant should not deal with suspected child-abuse cases in her private practice. The applicant appealed against that decision to the Administrative Court and the Supreme Administrative Court. Those appeals were dismissed on 24 September 2008 and 24 August 2009 respectively.

113. The applicant states that she is again seeing patients at her surgery.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Basic rights

114. The Constitution (*Suomen perustuslaki, Finlands grundlag*, Law no. 731/1999) provides in its relevant parts:

Section 7 – The right to life, personal liberty and integrity

“Everyone has the right to life, personal liberty, integrity and security.

No one shall be sentenced to death, tortured or otherwise treated in a manner violating human dignity.

The personal integrity of the individual shall not be violated, nor shall anyone be deprived of liberty arbitrarily or without a reason prescribed by an Act. A penalty involving deprivation of liberty may be imposed only by a court of law. The lawfulness of other cases of deprivation of liberty may be submitted for review by a court of law. The rights of individuals deprived of their liberty shall be guaranteed by an Act ...”

Section 10 – The right to privacy

“Everyone’s private life, honour and the sanctity of the home are guaranteed ...”

B. Lack of criminal responsibility and psychiatric examination

115. Chapter 3, Article 4 §§ 1 and 2, of the Penal Code (*rikoslaki, strafflagen*, Law no. 515/2003) provide:

“1. Prerequisites for criminal liability are that the perpetrator had reached the age of fifteen years at the time of the act and is criminally responsible.

2. The perpetrator is not criminally responsible if at the time of the act, owing to mental illness, severe mental deficiency or a serious mental disturbance or a serious disturbance of consciousness, he or she is not able to understand the factual nature or unlawfulness of his or her act or his or her ability to control his or her behaviour is decisively weakened for that reason (lack of criminal responsibility).”

116. At the relevant time Chapter 17, Article 45, of the Code of Judicial Procedure (*oikeudenkäymiskaari, Rättegångs Balk*, Law no. 571/1948) read:

“The court may, where it is deemed necessary, order a psychiatric assessment of the defendant. Such an assessment may not be ordered against the defendant’s will save in cases where he or she has been placed in detention pending trial or is charged with an offence punishable by a term of imprisonment of more than one year. (494/1969)

Separate provisions apply to psychiatric assessment and admission to a mental institution for such an assessment.”

117. That provision was amended by Law no. 244/2006, which took effect on 1 October 2006. According to the amended provision, a psychiatric assessment of the defendant may be ordered if the court has, in an interim judgment, found the defendant guilty as charged, such an assessment is justified, and the defendant agrees to the assessment or he or she has been placed in detention pending trial or has been charged with an offence punishable by more than one year’s imprisonment. At the request of the prosecutor, the defendant or his or her guardian, the court may order a psychiatric assessment earlier, during the pre-trial investigation or prior to the main hearing, if the defendant has pleaded guilty to the charge or if the need for such an assessment is otherwise clear.

C. Mental Health Act

118. The relevant parts of the Mental Health Act (*mielenterveyslaki, mentalvårdslagen*, Law no. 1116/1990), as in force at the material time, provided as follows:

Chapter 1

Section 2 – Direction and supervision

“... In each province the planning, direction and supervision of mental-health work is the responsibility of the State Provincial Office. The State Provincial Office shall, in particular, supervise the use of limitations on the right of self-determination referred to in Chapter 4 (a) of this Act. (1423/2001) ...”

Section 6 – Treatment given in State mental hospitals

“Psychiatric assessments referred to in section 15 are conducted in State mental hospitals. On the recommendation of a hospital in a hospital district [*sairaanhoitopiirin sairaala, ett sjukhus i sjukvårdsdistriktet*], individuals who are mentally ill or suffering from other mental disorders and whose treatment is particularly dangerous or difficult can be admitted to a State mental hospital.

On the recommendation of a hospital in a hospital district, individuals who are not mentally ill or suffering from the other mental disorders referred to in subsection 1 may also be treated in a State mental hospital if appropriate treatment cannot be provided in a hospital within the hospital district.

Decisions on admitting to a State mental hospital a person accused of a crime or a person whose sentence has been waived because of his or her mental condition are

made by the National Authority for Medicolegal Affairs, as provided for in section 17. In other cases decisions on admitting a patient to a State mental hospital, discontinuing treatment and discharging the patient are made by the Head Physician of the State mental hospital. (1504/1999)”

Chapter 2

Section 8 – Criteria for compulsory treatment

“A person can be ordered to undergo treatment in a psychiatric hospital against his or her will only (1) if the person is diagnosed as mentally ill; (2) if the person needs treatment for a mental illness which, if not treated, would become considerably worse or seriously endanger the person’s health or safety or the health or safety of others; and (3) if all other mental-health services are inapplicable or inadequate. ...”

Chapter 3

Section 15 – Admission to hospital for psychiatric assessment

“If the court orders a person accused of an offence to undergo a psychiatric assessment under Article 45 of Chapter 17 of the Code of Judicial Procedure, the person accused of the offence may be admitted to a hospital for psychiatric assessment and detained there against his or her will notwithstanding Chapter 2 of this Act.”

Section 16 (1086/1992) – Psychiatric assessment

“After ordering a person who is accused of an offence to undergo a psychiatric assessment, the court must forward the associated documents to the National Authority for Medicolegal Affairs without delay. The National Authority for Medicolegal Affairs shall decide where the psychiatric assessment is to be carried out and, if it is to be carried out outside hospital, by whom.

The psychiatric assessment shall be completed and a statement on the mental condition of the person accused of the offence shall be submitted to the National Authority for Medicolegal Affairs not later than two months after the start of the psychiatric assessment. If there are reasonable grounds for so doing, the National Authority for Medicolegal Affairs may extend the period of the assessment by a maximum of two months.

When it has received the said statement, the National Authority for Medicolegal Affairs shall issue its own statement to the court concerning the mental condition of the person accused of the offence.”

Section 17 – Involuntary treatment after psychiatric assessment

“If the conditions for ordering a person accused of an offence to undergo treatment against his or her will are met on completion of a psychiatric assessment, the National Authority for Medicolegal Affairs shall order the person to undergo treatment against the person’s will. (1086/1992)

The person may be detained for treatment against his or her will on the basis of the decision of the National Authority for Medicolegal Affairs for a maximum of six

months. Before the end of this period a statement on the observation of the patient shall be produced indicating whether or not the conditions for referring the person for treatment against his or her will are still met. A decision on whether treatment should be continued or discontinued shall be made in writing by [the Head Physician in charge of the psychiatric care or, if that physician is ineligible or unavailable, by another physician assigned to the task, preferably one specialising in psychiatry], before the treatment has continued for six months. A decision to continue the treatment shall be made known to the patient without delay and shall be immediately submitted for approval of the [court], and the [court] shall assess whether the conditions for ordering treatment against the patient's will still exist. A decision to discontinue the treatment shall also be made known to the patient without delay and shall be submitted immediately to the National Authority for Medicolegal Affairs for approval. The National Authority for Medicolegal Affairs shall either confirm the decision to discontinue the treatment or, if the conditions for treatment against the patient's will still exist, order the patient to undergo treatment. (1504/1994)

On the basis of a decision to continue treatment, the patient may be detained for treatment against his or her will for a maximum of six months. If it seems probable at the end of this period that continuing the treatment is still necessary, measures shall be taken in accordance with subsection 2. (1504/1994)

If it appears during the treatment of a person whose treatment is compulsory that the conditions for ordering the patient to undergo treatment against his or her will do not exist, measures shall be taken in accordance with subsection 2. (1504/1994)”

Section 17a (383/1997) – Specialised psychiatric hospital treatment

“The National Authority for Medicolegal Affairs shall decide on initiating involuntary treatment of a person accused of a crime; the treatment shall take place in a hospital which has the facilities and particular expertise required for the treatment of the patient.

When the patient's need for treatment changes, the physician referred to in section 11 shall immediately take measures to transfer the patient to a hospital which can provide the treatment the patient requires.

The need for treatment in a State mental hospital shall, however, be assessed within six months of the beginning of the treatment, in collaboration with the hospital district in whose area the patient's home municipality is located.”

Chapter 4a

Section 22a (1423/2001) – ... general conditions for limiting fundamental rights

“... A patient's right of self-determination and other fundamental rights may be limited by virtue of the provisions of this Chapter only to the extent necessary for the treatment of the illness or for the person's safety or the safety of others, or to safeguard some other interest laid down in this Chapter. The measures shall be undertaken as safely as possible and with respect for the patient's dignity. When choosing and

determining the extent of a limitation on the right of self-determination, special attention shall be paid to the criteria for the patient's hospitalisation.”

Section 22b (1423/2001) – Treatment of mental illness

“A patient must be treated, as far as possible, in an atmosphere of mutual understanding. A care plan must be drawn up when treatment is being provided.

In treating a patient with mental illness the only medically acceptable methods of examination and treatment are those which, if not used, would seriously jeopardise the health and safety of the patient or others.

The physician attending the patient decides on the treatment and examinations which are to be given regardless of the patient's wishes. The attending physician also decides whether to hold or tie down the patient and whether to take other similar measures for the period of the treatment, or whether to take other short-term restrictive measures necessary to give treatment.”

Chapter 5

Section 24 (1504/1994) – Appeal

“An appeal may be lodged with the [court] against the decision of a hospital physician to order a person to have treatment or to continue treatment against the person's will ...”

Section 25 – Enforcement and interruption of enforcement

“A decision to order a patient to undergo treatment against his or her will or to continue such treatment, or to take possession of personal property or to limit contacts, shall be enforced immediately irrespective of whether or not the decision has been submitted to another authority for confirmation or an appeal has been lodged. (1423/2001)

After a decision has been submitted to another authority or an appeal lodged against it, the authority in question or appellate authority may forbid the enforcement of the decision or order it to be stopped.”

Section 26 – Urgency of the proceedings

“Submissions or appeals relating to treatment given against a patient's will, and matters relating to mental-health assessment, must be dealt with urgently.”

119. According to the preparatory documents relating to section 22b of the Mental Health Act (Government Bill HE 113/2001 vp), a care order issued for the involuntary hospitalisation of a psychiatric patient is understood to contain an automatic authorisation to treat the patient, even against his or her will. Although the doctors may seek to obtain a person's consent prior to the treatment, there is no obligation to have such consent in written form or to seek such consent from the patient's relatives or guardian. If a patient refuses to give his or her consent or withdraws

consent previously given, the provision allows the forced administration of medication. This is in the interest of the patient in order to secure his or her constitutional right to necessary care in a situation in which the patient is not personally able to make a decision about the treatment on account of his or her illness.

D. Other provisions concerning health care

120. Section 7(3) of the Administrative Courts Act (*hallinto-oikeuslaki, lagen om förvaltningsdomstolarna*, Law no. 1424/2001) provides that in administrative courts an expert member participates in the consideration of, and decision on, matters concerning the order of involuntary care and continuing involuntary care of a person referred to in the Mental Health Act.

121. The relevant provisions of the Health Care Professionals Act (*laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä, lagen om yrkesutbildade personer inom hälso- och sjukvården*, Law no. 559/1994), as in force at the material time, read as follows:

Section 15 – Obligations related to professional ethics

“The work of health-care professionals has the objective of promoting and maintaining health, preventing illness, curing those who are ill and alleviating their suffering. In their professional activities, health-care professionals must employ generally accepted, empirically justified, methods, in accordance with their training, which should be continually supplemented. Each health-care professional must weigh the benefits to the patient of their professional activity against its possible hazards. ...”

Section 24 – Guidance and supervision

“The general guidance of health-care professionals lies with the Ministry of Social Affairs and Health.

The National Authority for Medicolegal Affairs is responsible for the guidance and supervision of health-care professionals ...

Within a province the activities of health-care professionals are guided and supervised by the State Provincial Office ...”

E. Specific authorities

122. The Decree on the National Authority for Medicolegal Affairs (*asetus terveydenhuollon oikeusturvakeskuksesta, förordningen om rättskyddscentralen för hälsovården*, no. 1121/1992, with subsequent amendments) contains provisions concerning, *inter alia*, the Forensic Psychiatry Board within that Authority. Article 12 of the Decree, as amended by Law no. 432/1997 and in force at the relevant time, provided that the Board dealt with and

decided on matters concerning the mental state of a person charged with an offence, or matters related to the ordering of treatment of such a person, or a person not sentenced to a punishment because of his or her mental state, in psychiatric-hospital care, and the cessation of such treatment. The Board was composed of a chairman, who had to be an official of the National Authority for Medicolegal Affairs, and three other members. One of the members had to be an expert in the field of law, and two members, one of whom also had to be a representative of municipal health care, had to be experts in the field of psychiatry.

123. State Provincial Offices ceased to exist on 1 January 2010, and their tasks have been transferred to various other authorities. Prior to that rearrangement within the administration, the provisions regulating the tasks of the State Provincial Offices were to be found in some 130 different statutes. General information about the tasks and powers of that authority may be found in the Government Bill HE 154/2005 vp concerning, *inter alia*, certain amendments to the Mental Health Act. According to that document, the State Provincial Offices were to exercise guidance and supervision of State mental hospitals, among a number of other institutions and services. This was implemented, *inter alia*, by way of distribution of information, on-site inspections and dealing with complaints. In 63% of the decisions given by State Provincial Offices in 2004, in their capacity as supervising authorities, no appearance of inappropriateness to a degree which would have justified their taking measures was found; 18% of the cases dealt with resulted in the attention of a health-care professional being drawn to the matter, and an admonition was given in 5% of the cases.

F. Legal representation before the courts

124. The relevant parts of Chapter 2, section 1, of the Criminal Procedure Act (*laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa, lagen om rättegång i brottmål*, Law no. 689/1997) provide as follows:

“A person suspected of an offence has the right to defend himself or herself in pre-trial investigations and at the trial. ...

A public defender shall be appointed for the suspect of the court’s own motion when: (1) the suspect is incapable of defending himself or herself; (2) the suspect, who has not retained a public defender, is under 18 years of age, unless it is obvious that he or she has no need of one; (3) the public defender retained by the suspect does not meet the qualifications required of a public defender or is incapable of defending the suspect; or (4) there is another special reason for the same. (107/1998)”

Chapter 2, section 2(1) reads:

“A person appointed under section 1 ... as public defender ... must be a public legal-aid attorney or an advocate. If there is no suitable public legal-aid attorney or advocate

available or there is another special reason to do so, another person with a degree of [Master of Law] who by law is qualified to act as an attorney may also be appointed as public defender ... The person to be appointed as public defender ... must have an opportunity to be heard on the appointment. (260/2002)”

...

III. REPORTS OF THE EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT)

A. The 8th General Report (CPT/Inf (98) 12)

132. Paragraph 41 of the CPT report concerns the consent of a patient to treatment given in a mental hospital. It reads as follows:

“Patients should, as a matter of principle, be placed in a position to give their free and informed consent to treatment. The admission of a person to a psychiatric establishment on an involuntary basis should not be construed as authorising treatment without his consent. It follows that every competent patient, whether voluntary or involuntary, should be given the opportunity to refuse treatment or any other medical intervention. Any derogation from this fundamental principle should be based upon law and only relate to clearly and strictly defined exceptional circumstances.

Of course, consent to treatment can only be qualified as free and informed if it is based on full, accurate and comprehensible information about the patient’s condition and the treatment proposed; to describe ECT as ‘sleep therapy’ is an example of less than full and accurate information about the treatment concerned. Consequently, all patients should be provided systematically with relevant information about their condition and the treatment which it is proposed to prescribe for them. Relevant information (results, etc.) should also be provided following treatment.”

B. Visits to State mental hospitals in Finland

133. The CPT visited Finland from 7 to 17 September 2003, the Niuvanniemi State Mental Hospital being among the establishments visited. In paragraph 144 of its report, published on 14 June 2004, the CPT made the following remark:

“As regards safeguards, the procedures concerning the mental examination of persons accused of a crime and the initial placement of such persons offered, overall, adequate guarantees of independence and impartiality as well as objective medical expertise. By contrast, the manner in which an order for treatment in respect of both civil and forensic patients was being renewed would merit a reassessment. The CPT considers that the periodic review of an order to treat a patient against his/her will in a psychiatric hospital should involve a psychiatric opinion which is independent of the hospital in which the patient is detained.”

134. On its next visit to Finland, between 20 and 30 April 2008, the CPT visited, *inter alia*, the Vanha Vaasa State Mental Hospital and another psychiatric establishment. In its report, published on 20 January 2009, the CPT made, *inter alia*, the following remarks and recommendations:

“... 126. In both establishments, the use of psychiatric medication appeared appropriate. ...

As regards Vanha Vaasa Hospital, the current rhythm of formal multidisciplinary clinical review (twice a year) is not sufficient. Staff representing different specialties (psychiatrists, nurses, psychologists, occupational and work therapists, social workers) should all meet and discuss each patient’s condition and progress on a more frequent basis. The CPT recommends that steps be taken in the light of these remarks. ...

140. Involuntary hospitalisation of a psychiatric patient continued to be construed as automatically authorising treatment without his/her consent. In practice, doctors in the two psychiatric establishments visited sought to obtain patients’ *verbal* consent to treatment, but there was no *written* proof that such informed consent had been given. Further, a patient’s refusal or subsequent withdrawal of consent to treatment did not result in an external independent psychiatric review as to whether treatment could be provided against the patient’s will. In addition, patients could not appeal against such decisions to a court.

The CPT recommends that a special form relating to informed consent to treatment, signed by the patient and (if he is incompetent) by his legal representative, be introduced at ... Vanha Vaasa Hospital (as well as in all other psychiatric establishments in Finland). The relevant legislation should be amended so as to require an external psychiatric opinion in any case where a patient does not agree with the treatment proposed by the establishment’s doctors; further, patients should be able to appeal against a compulsory treatment decision to the court.”

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 OF THE CONVENTION CONCERNING INVOLUNTARY CONFINEMENT

135. The applicant complained that her right to liberty had been breached in that as from 17 February 2005 she had been unlawfully confined to a mental hospital, though she had not been in need of involuntary care. She also complained that her detention in the hospital for the purpose of conducting a psychiatric assessment prior to that confinement had been unlawful. She cited Article 5 of the Convention, which reads in its relevant parts:

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

...

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

...

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

...”

136. The Government contested the argument concerning the applicant’s involuntary confinement from 17 February 2005. No observations were requested from the Government in respect of the other periods.

A. Admissibility

1. The parties’ submissions

(a) The applicant

137. The applicant argued that she had been held in the mental hospital without a legitimate reason. Her psychiatric assessment had not been ordered for the purpose of determining her mental state at the time of the alleged offence, as required by law, but in accordance with the public prosecutor’s plan to lock her up. In ordering her psychiatric assessment, and in maintaining that order, the national courts had ignored the medical opinion issued in December 2002 by Dr K.A., which clearly showed that there was no need for such an assessment as the applicant was healthy.

138. The confinement for involuntary treatment which followed had also been unlawful and unnecessary. Dr K.A. and Drs E.P. and M-P.H. in October 2005, and the doctors in the Helsinki University Hospital in October 2006, had confirmed that the applicant was not suffering from any psychological disorder and that there was no need for involuntary care. Dr A.K., who had conducted the psychiatric assessment leading to the applicant’s confinement, had erred in his judgment and in his understanding of the background to the case. Dr A.K. was not an experienced physician. He had obtained his degree in forensic psychiatry only on 5 July 2004, some three months prior to examining the applicant. Moreover, the applicant had not been heard in person before the Forensic Psychiatry Board prior to their

confirming Dr A.K.'s opinion regarding the applicant's need for involuntary care.

139. The applicant had not been given an opportunity to obtain a second opinion until October 2005. This practice had been criticised by the CPT. Dr M-P.H. had agreed to carry out an assessment of the applicant in Vanha Vaasa Hospital in February 2005, but the hospital had not allowed that. According to the applicant, she had been refused visits by outside doctors for the sole purpose of protecting the hospital doctors who had made a wrong diagnosis. Very soon after the visit of two independent doctors to Vanha Vaasa Hospital, the applicant had been moved to an open ward and granted permission to leave the hospital.

140. The applicant argued that, taking into account her age, her profession and her family relationships, the decision to confine her to involuntary care had been disproportionate. The applicant had been placed in a closed ward with seriously ill patients with criminal backgrounds. The applicant was herself an experienced doctor who had, *inter alia*, been the Head Physician in a mental hospital and a member of the Social and Health Affairs Board in her home town. Not a single complaint had been lodged by her patients about her work.

(b) The Government

141. The Government submitted firstly that a delusional disorder was a serious form of psychosis and very often necessitated hospital care.

142. The Government argued that the fact that the applicant had been of unsound mind and in need of involuntary care had been established conclusively by the authorities and upheld on appeal. A failure to commit her to care would have significantly aggravated her illness and seriously endangered her health and the health of others. Other health-care services had not been considered sufficient. The requirements set out in the Mental Health Act for involuntary care had thus been met and the measures taken by the authorities had been lawful. There had been no arbitrariness in the decision-making leading to the applicant's confinement. The matter fell within the margin of appreciation accorded to the State. The applicant's involuntary confinement had been proportionate and in accordance with Article 5 § 1 (e) of the Convention.

143. As regards Dr K.A.'s medical opinion of 30 December 2002, the Government stressed that, according to the doctor himself, the opinion had been given on the basis of two meetings with the applicant and without trying to conduct a thorough psychiatric examination. Such an examination was necessary for an evaluation of the applicant's mental condition. In any case, the applicant had brought the medical opinion of Dr K.A. to

the attention of the National Authority for Medicolegal Affairs and its Forensic Psychiatry Board, which had been able to take it into account in their decision-making. The examination of the applicant conducted at Helsinki University Hospital in 2006 could not be given much weight, as the adequacy of the findings was affected by the applicant's refusal to have her previous medical records transferred from Vanha Vaasa Hospital.

2. *The Court's assessment*

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

144. The Court reiterates that the expressions “lawful” and “in accordance with a procedure prescribed by law” in Article 5 § 1 essentially refer back to domestic law; they state the need for compliance with the relevant procedure under that law. The notion underlying the term in question is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary (see *Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979, § 45, Series A no. 33; *Wassink v. the Netherlands*, 27 September 1990, § 24, Series A no. 185-A; and, more recently, *Bik v. Russia*, no. 26321/03, § 30, 22 April 2010).

145. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law. However, since under Article 5 § 1 failure to comply with domestic law entails a breach of the Convention, it follows that the Court can, and should, exercise a certain power of review of such compliance (see *Benham v. the United Kingdom*, 10 June 1996, § 41, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, and *Bik*, cited above, § 31).

146. While the Court has not previously formulated a global definition of what types of conduct on the part of the authorities might constitute “arbitrariness” for the purposes of Article 5 § 1, key principles have been developed on a case-by-case basis. It is moreover clear from the case-law that the notion of arbitrariness in the context of Article 5 varies to a certain extent depending on the type of detention involved (see *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 68, ECHR 2008).

147. One general principle established in the case-law is that detention will be “arbitrary” where, despite complying with the letter of national law, there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities. The condition that there be no arbitrariness further demands that both the order to detain and the execution of the detention must genuinely conform to the purpose of the restrictions permitted by the relevant sub-paragraph of Article 5 § 1. There must in addition be some relationship between the ground relied on for the permitted deprivation of

liberty and the place and conditions of detention (*ibid.*, § 69, with further references).

148. The requirement of lawfulness laid down by Article 5 § 1 (e) (“lawful detention” ordered “in accordance with a procedure prescribed by law”) is not satisfied merely by compliance with the relevant domestic law; the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied in it, particularly the principle of the rule of law, which is expressly mentioned in the Preamble to the Convention. The notion underlying the expression “in accordance with a procedure prescribed by law” requires the existence in domestic law of adequate legal protections and “fair and proper procedures” (see, among other authorities, *Winterwerp*, cited above, § 45).

149. Moreover, the Court has outlined three minimum conditions for the lawful detention of an individual on the basis of unsoundness of mind under Article 5 § 1 (e) of the Convention: he must reliably be shown to be of unsound mind, that is, a true mental disorder must be established before a competent authority on the basis of objective medical evidence; the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement; and the validity of continued confinement must depend upon the persistence of such a disorder (see *Winterwerp*, cited above, § 39; *Johnson v. the United Kingdom*, 24 October 1997, § 60, *Reports* 1997-VII; and, more recently, *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, § 145, ECHR 2012).

150. In deciding whether an individual should be detained as a “person of unsound mind”, the national authorities have a certain margin of appreciation regarding the merits of clinical diagnoses, since it is in the first place for them to evaluate the evidence in a particular case: the Court’s task is to review under the Convention the decisions of those authorities (see *Winterwerp*, cited above, § 40; *Luberti v. Italy*, 23 February 1984, § 27, Series A no. 75; and, more recently, *Witek v. Poland*, no. 13453/07, § 39, 21 December 2010).

151. The detention of an individual is such a serious measure that it is only justified where other, less severe, measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained (see *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 78, ECHR 2000-III; *Varbanov v. Bulgaria*, no. 31365/96, § 46, ECHR 2000-X; and *Stanev*, cited above, § 143).

(b) Application of those principles to the psychiatric assessment

152. The Court observes that the domestic law in force at the time, like the provisions currently in force, contained provisions empowering the courts to confine compulsorily a person for the purpose of effecting a

psychiatric assessment (see paragraphs 116-17 above; compare and contrast *Varbanov*, cited above, § 50). In this part, the applicant's complaint falls to be examined under Article 5 § 1 (b) of the Convention, which allows the Contracting States to order the 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.

153. It is the applicant's firm view that she was ordered to undergo a psychiatric assessment in accordance with the public prosecutor's plan to lock her up. The Court cannot, however, uphold the applicant's allegation of bad faith on the part of the authorities. Firstly, the decision was taken independently by the District Court, which was in no way bound by the prosecutor's opinion on the need to conduct a psychiatric assessment. Secondly, the Court accepts that the purpose of the court order of 25 October 2002 requiring the applicant to undergo a psychiatric assessment was to determine whether she was capable of having criminal responsibility at the time the offence with which she was charged was committed, and also that it was in conformity with the need to ensure the proper conduct of the criminal proceedings against the applicant. Indeed, having found the applicant responsible under the alternative charge, the District Court refrained from passing sentence on her on the ground of her lack of criminal responsibility as established by the psychiatric assessment.

154. As to Dr K.A.'s medical opinion of December 2002, submitted to the District Court after it had given the order, the Court notes that according to the doctor himself he had only met the applicant twice and had thus not carried out a full psychiatric examination of her. The Court cannot therefore agree that Dr K.A.'s medical opinion should have resulted in the domestic courts' setting aside the order requiring the applicant to undergo a proper psychiatric assessment, as the applicant seems to suggest.

155. The Court observes that the psychiatric assessment was conducted in a hospital in accordance with section 15 of the Mental Health Act.

156. The Court further observes that section 16(2) of the Mental Health Act provides for a time-limit of two months for the completion of a psychiatric assessment of a person accused of a crime. A two-month extension may be granted by the National Authority for Medicolegal Affairs if reasonable grounds for doing so exist. In this case, that authority requested Dr A.K. to continue the psychiatric assessment of the applicant beyond the initial two-month period, being of the view that further tests should be conducted and more information obtained before a decision could be taken on the matter. The Court notes that although the time spent by the applicant against her will in Vanha Vaasa Hospital, from 11 November 2004 to 17 February 2005, to undergo the psychiatric assessment may seem

lengthy, it was covered by the court order of 25 October 2002 and did not exceed the maximum statutory period. The continuation of her detention for that purpose was at all times under the supervision of the National Authority for Medicolegal Affairs.

157. Having regard to the above, the Court cannot uphold the applicant's allegation that her confinement in Vanha Vaasa Hospital between 11 November 2004 and 17 February 2005 for a psychiatric assessment was unlawful. It follows that this complaint must be declared inadmissible as manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

(c) Application of those principles to the confinement for involuntary care

158. The Court considers that the complaint that the applicant's confinement for involuntary care from 17 February 2005 did not comply with the requirements of Article 5 § 1 of the Convention is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention, nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits of the complaint concerning the applicant's confinement for involuntary care

159. Having found inadmissible the applicant's complaint concerning her confinement in Vanha Vaasa Hospital between 11 November 2004 and 17 February 2005, effected for the purpose of conducting a psychiatric assessment, the Court will now restrict its examination, under Article 5 § 1 (e) of the Convention, to the time spent by the applicant in that hospital for involuntary treatment.

160. The Court notes that the decision of 17 February 2005 to place the applicant in involuntary hospital care was not taken by the District Court, but by a different independent authority, namely the Forensic Psychiatry Board. The Court will first examine whether depriving the applicant of her liberty in that context was in accordance with the domestic provisions and the procedure prescribed by domestic law.

161. The Court notes that the decision-making power of the National Authority for Medicolegal Affairs derives from sections 8 and 17(1) of the Mental Health Act.

162. The Court notes that in the present case the Board based its assessment of the need for the applicant's confinement for involuntary care on her psychiatric assessment and the recommendation made by Dr A.K., who had conducted that assessment. The Board considered that the applicant was suffering from a delusional disorder, which had motivated her for years

and which made her incapable of seeing matters from a viewpoint other than her own or of questioning the correctness of her own conclusions. The delusional disorder, if not treated, would considerably aggravate her mental illness or seriously endanger her health and the health of others. In the view of the Board, no other mental-health services would have served the purpose as the applicant did not consider herself to be mentally ill. That decision was, after an oral hearing, upheld by the Supreme Administrative Court on 13 October 2005 (see paragraph 72 above).

163. The Court further notes that the applicant's involuntary confinement was continued for about five months after the initial care order was implemented. The decision of 22 July 2005 to continue the applicant's care was made, in compliance with the national law, by the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital, after obtaining a medical-observation report from another doctor at that establishment. That decision was both confirmed and upheld on appeal by the Administrative Court on 31 October 2005, and further appealed against to the Supreme Administrative Court.

164. The Court notes that a further decision to continue the applicant's involuntary care was taken on 20 January 2006 by the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital. The applicant appealed against that decision to the Administrative Court too, even though she was in fact discharged from the hospital on 27 January 2006.

165. Having regard to the events set out above, the Court observes that the decision to confine the applicant in involuntary care was made by an independent administrative body with both legal and medical expertise (see paragraph 122 above) and that it was based on a thorough psychiatric assessment carried out in a mental hospital by a physician, Dr A.K., who did not take part in the actual decision-making. The Court is satisfied that the decision-making at the national level also followed the procedure prescribed by domestic law at all times, and takes note of the domestic courts' findings that the applicant's confinement, and the extensions of it, were lawful.

166. However, as stated above, the Court must review the compliance of domestic decisions with Article 5 § 1 (e) of the Convention, and in particular whether the procedure prescribed by law meets the "quality" requirements implied by the expression "in accordance with a procedure prescribed by law".

167. The Court considers it clear that the domestic legal basis for the applicant's detention from 17 February 2005 onwards was section 17 of the Mental Health Act. As to the quality of the law, the Court notes that the requirements of accessibility and foreseeability of the law do not raise any problems in the instant case. However, the Court reiterates that the law in question must also be "compatible with the rule of law". In the context of

deprivation of liberty, the domestic law must provide some protection to the individual against arbitrary interference with his or her rights under Article 5.

168. The Court reiterates that where the decision to deprive an individual of his liberty is taken by an administrative body, that individual is entitled to have the lawfulness of the decision reviewed by a court (see, *mutatis mutandis*, *Luberti*, cited above, § 31). The Court finds that the initial confinement of a “forensic” patient, after a psychiatric assessment, for involuntary treatment in a mental hospital by the Forensic Psychiatry Board, whose decisions are subject to independent judicial review, does not appear to be problematic from the point of view of the rule of law. However, as regards the continuation of such treatment there were no adequate safeguards against arbitrariness.

169. The Court draws attention, firstly, to the fact that in the present case the decisions to continue the applicant’s involuntary confinement after the initial care order were made by the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital after obtaining a medical-observation report from another doctor in that establishment. In the Finnish system, medical evaluation is thus performed by two physicians at the same mental hospital in which the patient is detained. The patients do not therefore have the opportunity to benefit from a second, independent psychiatric opinion. The Court finds such an opportunity to be an important safeguard against possible arbitrariness in decision-making where the continuation of confinement in involuntary care is concerned. In this connection the Court also refers to the CPT’s recommendation that periodic review of an order to treat a patient against his or her will in a psychiatric hospital should involve a psychiatric opinion which is independent of the hospital in which the patient is detained (see paragraph 133 above). This covers all the criteria in section 8 of the Mental Health Act.

170. Secondly, the Court notes that a periodic review of the need to continue a person’s involuntary treatment in Finnish mental hospitals takes place every six months. Leaving aside the question whether a period of six months can be considered a reasonable interval or not, the Court draws attention to the fact that under section 17(2) of the Mental Health Act this renewal is initiated by the domestic authorities. A patient who is detained in a mental hospital does not appear to have any opportunity to initiate any proceedings in which the issue of whether the conditions for his or her confinement for involuntary treatment are still met could be examined. The Court has found in its earlier case-law that a system of periodic review in which the initiative lay solely with the authorities was not sufficient on its own (see, *mutatis mutandis*, *Rakevich v. Russia*, no. 58973/00,

§§ 43-44, 28 October 2003, and *Gorshkov v. Ukraine*, no. 67531/01, § 44, 8 November 2005). In the present case this situation is aggravated by the fact that in Finland a care order issued for involuntary hospitalisation of a psychiatric patient is understood also to contain an automatic authorisation to treat the patient, even against his or her will. In this respect too there is no immediate remedy available to the patient.

171. The Court considers, in the light of the above considerations, that the procedure prescribed by national law did not in the present case provide adequate safeguards against arbitrariness. The domestic law was thus not in conformity with the requirements imposed by Article 5 § 1 (e) of the Convention and, accordingly, there has been a violation of the applicant's rights under that Article in respect of her confinement for involuntary care in a mental hospital after the initial six-month period.

...

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION CONCERNING FORCIBLE ADMINISTRATION OF MEDICATION

202. The applicant further complained that she had been subjected to the forced administration of medication in breach of Article 3 of the Convention.

203. The Government contested that argument.

204. The Court considers that, having regard to all the circumstances of the case, the current complaint concerns the applicant's private life and should be examined under Article 8 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

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

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

A. Admissibility

205. The Court 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 applicant

206. The applicant argued that she was healthy and had not been in need of medication. She was 62 years old at the time, and the forced medication had caused her serious harm and health problems, which had persisted for a year after she had returned home. The manner in which the medication was administered had been very violent. The applicant had long and wide-ranging experience in the field of medicine and was thus able to identify the errors made by the doctors in Vanha Vaasa Hospital. This had further added to her suffering. Also, in his medical opinion of 25 October 2005 Dr M-P.H. had expressed the view that the forced medication of the applicant constituted assault. Only in November 2005, after a visit to the hospital by two independent doctors, had the dosage of medication been reduced. The only comfort the applicant had had in the hospital was the knowledge of the forthcoming visits of those doctors and of the possibility of obtaining a second opinion. The forced medication had affected the applicant's ability to have a fresh psychiatric assessment conducted, as she had had to wait until the side effects of the medication had gone, which had not been until September 2006.

(b) The Government

207. The Government accepted that the forced medication of the applicant had interfered with her right to respect for her private life. It had, however, pursued the legitimate aim of protecting health and the rights and freedoms of others. The impugned measure had been based on law, namely section 8 of the Mental Health Act, which had been both accessible and foreseeable. The Government also contended that the impugned measure had been necessary in a democratic society and that it fell, in any case, within the margin of appreciation accorded to the State.

208. The Government referred to section 15 of the Health Care Professionals Act, submitting that efforts should be made to help a person suffering from a mental illness even if he or she did not understand the need for care. Each health-care professional had to weigh the benefits of their professional activity to the patient against its possible hazards.

209. The Government also submitted that, according to the applicant's patient records, she had opposed possible medical treatment even before the commencement of involuntary care. After the applicant's involuntary

admission to the hospital, administration of medication by injection had been started because she had persistently refused to take medication orally. Efforts had been made by the hospital staff to provide care for the applicant in an atmosphere of mutual understanding, but because of her opposition those efforts had been unsuccessful. In time the applicant's attitude towards medication had become more accommodating, and from November 2005 she had no longer been physically resisting the administration of medication, although she had still objected to it verbally. At the end of the year she had also agreed to blood tests, and during the Christmas holiday she had given herself an injection with the assistance of a nurse.

210. In the Government's view, the applicant's treatment had been medically justified. The recommended dose of Risperdal Consta, which was used, *inter alia*, in the treatment of delusional disorder, along with discussion therapy, was 25 milligrams injected into the muscle every two weeks, but some patients might benefit from larger doses of 37.5 or 50 milligrams. The Government argued that failure to give the applicant medication would have seriously endangered her health.

211. The Government further referred to a statement given on 7 July 2009 by the Head Physician of Vanha Vaasa Hospital, Dr M.E., in which the latter submitted that the applicant's health had improved little by little after medication had been started. She could, among other things, think more clearly about routine matters in her daily life instead of concentrating on drawing up extensive appeals or repeating time after time her view of the events leading to the criminal charges against her (document not submitted to the Court).

2. *The Court's assessment*

212. The Court reiterates that a medical intervention in defiance of the subject's will give rise to an interference with respect for his or her private life, and in particular his or her right to physical integrity (see *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, § 70, ECHR 2004-II).

213. The Court also reiterates that any interference with an individual's right to respect for his or her private life will constitute a breach of Article 8, unless it is "in accordance with the law", pursues a legitimate aim or aims under paragraph 2, and is "necessary in a democratic society" (see, *inter alia*, *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 45, ECHR 2000-VIII). The notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aims pursued. In determining whether an interference was "necessary in a democratic society", the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States. Furthermore, the Court

cannot confine itself to considering the impugned facts in isolation, but must apply an objective standard and look at them in the light of the case as a whole (see, *inter alia*, *Matter v. Slovakia*, no. 31534/96, § 66, 5 July 1999).

214. The Court notes that in the present case it has not been disputed by the Government that the forced administration of medication constituted an interference with the applicant's right to respect for her physical integrity within the meaning of the first paragraph of Article 8. It thus remains to be determined whether the interference was justified under the second paragraph of that Article, namely, whether it was in accordance with the law, pursued a legitimate aim, and could be regarded as necessary in a democratic society.

215. The Court notes that the expression "in accordance with the law", within the meaning of Article 8 § 2, requires firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law; it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law (see, for instance, *Herczegfalvy v. Austria*, 24 September 1992, § 88, Series A no. 244).

216. As to whether there was a legal basis in Finnish law, the Court reiterates that in accordance with the case-law of the Convention institutions, in relation to Article 8 § 2 of the Convention, the term "law" is to be understood in its "substantive" sense, not its "formal" one. In a sphere covered by written law, the "law" is the enactment in force as the competent courts have interpreted it (see, *inter alia*, *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, § 43, ECHR 2002-III). In that connection the Court reiterates that its power to review compliance with domestic law is limited, it being in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply that law (see, *inter alia*, *Chappell v. the United Kingdom*, 30 March 1989, § 54, Series A no. 152-A). As submitted by the Government, section 8 of the Mental Health Act lays down the criteria for ordering the confinement of a person for involuntary care in a mental hospital. The Court would also observe that section 22b of that Act contains more detailed provisions on the treatment of mental illness. Subsection 3 stipulates that it is for the physician treating the patient to decide on the treatment to be given, regardless of the patient's wishes. The Court is thus satisfied that the interference complained of had a legal basis in Finnish law.

217. As to the quality of the law, the Court notes that the requirements of accessibility and foreseeability of the law do not create any problems in the instant case. However, the Court reiterates that Article 8 § 2 also requires the law in question to be "compatible with the rule of law". In the context of forced administration of medication, the domestic law must provide some

protection for the individual against arbitrary interference with his or her rights under Article 8. The Court must thus examine the “quality” of the legal rules applicable to the applicant in the instant case.

218. The Court notes in the first place that section 22b of the Mental Health Act contains detailed provisions on the treatment of mental illness, and, in particular, that it is for the physician attending to the patient to decide on the treatment to be given, regardless of the patient’s wishes. According to the preparatory works relating to that provision (see Government Bill HE 113/2001 vp), a care order issued for involuntary hospitalisation of a psychiatric patient is understood also to contain an automatic authorisation to treat the patient, even against his or her will. Even though the doctors may seek to obtain a person’s consent prior to the treatment, there is no obligation to have such consent in written form or to seek such consent from the patient’s relatives or guardian. If a patient refuses to give his or her consent or withdraws consent given previously, the provision allows forcible administration of medication. This is, according to the preparatory documents relating to the Act, in the interests of the patient in order to secure his or her constitutional right to the necessary care in a situation in which he or she is not personally able to make a decision about the treatment on account of his or her illness.

219. The Court also notes that decisions taken by a doctor under section 22b, subsection 3, of the Mental Health Act concerning the medication of a patient are not subject to appeal. The applicant made a number of complaints to that effect to the National Authority for Medicolegal Affairs and the Chancellor of Justice. However, neither could intervene in the case. The latter transferred the complaints to the Parliamentary Ombudsman, who took the position that she could not intervene in a case which was already being examined by the National Authority for Medicolegal Affairs. That authority in turn confirmed in its reply of 15 July 2005 that it was not competent to interfere directly with the administration of medication or to order it to be discontinued, as the power of decision-making in such matters lay with the doctors responsible for the patient’s treatment. It seems that the State Provincial Office did not have the necessary competence either.

220. The Court considers that the forced administration of medication represents a serious interference with a person’s physical integrity, and must accordingly be based on a “law” that guarantees proper safeguards against arbitrariness. In the present case such safeguards were missing. The decision to confine the applicant for involuntary treatment included an automatic authorisation to proceed to forcible administration of medication if the applicant refused the treatment. The decision-making was solely in the hands of the doctors treating the patient, who could take even quite radical

measures regardless of the applicant's wishes. Moreover, their decision-making was free from any kind of immediate judicial scrutiny: the applicant did not have any remedy available whereby she could require a court to rule on the lawfulness, including the proportionality, of the forced administration of medication, or to have it discontinued.

221. On these grounds the Court finds that the forced administration of medication in the present case was implemented without proper legal safeguards. The Court concludes that, even if there could be said to be a general legal basis for the measures provided for in Finnish law, the absence of sufficient safeguards against forced medication by doctors deprived the applicant of the minimum degree of protection to which she was entitled under the rule of law in a democratic society (see *Herczegfalvy*, cited above, § 91, and, *mutatis mutandis*, *Narinen v. Finland*, no. 45027/98, § 36, 1 June 2004).

222. The Court finds that in these circumstances it cannot be said that the interference in question was "in accordance with the law" as required by Article 8 § 2 of the Convention. There has therefore been a violation of Article 8 of the Convention.

223. Having regard to the above conclusion, the Court does not consider it necessary to review compliance with the other requirements of Article 8 § 2 in this case.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares* unanimously the complaints concerning the applicant's confinement for involuntary care, the forced administration of medication while in hospital and the lack of an effective remedy in that respect admissible;
2. *Declares* by a majority the complaint concerning the alleged unlawfulness of the applicant's involuntary psychiatric assessment inadmissible;
- ...
4. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention only in respect of the applicant's confinement for involuntary care after the initial six-month period;
5. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the forced medication;

...

Done in English, and notified in writing on 3 July 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early
Registrar

Nicolas Bratza
President

X c. FINLANDE
(Requête n° 34806/04)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 3 JUILLET 2012¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Administration forcée de médicaments dans un établissement psychiatrique****Article 8**

Respect de la vie privée – Administration forcée de médicaments dans un établissement psychiatrique – Atteinte à l'intégrité physique – Prévu par la loi – Absence de contrôle juridictionnel ou d'autre mécanisme de contrôle de la légalité ou de la proportionnalité de la mesure – Absence de garantie adéquate contre l'arbitraire

Article 5 § 1

Privation de liberté – Aliénés – Internement forcé dans un établissement psychiatrique – Absence d'avis psychiatrique indépendant au sujet de la poursuite de l'internement – Impossibilité pour le patient de demander le contrôle juridictionnel de la nécessité de poursuivre l'internement – Absence de garantie adéquate contre l'arbitraire

*

* *

La requérante, pédiatre de profession, fut arrêtée en octobre 2004 dans le cadre de la procédure pénale qui avait été engagée contre elle, car elle était soupçonnée d'avoir aidé une mère à retirer sa fille du centre de soutien familial où celle-ci avait été placée. Le tribunal de district ordonna le placement de la requérante dans un établissement psychiatrique, où un médecin conclut après une expertise de deux mois qu'elle était atteinte d'un trouble hallucinatoire et que les conditions requises pour son internement d'office étaient remplies. En février 2005, la commission de psychiatrie criminelle de l'autorité médicolégale ordonna que la requérante suive un traitement obligatoire en se fondant sur le rapport de ce médecin. A l'hôpital, on lui administra les médicaments par injection après qu'elle eut refusé de les prendre par voie orale. La requérante ne sortit de l'hôpital qu'en janvier 2006 et son traitement fut officiellement arrêté en juin de la même année. Elle contesta en vain son internement et son traitement obligatoire devant les autorités nationales.

1. Article 5 § 1: la décision initiale d'interner la requérante pour un traitement d'office fut prise par un organe administratif indépendant doté de compétences tant juridiques que médicales et se fondait sur une expertise psychiatrique approfondie menée dans un établissement psychiatrique par un médecin qui n'a pas pris part

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

au processus ayant conduit à la décision d'internement. Le processus décisionnel a par ailleurs constamment respecté les procédures prévues par le droit interne, et la loi sur la santé mentale était suffisamment claire et prévisible à cet égard. Toutefois, le droit interne doit aussi protéger les individus contre les privations arbitraires de liberté et de sécurité. Alors que l'internement initial de la requérante ne soulève aucun problème car il a été ordonné par une autorité spécialisée indépendante à l'issue d'une expertise psychiatrique et a été contrôlé par un tribunal, la prolongation de l'internement d'office après la période initiale n'a pas été entourée de garanties adéquates contre l'arbitraire. En particulier, aucun avis psychiatrique indépendant n'a été recueilli puisque les deux médecins qui ont décidé de la prolongation de l'internement appartenaient à l'hôpital où la requérante était traitée. En outre, en droit finlandais, la requérante ne pouvait pas engager elle-même de procédure pour faire contrôler la nécessité de poursuivre son internement ; en effet, pareil contrôle ne pouvait avoir lieu que tous les six mois à l'initiative des autorités nationales compétentes. La procédure prévue par le droit interne n'a donc pas offert de garanties adéquates contre l'arbitraire.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 8 : une intervention médicale effectuée contre la volonté d'une personne constitue normalement une ingérence dans sa vie privée, et son intégrité physique en particulier. Pareille ingérence est justifiée si elle est prévue par la loi, poursuit un but légitime et est proportionnée. L'accessibilité et la prévisibilité de la loi applicable en l'espèce ne soulèvent aucun problème. L'article 8 exige cependant aussi que la loi en question soit compatible avec la prééminence du droit, ce qui dans le domaine particulier de l'administration forcée de médicaments signifie que le droit interne doit offrir à l'individu une forme de protection contre l'arbitraire. En vertu de la loi sur la santé mentale, le médecin traitant peut décider du traitement à donner à son patient sans tenir compte des souhaits de celui-ci, et ses décisions ne sont pas susceptibles d'appel. Toutefois, eu égard à la gravité que revêt l'administration forcée de médicaments, la Cour considère que la loi sur laquelle se fonde pareille mesure doit prévoir des garanties adéquates contre l'arbitraire. Or cela n'a pas été le cas pour la requérante : la décision de l'interner d'office englobait automatiquement l'autorisation de lui administrer de force des médicaments si elle s'opposait au traitement. La décision était entre les mains des seuls médecins traitants et elle n'a fait l'objet d'aucune forme de contrôle juridictionnel. La requérante ne disposait d'aucun recours qui lui aurait permis de demander à un tribunal de statuer sur la légalité ou la proportionnalité de la mesure ou de la faire cesser. Dès lors, l'ingérence en question n'était pas « prévue par la loi ».

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue certaines sommes pour dommage moral et pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

- Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, série A n° 33
Luberti c. Italie, 23 février 1984, série A n° 75
Chappell c. Royaume-Uni, 30 mars 1989, série A n° 152-A
Wassink c. Pays-Bas, 27 septembre 1990, série A n° 185-A
Herczegfalvy c. Autriche, 24 septembre 1992, série A n° 244
Benham c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
Johnson c. Royaume-Uni, 24 octobre 1997, *Recueil* 1997-VII
Matter c. Slovaquie, n° 31534/96, 5 juillet 1999
Witold Litwa c. Pologne, n° 26629/95, CEDH 2000-III
Elsholz c. Allemagne [GC], n° 25735/94, CEDH 2000-VIII
Varbanov c. Bulgarie, n° 31365/96, CEDH 2000-X
Société Colas Est et autres c. France, n° 37971/97, CEDH 2002-III
Rakevitch c. Russie, n° 58973/00, 28 octobre 2003
Glass c. Royaume-Uni, n° 61827/00, CEDH 2004-II
Narinen c. Finlande, n° 45027/98, 1^{er} juin 2004
Gorchkov c. Ukraine, n° 67531/01, 8 novembre 2005
Saadi c. Royaume-Uni [GC], n° 13229/03, CEDH 2008
Bik c. Russie, n° 26321/03, 22 avril 2010
Witek c. Pologne, n° 13453/07, 21 décembre 2010
Stanev c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, CEDH 2012

En l'affaire X c. Finlande,

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

Nicolas Bratza, *président*,
Lech Garlicki,
George Nicolaou,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić, *juges*,
Matti Mikkola, *juge ad hoc*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 12 juin 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34806/04) dirigée contre la République de Finlande et dont une ressortissante de cet Etat, M^{me} X (« la requérante »), a saisi la Cour le 30 septembre 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la quatrième section de la Cour a décidé d'office de ne pas divulguer l'identité de la requérante (article 47 § 3 du règlement).

2. La requérante a été représentée par M^e H. Molander, avocate à Helsinki. Le gouvernement finlandais (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. A. Kosonen, du ministère des Affaires étrangères.

3. La requérante alléguait en particulier, sur le terrain de l'article 6 de la Convention, qu'elle n'avait pas bénéficié d'un procès équitable dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre elle en ce qu'elle n'avait pas été entendue en audience sur la nécessité de désigner un tuteur pour la représenter lors de cette procédure, et qu'elle n'avait pas pu interroger les témoins à décharge cités par elle. Sous l'angle des articles 5 et 8 de la Convention, elle alléguait en outre qu'elle avait été internée d'office dans un établissement psychiatrique et qu'on lui avait administré de force des médicaments, mesures qui étaient selon elle à la fois inutiles et illégales. Enfin, invoquant l'article 13 de la Convention, elle se plaignait de n'avoir pas disposé d'un recours effectif pour contester l'administration forcée de médicaments.

4. Le 11 mai 2009, le président de la section a décidé de communiquer la requête 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.

5. Après consultation des parties, la chambre a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience sur le fond (article 54 § 3 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Contexte et événements ayant débouché sur la procédure pénale

6. Pédiatre de profession, la requérante, née en 1943, continua d'exercer la médecine à titre libéral après avoir pris sa retraite.

7. Le 30 novembre 1995, une mère conduisit sa fille, V., née en 1993, au cabinet de la requérante pour la faire examiner car elle soupçonnait le père d'avoir fait subir des abus sexuels à l'enfant. La requérante l'examina et prit des photographies.

8. Le 13 juin 2000, la fillette fut retirée à sa mère en raison des problèmes mentaux de cette dernière et placée dans un centre de soutien familial.

9. Les événements qui sont à l'origine de la présente affaire ont débuté le 16 décembre 2000, date à laquelle la mère de V. n'a pas ramené l'enfant au centre de soutien familial après avoir passé du temps avec elle. Il apparaît que le centre devait fermer pendant les vacances de Noël, et il a été allégué au cours de la procédure interne que la petite fille avait dit à sa mère qu'elle ne voulait pas aller chez son père pendant les vacances.

10. V. tomba malade et fut conduite par sa mère au cabinet médical de la requérante le 26 décembre 2000. Après son départ du cabinet, V. demeura avec sa mère jusqu'à ce que les autorités la retrouvent, le 22 avril 2001.

B. Recours à des mesures de contrainte

11. Le 18 avril 2001, la requérante fut arrêtée car elle était soupçonnée d'avoir privé V. de sa liberté, privation qui aurait débuté le 16 décembre 2000 dans la ville de [A.]. Le domicile et le cabinet de la requérante firent l'objet d'une perquisition le jour même. Le 20 avril 2001, le tribunal de district (*käräjätuomioistuimen*) entendit la requérante et décida de la placer en détention provisoire, considérant que, faute d'une telle mesure, il était probable que l'intéressée rende la résolution de l'affaire plus compliquée et continue à se livrer à des activités criminelles.

12. Par cinq décisions distinctes rendues entre mai et septembre 2001 à la suite de demandes de la police, le tribunal de district autorisa cette dernière

à recueillir des informations au sujet d'appels à destination et en provenance des téléphones utilisés par la mère de V. et par un troisième suspect au cours de différentes périodes situées entre le 15 décembre 2000 et le 22 avril 2001. Les informations rassemblées montraient que des appels avaient aussi été émis depuis et vers un téléphone appartenant à la requérante.

13. V. fut retrouvée le 22 avril 2001. La requérante fut libérée le 25 avril 2001, à la suite de quoi elle déposa plusieurs plaintes, notamment à propos de la décision prise le 20 avril 2001 par le tribunal de district de la placer en détention provisoire, et elle demanda l'ouverture d'une enquête sur les actes commis par un certain nombre de policiers à l'occasion de son arrestation et des événements liés à celle-ci.

C. Décision d'interdiction

14. Le 11 mai 2001, la police interdit provisoirement à la requérante de se rendre dans certains lieux, expressément désignés, fréquentés par V.

15. Le 1^{er} juin 2001, le tribunal de district considéra qu'il était peu probable que la requérante harcèle ou continue de harceler l'enfant ou commette une infraction à son égard, raison pour laquelle il annula la décision de la police.

D. Procédure pénale

16. Le 18 avril 2002, le procureur dressa un acte d'accusation contre la mère de V., la requérante et une troisième personne. La requérante était accusée d'avoir privé V. de sa liberté du 16 décembre 2000 au 22 avril 2001 ou, à titre subsidiaire, d'avoir été complice de cette infraction. Par ses avis, conseils et actes, la requérante aurait joué un rôle dans la décision prise par la mère d'enlever sa fille le 16 décembre 2000 dans la ville de [A.] et, après que la mère eut enlevé l'enfant et l'eut emmenée au plus tard à Noël 2000 dans la ville de [B.], elle aurait illégalement isolé V. avec le consentement de la mère. L'infraction était assortie de circonstances aggravantes : la durée de la privation de liberté et le fait qu'elle avait été préparée et préméditée et avait nui au développement émotionnel de l'enfant.

17. Dans sa réponse écrite à l'acte d'accusation, la requérante niait avoir en quoi que ce soit influé sur les actes de la mère et déclarait s'être bornée à prescrire un traitement médical à V. Il n'était selon elle pas prouvé que les soupçons d'abus sexuels étaient infondés.

18. Le 17 juillet 2002 et le 22 janvier 2003, la requérante demanda au parquet général (*valtakunnansyyttäjä, högsta åklagaren*) le remplacement du procureur, se plaignant d'un certain nombre d'irrégularités de sa part, par un procureur impartial. Le parquet rejeta sa demande.

19. Le 21 août 2002, le tribunal de district commit d'office une avocate, M^e M.K., pour représenter la requérante, au motif que le représentant choisi par l'intéressée – M. J.R., un ingénieur – n'était pas considéré comme capable d'accomplir sa tâche en raison de la gravité de l'infraction en cause. La requérante contesta cette nomination par écrit, sans toutefois désigner d'avocat de son choix comme elle avait été invitée à le faire. Le 21 octobre 2002, la cour d'appel (*hovioikeus, hovrätten*) débouta la requérante.

20. Lors d'une audience préliminaire tenue le 19 septembre 2002, le tribunal de district ordonna, contrairement au souhait de la requérante, que l'affaire soit examinée à huis clos car elle concernait des questions sensibles se rapportant à la vie d'un enfant. Il dit aussi que la requérante ne pouvait se défendre elle-même eu égard à la nature de l'affaire. La requérante se plaignit en vain de cette décision auprès des juridictions supérieures.

21. L'examen de l'affaire débuta le 22 octobre 2002 et dura quatre jours. La requérante informa le tribunal qu'elle considérait que M^e M.K., l'avocate commise d'office pour la représenter et qui assistait à l'audience, n'était pas habilitée à plaider en son nom. Elle ajouta qu'elle assurerait elle-même sa défense.

22. Le tribunal de district entendit des déclarations de la requérante et des deux autres accusés. Il entendit également le père de V., qui représentait cette dernière, et dix témoins. Le 24 octobre 2002, le tribunal rejeta, la jugeant non pertinente, une demande de la requérante visant à l'audition comme témoins de V., de J.R., d'un inspecteur de police et de deux avocats au sujet de la privation de liberté ainsi que de la mauvaise interprétation des faits à laquelle aurait procédé le procureur et que la requérante considérait comme criminelle. La requérante renouvela sa demande, déclarant qu'il fallait que les témoins soient entendus pour éclairer le contexte de l'infraction dont elle était accusée. Le tribunal de district rejeta aussi cette nouvelle demande au motif qu'aucune des raisons avancées par la requérante ne justifiait d'entendre les témoins qu'elle avait cités.

23. Le 25 octobre 2002, le tribunal de district ordonna que la requérante et la mère de V. subissent une expertise psychiatrique conformément au chapitre 17, article 45, du code de procédure judiciaire (*oikeudenkäymiskaari, Rättegångs Balk*) et à l'article 16 § 1 de la loi sur la santé mentale (*mielenterveyslaki, mentalvårdslagen*), et ajourna la procédure dans l'attente des résultats. La requérante décida alors de se cacher.

E. Événements survenus pendant que la requérante vivait cachée

24. Le docteur K.A., psychiatre, déclara dans un avis écrit daté du 30 décembre 2002 qu'il avait reçu la requérante à deux reprises, le 14 novembre et le 30 décembre 2002, et que, lors des deux conversations

qu'il avait eues avec elle, il n'avait remarqué aucun signe de trouble mental et qu'à son avis elle n'avait pas besoin d'une prise en charge d'office. Il souligna toutefois qu'il n'avait pas procédé à une expertise psychiatrique car pareille expertise ne pouvait être effectuée qu'à l'hôpital et non dans un cabinet de consultation privé.

25. L'hôpital de Niuvanniemi, l'un des deux hôpitaux psychiatriques publics de Finlande, informa la requérante qu'il pouvait l'accueillir à partir du 2 janvier 2003. L'intéressée fit repousser le rendez-vous, d'abord au 20 janvier, puis au 12 mars 2003, mais ne se rendit pas à l'hôpital.

26. Par une lettre du 8 janvier 2003, la requérante proposa que M^e P.S. soit dorénavant son représentant. Le 13 janvier 2003, le tribunal de district désigna cet avocat pour représenter la requérante.

27. Le 25 mars 2003, en l'absence de la requérante, le tribunal de district ordonna que celle-ci fût arrêtée et placée en détention au motif qu'elle cherchait à se soustraire à son procès puisqu'elle ne s'était pas rendue à l'hôpital de Niuvanniemi. M^e P.S. représentait la requérante à l'audience. L'intéressée déposa une plainte au motif qu'il n'existait pas de raisons suffisantes de la placer en détention et en invoquant des vices de procédure. Le 28 avril 2003, la cour d'appel rejeta la plainte pour défaut de fondement. Le 16 juin 2003, la cour d'appel rejeta une nouvelle plainte de la requérante sans examen au fond. L'intéressée soumit alors une troisième plainte, que la cour d'appel rejeta le 18 mars 2004 pour défaut de fondement. La Cour suprême rejeta les demandes par lesquelles la requérante sollicitait l'autorisation de la saisir.

28. Le 9 octobre 2003, la cour d'appel rejeta une plainte de la requérante relative à la décision du tribunal de district de lui ordonner de subir une expertise psychiatrique, jugeant infondée l'allégation selon laquelle la procédure devant cette juridiction était entachée de vices de procédure. Le 30 mars 2004, la Cour suprême refusa l'autorisation de la saisir.

29. Ayant reçu une demande de déport de la part de M^e P.S., le 5 mai 2004, après avoir donné à la requérante la possibilité de soumettre des observations écrites, le tribunal de district désigna M^e M.S., avocat, pour la représenter. Le 23 juin 2004, la cour d'appel rejeta une plainte formée par la requérante contre cette décision, estimant qu'elle n'était pas en mesure d'assurer elle-même sa défense et que M^e M.S. n'était pas partial comme elle l'alléguait. La cour d'appel rejeta aussi une demande de la requérante en vue de la tenue d'une audience, au motif que cela n'était nullement nécessaire. Le 27 juin 2005, la Cour suprême lui refusa l'autorisation de la saisir.

30. Le 15 juin 2004, la cour d'appel rejeta une plainte dans laquelle la requérante alléguait notamment que le juge du tribunal de district qui avait ordonné qu'elle se soumit à une expertise psychiatrique était de parti

pris. L'intéressée demanda que de nouveaux motifs fussent fournis à l'appui de cette décision. La cour d'appel la débouta le 12 juillet 2004. Le 27 juin 2005, la Cour suprême lui refusa l'autorisation de la saisir.

31. Par une lettre du 2 septembre 2004, le tribunal de district informa la requérante qu'il tiendrait le 20 septembre 2004 une audience au sujet de sa détention, que les autres aspects des accusations pénales retenues contre elle ne seraient pas abordés au cours de cette audience et que seules les dépositions concernant sa détention seraient recueillies.

32. Le 20 septembre 2004, le tribunal de district émit une nouvelle ordonnance en vue de l'arrestation de la requérante, estimant qu'elle cherchait toujours à se soustraire à son procès. M^e M.S., son avocat d'office, représentait l'intéressée à l'audience. Le 9 novembre 2004, la cour d'appel rejeta la plainte formée par la requérante au sujet de la décision du 20 septembre 2004 sans examen au fond étant donné qu'elle avait été rédigée par M. J.R., qui ne satisfaisait pas aux conditions énoncées à l'article 2 du chapitre 15 du code de procédure judiciaire. Elle nota qu'un avocat avait été désigné d'office pour représenter la requérante. La Cour suprême rejeta le 29 septembre 2005 une autre plainte de la requérante sans l'examiner au fond.

F. Arrestation et détention

33. La requérante fut arrêtée le 12 octobre 2004.

34. Le 15 octobre 2004, après avoir entendu la requérante en personne, le tribunal de district la plaça en détention provisoire, jugeant qu'elle savait qu'elle devait se soumettre à une expertise psychiatrique et que des mandats d'arrêt avaient été décernés contre elle. Le tribunal déclara que la requérante s'était soustraite à son procès, dont l'expertise faisait partie. Le tribunal ordonna que la requérante fût placée en garde à vue puis internée dans un établissement psychiatrique devant être choisi par l'Autorité nationale des affaires médico-légales (*terveydenhuollon oikeusturvakeskus, rättsskyddscentralen för hälsovården* – «l'autorité médico-légale»).

G. Expertise psychiatrique en établissement psychiatrique

35. Le 11 novembre 2004, la requérante fut conduite à l'hôpital de Vanha Vaasa, l'autre hôpital psychiatrique public finlandais, pour y subir une expertise, qui était à l'origine prévue pour durer deux mois. L'expertise fut conduite par le docteur A.K., spécialiste de psychiatrie, psychiatrie des adolescents et psychiatrie médico-légale, qui rencontra la requérante dix fois. La requérante vit aussi deux psychologues, G.W.-H. et A.K.-V. Elle refusa de se soumettre à des examens somatiques et neurologiques et à des examens

spéciaux tels qu'une imagerie du cerveau par résonance magnétique. Elle refusa aussi les tests en laboratoire et les tests psychologiques.

36. Le 3 janvier 2005, le docteur A.K. remit son avis écrit à l'autorité médicolégale en se fondant sur l'expertise qu'il avait menée du 11 novembre 2004 au 3 janvier 2005. Il concluait que la requérante souffrait d'hallucinations et n'était pas pénalement responsable au moment de l'infraction. Le docteur A.K. jugeait aussi que les critères requis pour un internement d'office, exposés à l'article 8 de la loi sur la santé mentale, étaient réunis, et que la requérante n'était pas en état de comparaître à son procès. Sa capacité à défendre ses intérêts était altérée par sa maladie mentale et il fallait donc désigner un tuteur pour la représenter dans le cadre de la procédure pénale.

37. Le même jour, la requérante réclama à l'autorité médicolégale un second avis. Le 5 janvier 2005, l'autorité l'informa qu'elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner l'expertise psychiatrique d'un accusé dans une affaire pénale et qu'elle transmettait dès lors sa demande au tribunal.

38. Par une décision provisoire du 20 janvier 2005, la commission de psychiatrie criminelle de l'autorité médicolégale (*terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen oikeuspsykiatristen asioiden lautakunta, nämnden för rättspsykiatriska ärenden vid rättskyddscentralen för hälsovården* – «la commission de psychiatrie criminelle») demanda au docteur A.K. de compléter son avis, dans la mesure du possible, en soumettant la requérante à des tests psychologiques et en fournissant des informations permettant de comparer l'aptitude de l'intéressée à gérer ses affaires à l'époque des événements criminels litigieux et antérieurement à cela. Le docteur A.K. fut également invité à expliquer en détail pourquoi il considérait que les critères requis pour une prise en charge d'office étaient réunis et pourquoi un traitement à domicile ne serait pas suffisant. Les résultats devaient être fournis à l'autorité dans les meilleurs délais.

39. Cet examen complémentaire fut terminé le 4 février 2005. La requérante refusa de nouveau de se soumettre aux tests psychologiques que le personnel de l'hôpital devait lui faire passer car elle doutait de son impartialité. Dans son rapport établi à cette même date, le docteur A.K. considérait que la requérante était atteinte d'une psychose hallucinatoire, et ce même avant les événements qui avaient conduit à sa mise en accusation. La requérante avait observé des signes d'abus sexuels que d'autres experts n'avaient pas repérés. Pour le docteur A.K., il était nécessaire de soumettre d'office la requérante à un traitement psychiatrique afin de la guérir de ses troubles mentaux, qui se rapportaient essentiellement à des questions judiciaires mais trahissaient aussi un complexe de supériorité du fait qu'elle était toujours convaincue d'avoir raison. En outre, étant médecin,

elle risquait de nuire à autrui en prescrivant des médicaments dangereux pour la santé. Etant donné qu'elle se soustrayait depuis longtemps à une expertise psychiatrique et qu'elle s'opposait à tout traitement, il n'était pas suffisant qu'elle suivît un traitement à domicile. Le docteur A.K. concluait que la requérante était atteinte d'un délire paranoïde, ayant accusé diverses autorités d'abus continu de compétences. Elle s'était noyée dans les détails de sa propre affaire en perdant toute vue d'ensemble. Il estimait que les troubles hallucinatoires étaient suffisamment marqués pour être qualifiés de psychose, en conséquence de quoi elle avait une perception déformée de la réalité. Du fait de sa maladie, elle ne comprenait pas l'illégalité et les conséquences de ses actes, et elle était déjà atteinte de psychose hallucinatoire lorsqu'elle avait participé à la privation de liberté de l'enfant. De surcroît, elle niait être atteinte d'une quelconque maladie.

40. La requérante envoya des lettres à la commission de psychiatrie criminelle dans lesquelles elle critiquait notamment l'expertise menée par le docteur A.K. Elle soumit également à la commission l'avis divergent du docteur K.A. daté du 30 décembre 2002 (paragraphe 24 ci-dessus).

41. Le 17 février 2005, l'autorité médicolégale rendit son avis sur l'expertise psychiatrique au tribunal de district conformément à l'article 16 § 3 de la loi sur la santé mentale, dans lequel elle concluait que la requérante n'était pas responsable de ses actes au moment où elle avait commis les infractions en cause.

42. Le 23 février 2005, l'expertise psychiatrique étant terminée, le tribunal de district ordonna la libération de la requérante, laquelle devait néanmoins demeurer à l'hôpital pour traitement, comme la commission de psychiatrie criminelle l'avait ordonné le 17 février 2005.

H. Prise en charge d'office

43. Le 17 février 2005, la commission de psychiatrie criminelle ordonna, en se fondant sur le projet de loi du docteur A.K., que la requérante fût soumise à un traitement d'office à l'hôpital de Vanha Vaasa. Elle estimait que l'intéressée était atteinte de troubles hallucinatoires depuis des années, ce qui la mettait dans l'incapacité de considérer les choses d'un autre point de vue que le sien ou de prendre du recul par rapport à ses propres conclusions. La requérante soupçonnait les autorités de s'être liguées contre elle. Pendant la durée de l'expertise psychiatrique, elle avait cherché, en tant que médecin, à se prononcer sur la manière dont les autres patients du service étaient traités. Son trouble hallucinatoire, s'il n'était pas traité, aggraverait considérablement sa maladie mentale, voire mettrait gravement en danger sa santé et celle d'autrui. Aucun autre type de traitement psychiatrique ne pouvait convenir puisque la requérante ne se considérait pas comme atteinte

d'une maladie mentale. La décision s'appuyait sur les articles 8, 17 § 1 et 17a de la loi sur la santé mentale.

44. La requérante estimait pour sa part qu'elle n'avait besoin d'aucun traitement psychiatrique et voulait obtenir un deuxième avis sur la nécessité d'un tel traitement. Toutefois, début février 2005, l'hôpital refusa d'autoriser le docteur M-P.H. à lui rendre visite pendant qu'elle était sous traitement.

45. Les modalités du traitement furent discutées avec la requérante le 21 mars 2005. On lui proposa de prendre les médicaments par voie orale, ce qu'elle refusa à maintes reprises. En raison de son opposition, on commença par lui administrer de force du Zyprexa par injection. La requérante ayant clairement fait savoir qu'elle ne coopérerait pas, il fut décidé de continuer le traitement au moyen d'injections de Risperdal Consta à effet prolongé tous les quinze jours; la première injection fut faite le 31 mars 2005. On expliqua à la requérante les raisons pour lesquelles on procédait ainsi et on lui donna des informations sur le médicament. La question des médicaments fut ensuite abordée avec elle à plusieurs reprises. On l'incita à les prendre par voie orale, mais elle refusa systématiquement.

46. Les principaux symptômes persistant après deux mois et demi de traitement, on décida le 22 juin 2005 de porter la dose de Risperdal Consta de 25 à 37,5 milligrammes. La dose fut ramenée à 25 milligrammes à partir du 16 novembre 2005.

47. La requérante alléguait que lorsqu'elle avait demandé pourquoi on lui administrait des médicaments de force, on lui avait répondu que c'était pour la guérir de ses hallucinations d'écoutes téléphoniques. La requérante fit valoir qu'elle avait bel et bien été placée sous surveillance et qu'il n'y avait là nulle hallucination de sa part.

48. Le 7 juillet 2005, la requérante se plaignit d'avoir été agressée à l'occasion de l'administration forcée de médicaments. Elle avait résisté, car elle jugeait le traitement inutile, sur quoi on l'avait tirée par les bras et les jambes pour l'emmener dans sa chambre. Lorsqu'on l'avait mise au lit, sa cuisse avait heurté le bord du lit. Elle avait signalé l'incident à la police, qui avait demandé à un médecin, le docteur S.Ö., de l'examiner, ce qui avait été fait le 28 juillet 2005. Dans son avis du 5 août 2005, ce médecin notait que la requérante présentait à la cuisse une ecchymose de 10 centimètres pouvant avoir été causée de la manière décrite par elle.

49. Le 22 juillet 2005, le médecin-chef de l'hôpital décida de poursuivre le traitement d'office de la requérante.

50. Dans une déclaration écrite du 17 août 2005 adressée au tribunal administratif, le médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa, le docteur M.E., notait que la requérante continuait à nier sa maladie et à s'opposer vigoureusement à tout traitement. Elle n'hésitait pas à résister en donnant

des coups, ce qui avait provoqué plusieurs fois des difficultés lorsque les membres du personnel cherchaient à lui administrer quand même les médicaments d'une manière qui soit sans risque pour elle et pour eux.

51. Il apparaît qu'en août 2005 des contacts furent pris avec un hôpital de la ville d'où la requérante était originaire en vue de l'y transférer. Toutefois, cet hôpital répondit qu'il n'était pas à ce stade en mesure de prendre en charge la requérante.

52. La requérante alléguait qu'elle souffrait toujours des effets secondaires du traitement. Son dossier médical indique que les effets invoqués n'ont pas pu être vérifiés de manière objective. La requérante refusa de subir des examens complémentaires qui auraient permis de détecter d'éventuels effets secondaires.

53. Le 3 octobre 2005, la requérante reçut la visite du docteur E.P., médecin généraliste dans un centre de médecine du travail. Dans son avis du 5 octobre 2005, il souligna qu'il n'était pas psychiatre et qu'il ne se prononcerait donc pas sur le diagnostic d'hallucinations à partir d'une seule visite. Il avait toutefois constaté que la requérante était lucide et bien orientée. Pendant leur conversation, il n'avait remarqué aucun signe de psychose ou d'hallucination. En tant que médecin généraliste, il estimait que les conditions requises pour un traitement d'office n'étaient pas réunies.

54. Le 22 octobre 2005, la requérante reçut la visite d'un psychiatre, le docteur M-P.H., qui, dans un avis médical du 25 octobre 2005, considéra en tant qu'observateur extérieur que le traitement choisi (37,5 milligrammes de Risperdal Consta en injection intramusculaire tous les quinze jours) lui paraissait excessif vu l'âge et l'état de santé de la patiente. En outre, il estima que l'administration forcée de médicaments était un élément constitutif de l'infraction de voies de fait. Pour conclure, il considérait que des mesures en milieu ouvert étaient possibles et que le danger que la requérante faisait courir à elle-même et à autrui avait été considérablement exagéré, et que dès lors les conditions requises pour une prise en charge d'office n'étaient pas réunies.

55. Il ressort du dossier médical de la requérante qu'à partir de novembre 2005 au plus tard elle ne résistait plus physiquement aux injections, tout en continuant à s'y opposer verbalement.

56. Le 19 novembre 2005, l'hôpital décida de transférer la requérante d'un service fermé à un service ouvert.

57. Le 24 novembre 2005, l'intéressée accepta de se soumettre à des analyses de sang.

58. Le 21 décembre 2005, elle vit de nouveau le docteur M-P.H., qui déclara dans un avis médical du 21 décembre 2005 que les conditions d'une prise en charge d'office n'étaient pas réunies.

59. La requérante passa Noël chez elle. On lui avait donné une dose de Risperdal Consta, qu'elle s'injecta pendant les vacances avec l'aide d'une infirmière.

60. Le 9 janvier 2006, il fut décidé d'un commun accord de cesser le traitement étant donné que la requérante n'avait nulle envie de le prendre.

61. Le 20 janvier 2006, le médecin-chef décida à nouveau de poursuivre la prise en charge d'office.

62. Le 27 janvier 2006, la requérante sortit de l'hôpital.

63. Le 30 mai 2006, le docteur M.E. considéra qu'il n'y avait plus de motif de continuer la prise en charge d'office au titre de l'article 8 de la loi sur la santé mentale; il fut officiellement mis fin au traitement de la requérante par une décision de l'autorité médicolégale du 22 juin 2006.

I. Procédure devant la Cour administrative suprême au sujet de l'internement en vue d'un traitement d'office

64. Le 23 février 2005, la requérante forma un recours devant la Cour administrative suprême (*korkein hallinto-oikeus, högsta förvaltningsdomstolen*) contre la décision de la commission de psychiatrie criminelle du 17 février 2005. Elle se plaignait que sa prise en charge d'office ne reposait sur aucune base légale et alléguait que le docteur A.K. avait fait une expertise erronée. Elle invoquait notamment l'avis susmentionné du docteur K.A. qui, après l'avoir vue une fois en novembre 2002 et une fois en décembre 2002, n'avait constaté aucune indication de maladie mentale. Elle soutenait que l'administration forcée de médicaments ordonnée par les médecins de l'hôpital n'avait pas d'autre but que de dissimuler qu'ils avaient fait un diagnostic erroné.

65. Le 4 mars 2005, la Cour administrative suprême jugea qu'il n'y avait aucune raison de surseoir à l'exécution dans l'attente de l'issue de la procédure devant elle.

66. Le 30 juin 2005, cette juridiction interdit à M. J.R. d'agir comme représentant de la requérante. En vertu de l'article 10a § 2 du chapitre 15 du code de procédure judiciaire, elle invita la requérante à lui indiquer le nom de l'avocat de son choix. Par la suite, la requérante fut représentée par M^e H.M., avocate qu'elle avait choisie, et se vit accorder l'assistance judiciaire.

67. Le 30 août 2005, la Cour administrative suprême décida de tenir une audience dans l'affaire.

68. Les 29 et 30 septembre 2005, la requérante demanda à la haute juridiction de repousser l'audience jusqu'à ce qu'elle ait pu obtenir un avis médical impartial et ne sente plus les effets secondaires des médicaments.

Le 3 octobre 2005, elle informa la haute juridiction qu'elle était tombée malade et demanda un nouveau report de l'audience.

69. Le 4 octobre 2005, la Cour administrative suprême tint une audience et recueillit notamment la déposition de la requérante et de six témoins cités par elle. L'intéressée était représentée par M^c H.M.

70. La haute juridiction rejeta la demande de la requérante visant à la suspension de la procédure dans l'attente de nouveaux avis médicaux. Elle considérait que c'était inutile puisque la question à trancher était celle de savoir si la requérante avait eu besoin d'une prise en charge d'office à l'époque, à savoir fin 2004 et début 2005. La validité de la décision attaquée avait déjà expiré, étant donné qu'elle avait été rendue plus de six mois auparavant. Dès lors, la haute juridiction voyait mal comment une nouvelle expertise pourrait influencer sur son appréciation.

71. Le 7 octobre 2005, la requérante soumit à la Cour administrative suprême un avis médical du docteur E.P. daté du 5 octobre 2005.

72. Le 13 octobre 2005, la Cour administrative suprême débouta la requérante. Après avoir noté que la décision litigieuse respectait les exigences formelles voulues et que le grief selon lequel le docteur A.K. et les membres de la commission de psychiatrie criminelle avaient fait preuve de partialité était dénué de fondement, elle déclara que la question à trancher était celle de savoir si les critères requis pour une prise en charge d'office au titre de l'article 8 de la loi sur la santé mentale étaient réunis le 17 février 2005, date à laquelle la commission avait rendu sa décision. Le point de savoir si une personne était atteinte d'une maladie mentale devait être déterminé à partir d'éléments de preuve de nature médicale en tenant dûment compte du caractère correct ou non du processus décisionnel.

73. La haute juridiction estima que le docteur A.K., qui exerçait la psychiatrie depuis 1990, était un spécialiste expérimenté. Son avis ainsi que celui de la commission se fondaient sur une expertise fiable effectuée par des professionnels qualifiés.

74. Sur le fond de la question en jeu, la Cour administrative suprême adopta le raisonnement suivant :

« (...) Le docteur A.K. a rencontré la requérante à dix reprises, à la suite de quoi il a été en mesure de rédiger des observations à son sujet. Les docteurs A.K. et M.E. ont expliqué à l'audience que le caractère absolu du point de vue de la requérante sur l'inceste avait eu un impact sur le diagnostic d'hallucinations. Ils ont souligné que pour poser un diagnostic d'inceste, il fallait que des examens fussent effectués par des gynécologues ainsi que par des pédopsychiatres. Or la requérante est pédiatre. Le docteur M.E. a expliqué en particulier que lorsqu'il s'était entretenu avec la requérante, celle-ci avait refusé d'admettre la possibilité qu'il n'y ait pas eu inceste, alors qu'elle reconnaissait que de manière générale les médecins aussi pouvaient se tromper. Le fait que les témoins J. et S. aient déclaré que la requérante avait expliqué sa situation avec

pertinence ne sape en rien l'avis des docteurs A.K. et M.E. Ces médecins ont livré des dépositions concordantes, à savoir que les discussions avec la requérante étaient pertinentes tant que son point de vue sur l'inceste allégué n'était pas contredit. A l'audience, il est apparu que les témoins J. et S. n'avaient pas contesté le point de vue de la requérante mais s'étaient essentiellement bornés à écouter ce qu'elle avait à dire. S. indiqua qu'elle avait vérifié les informations fournies par la requérante auprès d'autres sources mais, ayant conclu que le point de vue de la requérante était soutenable, elle n'était naturellement pas entrée en conflit avec elle. Quant au témoin P., il n'avait pas pris position sur l'existence de troubles hallucinatoires chez la requérante; il s'était cantonné à juger s'il était possible d'effectuer des soins en milieu ouvert.

Selon le docteur A.K., les soupçons persistants de la requérante à l'égard de l'autorité et des examens médicaux et psychologiques avaient aussi eu un impact sur le diagnostic d'hallucinations. Le docteur M.E. a également témoigné des nombreux recours formés par la requérante et de la manière dont sa vie tournait autour de cela. La requérante avait refusé des examens somatiques et neurologiques, une imagerie par résonance magnétique et des tests psychologiques parce qu'elle pensait qu'ils seraient effectués par des personnes nourrissant des préjugés contre elle.

La requérante a le droit de refuser de subir des examens destinés à déterminer si elle est atteinte d'une maladie mentale. En revanche, il est permis de se demander pourquoi elle refuse catégoriquement de subir les examens demandés et si pareil refus ne serait pas précisément le produit d'un raisonnement caractéristique des troubles hallucinatoires. Dans ces conditions, on ne saurait dire que le diagnostic de troubles hallucinatoires se fondait sur des motifs incorrects ou arbitraires, même si la requérante a expliqué son refus des examens par son droit d'agir ainsi, et la rédaction d'observations juridiques par la nécessité de pareille action. A l'audience, la requérante a admis qu'une personne atteinte d'hallucinations n'aurait probablement pas conscience de sa maladie.

A l'audience, le fils de la requérante, le docteur E., généraliste, déclara dans sa déposition qu'il comprenait, vu le comportement radical et rigide de sa mère, qu'on ait diagnostiqué chez elle la présence d'hallucinations. Il ne pouvait toutefois être certain que ce diagnostic était juste puisqu'il n'avait vu sa mère qu'à quelques rares occasions au cours des dernières années.

En se fondant sur les documents versés au dossier et sur les informations recueillies à l'audience ainsi que sur les motifs susmentionnés, la Cour administrative suprême juge que le diagnostic de troubles hallucinatoires posé dans la décision de l'autorité médicolégale se fonde sur des éléments de preuve fiables.

Un tel diagnostic ne suffit toutefois pas à justifier un traitement d'office. Il faut en outre évaluer les effets sur la personne et sur autrui.

L'autorité médicolégale a décidé que la requérante avait besoin d'une prise en charge d'office et que, si elle n'était pas soignée, sa maladie mentale s'aggraverait considérablement et mettrait sérieusement en danger sa santé et celle d'autrui.

D'après les informations recueillies, au moment de la prise de décision quant au traitement, on a tenu compte des répercussions qu'il y aurait dans la vie de la requérante si ses conflits avec les autorités et les autres problèmes connexes devaient

persister. A l'époque, on a considéré que la requérante n'était pas capable de réfléchir à l'ensemble des aspects de la question et que la prendre en charge d'office l'aiderait à mener une vie plus calme.

Il y a lieu de tenir ces considérations pour pertinentes aux fins d'une appréciation de la nécessité de soumettre la requérante à un traitement d'office pour préserver sa santé. Ce n'est pas parce qu'au bout de six mois de traitement le médecin-chef – le docteur M.E. –, dans son explication du 17 août 2005, et les témoins cités par la requérante, dans leurs dépositions, ont exprimé des conclusions divergentes qu'il faut mettre en cause l'appréciation portée par l'autorité médico-légale quant à la nécessité de placer la requérante sous traitement le 17 février 2005 pour protéger sa santé.

L'autorité médico-légale n'a pas considéré que, en l'absence de traitement, la requérante mettrait gravement la sécurité d'autrui en danger mais elle a jugé que la santé d'autrui pourrait être sérieusement mise en danger. Il fallait tenir compte du fait que la requérante pouvait exercer une influence sur d'autres personnes en raison de l'autorité dont elle jouissait en tant que pédiatre: elle pouvait faire naître chez les gens des soupçons sans réel fondement pouvant les conduire à agir de manière précipitée, inappropriée, voire répréhensible. Le risque d'une telle influence n'est pas diminué par le fait que la requérante est à la retraite. Il ne serait pas non plus neutralisé si l'on se bornait à interdire à la requérante l'exercice de la médecine car l'influence s'exerce sur le plan psychologique et aussi dans d'autres cadres que celui du cabinet de consultation d'un médecin.

L'infirmier qui s'occupait de la requérante, P., déclara dans sa déposition qu'elle ne présentait aucun danger pour autrui. Même s'il a aussi évoqué la question de savoir si la requérante avait donné à d'autres patients des conseils dangereux, le témoignage de P. peut être considéré comme un avis sur ce que l'on entend couramment par la dangerosité d'une personne, c'est-à-dire par exemple quant à la violence de son comportement. Or ce n'est pas ce dont il s'agit avec la requérante. Au contraire, tous les témoins ont déclaré qu'elle s'efforçait de faire le bien et d'aider les autres. Les médecins qui l'ont suivie ont fait des déclarations identiques. Toutefois, même une personne animée de bonnes intentions peut commettre des actes portant tort à autrui. En l'occurrence, il y a des raisons suffisantes de considérer que, si elle n'était pas traitée, la requérante risquait de mettre gravement en danger la santé d'autrui.

Les autres types de soins psychiatriques ne conviennent pas puisque la requérante nie être malade. Dans ce cas, on peut dire qu'elle chercherait à se soustraire à tout traitement et refuserait tout examen.

Conclusion

La Cour administrative suprême conclut, sur la base des documents versés au dossier et des informations recueillies à l'audience, qu'il a été prouvé de manière fiable et objective que, à l'époque où l'autorité médico-légale a pris sa décision, la requérante était atteinte d'une maladie mentale au sens de l'article 8 de la loi sur la santé mentale. Il fallait donc qu'elle suive un traitement, faute de quoi sa maladie risquait de s'aggraver considérablement ou de mettre sérieusement en danger sa santé et celle d'autrui. Aucun autre mode de soin psychiatrique ne pouvait convenir. Dès lors, les conditions requises

pour ordonner l'internement d'office de la requérante pour traitement étaient réunies. La décision de l'autorité médicolégale ordonnant pareil traitement se fondait sur la loi sur la santé mentale et elle a été prise conformément à la procédure prévue par la loi. Cette décision ne présente par ailleurs aucune irrégularité.»

J. Procédure relative à la première décision de poursuivre la prise en charge d'office

75. Le 22 juillet 2005, sur la base d'un rapport médical préparé par le médecin traitant de la requérante et du dossier médical de celle-ci, le médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa décida de poursuivre le traitement. Il était noté que la requérante avait entre autres critiqué le traitement qu'on lui donnait à l'hôpital et qu'elle avait essayé d'intervenir dans le traitement suivi par les autres patients en sa qualité de médecin. Elle leur avait donné des instructions au sujet de la prise des médicaments, et ce même après qu'on lui eut interdit de le faire. Un traitement en milieu ouvert était jugé insuffisant car l'intéressée niait sa maladie et n'avait aucune envie de prendre son traitement.

76. La décision du 22 juillet 2005 fut soumise pour confirmation au tribunal administratif (*hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen*). La requérante interjeta appel de cette décision devant ce même tribunal et demanda la tenue d'une audience.

77. Le 31 octobre 2005, après avoir recueilli une déclaration du médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa et les observations de la requérante à son sujet, le tribunal administratif débouta la requérante. Il observait que l'état de celle-ci s'était amélioré pendant le traitement et qu'il avait été envisagé de la transférer dans un établissement psychiatrique situé dans sa ville d'origine. Il notait que la requérante n'était pas suicidaire et ne mettait donc pas en danger sa propre santé et qu'elle n'était pas non plus violente envers autrui. L'intéressée était capable de parler de sujets de la vie quotidienne de manière pertinente et polie tant que l'on ne contestait pas son point de vue. Cependant, elle niait toujours être malade et, de ce fait, s'opposait au traitement et à tout nouvel examen médical. A cause de ce déni et de l'absence de motivation quant au traitement, le tribunal conclut que, si elle sortait de l'hôpital, la requérante ne prendrait pas son traitement, ce qui aggraverait considérablement sa maladie et nuirait sérieusement à sa santé. Etant donné que ses hallucinations étaient liées à sa profession de pédiatre et à ses patients, une absence de traitement risquait aussi de mettre gravement en péril la santé d'autrui. Le tribunal rejeta également la demande d'audience formulée par la requérante, la jugeant manifestement inutile puisque la Cour administrative suprême en avait déjà tenu une le 4 octobre 2005. Au demeurant, il considérait que la question centrale – celle

de savoir si l'état de santé de la requérante s'était amélioré au point qu'il n'y ait plus de raison de la traiter d'office – pouvait tout à fait être résolue sur la seule base du dossier.

78. La requérante forma un recours devant la Cour administrative suprême, citant entre autres l'avis du docteur K.A. du 30 décembre 2002, l'avis du docteur E.P. du 5 octobre 2005 et les avis du docteur M-P.H. du 25 octobre et du 21 décembre 2005.

79. Le 16 mai 2006, la Cour administrative suprême, après avoir obtenu une nouvelle déclaration du médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa et les observations de la requérante à ce sujet, confirma la décision du tribunal administratif principalement pour les mêmes motifs que celui-ci. Elle rejeta la demande d'audience formulée par la requérante, jugeant que la situation prévalant après l'adoption de la décision litigieuse du 22 juillet 2005 était sans pertinence et qu'il n'y avait donc pas lieu d'entendre des dépositions à ce sujet.

K. Procédure relative à la deuxième décision de poursuivre la prise en charge d'office

80. Le 20 janvier 2006, le médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa décida à nouveau de prolonger la prise en charge d'office de la requérante en se fondant sur le rapport d'un autre médecin de l'établissement. Il y était noté que l'état de santé de la requérante s'était amélioré et qu'elle coopérait désormais avec le personnel de l'hôpital. Alors qu'elle manquait toujours de sens des réalités lorsqu'il s'agissait de l'accusation pénale dirigée contre elle, elle était capable d'en parler de manière pertinente et sans agitation. Elle n'était plus considérée comme un danger pour elle-même ou pour autrui, et il se justifiait d'envisager sa sortie de l'hôpital pour qu'elle suivît un traitement à domicile.

81. Cette décision fut soumise au tribunal administratif pour confirmation. La requérante fit également appel de cette décision.

82. Le 20 avril 2006, à l'issue d'une audience, le tribunal administratif conclut que la requérante était toujours atteinte de psychose hallucinatoire et que sa maladie était chronique. D'après lui, l'arrêt du traitement aggraverait donc considérablement la maladie. Le tribunal tint aussi compte de la nette amélioration de l'état de santé de la requérante, ce qui permettait d'envisager un passage progressif à un traitement à domicile. Il notait que l'intéressée ne recevait plus de médicaments par injection depuis début janvier. Il estimait qu'il était important, pour des raisons de sécurité, d'observer les effets d'une réduction des doses de médicaments à l'hôpital, raison pour laquelle toute autre forme de soins serait à ce stade insuffisante.

83. On ne sait pas si la requérante a formé un recours devant la Cour administrative suprême.

L. Autres mesures prises par la requérante s'agissant de la prise en charge d'office

84. Pendant son séjour à l'hôpital de Vanha Vaasa, la requérante adressa des observations à l'autorité médicolégale qui, par une lettre du 15 juillet 2005, l'informa qu'elle avait ouvert une enquête sur les agissements du personnel médical qui s'occupait d'elle. L'autorité précisait toutefois qu'elle n'avait pas compétence pour contrôler les établissements de santé. Elle informa la requérante que c'était le service des affaires sanitaires et sociales du Bureau provincial concerné (*lääninhallitus, länsstyrelse*) qui avait compétence en la matière. Pour sa part, elle n'était pas non plus compétente pour intervenir dans l'administration de médicaments ou pour ordonner l'arrêt d'un traitement. Elle pouvait cependant apprécier *a posteriori* le caractère approprié ou non de l'activité professionnelle d'un médecin.

85. Entre janvier et juillet 2005, la requérante adressa plusieurs autres plaintes à l'autorité médicolégale concernant notamment son expertise psychiatrique et son traitement à l'hôpital de Vanha Vaasa. Le 12 janvier 2007, l'autorité médicolégale rendit sa décision sur ces plaintes. Elle s'appuyait sur l'arrêt du 13 octobre 2005 de la Cour administrative suprême pour conclure que la prise en charge d'office de la requérante était justifiée. A titre général, elle faisait observer que le principal symptôme, et parfois le seul, d'un trouble hallucinatoire est une croyance erronée à laquelle le patient s'accroche et avec laquelle il s'efforce d'accorder ses actes. L'hallucination a un caractère continu, clair et systématique, et peut parfois se montrer très persistante et inébranlable. Il est courant qu'un patient atteint de troubles hallucinatoires se comporte par ailleurs tout à fait normalement. Il existe une forme particulière de tels troubles, le délire de persécution (*querulous delusion*) qui conduit le patient à soumettre des demandes incessantes en rectification et des plaintes et à engager des procédures en justice, poussé par un raisonnement psychotique, dans le but de restaurer son estime de soi, qu'il considère comme lésée. Un trouble hallucinatoire se traite au moyen de consultations thérapeutiques et de médicaments anti-psychotiques. L'absence d'envie de suivre le traitement et une réaction inadaptée au traitement sont les principaux risques qui peuvent mettre en péril la réussite d'un traitement. Concernant le traitement de la requérante et en particulier l'administration forcée de médicaments, l'autorité médicolégale déclara qu'elle ne décelait aucun signe d'un comportement s'écartant de la pratique médicale appropriée et communément admise, de sorte que les

observations de l'intéressée devaient passer pour erronées. Cette décision était insusceptible d'appel.

86. Par des lettres des 8, 11, 25 et 26 juillet 2005, M^e H.M. s'adressa au ministre de la Justice pour le compte de la requérante, lui demandant de prendre des mesures au sujet du traitement d'office de sa cliente. Eu égard aux dispositions relatives au partage des compétences entre le ministre de la Justice et le médiateur parlementaire, ces lettres furent transmises à ce dernier. Par une lettre du 27 septembre 2005, M^e H.M. fut informée de la décision du médiateur de ne pas examiner l'affaire car elle était déjà pendante devant d'autres autorités, à savoir la Cour administrative suprême, l'autorité médicolégale et la police.

87. La requérante signala trois médecins de l'hôpital de Vanha Vaasa à la police, se plaignant notamment d'une privation de liberté aggravée. Le 27 janvier 2006, après avoir recueilli des déclarations écrites de l'autorité médicolégale, la police conclut qu'aucune infraction n'avait été commise et mit fin à l'enquête.

88. La requérante adressa aussi des observations au Bureau provincial, qui envoya le médecin et l'inspecteur de la santé de la région à l'hôpital de Vanha Vaasa pour interroger la requérante et le personnel de l'hôpital qui s'était occupé de son traitement. Le médecin rencontra également le représentant de la requérante. Par ailleurs, l'autorité elle-même prit connaissance du dossier médical de la requérante et des autres documents relatifs à l'affaire, et se procura des déclarations écrites du personnel de l'hôpital et les observations de la requérante à leur sujet. Dans sa décision du 26 juin 2006, le Bureau provincial nota que les questions soulevées par la requérante avaient déjà été examinées de manière approfondie par l'autorité médicolégale, qui n'avait constaté aucune irrégularité. A la lumière de son propre examen de l'affaire, le Bureau provincial jugea qu'il n'y avait aucun motif de prendre d'autres mesures. Cette décision n'était pas susceptible d'appel.

(...)

N. Suite de la procédure pénale

96. Le 10 mars 2005, la requérante adressa au tribunal de district une liste de dix-huit témoins qu'elle souhaitait interroger au sujet, entre autres, des événements de décembre 2000 et de la privation de liberté aggravée alléguée. Elle demandait aussi que les docteurs H.L. et M-P.H. fussent entendus comme experts. Elle mentionnait enfin un certain nombre de documents à soumettre en tant que preuves écrites.

97. Le 14 mars 2005, le tribunal de district tint la dernière audience dans la procédure pénale. La requérante se présenta au tribunal mais en

repartit avant le début de l'audience. D'après l'intéressée, elle aurait agi ainsi parce que M. J.R., dont elle avait demandé l'audition en tant que témoin, avait été expulsé des lieux de force.

98. A l'audience, la requérante fut représentée par son tuteur, M. M.S. Celui-ci ne contesta pas l'exactitude de l'avis médical relatif à l'expertise psychiatrique de l'intéressée. Il ne mentionna pas non plus d'autres avis médicaux portant sur la santé mentale de la requérante. Il fit valoir pour le compte de celle-ci qu'elle pouvait seulement être considérée comme complice de l'infraction en sa qualité de médecin. Il déclara qu'il n'était pas nécessaire d'entendre les témoins.

99. Dans son arrêt du 8 avril 2005, le tribunal de district déclara la mère de V. responsable d'une privation de liberté aggravée du 16 décembre 2000 au 22 avril 2001. La requérante fut déclarée complice de la mère de V. du 26 décembre 2000 au 22 avril 2001. Le tribunal ne les condamna à aucune peine au motif qu'elles n'étaient pas responsables de leurs actes au moment des faits. Il les condamna toutefois aux dépens et à verser des dommages et intérêts.

100. Retraçant l'historique de l'affaire, le tribunal nota que V. avait été examinée à partir de 1995 car sa mère craignait qu'elle n'ait fait l'objet d'abus sexuels. Le procureur L.K. avait décidé le 19 avril 1999 de ne pas retenir de charges contre le père car aucun élément ne prouvait qu'une infraction ait été commise entre 1994 et mars 1996. Le 21 avril 1998, le procureur M.P. abandonna les poursuites contre une autre personne, car rien ne montrait qu'une infraction ait été commise en juillet 1997. Le 4 juin 2001, le procureur L.K. abandonna les poursuites contre le père, car rien ne montrait qu'une infraction ait été commise entre septembre 1998 et juin 2000. En juin 2000, la mère conduisit V. dans un hôpital universitaire pour la faire examiner. Ces examens ne confirmèrent pas les soupçons d'abus sexuels. Le 13 juin 2000, la fillette fut retirée d'urgence à sa mère en raison des troubles mentaux de celle-ci et placée dans un centre de soutien familial. Une ordonnance de placement fut adoptée en juillet 2000. Dans l'intervalle, le 26 juin 2000, la mère retira sa fille du centre sans autorisation et on les retrouva en fin de journée dans une ville située à 100 kilomètres du centre environ, sur quoi la petite fille fut reconduite au centre par la police. Le 3 avril 2001, la cour d'appel confia au seul père la garde de l'enfant, qui fut autorisée à voir sa mère trois fois par semaine en présence d'un tiers.

101. Concernant les actions de la requérante, le tribunal nota qu'elle avait exprimé un certain nombre d'avis ne pouvant passer pour des avis médicaux. Elle s'était principalement comportée comme une aide pour la mère de la petite fille, en lui donnant des conseils sur les mesures à prendre. La requérante savait que l'enfant avait été placée et, le 18 décembre 2000,

la police l'avait informée de sa disparition. Le tribunal estima établi que V. et sa mère s'étaient rendues au cabinet de la requérante le 26 décembre 2000. A partir de cette date, la requérante leur avait trouvé un endroit où loger et les avaient transportées dans sa voiture. Elle avait permis à la mère de faire envoyer son courrier à sa propre adresse. Le tribunal nota que nul n'avait suggéré que la requérante avait été présente dans la ville de [A.] le 16 décembre 2000.

102. Par une lettre du 12 avril 2005, M. M.S. informa la requérante que, en sa qualité de tuteur, il avait avisé le tribunal de district qu'elle avait l'intention de faire appel du jugement rendu. Il demanda à la requérante de coucher par écrit son opinion sur le jugement et l'informa qu'il serait à Vaasa le 26 avril 2005 pour le cas où elle souhaiterait le rencontrer. Il apparaît qu'aucune rencontre n'a eu lieu.

103. M. M.S. interjeta ensuite appel pour le compte de la requérante, faisant valoir qu'il fallait rendre un non-lieu en raison de l'absence d'élément intentionnel. En tant que médecin, la requérante avait seulement voulu protéger la mère et l'enfant car elle était fermement convaincue que l'enfant avait fait l'objet d'abus sexuels. Le tuteur estimait que l'affaire pourrait être examinée par la cour d'appel dans le cadre d'une procédure écrite. Le 9 mai 2005, il adressa une copie de l'acte d'appel à la requérante pour information, faisant remarquer qu'il correspondait pour l'essentiel au projet qu'il lui avait déjà envoyé le 2 mai 2005. Il notait aussi que la requérante n'avait formulé aucun commentaire au sujet de ce projet.

104. Dans son propre acte d'appel, la requérante sollicitait la tenue d'une audience afin que le tribunal pût entendre les dix-huit témoins qu'elle avait cités à comparaître devant le tribunal de district. Elle contestait aussi les motifs pour lesquels le procureur l'accusait d'une infraction avec circonstances aggravantes. Elle s'était procuré une copie des notes qu'il avait prises lors de la procédure, qui impliquaient que l'expertise psychiatrique était le seul moyen de traitement, lequel était le seul moyen d'empêcher que le père et l'enfant soient terrorisés et d'éviter les recours abusifs. La requérante soumit ensuite un certain nombre d'observations complémentaires à la cour d'appel.

105. Le 31 août 2005, invoquant le chapitre 26, article 14 § 2, point 4 du code de procédure judiciaire, la cour d'appel refusa de tenir une audience car cela lui paraissait manifestement inutile. Quant au fond, elle confirma le jugement du tribunal de district, ne voyant aucune raison de s'en écarter. Conformément au chapitre 25, article 12 § 2 du code, elle rejeta les observations fournies en retard par la requérante sans les examiner au fond.

106. La requérante, représentée par l'avocate de son choix, M^e H.M., sollicite auprès de la Cour suprême l'autorisation de la saisir.

107. Le 14 février 2006, la Cour suprême refusa l'autorisation demandée.

O. Restriction à l'exercice de la profession médicale

108. Le 24 octobre 2005, l'autorité médicolégale décida qu'il fallait examiner la capacité de la requérante à exercer la profession de médecin ainsi que sa santé.

109. Par une décision provisoire du 17 mars 2006, l'autorité médicolégale interdit à la requérante d'exercer la médecine pendant l'année 2006.

110. La requérante fut examinée au sein d'un service ouvert de la clinique psychiatrique de l'hôpital universitaire d'Helsinki du 6 septembre au 6 octobre 2006.

111. Dans l'avis médical établi à l'issue de l'examen, daté du 10 octobre 2006, il était indiqué que l'on ne décelait chez la requérante aucun trouble psychiatrique particulier. Il était toutefois précisé qu'il n'avait pas été possible de procéder à un examen complet car la requérante avait refusé de communiquer les documents provenant de l'hôpital de Vanha Vaasa relatifs à ses antécédents médicaux. Il était indiqué que le fait qu'elle ait souffert d'un trouble hallucinatoire étroitement ciblé était de nature à l'empêcher de mener des expertises saines dans les affaires d'abus sexuels. Elle devait donc se consacrer à la pédiatrie générale.

112. Le 29 janvier 2007, l'autorité médicolégale annula sa décision du 17 mars 2006, mais ordonna à la requérante de ne pas s'occuper à son cabinet des cas où il y avait des soupçons d'abus sexuels sur enfant. La requérante fit appel de cette décision devant le tribunal administratif puis la Cour administrative suprême, qui la déboutèrent respectivement le 24 septembre 2008 et le 24 août 2009.

113. La requérante déclare qu'elle reçoit de nouveau des patients à son cabinet médical.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Droits fondamentaux

114. La Constitution (*Suomen perustuslaki, Finlands grundlag* – loi n° 731/1999) dispose en ses passages pertinents :

Article 7 – Droit à la vie, à la liberté individuelle et à l'intégrité

« Toute personne a droit à la vie, à la liberté individuelle, à l'intégrité et à la sécurité.

Nul ne sera condamné à la peine de mort, torturé ou traité de toute autre manière violant la dignité humaine.

L'intégrité personnelle de chacun ne sera pas violée et nul ne sera privé de liberté de manière arbitraire ou sans un motif prévu par une loi. Seul un tribunal peut prononcer une peine privative de liberté. La légalité des autres cas de privation de liberté peut être soumise au contrôle d'un tribunal. Les droits des individus privés de liberté sont garantis au moyen d'une loi (...)»

Article 10 – Droit au respect de la vie privée

«Toute personne a droit au respect de sa vie privée, de son honneur et de son domicile (...)»

B. Absence de responsabilité pénale et examen psychiatrique

115. L'article 4 §§ 1 et 2 du chapitre 3 du code pénal (*rikoslaki, strafflagen* – loi n° 515/2003) dispose :

« 1. Pour que la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction puisse être engagée, il faut qu'au moment des faits il ait quinze ans révolus et soit pénalement responsable.

2. L'auteur d'une infraction n'est pas tenu pour pénalement responsable si, au moment des faits, en raison d'une maladie mentale, d'une grave déficience mentale ou de graves troubles mentaux ou d'une grave altération de la conscience, il n'était pas en mesure de comprendre la nature de ses actes ou leur caractère illégal ou si sa capacité à contrôler son comportement est affaiblie de manière décisive pour cette raison (absence de responsabilité pénale).»

116. A l'époque des faits, l'article 45 du chapitre 17 du code de procédure judiciaire (*oikeudenkäymiskaari, Rättegångs Balk* – loi n° 571/1948) était ainsi libellé :

«S'il le juge nécessaire, le tribunal peut ordonner une expertise psychiatrique de l'accusé. Pareille expertise ne peut être ordonnée contre la volonté de l'accusé, sauf lorsque celui-ci est placé en détention provisoire ou lorsque l'infraction qui lui est reprochée est passible d'une peine de plus d'un an d'emprisonnement.

Des dispositions distinctes régissent l'expertise psychiatrique et l'admission dans un établissement psychiatrique en vue d'une telle expertise.»

117. La disposition qui précède a été amendée par la loi n° 244/2006, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2006. D'après la nouvelle disposition, une expertise psychiatrique de l'accusé peut être ordonnée si le tribunal, par une décision provisoire, a jugé l'accusé coupable des faits qui lui étaient reprochés, si une telle expertise est justifiée et si l'accusé accepte l'expertise ou a été placé en détention provisoire ou accusé d'une infraction passible d'une peine de plus d'un an d'emprisonnement. A la demande du procureur, de l'accusé ou de son tuteur, le tribunal peut ordonner une expertise psychiatrique à un stade antérieur, pendant l'instruction ou avant l'audience principale, si l'accusé a plaidé coupable ou s'il apparaît par ailleurs clairement qu'une telle expertise est nécessaire.

C. La loi sur la santé mentale

118. Les passages pertinents de la loi sur la santé mentale (*mielenterveyslaki, mentalvårdslagen* – loi n° 1116/1990), en vigueur à l'époque des faits, disposaient :

Chapitre 1

Article 2 – Direction et supervision

« Dans chaque province, la préparation, la direction et la supervision des activités dans le domaine de la santé mentale relèvent de la responsabilité du Bureau provincial. Celui-ci supervise notamment le recours aux restrictions au droit à l'autodétermination mentionnées au chapitre 4 a) de la présente loi (1423/2001). »

Article 6 – Traitements appliqués dans les hôpitaux psychiatriques publics

« Les expertises psychiatriques mentionnées à l'article 15 sont menées dans les hôpitaux psychiatriques publics. Sur recommandation d'un hôpital d'un district hospitalier [*sairaanhoitopiirin sairaala, ett sjukhus i sjukvårdsdistriktet*], les individus atteints d'une maladie mentale ou d'autres troubles mentaux et dont le traitement est particulièrement dangereux ou difficile peuvent être admis dans un hôpital psychiatrique public.

Sur recommandation d'un hôpital d'un district hospitalier, les individus qui ne sont pas atteints d'une maladie mentale ou d'autres troubles mentaux mentionnés au premier alinéa du présent article peuvent aussi être traités dans un hôpital psychiatrique public s'il n'est pas possible de leur prodiguer le traitement approprié dans un hôpital d'un district hospitalier.

Les décisions relatives à l'admission dans un hôpital psychiatrique public d'une personne accusée d'un crime ou d'une personne bénéficiant d'une dispense de peine en raison de son état mental relèvent de l'autorité médicolegale, comme prévu à l'article 17. Dans les autres cas, les décisions relatives à l'admission d'un patient dans un hôpital psychiatrique public, à l'arrêt du traitement et à la sortie du patient relèvent du médecin-chef de l'hôpital psychiatrique public. (1504/1999) »

Chapitre 2

Article 8 – Critères à remplir pour un traitement obligatoire

« Une personne peut se voir ordonner de suivre un traitement dans un établissement psychiatrique contre sa volonté seulement 1) si une maladie mentale a été diagnostiquée chez cette personne; 2) si la personne a besoin d'un traitement pour une maladie mentale qui, en l'absence de traitement, s'aggraverait considérablement ou mettrait sérieusement en danger la santé ou la sécurité de la personne ou la santé ou la sécurité d'autrui, et 3) si aucun autre type de soins psychiatriques n'est adapté. »

Chapitre 3

Article 15 – Admission à l'hôpital en vue d'une expertise psychiatrique

« Si le tribunal ordonne à une personne accusée d'une infraction de se soumettre à une expertise psychiatrique conformément à l'article 45 du chapitre 17 du code de procédure judiciaire, l'accusé peut être admis à l'hôpital dans ce but et y être interné contre sa volonté nonobstant les dispositions du chapitre 2 de la présente loi. »

Article 16 (1086/1992) – Expertise psychiatrique

« Après avoir ordonné à une personne accusée d'une infraction de se soumettre à une expertise psychiatrique, le tribunal doit transmettre sans délai les documents pertinents à l'autorité médicolégale. Celle-ci doit choisir l'endroit où pratiquer l'expertise et, s'il faut l'effectuer en dehors de l'hôpital, qui doit l'effectuer.

L'expertise une fois réalisée, une déclaration portant sur l'état mental de l'accusé est remise à l'autorité médicolégale au plus tard deux mois après le début de l'expertise. S'il y a des motifs raisonnables d'agir ainsi, l'autorité médicolégale peut prolonger la durée de l'expertise de deux mois au maximum.

A réception de pareille déclaration, l'autorité médicolégale prépare elle-même une déclaration au sujet de l'état mental de l'accusé qu'elle transmet au tribunal. »

Article 17 – Traitement obligatoire après une expertise psychiatrique

« Si, à l'issue de l'expertise psychiatrique, les conditions nécessaires pour ordonner à un accusé de se soumettre à un traitement contre son gré sont réunies, l'autorité médicolégale ordonne d'astreindre la personne à un traitement obligatoire. (1086/1992)

La personne peut être internée pour suivre un traitement obligatoire sur la base de la décision de l'autorité médicolégale pendant une durée maximale de six mois. Avant la fin de cette période est préparée une déclaration d'observation du patient indiquant si les conditions qui avaient conduit à décider de lui faire suivre un traitement obligatoire sont toujours réunies. La décision de poursuivre ou non le traitement doit être rédigée par écrit par [le médecin-chef du service de psychiatrie ou, si celui-ci ne répond pas aux critères requis ou n'est pas disponible, par un autre médecin, de préférence un psychiatre]. S'il est décidé de poursuivre le traitement, cette décision doit être communiquée au patient sans délai et soumise immédiatement pour approbation au [tribunal], lequel examine si les conditions requises pour ordonner un traitement obligatoire sont toujours réunies. S'il est décidé d'arrêter le traitement, cette décision doit aussi être communiquée au patient sans délai et transmise immédiatement pour approbation à l'autorité médicolégale. Celle-ci doit soit confirmer la décision d'arrêter le traitement soit, si les conditions requises pour appliquer le traitement obligatoire sont toujours réunies, ordonner au patient de se soumettre au traitement. (1504/1994)

En cas de décision de poursuivre le traitement, le patient peut être interné contre son gré pour une durée maximale de six mois. S'il paraît probable à l'issue de cette période qu'il sera nécessaire de poursuivre encore le traitement, des mesures seront prises conformément au deuxième alinéa du présent article. (1504/1994)

S'il apparaît lors du traitement d'une personne soumise à un traitement obligatoire que les conditions requises pour ordonner de soumettre le patient à un traitement contre son gré ne sont pas réunies, des mesures seront prises conformément au deuxième alinéa du présent article. (1504/1994)»

Article 17a (383/1997) – Traitement psychiatrique spécialisé en hôpital

«C'est l'autorité médicolégale qui décide de soumettre une personne accusée à un traitement obligatoire; pareil traitement doit être effectué dans un hôpital doté des installations et de l'expertise particulière nécessaires pour ledit traitement.

Lorsque les besoins du patient changent, le médecin mentionné à l'article 11 de la présente loi doit prendre sur-le-champ des mesures pour faire transférer le patient dans un hôpital qui pourra lui prodiguer le traitement dont il a besoin.

La nécessité d'un traitement dans un hôpital psychiatrique public doit toutefois être déterminée dans les six mois suivant le début du traitement en collaboration avec l'hôpital de district dans le ressort duquel se trouve le domicile du patient.»

Chapitre 4a

Article 22a (1423/2001) – (...) conditions générales pour la limitation des droits fondamentaux

«Le droit d'un patient à l'autodétermination et aux autres droits fondamentaux peut être limité en vertu des dispositions du présent chapitre dans la seule mesure nécessaire pour le traitement de la maladie ou pour assurer la sécurité de la personne ou celle d'autrui, ou pour sauvegarder l'un des autres intérêts énoncés dans le présent chapitre. Ces mesures doivent être prises dans la plus grande sécurité et dans le respect de la dignité du patient. Au moment de choisir la limitation au droit à l'autodétermination et d'en fixer l'étendue, on portera une attention particulière aux critères qui ont présidé à l'internement du patient.»

Article 22b (1423/2001) – Traitement des maladies mentales

«Dans la mesure du possible, le patient doit être traité dans une atmosphère de compréhension mutuelle. Un plan de soins doit être établi lorsque le traitement est fourni.

Pour traiter un patient atteint d'une maladie mentale, les seules méthodes d'examen et de traitement médicalement acceptables sont celles qu'il est absolument nécessaire d'employer pour ne pas mettre gravement en péril la santé et la sécurité du patient ou celles d'autrui.

Le médecin qui suit le patient choisit le traitement et les examens à effectuer indépendamment des souhaits de celui-ci. Il décide aussi s'il y a lieu de contenir ou d'attacher le patient ou de prendre d'autres mesures similaires pendant la durée du traitement, ou s'il y a lieu de prendre temporairement d'autres mesures restrictives pour donner le traitement.»

Chapitre 5

Article 24 (1504/1994) – Appel

«La décision d'un médecin hospitalier d'ordonner un traitement ou de poursuivre un traitement contre la volonté du patient peut être contestée en appel auprès d'un [tribunal].»

Article 25 – Exécution et interruption de l'exécution

«Une décision de soumettre un patient à un traitement contre son gré ou de poursuivre pareil traitement, ou de saisir ses biens personnels ou de limiter ses contacts est exécutée immédiatement, et ce que la décision ait ou non été soumise à une autre autorité pour la faire confirmer ou qu'elle ait ou non été contestée en appel. (1423/2001)

Après que la décision a été soumise à une autre autorité ou a été contestée en appel, l'autorité en question ou l'instance d'appel peuvent interdire l'exécution de la décision ou en ordonner l'interruption.»

Article 26 – Caractère d'urgence de la procédure

«Les observations ou appels relatifs à un traitement ordonné contre la volonté d'un patient, de même que les questions relatives à une expertise psychiatrique, doivent être examinés en urgence.»

119. D'après les documents préparatoires relatifs à l'article 22b de la loi sur la santé mentale (projet de loi du gouvernement HE 113/2001 vp), une ordonnance d'internement d'office d'un malade mental est interprétée comme englobant automatiquement l'autorisation de traiter le patient, au besoin contre son gré. Même si les médecins peuvent s'efforcer d'obtenir le consentement de la personne avant de lui administrer un traitement, rien n'oblige à obtenir ce consentement par écrit ou à chercher à obtenir celui de la famille du patient ou de son tuteur. Lorsqu'un patient refuse de consentir au traitement ou revient sur le consentement qu'il avait accordé, cette disposition autorise à lui administrer le traitement de force, et ce dans son intérêt, afin de protéger son droit constitutionnel à bénéficier des soins nécessaires dans une situation où il n'est pas en mesure de prendre personnellement une décision quant à son traitement en raison de sa maladie.

D. Autres dispositions relatives à la santé mentale

120. L'article 7 § 3 de la loi sur les tribunaux administratifs (*hallinto-oikeuslaki, lagen om förvaltningsdomstolarna* – loi n° 1424/2001) dispose qu'un expert participe à l'examen des affaires dont les tribunaux administratifs

sont saisis et qui portent sur la prise en charge d'office et la poursuite de la prise en charge d'office des personnes mentionnées dans la loi sur la santé mentale, ainsi qu'à la prise de décision en la matière.

121. Les dispositions pertinentes de la loi sur les professionnels de santé (*laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä, lagen om yrkesutbildade personer inom hälso- och sjukvården* – loi n° 559/1994), dans la version en vigueur à l'époque des faits, étaient ainsi libellées :

Article 15 – Obligations déontologiques

« Le travail des professionnels de santé a pour objectif de promouvoir et maintenir la santé, de prévenir la maladie, de soigner les malades et d'alléger leurs souffrances. Dans le cadre de leurs activités professionnelles, les professionnels de santé doivent recourir à des méthodes validées par l'expérience et généralement admises et conformes à leur formation, laquelle doit s'enrichir continuellement. Chaque professionnel de santé doit mettre en balance les avantages que procure au patient son activité professionnelle et les risques éventuels qu'elle entraîne. »

Article 24 – Direction et contrôle

« Le ministère des Affaires sociales et de la Santé fixe dans des lignes directrices les orientations générales destinées aux professionnels de santé.

L'autorité médicolégale a pour responsabilité de guider et contrôler les professionnels de santé. (...)

Au niveau de chaque province, c'est le Bureau provincial qui guide et supervise les activités des professionnels de santé. »

E. Autorités spéciales

122. Le décret sur l'autorité médicolégale (*asetus terveydenhuollon oikeusturvakeskuksesta, förordningen om rättskyddscentralen för hälsovården* – décret n° 1121/1992 –, assorti d'amendements ultérieurs) contient des dispositions concernant notamment la commission de psychiatrie criminelle qui dépend de cette autorité. L'article 12 du décret amendé par la loi n° 432/1997, qui était en vigueur au moment des faits, prévoyait que cette commission examinait et tranchait les questions relatives à la santé mentale des personnes accusées d'une infraction ou au traitement obligatoire en établissement psychiatrique de ces personnes ou des personnes dispensées de peine en raison de leur état mental, et à l'arrêt de pareil traitement. La commission se composait d'un président, qui devait être un fonctionnaire de l'autorité médicolégale, et de trois autres membres. L'un devait être un expert dans le domaine juridique et les deux autres des experts en psychiatrie,

dont un devait également être un représentant de l'autorité municipale de santé.

123. Les bureaux provinciaux ont été supprimés le 1^{er} janvier 2010, et leurs fonctions ont été dévolues à diverses autres autorités. Avant cette réorganisation administrative, les dispositions réglementant les fonctions des bureaux provinciaux étaient éparpillées dans quelque 130 statuts différents. Le projet de loi du gouvernement HE 154/2005 vp, qui contenait notamment certains amendements à la loi sur la santé mentale, renfermait des informations de nature générale sur les tâches et pouvoirs des bureaux provinciaux : ceux-ci devaient conseiller et superviser les hôpitaux psychiatriques publics, entre autres institutions et services, en particulier grâce à la diffusion d'informations, à des inspections sur les lieux et à l'examen des plaintes. Dans 63 % des décisions rendues par les bureaux provinciaux en 2004 en leur qualité d'organes de supervision, ils n'ont constaté aucune apparence d'irrégularité suffisamment importante pour justifier leur intervention ; 18 % des cas ont été portés à l'attention d'un professionnel de santé et 5 % des cas ont donné lieu à une réprimande.

F. Représentation en justice

124. Les parties pertinentes de l'article 1 du chapitre 2 de la loi sur la procédure pénale (*laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa, lagen om rättegång i brottmål* – loi n° 689/1997) disposent :

« Une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction a le droit de se défendre pendant l'instruction et au cours de son procès. (...) »

Un avocat est commis d'office par le tribunal pour défendre un suspect lorsque 1) celui-ci est incapable de se défendre lui-même ; 2) il n'a pas désigné d'avocat et est âgé de moins de 18 ans, sauf s'il est évident qu'il peut se passer des services d'un avocat ; 3) l'avocat désigné par le suspect n'a pas les qualifications requises ou est incapable d'assurer sa défense, ou 4) lorsqu'il existe une autre raison particulière d'agir ainsi. » (107/1998)

L'article 2 § 1 du chapitre 2 est ainsi libellé :

« Une personne désignée en vertu de l'article 1 (...) comme avocat d'office (...) doit être inscrite sur la liste officielle des avocats d'office ou être avocat. S'il n'y en a pas qui convienne ou qui soit disponible ou s'il y a une autre raison particulière d'agir ainsi, une autre personne titulaire [d'une maîtrise en droit], que la loi habilite à agir comme avocat, peut aussi être désignée comme avocat d'office. (...) La personne désignée comme telle (...) doit avoir la possibilité d'être entendue au sujet de sa désignation. » (260/2002)

(...)

III. RAPPORTS DU COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS (CPT)

A. Le huitième rapport général (CPT/Inf (98) 12)

132. Le paragraphe 41 du rapport du CPT traite du consentement des patients aux traitements prodigués dans les hôpitaux psychiatriques :

« Par principe, un patient doit être en mesure de donner un consentement libre et éclairé au traitement. L'admission non volontaire d'une personne dans un établissement psychiatrique ne doit pas être conçue comme autorisant le traitement sans son consentement. Il s'ensuit que tout patient capable de discernement, qu'il soit hospitalisé de manière volontaire ou non volontaire, doit avoir la possibilité de refuser un traitement ou toute autre intervention médicale. Toute dérogation à ce principe fondamental doit avoir une base légale et ne s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles clairement et strictement définies.

A l'évidence, le consentement d'un patient à un traitement ne peut être qualifié de libre et éclairé que s'il se fonde sur des informations complètes, exactes et compréhensibles sur son état de santé et le traitement qui lui est proposé ; décrire l'E.C.T comme une « thérapie par le sommeil » est un exemple d'informations données sur le traitement qui sont tout sauf complètes et exactes. En conséquence, chaque patient doit systématiquement obtenir les informations pertinentes relatives à son état de santé et le traitement qu'on propose de lui prescrire. Les patients doivent aussi obtenir des informations pertinentes (résultats, etc.) après leur traitement. »

B. Visites dans les hôpitaux psychiatriques publics en Finlande

133. Le CPT s'est rendu en Finlande du 7 au 17 septembre 2003, notamment à l'hôpital psychiatrique public de Niuvanniemi. Au paragraphe 144 de son rapport du 14 juin 2004, le CPT remarque ce qui suit :

« Les procédures applicables à l'examen psychiatrique des personnes accusées d'une infraction ainsi que le placement initial de ces personnes offrent globalement des garanties appropriées en matière d'indépendance et d'impartialité ainsi que d'expertise médicale objective. En revanche, le mode de renouvellement des décisions de traitement, tant pour les patients ordinaires que pour les accusés, mériterait d'être revu. Le CPT considère que le contrôle périodique de la décision de traiter un patient contre son gré en hôpital psychiatrique doit comporter l'avis d'un psychiatre indépendant de l'hôpital où le patient est interné. »

134. Lors de sa visite suivante en Finlande, qui eut lieu du 20 au 30 avril 2008, le CPT se rendit notamment à l'hôpital psychiatrique public de Vanha Vaasa et dans un autre établissement psychiatrique. Dans son rapport du 20 janvier 2009, le CPT a notamment formulé les remarques et recommandations suivantes :

« 126. Dans les deux établissements, l'utilisation des médicaments pour soigner les troubles psychiatriques paraît adaptée. A l'hôpital de Vanha Vaasa, le rythme actuel de contrôle clinique pluridisciplinaire formel (deux fois par an) n'est pas suffisant. Les représentants des différentes spécialités (psychiatres, infirmières, psychologues, ergothérapeutes, travailleurs sociaux) devraient tous se rencontrer et parler de l'état de chaque patient et de ses progrès plus fréquemment. Le CPT recommande que des mesures soient prises pour tenir compte de ces remarques.

(...)

140. L'internement d'office d'un malade mental continue à être interprété comme autorisant automatiquement à lui administrer un traitement sans son consentement. Concrètement, les médecins de ces deux établissements psychiatriques s'efforcent d'obtenir le consentement oral des patients, mais il n'existe aucune trace écrite du consentement donné. En outre, le refus du patient ou le retrait ultérieur de son consentement ne débouche pas sur un contrôle effectué par un psychiatre indépendant extérieur à l'établissement du point de savoir s'il convient d'administrer au patient un traitement contre son gré. De plus, les patients ne peuvent pas contester pareille décision en justice.

Le CPT recommande l'introduction d'un formulaire spécial relatif au consentement informé, à signer par le patient et (s'il est incompétent) par son représentant en justice, (...) à l'hôpital de Vanha Vaasa (ainsi que dans tous les autres établissements psychiatriques finlandais). Il convient aussi d'amender la législation en vigueur afin de prévoir de prendre l'avis d'un psychiatre extérieur à l'établissement dans tous les cas où le patient n'accepte pas le traitement proposé par les médecins de l'établissement ; en outre, les patients doivent pouvoir contester en justice toute décision de traitement obligatoire.»

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION À RAISON DE L'INTERNEMENT D'OFFICE

135. La requérante allègue que son droit à la liberté a été méconnu en ce qu'elle a été internée illégalement dans un hôpital psychiatrique à compter du 17 février 2005 alors qu'il n'était pas nécessaire qu'elle fût prise en charge d'office. Elle dénonce aussi le caractère illégal de son internement à l'hôpital en vue de la soumettre à une expertise psychiatrique avant sa prise en charge. Elle invoque l'article 5 de la Convention, ainsi libellé dans ses passages pertinents :

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

(...)

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

(...)

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;

(...)»

136. Le Gouvernement conteste l'argumentation relative à l'internement d'office de la requérante à compter du 17 février 2005. Aucune observation ne lui a été demandée au sujet des autres périodes.

A. Sur la recevabilité

1. Arguments des parties

a) La requérante

137. La requérante allègue qu'elle a été internée en hôpital psychiatrique sans motif légitime. On aurait ordonné de la soumettre à une expertise psychiatrique non pour déterminer quel était son état mental à l'époque de l'infraction alléguée, comme le voudrait la loi, mais parce que le procureur aurait projeté de l'enfermer. Selon elle, lorsqu'elles ont ordonné de lui faire subir une expertise psychiatrique et confirmé cette décision, les juridictions nationales ont ignoré l'avis médical émis en décembre 2002 par le docteur K.A., lequel aurait clairement montré qu'il n'y avait nul besoin de procéder à une telle expertise étant donné qu'elle aurait été en bonne santé.

138. Elle soutient que son internement ordonné ensuite pour la soumettre à un traitement d'office était également irrégulier et inutile. Comme le docteur K.A. et les docteurs E.P. et M-P.H. en octobre 2005, les médecins de l'hôpital universitaire d'Helsinki auraient confirmé en octobre 2006 qu'elle ne souffrait d'aucun trouble psychologique et qu'il n'y avait aucune raison de lui imposer des soins. Le docteur A.K., auteur de l'expertise psychiatrique ayant débouché sur son internement, aurait commis une erreur de jugement et aurait mal compris le contexte de l'affaire. Selon elle, le docteur A.K. n'était pas un médecin expérimenté: il n'aurait obtenu son diplôme de psychiatrie criminelle que le 5 juillet 2004, soit trois mois avant de procéder à l'expertise. De plus, elle n'aurait pas été entendue personnellement par la commission de psychiatrie criminelle avant la confirmation de l'avis du docteur A.K. au sujet de la nécessité de lui imposer des soins.

139. La requérante déclare qu'elle n'a pas eu la possibilité d'obtenir un second avis médical avant octobre 2005. Or le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) aurait critiqué pareille pratique. Le docteur M.-P.H. aurait accepté d'effectuer une expertise à l'hôpital de Vanha Vaasa en février 2005, mais l'hôpital n'aurait pas donné son autorisation. Elle indique qu'on aurait refusé que des médecins libéraux lui rendent visite à la seule fin de protéger les médecins de l'hôpital qui auraient posé un diagnostic erroné. Très peu de temps après la visite de deux médecins indépendants à l'hôpital de Vanha Vaasa, elle aurait été transférée dans un service ouvert et autorisée à quitter l'hôpital.

140. La requérante fait valoir que la décision de lui imposer un traitement était disproportionnée vu son âge, sa profession et ses relations familiales. En effet, elle aurait été placée dans un service fermé avec des patients atteints de maladies graves et ayant des antécédents judiciaires, et elle rappelle qu'elle était elle-même un médecin expérimenté et avait notamment été médecin-chef dans un hôpital psychiatrique et membre de la commission des affaires sanitaires et sociales de sa ville. Elle ajoute que pas un de ses patients n'a émis de plainte au sujet de son travail.

b) Le Gouvernement

141. Le Gouvernement déclare tout d'abord que la psychose hallucinatoire est une forme grave de psychose qui nécessite très souvent une hospitalisation.

142. Il précise que les autorités ont clairement établi que la requérante était atteinte de troubles mentaux et devait être soumise à un traitement obligatoire et que cette conclusion a été confirmée en appel. Ne pas la contraindre à suivre un traitement aurait considérablement aggravé sa maladie et sérieusement mis en danger sa santé et celle d'autrui. Il n'aurait pas été jugé suffisant de lui proposer d'autres types de soins médicaux. Les conditions requises pour une prise en charge d'office, exposées dans la loi sur la santé mentale, auraient donc été remplies et les mesures prises par les autorités auraient été légales. Il n'y aurait eu aucun arbitraire dans le processus décisionnel ayant conduit à l'internement de la requérante, et la question aurait relevé de la marge d'appréciation accordée à l'Etat. En bref, l'internement obligatoire de la requérante aurait été proportionné et conforme à l'article 5 § 1 e) de la Convention.

143. S'agissant de l'avis médical rendu par le docteur K.A. le 30 décembre 2002, le Gouvernement souligne que, selon ce médecin lui-même, il aurait rendu son avis après deux rencontres avec la requérante et sans avoir cherché à réaliser une expertise psychiatrique approfondie. Or pareille expertise

aurait été nécessaire pour évaluer l'état mental de la requérante. En tout état de cause, celle-ci aurait porté l'avis du docteur K.A. à l'attention de l'autorité médicolégale et de sa commission de psychiatrie criminelle, laquelle aurait donc pu en tenir compte lors de sa prise de décision. Quant à l'examen réalisé à l'hôpital universitaire d'Helsinki en 2006, on ne pourrait guère lui accorder de poids vu le refus de la requérante d'autoriser la transmission de son dossier médical conservé à l'hôpital de Vanha Vaasa.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Rappel des principes pertinents**

144. La Cour rappelle que les termes «régulièrement» et «selon les voies légales» qui figurent à l'article 5 § 1 renvoient pour l'essentiel à la législation nationale et consacrent l'obligation d'en observer les normes de procédure. A la base du membre de phrase précité se trouve la notion de procédure équitable et adéquate, à savoir l'idée que toute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire (*Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, § 45, série A n° 33, *Wassink c. Pays-Bas*, 27 septembre 1990, § 24, série A n° 185-A, et, plus récemment, *Bik c. Russie*, n° 26321/03, § 30, 22 avril 2010).

145. Il incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Comme, au regard de l'article 5 § 1, l'inobservation du droit interne entraîne un manquement à la Convention, la Cour peut et doit toutefois exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne a bien été respecté (*Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, § 41, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, et *Bik*, précité, § 31).

146. Si la Cour n'a pas à ce jour défini de manière générale les attitudes des autorités qui seraient susceptibles de relever de l'«arbitraire» aux fins de l'article 5 § 1, elle a, au cas par cas, dégagé des principes clés. De plus, il ressort clairement de la jurisprudence que la notion d'arbitraire dans le contexte de l'article 5 varie dans une certaine mesure suivant le type de détention en cause (*Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 68, CEDH 2008).

147. D'après l'un des principes généraux consacrés par la jurisprudence, une détention est «arbitraire» lorsque, même si elle est parfaitement conforme à la législation nationale, il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités. La condition d'absence d'arbitraire exige par ailleurs que non seulement l'ordre de placement en détention mais aussi l'exécution de cette décision cadrent véritablement avec le but des

restrictions autorisées par l'alinéa pertinent de l'article 5 § 1. De plus, il doit exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour justifier la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention (*Saadi*, précité, § 69, et autres références citées).

148. L'exigence de régularité posée par l'article 5 § 1 e) (« détention régulière » ordonnée « selon les voies légales ») n'est pas satisfaite par un simple respect du droit interne pertinent; il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris aux principes généraux énoncés ou impliqués par elle, notamment celui de la prééminence du droit expressément mentionné dans le préambule de la Convention. A l'origine de l'expression « selon les voies légales » se trouve la notion selon laquelle le droit interne doit offrir des garanties juridiques adéquates et une « procédure équitable et adéquate » (voir, entre autres, *Winterwerp*, précité, § 45).

149. En outre, la Cour a énuméré trois conditions devant au moins être remplies pour que la détention d'un aliéné soit régulière au sens de l'article 5 § 1 e): on doit avoir établi de manière probante l'aliénation de l'intéressé, c'est-à-dire avoir démontré devant l'autorité compétente, au moyen d'une expertise médicale objective, l'existence d'un trouble mental réel; celui-ci doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement, lequel enfin ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble (*Winterwerp*, précité, § 39, *Johnson c. Royaume-Uni*, 24 octobre 1997, § 60, *Recueil* 1997-VII, et, plus récemment, *Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 145, CEDH 2012).

150. Quand elles se prononcent sur l'internement d'un individu comme « aliéné », les autorités nationales disposent d'une certaine liberté de jugement concernant le bien-fondé des diagnostics médicaux, car il leur incombe au premier chef d'apprécier les preuves produites devant elles dans un cas donné; la tâche de la Cour consiste à contrôler leurs décisions sous l'angle de la Convention (*Winterwerp*, précité, § 40, *Luberti c. Italie*, 23 février 1984, § 27, série A n° 75, et, plus récemment, *Witek c. Pologne*, n° 13453/07, § 39, 21 décembre 2010).

151. La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été envisagées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention (*Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, § 78, CEDH 2000-III, *Varbanov c. Bulgarie*, n° 31365/96, § 46, CEDH 2000-X, et *Stanev*, précité, § 143).

b) Application de ces principes à l'expertise psychiatrique

152. La Cour observe que le droit interne applicable à l'époque des faits, tout comme la législation actuellement en vigueur, renfermait des

dispositions habilitant les tribunaux à interner d'office une personne en vue d'effectuer une expertise psychiatrique (paragraphe 116 et 117 ci-dessus; comparer, *a contrario*, avec *Varbanov*, précité, § 50). Dans cette partie, le grief de la requérante doit être examiné sous l'angle de l'article 5 § 1 b) de la Convention, qui autorise les Etats contractants à ordonner l'arrestation ou la détention d'une personne 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.

153. La requérante est convaincue qu'on a ordonné qu'elle se soumette à une expertise psychiatrique parce que le procureur avait prévu de la faire interner. La Cour ne saurait cependant souscrire à l'allégation de la requérante selon laquelle les autorités auraient fait preuve de mauvaise foi. Tout d'abord, le tribunal de district a pris sa décision en toute indépendance: il n'était nullement tenu par l'avis du procureur quant à la nécessité de procéder à une expertise psychiatrique. Ensuite, la Cour admet que la décision de justice du 25 octobre 2002 ordonnant que la requérante subisse une expertise était destinée à déterminer si sa responsabilité pénale pouvait être engagée à raison de l'infraction dont elle était accusée, et que cette décision répondait à la nécessité d'assurer le bon déroulement de la procédure pénale dirigée contre l'intéressée. De fait, après avoir conclu que la requérante avait commis l'infraction dont elle était accusée à titre subsidiaire, le tribunal de district s'est abstenu de prononcer une condamnation à son encontre au motif qu'elle n'était pas pénalement responsable, ainsi que l'expertise psychiatrique l'avait établi.

154. Quant à l'avis du docteur K.A. de décembre 2002, remis au tribunal de district après qu'il eut rendu sa décision, la Cour constate que, d'après ce médecin lui-même, il n'avait rencontré la requérante qu'à deux reprises, ce qui n'était pas suffisant pour effectuer un examen psychiatrique complet. La Cour ne saurait donc dire, comme la requérante semble le suggérer, que l'avis du docteur K.A. aurait dû conduire les tribunaux internes à annuler la décision ordonnant qu'elle se soumette à une véritable expertise psychiatrique.

155. La Cour observe que l'expertise psychiatrique a été effectuée dans un hôpital conformément à l'article 15 de la loi sur la santé mentale.

156. Elle relève en outre que l'article 16 § 2 de cette loi dispose que l'expertise d'une personne accusée d'une infraction doit être effectuée dans un délai de deux mois. L'autorité médicolégale peut accorder une prorogation de deux mois s'il y a des motifs raisonnables de procéder ainsi. En l'espèce, cette autorité a demandé au docteur A.K. de poursuivre l'expertise au-delà de la période initiale de deux mois car elle jugeait qu'il fallait procéder à des tests complémentaires et obtenir d'autres informations avant de prendre

une décision. La Cour constate que, si la durée du séjour de la requérante contre son gré à l'hôpital de Vanha Vaasa en vue de son expertise, à savoir du 11 novembre 2004 au 17 février 2005, peut paraître longue, elle était couverte par l'ordonnance du 25 octobre 2002 et n'a pas dépassé la durée maximale autorisée par la loi. La poursuite de son internement à l'hôpital dans ce but a en permanence été placée sous la surveillance de l'autorité médicoolégale.

157. Dans ces conditions, la Cour ne saurait souscrire à l'allégation de la requérante selon laquelle son internement à l'hôpital de Vanha Vaasa du 11 novembre 2004 au 17 février 2005 pour effectuer son expertise psychiatrique était irrégulier. Il s'ensuit que ce grief doit être déclaré irrecevable pour défaut manifeste de fondement, conformément à l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

c) Application de ces principes à l'internement pour traitement obligatoire

158. Constatant que le grief de la requérante selon lequel elle a été internée pour un traitement obligatoire à compter du 17 février 2005 au mépris de l'article 5 § 1 de la Convention n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

B. Sur le fond du grief tiré de l'internement de la requérante en vue de son traitement obligatoire

159. Ayant jugé irrecevable le grief de la requérante relatif à son internement à l'hôpital de Vanha Vaasa du 11 novembre 2004 au 17 février 2005 en vue de procéder à son expertise psychiatrique, la Cour limitera son examen sous l'angle de l'article 5 § 1 e) de la Convention à la période passée par la requérante dans cet établissement pour y suivre un traitement obligatoire.

160. La Cour note que la décision du 17 février 2005 d'interner la requérante pour la soumettre à un traitement obligatoire n'a pas été prise par le tribunal de district mais par une autre autorité indépendante, à savoir la commission de psychiatrie criminelle. La Cour examinera tout d'abord si le fait de priver la requérante de sa liberté dans ces conditions a respecté la législation nationale ainsi que la procédure prévue par le droit interne.

161. La Cour observe que l'autorité médicoolégale tire son pouvoir décisionnel des articles 8 et 17 § 1 de la loi sur la santé mentale.

162. Elle relève qu'en l'occurrence, la commission de psychiatrie criminelle a fondé son appréciation de la nécessité d'interner la requérante pour un traitement obligatoire sur l'expertise psychiatrique qui avait été effectuée et sur la recommandation du docteur A.K., auteur de l'expertise.

La commission a considéré que la requérante était atteinte de troubles hallucinatoires depuis plusieurs années, ce qui l'empêchait de voir les choses autrement que de son point de vue personnel et de prendre du recul par rapport à ses propres conclusions. Or un trouble hallucinatoire non traité aurait considérablement aggravé sa maladie mentale ou sérieusement mis en danger sa santé et celle d'autrui. Pour la commission, aucun autre type de soins psychiatriques ne pouvait convenir car la requérante ne se considérait pas comme atteinte d'une maladie mentale. Après une audience, cette décision fut confirmée par la Cour administrative suprême le 13 octobre 2005 (paragraphe 72 ci-dessus).

163. La Cour note de plus que l'internement d'office de la requérante s'est poursuivi pendant cinq mois environ après la mise en œuvre de l'ordonnance initiale. La décision du 22 juillet 2005 de prolonger le traitement a été prise, conformément à la législation interne, par le médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa après obtention d'un rapport établi par un autre médecin de ce même établissement. Cette décision a été confirmée en appel par le tribunal administratif le 31 octobre 2005, puis attaquée devant la Cour administrative suprême.

164. Une nouvelle décision de poursuivre le traitement d'office de la requérante a été prise le 20 janvier 2006 par le médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa. La requérante a également interjeté appel de cette décision devant le tribunal administratif, alors même qu'elle a en fait été autorisée à sortir de l'hôpital le 27 janvier 2006.

165. S'appuyant sur les événements qui viennent d'être rappelés, la Cour observe que la décision d'interner la requérante pour un traitement d'office a été prise par un organe administratif indépendant doté de compétences tant juridiques que médicales (paragraphe 122 ci-dessus) et qu'elle se fondait sur une expertise psychiatrique approfondie menée dans un hôpital psychiatrique par un médecin, le docteur A.K., qui n'a pas participé au processus décisionnel proprement dit. La Cour est convaincue que ledit processus a par ailleurs constamment respecté la procédure prévue par le droit interne et elle prend note des conclusions des juridictions nationales selon lesquelles l'internement de la requérante, ainsi que ses prolongations, étaient réguliers.

166. Toutefois, comme indiqué plus haut, la Cour doit contrôler la conformité des décisions internes avec l'article 5 § 1 e) de la Convention, et notamment vérifier si la procédure prévue par la loi répond à l'exigence de « qualité » qu'implique l'expression « selon les voies légales ».

167. Pour la Cour, il est clair que l'article 17 de la loi sur la santé mentale constituait la base légale de la détention de la requérante à compter du 17 février 2005. Pour ce qui est de la qualité de la loi, la Cour note

qu'il ne se pose en l'espèce aucun problème en matière d'accessibilité et de prévisibilité de la loi. Elle rappelle toutefois que la loi en cause doit aussi être « compatible avec la prééminence du droit ». Dans le cadre d'une privation de liberté, cela signifie que le droit interne doit fournir à l'individu une certaine protection contre toute ingérence arbitraire dans ses droits garantis par l'article 5.

168. La Cour réaffirme que lorsque la décision de priver un individu de sa liberté est prise par un organe administratif, cet individu a le droit de voir la légalité de la décision contrôlée par un tribunal (voir, *mutatis mutandis*, *Luberti*, précité, § 31). La Cour considère que le placement initial par la commission de psychiatrie criminelle d'un « accusé », après une expertise psychiatrique, dans un établissement psychiatrique dans le but qu'il y suive un traitement obligatoire, ne paraît pas poser de problème du point de vue de la prééminence du droit étant donné que les décisions de cette commission sont soumises à un contrôle juridictionnel indépendant. Toutefois, il n'existait pas de garanties adéquates contre l'arbitraire pour ce qui est de la poursuite de pareil traitement.

169. La Cour rappelle premièrement qu'en l'espèce, les décisions de prolonger l'internement d'office de la requérante ont été prises par le médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa après obtention d'un rapport médical d'un autre médecin de cet établissement. Dans le système finlandais, l'évaluation médicale est donc effectuée par deux médecins du même établissement psychiatrique. Le patient n'a donc pas la possibilité d'obtenir un second avis psychiatrique indépendant. Or la Cour juge que pareille possibilité constitue une garantie importante contre un éventuel élément d'arbitraire dans le processus décisionnel portant sur la poursuite d'un internement obligatoire. A cet égard, la Cour renvoie également à la recommandation du CPT selon laquelle le contrôle périodique d'une décision de traiter un patient contre son gré en hôpital psychiatrique doit comporter l'avis d'un psychiatre indépendant de l'hôpital où le patient est interné (paragraphe 133 ci-dessus). Cela couvre tous les critères cités à l'article 8 de la loi sur la santé mentale.

170. Deuxièmement, la Cour note que, dans les hôpitaux psychiatriques finlandais, le contrôle périodique de la nécessité de poursuivre le traitement d'office d'une personne a lieu tous les six mois. Sans trancher la question de savoir si un délai de six mois peut passer pour raisonnable, la Cour attire l'attention sur le fait qu'en vertu de l'article 17 § 2 de la loi sur la santé mentale, ladite prolongation se produit à l'initiative des autorités nationales. Un patient interné en hôpital psychiatrique ne paraît pas avoir la possibilité d'engager une procédure par laquelle serait examinée la question de savoir si les conditions nécessaires pour son internement en vue d'un traitement

obligatoire sont toujours remplies. La Cour a jugé dans des précédents qu'un système de contrôle périodique où l'initiative ne revient qu'aux autorités n'est pas en soi suffisant (voir, *mutatis mutandis*, *Rakevitch c. Russie*, n° 58973/00, §§ 43-44, 28 octobre 2003, et *Gorchkov c. Ukraine*, n° 67531/01, § 44, 8 novembre 2005). En l'espèce, la situation est aggravée par le fait qu'en Finlande, une ordonnance d'internement d'office d'un malade mental est interprétée comme englobant automatiquement l'autorisation de traiter le patient, au besoin contre son gré. Là encore, le patient ne dispose d'aucun recours immédiat.

171. A la lumière des considérations qui précèdent, la Cour estime que la procédure prévue en droit interne n'a pas fourni en l'espèce des garanties adéquates contre l'arbitraire. La législation interne n'était donc pas conforme aux exigences de l'article 5 § 1 e) de la Convention et, dès lors, il y a eu violation des droits de la requérante garantis par cette disposition à raison de son internement dans un hôpital psychiatrique en vue d'un traitement obligatoire à l'issue du délai initial de six mois.

(...)

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION À RAISON DE L'ADMINISTRATION FORCÉE DE MÉDICAMENTS

202. La requérante se plaint qu'on lui a administré de force des médicaments, au mépris de l'article 3 de la Convention.

203. Le Gouvernement combat cette thèse.

204. La Cour considère que, eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, le grief en question se rapporte à la vie privée de la requérante et doit donc être examiné sous l'angle de l'article 8 de la Convention, dont les passages pertinents disposent :

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

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

A. Sur la recevabilité

205. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

a) La requérante

206. La requérante arguë qu'elle était en bonne santé et n'avait nul besoin de médicaments. Agée de soixante-deux ans à l'époque, l'administration forcée de médicaments lui aurait causé un grave préjudice et de sérieux problèmes de santé qui auraient persisté pendant un an après son retour chez elle. Les médicaments lui auraient été administrés de manière extrêmement violente. Forte de sa longue et vaste expérience dans le domaine de la médecine, elle aurait été en mesure d'identifier les erreurs qu'auraient faites les médecins de l'hôpital de Vanha Vaasa, ce qui aurait encore accentué ses souffrances. De plus, dans son avis du 25 octobre 2005, le docteur M-P.H. aurait déclaré que l'administration forcée de médicaments était constitutive de l'infraction de voies de fait à son égard. Ce n'est qu'en novembre 2005, après une visite à l'hôpital de deux médecins indépendants, que la dose de médicaments aurait été réduite. Le seul réconfort qu'elle aurait trouvé à l'hôpital aurait été de savoir qu'elle allait recevoir la visite de ces médecins et qu'elle pourrait obtenir un second avis. L'administration forcée de médicaments aurait eu des conséquences sur sa capacité à obtenir une nouvelle expertise psychiatrique, puisqu'elle aurait dû attendre que les effets secondaires du traitement disparaissent, ce qui ne se serait pas produit avant septembre 2006.

b) Le Gouvernement

207. Le Gouvernement admet que l'administration forcée de médicaments à la requérante a constitué une atteinte à son droit au respect de sa vie privée. Cette ingérence aurait toutefois visé un but légitime : la protection de la santé et des droits et libertés d'autrui. La mesure incriminée se serait fondée sur la loi, à savoir l'article 8 de la loi sur la santé mentale, qui aurait été à la fois accessible et prévisible. Le Gouvernement soutient également que la mesure litigieuse était nécessaire dans une société démocratique et qu'elle relevait en tout état de cause de la marge d'appréciation reconnue à l'État.

208. Le Gouvernement renvoie à l'article 15 de la loi sur les professionnels de santé, soutenant que des efforts doivent être faits pour aider une personne atteinte d'une maladie mentale même si celle-ci ne comprend pas la nécessité des soins. Tout professionnel de santé devrait mettre en balance les avantages que procure au patient son activité professionnelle et les risques éventuels qu'elle entraîne.

209. Le Gouvernement signale aussi que, d'après le dossier médical de la requérante, celle-ci s'était opposée à tout traitement médical avant même le début de sa prise en charge d'office. Après son internement d'office, on aurait commencé à lui administrer des médicaments par injection parce qu'elle aurait persisté à refuser de les prendre par voie orale. Le personnel hospitalier se serait efforcé d'apporter des soins à la requérante dans une atmosphère de compréhension mutuelle mais en raison de l'opposition manifestée par celle-ci, il n'y serait pas parvenu. Avec le temps, la requérante serait devenue plus conciliante à l'égard des médicaments et, à partir de novembre 2005, elle n'aurait plus opposé de résistance physique à l'administration des médicaments, alors même qu'elle aurait continué à s'y opposer verbalement. A la fin de l'année, elle aurait aussi accepté de se soumettre à des analyses de sang et, pendant les vacances de Noël, elle se serait fait elle-même une injection avec l'aide d'une infirmière.

210. Pour le Gouvernement, le traitement de la requérante était justifié sur le plan médical. Il indique que la dose recommandée de Risperdal Consta, utilisée notamment pour le traitement des troubles hallucinatoires en plus d'une thérapie par la parole, était de 25 milligrammes en injection intramusculaire une semaine sur deux, certains patients pouvant avoir besoin de doses plus importantes, de 37,5 voire 50 milligrammes. Le Gouvernement arguë que, si la requérante n'avait pas pris de médicaments, cela aurait mis sa santé sérieusement en danger.

211. Le Gouvernement renvoie également à une déclaration fournie le 7 juillet 2009 par le médecin-chef de l'hôpital de Vanha Vaasa, le docteur M.E., où ce dernier indiquait que la santé de la requérante s'était améliorée peu à peu après qu'elle eut commencé à prendre des médicaments et qu'elle était notamment devenue capable d'avoir les idées plus claires sur les questions courantes de sa vie quotidienne, au lieu de consacrer son temps à la préparation de longs recours ou de répéter sans fin son point de vue sur les événements ayant conduit à porter une accusation pénale contre elle (document non soumis à la Cour).

2. *Appréciation de la Cour*

212. La Cour réaffirme qu'une intervention médicale effectuée contre la volonté d'une personne s'analyse en une atteinte à son droit au respect de sa vie privée, et plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique (*Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, § 70, CEDH 2004-II).

213. Elle rappelle également qu'une ingérence dans le droit d'un individu au respect de sa vie privée emporte violation de l'article 8 sauf si elle est « prévue par la loi », poursuit un ou plusieurs buts légitimes au sens du paragraphe 2 de cette disposition et peut passer pour « nécessaire dans

une société démocratique» (voir, entre autres, *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 45, CEDH 2000-VIII). La notion de nécessité implique que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi. Pour déterminer si une ingérence est «nécessaire dans une société démocratique», il y a lieu de tenir compte du fait qu'une marge d'appréciation est laissée aux Etats contractants. De plus, la Cour ne saurait se borner à examiner isolément les faits litigieux; il lui faut appliquer un critère objectif et les considérer à la lumière de l'ensemble de l'affaire (voir, entre autres, *Matter c. Slovaquie*, n° 31534/96, § 66, 5 juillet 1999).

214. La Cour observe qu'en l'espèce le Gouvernement n'a pas contesté que l'administration forcée de médicaments a constitué une ingérence dans le droit de la requérante au respect de son intégrité physique au sens du premier paragraphe de l'article 8. Il reste donc à déterminer si cette ingérence était justifiée au titre du second paragraphe de cet article, c'est-à-dire si elle était prévue par la loi, visait un but légitime et pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique.

215. La Cour relève que les mots «prévue par la loi» au sens de l'article 8 § 2 veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause: ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit (voir, par exemple, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 septembre 1992, § 88, série A n° 244).

216. Quant à savoir s'il existait une base légale en droit finlandais, la Cour rappelle que, conformément à la jurisprudence des organes de la Convention, dans le domaine du paragraphe 2 de l'article 8, le terme «loi» doit être entendu dans son acception «matérielle» et non «formelle». Dans un domaine couvert par le droit écrit, la «loi» est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété (voir, entre autres, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, § 43, CEDH 2002-III). A cet égard, elle rappelle les limites de son pouvoir de contrôler l'observation du droit interne: il incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer ce dernier (voir, entre autres, *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989, § 54, série A n° 152-A). Comme l'indique le Gouvernement, l'article 8 de la loi sur la santé mentale énonce les critères présidant à l'internement d'une personne en hôpital psychiatrique en vue de son traitement d'office. La Cour observe aussi que l'article 22b de cette loi renferme des dispositions plus détaillées sur le traitement des maladies mentales. Son paragraphe 3 précise que c'est au médecin traitant du patient de décider du traitement à prescrire,

indépendamment des souhaits du patient. La Cour est dès lors convaincue que l'ingérence dénoncée avait une base en droit finlandais.

217. S'agissant de la qualité de la loi, la Cour constate que les exigences d'accessibilité et de prévisibilité de la loi ne soulèvent en l'espèce aucun problème. Toutefois, la Cour réitère que l'article 8 § 2 exige aussi que la loi en question soit « compatible avec la prééminence du droit ». Dans le cadre de l'administration forcée de médicaments, le droit interne doit offrir une certaine protection à l'individu contre des ingérences arbitraires dans ses droits garantis par l'article 8. La Cour doit dès lors examiner la « qualité » des règles de droit applicables à la requérante en l'espèce.

218. La Cour note en premier lieu que l'article 22b de la loi sur la santé mentale renferme des dispositions détaillées sur le traitement des maladies mentales et précise en particulier que c'est au médecin traitant de décider du traitement à prescrire à son patient, quels que soient les souhaits de ce dernier. D'après les travaux préparatoires relatifs à cette disposition (voir le projet de loi du Gouvernement HE 113/2001 vp), une ordonnance d'internement d'office d'un malade mental s'interprète comme englobant automatiquement l'autorisation de traiter le patient, au besoin contre son gré. Même si les médecins peuvent s'efforcer d'obtenir le consentement de la personne avant de commencer le traitement, il n'y a nulle obligation d'obtenir ce consentement par écrit ni de chercher à obtenir celui des proches du patient ou de son tuteur. Si un patient refuse de donner son consentement ou le rétracte, la disposition en cause autorise à administrer les médicaments de force. Selon les documents préparatoires relatifs à la loi, pareille mesure est conçue dans l'intérêt du patient, afin de protéger son droit constitutionnel à bénéficier des soins nécessaires dans une situation où il n'est pas personnellement en mesure de prendre une décision au sujet du traitement en raison de sa maladie.

219. La Cour note aussi que les décisions prises par un médecin au titre de l'article 22b § 3 de la loi sur la santé mentale concernant les médicaments à administrer à un patient ne sont pas susceptibles d'appel. La requérante a soumis un certain nombre de plaintes en ce sens à l'autorité médicolégale et au ministre de la Justice. Or aucun d'eux ne pouvait intervenir dans l'affaire. Le ministre de la Justice a transmis les plaintes à la médiatrice parlementaire, qui a estimé ne pas pouvoir intervenir dans une affaire déjà examinée par l'autorité médicolégale. Celle-ci a pour sa part confirmé dans sa réponse du 15 juillet 2005 qu'elle n'avait pas compétence pour intervenir directement en matière d'administration de médicaments ou pour ordonner l'arrêt d'un traitement étant donné que le pouvoir décisionnel en la matière incombait aux médecins responsables du traitement. Il semble que le Bureau provincial n'avait pas non plus les compétences nécessaires.

220. La Cour considère que l'administration forcée de médicaments constitue une grave atteinte à l'intégrité physique d'une personne, raison pour laquelle pareille mesure doit se fonder sur une «loi» contenant des garanties adéquates contre l'arbitraire. Or en l'espèce il n'existait pas de garanties de cette nature. La décision d'interner la requérante pour un traitement obligatoire englobait automatiquement l'autorisation de procéder à l'administration forcée de médicaments si la requérante refusait le traitement. La décision était ainsi dans les mains des seuls médecins traitants, lesquels pouvaient même prendre des mesures tout à fait radicales sans tenir compte des souhaits de la requérante. En outre, leur décision n'était soumise à aucune forme de contrôle juridictionnel immédiat : la requérante ne disposait d'aucun recours lui permettant de demander à un tribunal de statuer sur la régularité de l'administration forcée de médicaments, y compris sa proportionnalité, ou d'en ordonner la cessation.

221. Pour ces raisons, la Cour considère que l'administration forcée de médicaments a en l'espèce été mise en œuvre sans garanties légales appropriées. Elle conclut que, même si l'on peut dire que la mesure en cause s'appuyait sur une base générale en droit finlandais, l'absence de garanties suffisantes contre l'administration forcée de médicaments a privé la requérante de la protection minimale à laquelle elle avait droit dans une société démocratique régie par la prééminence du droit (*Herczegfalvy*, précité, § 91, et, *mutatis mutandis*, *Narinen c. Finlande*, n° 45027/98, § 36, 1^{er} juin 2004).

222. Dans ces conditions, la Cour juge que l'on ne peut dire que l'ingérence en question était «prévue par la loi» comme le veut l'article 8 § 2 de la Convention. Dès lors, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

223. Eu égard aux conclusions ci-dessus, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu de vérifier si les autres exigences prévues à l'article 8 § 2 ont été respectées en l'espèce.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, recevables les griefs relatifs à l'internement de la requérante en vue de son traitement obligatoire, à l'administration forcée de médicaments à l'hôpital et à l'absence de recours effectif à cet égard;
2. *Déclare*, à la majorité, irrecevable le grief relatif à l'illégalité de l'expertise psychiatrique subie par la requérante.

(...)

4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention à raison de l'internement de la requérante en vue d'un traitement obligatoire à l'issue du délai initial de six mois ;
 5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention à raison de l'administration forcée de médicaments ;
- (...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 3 juillet 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early
Greffier

Nicolas Bratza
Président

MOUVEMENT RAËLIEN SUISSE c. SUISSE
(Requête n° 16354/06)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 13 JUILLET 2012¹

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

SOMMAIRE¹**Affiche interdite sur le domaine public pour l'activité immorale de ses auteurs et le renvoi à un site Internet visant un certain prosélytisme****Article 10**

Liberté d'expression – Affiche interdite sur le domaine public pour l'activité immorale de ses auteurs et le renvoi à un site Internet visant un certain prosélytisme – Ingérence – Prévention des infractions pénales – Protection de la santé – Protection de la morale – Protection des droits d'autrui – Grande marge d'appréciation – Efficacité du contrôle juridictionnel – Portée limitée de la mesure litigieuse – Diffusion des idées possible par d'autres moyens – Proportionnalité – Motifs pertinents et suffisants – Besoin social impérieux

*

* *

L'association requérante est une association à but non lucratif qui constitue la branche nationale du « Mouvement raëlien » (le Mouvement) ayant pour but statutaire d'assurer les premiers contacts et d'établir de bonnes relations avec les extraterrestres. En 2001, elle demanda à la direction de la police l'autorisation de mener une campagne d'affichage. L'affiche représentait entre autres des visages d'extraterrestres et une soucoupe volante, et communiquait l'adresse Internet et le numéro de téléphone du Mouvement. La demande d'affichage fut refusée. Les recours de l'association furent tous rejetés.

Article 10: la requérante a subi une ingérence prévue par la loi dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression en raison de l'interdiction de la campagne d'affichage qu'elle souhaitait mener. Cette dernière visait la prévention du crime, la protection de la santé et de la morale ainsi que la protection des droits d'autrui.

La présente affaire pose la question de savoir si les autorités internes devaient permettre à l'association requérante de diffuser ses idées par le biais de sa campagne d'affichage, et ce par la mise à sa disposition d'une partie du domaine public. La campagne en cause visait pour l'essentiel à attirer l'attention du public sur les idées et les activités d'un groupe à connotation censément religieuse entendant véhiculer un message prétendument transmis par des extraterrestres, et mentionnant à cette fin un lien Internet. Le site Internet en question ne se réfère ainsi qu'incidemment à des idées sociales ou politiques car le but principal est d'attirer des personnes à la

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

cause de l'association requérante. Même si le discours de la requérante échappe au cadre publicitaire, il s'apparente davantage au discours commercial en ce qu'il vise à un certain prosélytisme. La marge d'appréciation de l'Etat est en conséquence plus large. C'est pourquoi la gestion de l'affichage public dans le cadre de campagnes non strictement politiques peut varier d'un Etat à un autre, voire d'une région à une autre au sein d'un même Etat. Ainsi seules des raisons sérieuses pourraient conduire la Cour à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales. L'affiche litigieuse avait clairement pour but d'attirer l'attention du public sur le site Internet: l'adresse de ce site y figurait en caractères gras au-dessous de la phrase «Le message donné par les extraterrestres». Dès lors la Cour doit examiner l'affiche proprement dite mais aussi le contenu du site Internet en question.

Aucune question ne se pose quant à l'efficacité du contrôle juridictionnel effectué par les tribunaux. S'agissant des motifs, les juridictions internes ayant examiné l'affaire ont soigneusement justifié leurs décisions de ne pas autoriser la campagne d'affichage faisant la promotion du clonage humain, la propagande en faveur de la «généocratie» et la possibilité que les écrits et les idées du Mouvement engendrent des abus sexuels sur des mineurs de la part de certains de ses membres. Même si certains de ces motifs, pris isolément, pourraient ne pas être de nature à justifier le refus litigieux, les autorités internes ont pu raisonnablement considérer, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, qu'il était indispensable d'interdire la campagne en cause. La Grande Chambre n'aperçoit pas de raisons de s'écarter des considérations de la chambre à cet égard. Les préoccupations exprimées par les autorités internes se fondaient donc sur des motifs pertinents et suffisants.

La chambre a considéré que la mesure litigieuse avait une portée limitée, la requérante restant libre d'exprimer ses convictions par les nombreux autres moyens de communication. Cette dernière soutient que cette position est contradictoire. Aux yeux de la Cour, une telle contradiction n'est cependant qu'apparente. Avec le Gouvernement, elle estime qu'il y a lieu de distinguer entre le but de l'association et les moyens que celle-ci utilise pour y parvenir. Ainsi, il aurait peut-être été disproportionné d'interdire l'association en tant que telle ou son site Internet sur la base des éléments examinés ci-dessus. Limiter la portée de la restriction incriminée au seul affichage sur le domaine public était ainsi une manière de réduire au minimum l'ingérence dans les droits de la requérante. Compte tenu du fait que cette dernière est en mesure de continuer à diffuser ses idées par le biais de son site Internet ainsi que par d'autres moyens à sa disposition, comme la distribution de tracts dans la rue ou dans les boîtes aux lettres, l'on ne saurait dire que la mesure litigieuse était disproportionnée.

Ainsi les autorités nationales n'ont pas outrepassé l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce, et les motifs avancés afin de motiver leurs décisions étaient «pertinents et suffisants» et répondaient à un «besoin social impérieux». La Cour ne voit donc aucun motif sérieux de substituer son appréciation à celle du

tribunal de dernière instance, lequel a examiné la question litigieuse avec soin et dans le respect des principes posés par la jurisprudence de la Cour.

Conclusion: non-violation (neuf voix contre huit).

Jurisprudence citée par la Cour

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »

c. Belgique (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6

Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n° 24

Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n° 31

Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, série A n° 133

markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, 20 novembre 1989, série A n° 165

Casado Coca c. Espagne, 24 février 1994, série A n° 285-A

Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, série A n° 290

Ceylan c. Turquie [GC], n° 23556/94, CEDH 1999-IV

Tammer c. Estonie, n° 41205/98, CEDH 2001-I

Appleby et autres c. Royaume-Uni, n° 44306/98, CEDH 2003-VI

Murphy c. Irlande, n° 44179/98, CEDH 2003-IX

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

Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande, n° 53678/00, CEDH 2004-X

Steel et Morris c. Royaume-Uni, n° 68416/01, CEDH 2005-II

Tüzel c. Turquie, n° 57225/00, 21 février 2006

Tüzel c. Turquie (n° 2), n° 71459/01, 31 octobre 2006

Stoll c. Suisse [GC], n° 69698/01, CEDH 2007-V

Women On Waves et autres c. Portugal, n° 31276/05, 3 février 2009

Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2) [GC], n° 32772/02, CEDH 2009

Flinkkilä et autres c. Finlande, n° 25576/04, 6 avril 2010

Association Rhino et autres c. Suisse, n° 48848/07, 11 octobre 2011

Axel Springer AG c. Allemagne [GC], n° 39954/08, 7 février 2012

En l'affaire Mouvement raëlien suisse c. Suisse,

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

Nicolas Bratza, président,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Corneliu Bîrsan,
Egbert Myjer,
Mark Villiger,
Päivi Hirvelä,
András Sajó,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Ann Power-Forde,
Mihai Poalelungi,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos,
Ganna Yudkivska,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, juges,
et de Michael O'Boyle, greffier adjoint,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 16 novembre 2011 et le 9 mai 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 16354/06) dirigée contre la Confédération suisse et dont une association de droit suisse, le Mouvement raëlien suisse («l'association requérante»), a saisi la Cour le 10 avril 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. L'association requérante a été représentée par M^e E. Elkaim, avocat à Lausanne (Suisse). Le gouvernement suisse («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. F. Schürmann, de l'Office fédéral de la justice.

3. L'association requérante alléguait que les mesures d'interdiction d'affichage prises par les autorités suisses avaient porté atteinte à son droit à la liberté de religion et à son droit à la liberté d'expression garantis par les articles 9 et 10 de la Convention respectivement.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 15 mai 2008, la Cour a décidé de la communiquer au Gouvernement et, comme le lui permettait l'article 29 § 3 de la Convention, d'en examiner conjointement la recevabilité et le fond.

5. Le 13 janvier 2011, une chambre de ladite section composée de Christos Rozakis, Nina Vajić, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni et George Nicolaou, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, a rendu un arrêt dans lequel elle a conclu, par cinq voix contre deux, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention et qu'il n'y avait pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 9 de la Convention. A l'arrêt se trouvait joint l'exposé de l'opinion dissidente des juges Rozakis et Vajić.

6. Le 12 avril 2011, l'association requérante a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 75 du règlement. Le 20 juin 2011, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Le 30 avril 2012, Mihai Poalelungi est parvenu au terme de son mandat de juge. Il a continué de siéger après l'expiration de son mandat, en vertu des articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement.

8. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement). Des observations ont également été reçues de l'organisation non gouvernementale Article 19, que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 novembre 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. F. Schürmann, chef de l'unité Droit européen
et protection internationale des droits de l'homme,
Office fédéral de la justice,
département fédéral de la justice et de la police, *agent*,
A. Tendon, avocat, adjoint au chef du service juridique
du canton de Neuchâtel,
M^{me} D. Steiger Leuba, collaboratrice scientifique,
unité Droit européen et protection internationale
des droits de l'homme, Office fédéral de la justice,
département fédéral de la justice et de la police, *conseillers*;

– pour l'association requérante

MM. E. Elkaim, avocat,

N. Blanc, avocat associé,

M.P. Chabloz, responsable et porte-parole

du Mouvement raëlien suisse,

conseils,

conseiller.

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à certaines questions posées par les juges, M. Elkaim et M. Schürmann.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. L'association requérante et le Mouvement raëlien

10. Créée en 1977, la requérante est une association à but non lucratif ayant son siège à Rennaz (canton de Vaud). Elle constitue la branche suisse du «Mouvement raëlien», organisation basée à Genève et fondée en 1976 par Claude Vorilhon, dit Raël. Selon ses statuts, elle a pour but «d'assurer les premiers contacts et d'établir de bonnes relations avec les extraterrestres».

11. D'après les renseignements disponibles sur le site Internet de l'association requérante au moment de l'adoption du présent arrêt, la doctrine du Mouvement raëlien se base sur le contact qu'aurait eu Raël avec des extraterrestres «techniquement avancés», les «*elohim*», qui auraient créé la vie sur Terre et plusieurs religions du monde comme le christianisme, le judaïsme ou encore l'islam. Les adeptes du Mouvement raëlien accordent une importance fondamentale aux avancées scientifiques et techniques et considèrent que le clonage et le «transfert de la conscience» permettraient d'accéder à l'immortalité. A ce titre, le Mouvement raëlien a déjà exprimé des opinions favorables au clonage humain.

12. Certains textes du Mouvement raëlien ou de Raël lui-même défendent un système de gouvernement dénommé «*généocratie*», doctrine selon laquelle le pouvoir devrait être exercé seulement par des individus ayant un coefficient intellectuel élevé.

13. Dans son ouvrage intitulé *La Méditation sensuelle*, Raël définit ce concept comme un «mode d'emploi» qui aurait été donné aux humains par les extraterrestres et qui permettrait à chacun de «découvrir son corps et d'apprendre comment jouir des sons, des couleurs, des odeurs, des goûts, des caresses et plus particulièrement d'une sexualité ressentie avec tous ses sens, de manière à expérimenter l'orgasme cosmique, infini et absolu qui

illumine l'esprit en reliant celui qui l'atteint à l'univers qui le compose et dont il est composé».

B. La procédure litigieuse

14. Le 7 mars 2001, l'association requérante demanda à la direction de la police de la ville de Neuchâtel («la direction de la police») l'autorisation de mener une campagne d'affichage pour la période comprise entre le 2 et le 13 avril 2001. L'affiche en question, d'un format de 97 x 69 cm, comportait dans sa partie supérieure l'inscription suivante en grands caractères jaunes sur fond bleu foncé: «Le message donné par les extraterrestres»; au bas de l'affiche, en caractères de même taille mais plus épais, figurait l'adresse du site Internet du Mouvement raëlien ainsi qu'un numéro de téléphone en France; tout en bas de l'affiche on pouvait lire: «La science remplace enfin la religion». Le centre de l'affiche était occupé par des visages d'extraterrestres ainsi que par une pyramide. On distinguait aussi une soucoupe volante et la Terre.

15. Le 29 mars 2001, la direction de la police refusa l'autorisation demandée en se référant à deux précédents refus. Il ressortait d'un rapport parlementaire français sur les sectes datant de 1995, ainsi que d'un jugement du président du tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine (canton de Fribourg), que le Mouvement raëlien se livrait à des activités contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

16. Par une décision du 19 décembre 2001, le conseil communal de Neuchâtel rejeta un recours formé par l'association requérante, estimant que celle-ci ne pouvait pas se prévaloir de la liberté de religion car elle devait être considérée comme une secte à caractère dangereux. L'atteinte à la liberté d'expression était fondée sur l'article 19 du règlement de police de la ville de Neuchâtel («le règlement»); elle visait à protéger l'intérêt public et était proportionnée, dans la mesure où l'organisation prônait notamment le clonage, la «généocratie» et la «méditation sensuelle».

17. Par une décision du 27 octobre 2003, le département neuchâtelois de la gestion du territoire confirma cette décision. Il nota que, pour le Mouvement raëlien, la vie sur Terre avait été créée par des extraterrestres, également fondateurs des différentes religions et susceptibles de sauver le monde, et admit qu'il s'agissait là d'une conviction religieuse protégée par la liberté de conscience et de croyance. Il admit également que le règlement constituait une base légale suffisante en la matière. Il observa que ni le texte ni l'image de l'affiche, pas plus que l'allusion aux extraterrestres, ne contenaient quoi que ce soit de choquant. Toutefois, il releva que le Mouvement raëlien prônait la «généocratie» (modèle politique basé sur le coefficient intellectuel), ainsi que le clonage des êtres humains. De

surcroît, selon un jugement du tribunal cantonal fribourgeois du 13 février 1998, il était exact d'affirmer que le Mouvement raëlien prônait aussi « théoriquement » la pédophilie et l'inceste, notamment dans les ouvrages de Raël lui-même. La pratique de la « méditation sensuelle » pouvait aussi mener facilement à des excès. Par ailleurs, le site Internet de la société Clonaid, accessible depuis le site du Mouvement raëlien, proposait des services précis dans le domaine du clonage ; or l'eugénisme était quant à lui contraire au principe de non-discrimination. Le département conclut que la campagne d'affichage impliquait des atteintes à la moralité et aux droits d'autrui et que, au demeurant, le Mouvement raëlien disposait d'autres moyens pour diffuser ses idées.

18. L'association requérante saisit le tribunal administratif du canton de Neuchâtel. Elle affirmait en particulier que la simple défense de la « génocratie », du clonage et de la méditation sensuelle n'avait rien de choquant. Par ailleurs, elle soutenait que le Mouvement raëlien dénonçait la pédophilie par le biais de l'association « Nopedo ». Le refus d'affichage était donc selon elle une censure pure et simple, d'autant plus que son site Internet était de toute façon accessible par le biais d'un moteur de recherche.

19. Par un arrêt du 22 avril 2005, le tribunal administratif rejeta le recours, après avoir cependant admis que l'association requérante défendait une vision globale du monde et pouvait se prévaloir tant de la liberté d'opinion que de la liberté de religion. Il considéra d'abord que la mesure litigieuse se fondait sur le règlement de police, qui était bien une loi au sens matériel du terme, et que l'affiche devait être évaluée en tenant compte du message véhiculé dans les ouvrages et les sites accessibles depuis celui du Mouvement raëlien. Or les services proposés par Clonaid étaient manifestement contraires à l'ordre public suisse. Le tribunal rappela en outre que le Mouvement raëlien avait fait l'objet de plaintes pénales dénonçant des pratiques sexuelles visant à corrompre systématiquement de jeunes adolescents. Les propos tenus dans les ouvrages sur la « génocratie » et la « méditation sensuelle » pouvaient conduire certains adultes à des dérives sexuelles envers des enfants mineurs, l'enfant étant qualifié dans certains ouvrages d'« objet sexuel privilégié ». Les propos sur la « génocratie » et les critiques à l'égard des démocraties actuelles étaient susceptibles de porter atteinte à l'ordre, à la sécurité et à la moralité publics. Pour ces raisons, le tribunal administratif conclut qu'il ne se justifiait pas d'autoriser la diffusion de ces idées sur la voie publique.

20. L'association requérante forma devant le Tribunal fédéral un recours de droit public contre ce dernier arrêt, demandant son annulation et le renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision.

21. Par un arrêt du 20 septembre 2005, notifié à l'association requérante le 10 octobre 2005, le Tribunal fédéral rejeta le recours. Les extraits pertinents se lisent comme suit :

«Le département, puis le tribunal administratif, ont admis que l'association [requérante] pouvait se prévaloir de la liberté religieuse (art. 15 Constitution [ci-après : «Cst. »], 9 CEDH et 18 Pacte ONU II), dans la mesure où elle défendait une vision globale du monde, notamment quant à sa création et à l'origine des différentes religions. La Ville de Neuchâtel le conteste, en relevant que le but de l'association [requérante], défini à l'article 2 de ses statuts, n'est pas de caractère religieux. Selon un rapport sur les sectes établi en 1995 à l'intention de l'Assemblée nationale française, le Mouvement raëlien ferait partie des mouvements présentant des dangers pour l'individu, notamment en raison des exigences financières exorbitantes à l'égard de ses membres et des pratiques portant atteinte à leur intégrité physique, ainsi que des dangers pour la collectivité, en particulier par un discours antisocial. De nombreux textes publiés par le Mouvement comporteraient des passages choquants.

Point n'est besoin de rechercher si un mouvement religieux peut, en raison des dangers qu'il représente, se voir empêché de se prévaloir de la liberté de religion, et si l'association [requérante] présente de tels dangers. En effet, les parties s'accordent à reconnaître à la [requérante] la faculté d'invoquer la liberté d'opinion. Les conditions de restrictions de cette liberté, telles que posées à l'article 36 Cst, ne diffèrent guère selon qu'est invoqué l'article 15 ou 16 Cst. (cf. également les articles 9 § 2 et 10 § 2 CEDH). La [requérante] ne soutient pas que la mesure contestée porterait atteinte à l'essence même de la liberté religieuse, ni que les restrictions portées à cette dernière seraient, dans les circonstances du cas d'espèce, soumises à des conditions plus strictes. Au contraire, la [requérante] invoque les principes de proportionnalité et d'intérêt public, sans distinction quant au droit constitutionnel invoqué.

(...)

5.2. Selon la jurisprudence, les administrés ne disposent pas d'un droit inconditionnel à l'usage accru du domaine public, en particulier s'agissant de la mise en place de procédés publicitaires sur le domaine public impliquant une activité d'une certaine importance, durable et excluant toute utilisation semblable par des tiers (ATF 128 I 295 consid. 3c/aa p. 300 et les arrêts cités). Lorsqu'il entend accorder une autorisation d'usage accru ou privatif du domaine public, ou lorsqu'il contrôle les modalités d'usage d'une concession, l'Etat doit néanmoins tenir compte, dans la balance des intérêts en présence, du contenu à caractère idéal de la liberté d'expression (ATF 100 Ia 392 consid. 5 p. 402).

5.3. En l'occurrence, les motifs retenus par la cour cantonale pour confirmer le refus de la Ville de Neuchâtel tiennent au respect de la moralité et de l'ordre légal suisse. Le tribunal administratif a considéré qu'il fallait tenir compte non seulement du contenu de l'affiche, mais également des idées véhiculées par le Mouvement raëlien, ainsi que des ouvrages et sites Internet accessibles depuis celui du Mouvement. Il est ainsi fait trois sortes de reproches à l'association [requérante]. Premièrement, le site de l'association [requérante] renvoie à celui de Clonaid, où cette société offre des services précis au public, en matière de clonage, et avait annoncé, au début 2003, la naissance d'enfants

clonés. Or, le clonage est interdit en droit suisse, selon l'article 119 Cst. et la loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA; RS 814.90). Deuxièmement, le tribunal administratif s'est référé à un jugement du tribunal d'arrondissement de la Sarine faisant état de dérives sexuelles possibles à l'égard d'enfants mineurs. De nombreux membres du Mouvement avaient en outre occupé la police en raison de leurs pratiques sexuelles. Troisièmement, le soutien à la «généocratie», soit la doctrine selon laquelle le pouvoir devrait être donné aux individus ayant un coefficient intellectuel élevé, et la critique adressée en conséquence aux démocraties actuelles, était susceptible de porter atteinte au maintien de l'ordre, de la sécurité et de la morale publics.

5.4. La [requérante] ne conteste plus, à ce stade, l'existence d'une base légale suffisante, soit en l'occurrence l'article 19 du règlement. Un acte législatif communal offre en effet les mêmes garanties, du point de vue de la légitimité démocratique, qu'une loi cantonale, et constitue par conséquent une base légale suffisante (arrêt 1P.293/2004 du 31 mai 2005 consid. 4.3 ATF 131 I xxx; ATF 122 I 305 consid. 5a p. 312; 120 Ia 265 consid. 2a p. 266/267 et les références citées). La [requérante] invoque en revanche le principe de l'intérêt public, et reproche aux autorités intimées de s'être écartées du contenu de l'affiche, pour se livrer à une appréciation des activités de l'association [requérante]. Or, si cette dernière se livrait de manière générale à des agissements contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, elle aurait pu être dissoute par voie judiciaire en application de l'article 78 CC [code civil]. En l'absence de toute décision dans ce sens, il ne serait pas possible de lui interdire de rendre publique sa philosophie et sa vision du monde.

5.5. L'affiche en elle-même ne comporte rien, ni dans son texte ni dans ses illustrations, qui soit illicite ou qui puisse choquer le public. Au-dessus du dessin central représentant des extraterrestres figure l'inscription «Le message donné par les extraterrestres», sans autre explication. Au-dessous, en caractères plus gras, figure l'adresse du site Internet de l'association [requérante], ainsi qu'un numéro de téléphone. La phrase «La science remplace enfin la religion», est certes susceptible d'offenser les convictions religieuses de certaines personnes; elle est toutefois la simple expression de la doctrine du Mouvement et ne revêt pas de caractère particulièrement provoquant.

L'ensemble de l'affiche peut ainsi clairement se comprendre comme une invitation à visiter le site Internet de l'association [requérante], ou à contacter celle-ci par téléphone. Face à une telle publicité, l'autorité doit examiner non seulement l'admissibilité du message publicitaire proprement dit, mais aussi celle de son contenu. Il est par conséquent légitime de rechercher si le site en question pouvait contenir des informations, des données ou des liens susceptibles de choquer ou de contrevenir au droit.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient la [requérante], une association peut se voir reprocher des opinions ou des activités qui, sans constituer des motifs de dissolution au sens de l'article 78 CC, justifient néanmoins une restriction de publicité.

5.5.1. A propos du clonage, ce ne sont pas les opinions manifestées par l'association [requérante] en faveur de cette pratique (notamment dans l'ouvrage *Oui au clonage humain*, publié en 2001 et proposé sur le site de la [requérante]) qui ont été sanctionnées, mais le lien avec la société Clonaid, qu'elle a elle-même créée et qui

propose divers services concrets et payants dans ce domaine. Il ne s'agit donc pas simplement, contrairement à ce que soutient la [requérante], de l'expression d'une opinion favorable au clonage, protégée par l'article 16 Cst., mais de la pratique de cette activité, pourtant interdite en vertu de l'article 119 al. 2 let. a Cst. Cette disposition, acceptée en 1992 par la majorité du peuple et des cantons suisses (sous la forme de l'article 24novies a Cst.), s'inscrit notamment dans une politique de protection de la dignité humaine, telle qu'elle correspond à la conception généralement partagée dans ce pays (FF 1996 III 278; cf. également la réponse du Conseil fédéral à une interpellation de R. Gonseth du 9 juin 1997). La [requérante] ne conteste pas le caractère illicite du clonage humain, à plus forte raison à des fins commerciales (article 36 al. LPMA; article 119 al. 2 let. e Cst.). Elle ne saurait non plus contester sérieusement que la mise en lien du site de Clonaid contribue à la promotion d'une activité illicite, et va plus loin que la simple affirmation d'une opinion. Sur ce premier point, qui justifie déjà la décision attaquée, la [requérante] ne présente guère d'argument pertinent au sens de l'article 90 al. 1 let. b OJ.

5.5.2. Le 15 octobre 2003, le centre intercantonal d'information sur les croyances a fourni des informations sur le Mouvement raëlien. Il en ressort notamment que ce dernier serait investi d'une mission politique. Attaquant avec virulence les démocraties, traitées de « médiocraties », il défend la « géniocratie », modèle politique basé sur le coefficient intellectuel des individus. Un gouvernement mondial serait composé de génies, élus par des individus dont l'intelligence serait supérieure de 10 % à la moyenne. Certes, la « géniocratie » est vécue comme une utopie, et non comme un véritable projet politique; contrairement à ce que soutient le tribunal administratif, cette doctrine n'apparaît pas propre à troubler l'ordre ou la sécurité publics.

Toutefois, outre qu'elle apparaît d'inspiration largement eugéniste, elle est manifestement de nature à choquer les convictions démocratiques et antidiscriminatoires qui sont à la base d'un Etat de droit (cf. notamment le libellé du préambule de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, ainsi que l'article 8 Cst. relatif à l'égalité et à l'interdiction de toute discrimination).

5.5.3. Enfin, selon l'arrêt attaqué, on ne saurait retenir que le Mouvement raëlien prône la pédophilie. Toutefois, de nombreux membres auraient occupé les services de police en raison de leurs pratiques sexuelles. Selon un jugement rendu le 28 novembre 1997 par le tribunal d'arrondissement de la Sarine, relatif à un droit de réponse requis par le Mouvement raëlien suisse, les propos tenus par Raël dans ses ouvrages pourraient conduire certains adultes à des dérives sexuelles à l'égard d'enfants mineurs. Ce jugement cite des extraits d'ouvrages de Raël, que l'on peut télécharger depuis le site de l'association [requérante], selon lesquels l'éducation sexuelle des enfants ne devrait pas être seulement théorique, mais consister en une éducation sensuelle destinée à leur montrer comment en retirer du plaisir. Ce même jugement retient aussi que, malgré le désaveu exprimé après coup sur ce point, certains articles parus dans le bulletin trimestriel de liaison « Apocalypse » décrivaient l'enfant comme un « objet sexuel privilégié ». Il est enfin fait état d'une condamnation d'un sympathisant et d'un membre du Mouvement raëlien, par la Cour d'assises du Vaucluse, à cinq ans de prison pour agression sexuelle sur une fillette de douze ans. Cet arrêt a été confirmé

le 13 février 1998 par le tribunal cantonal fribourgeois. Un recours en réforme et un recours de droit public interjetés par le Mouvement raëlien ont été rejetés le 24 août 1998 par le Tribunal fédéral, compte tenu notamment des écrits équivoques du fondateur ou des membres du Mouvement (arrêts 5P.172/1998 et 5C.104/1998).

Le dossier contient par ailleurs divers documents concernant des poursuites contre des membres de l'association [requérante] pour des agressions sexuelles; un arrêt du 24 janvier 2002 de la Cour d'appel de Lyon fait clairement état d'abus sexuels commis par des responsables du Mouvement sur des mineurs de quinze ans; les cadres du Mouvement prôneraient ainsi «une grande liberté sexuelle fortement incitatrice au passage à l'acte»; ils avaient ainsi corrompu de jeunes adolescentes par des discours prétendument philosophiques, par des caresses sexuelles de plus en plus précises et par des incitations toujours plus pressantes, pour ensuite assouvir «leurs besoins et leurs caprices sexuels avec des jeunes filles venant d'atteindre l'âge de quinze ans qui allaient très rapidement d'un partenaire à l'autre».

Le fait que les articles incriminés datent des années 1980 et qu'aucune condamnation n'ait été prononcée en Suisse ne change rien à l'implication de membres de l'association [requérante] dans des agissements pénalement réprimés. La [requérante] ne conteste d'ailleurs nullement le fait que certains passages des livres proposés sur son site pourraient conduire des adultes à des abus envers des mineurs. Sur ce point également, l'argumentation de la [requérante] ne répond pas aux motifs retenus dans la décision attaquée. Dans la mesure où des abus ont effectivement pu être constatés de la part de certains raëliens, il n'est pas déterminant que la pédophilie soit fermement condamnée par la doctrine officielle du Mouvement.

5.6. Sur le vu de ce qui précède, le refus opposé à la [requérante] apparaît fondé sur des motifs d'intérêt public suffisants puisqu'il s'agit de prévenir la commission d'actes constitutifs d'infractions pénales selon le droit suisse (clonage reproductif et actes d'ordre sexuel avec des enfants). Par ailleurs, la lecture de certains passages des ouvrages proposés sur le site de la [requérante] (en particulier l'«éveil sensuel» des enfants, la «généocratie») est susceptible de choquer gravement leurs lecteurs.

5.7. La [requérante] invoque le principe de la proportionnalité. Elle rappelle que l'affiche elle-même ne contient rien qui soit contraire à l'ordre public, et conteste que la mesure soit propre à parvenir au but recherché.

5.7.1. Selon l'article 36 al. 3 Cst., toute restriction à un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. Elle doit être propre à atteindre ce but, et se limiter à l'atteinte la moins grave possible aux intérêts privés (ATF 125 I 474 consid. 3 p. 482 et les références citées).

5.7.2. En l'espèce, l'intérêt public ne consiste pas seulement à limiter la publicité donnée au site de l'association [requérante], compte tenu des réserves exprimées ci-dessus à propos de l'ordre et de la moralité publics. Il s'agit plus encore d'éviter que l'Etat ne prête son concours à une telle publicité en mettant à disposition une partie du domaine public, pouvant laisser croire ainsi qu'il cautionne ou tolère les opinions et les agissements en cause. De ce point de vue, l'interdiction d'affichage est propre à atteindre le but visé. Pour le surplus, la mesure critiquée par la [requérante] est limitée

à l’affichage sur le domaine public. L’association [requérante] demeure libre d’exprimer ses convictions par les nombreux autres moyens de communication à sa disposition (cf. arrêt *Murphy* du 10 juillet 2003, Recueil CourEDH 2003-IX, p. 33, § 74).

5.7.3. La [requérante] estime que l’autorité aurait dû lui proposer les modifications à apporter sur l’affiche afin d’en rendre le contenu admissible. Toutefois, dans la mesure où elle connaissait les objections élevées à l’encontre de sa campagne d’affichage, la [requérante] elle-même n’a jamais proposé une version de l’affiche susceptible d’être autorisée. Le tribunal administratif a pour sa part estimé que l’affiche devrait être interdite même sans référence au site Internet, ce qui paraît discutable; il est incontestable en revanche que la suppression de l’adresse en question ferait perdre son objet à la campagne d’affichage puisqu’il s’agit essentiellement, comme on l’a vu, d’une publicité pour le site lui-même. On ne voit pas, par conséquent, quel sens compréhensible pourrait conserver l’affiche sans cette référence au site et au numéro de téléphone.

5.7.4. La mesure contestée respecte donc le principe de la proportionnalité, sous tous ses aspects. Elle constitue, pour les mêmes motifs, une restriction nécessaire « dans une société démocratique », en particulier à la protection de la morale, au sens des articles 9 § 2 et 10 § 2 CEDH. »

C. Les campagnes d’affichage de l’association requérante dans d’autres villes suisses

22. Des affiches similaires à celle qui fait l’objet de la présente affaire – contenant également l’adresse du site Internet du Mouvement raëlien et un numéro de téléphone mais un texte différent, à savoir « Le vrai visage de Dieu » – ont été autorisées en décembre 1999 dans plusieurs villes suisses telles que Zurich et Lausanne. L’association requérante a pu également mener d’autres campagnes avec des affiches différentes de celle en cause en l’espèce – dont certaines comportant l’adresse du site Internet du Mouvement raëlien – entre 2004 et 2006 dans plusieurs villes suisses sauf Neuchâtel. En revanche, en octobre 2004, le conseil communal de Delémont refusa d’autoriser une campagne d’affichage souhaitée par la requérante et concernant une affiche comportant l’affirmation « Dieu n’existe pas ».

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE PERTINENTS

A. Le droit interne

1. La Constitution

23. L’article 119 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 traite de la procréation médicalement assistée et du génie génétique dans le domaine humain. Cette disposition est libellée comme suit :

«L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique.

La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants :

a) toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains sont interdites;

b) le patrimoine génétique et germinal non humain ne peut être ni transféré dans le patrimoine germinal humain ni fusionné avec celui-ci;

c) le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée n'est autorisé que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière, et non pour développer chez l'enfant certaines qualités ou pour faire de la recherche; la fécondation d'ovules humains hors du corps de la femme n'est autorisée qu'aux conditions prévues par la loi; ne peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains pouvant être immédiatement implantés;

d) le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits;

e) il ne peut être fait commerce du matériel germinal humain ni des produits résultant d'embryons;

f) le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi;

g) toute personne a accès aux données relatives à son ascendance.»

24. Interpellé par un parlementaire suisse sur la question de savoir s'il y avait lieu de prendre des mesures à l'égard du Mouvement raëlien en se fondant sur l'alinéa a) de cette disposition, le Conseil fédéral suisse a déclaré, le 21 mai 2003 :

«Dans la mesure où, en Suisse, le Mouvement Raël se borne à militer pour une reconnaissance sociale des techniques de clonage – ou encore pour la levée de l'interdiction du clonage – son activité relève de la liberté d'opinion (...)»

2. Le règlement de police de Neuchâtel

25. A Neuchâtel, comme dans d'autres villes suisses, la gestion de l'affichage sur le domaine public revient à une société commerciale privée, à laquelle le conseil communal a octroyé une concession en vertu du règlement de police de la ville du 17 janvier 2000. Les dispositions pertinentes de ce règlement sont les suivantes :

Article 18

«1. L'installation de supports destinés à l'affichage et de réclames, sur domaine public et privé visible du domaine public, est soumise à autorisation.

2. Celle-ci n'est accordée que si les conditions en matière d'urbanisme et de sécurité sont respectées.»

Article 19

«1. La Direction de la police peut interdire les affiches illicites ou contraires aux bonnes mœurs.

2. L'affichage sauvage est interdit.»

Article 20

«Le droit exclusif d'affichage sur le domaine communal peut être concédé par le Conseil communal.»

B. Le droit international

26. La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite aussi «Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine», ouverte à la signature le 4 avril 1997 à Oviedo («Convention d'Oviedo»), est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999. Elle s'applique à la Suisse depuis le 1^{er} novembre 2008.

27. Le Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo, ouvert à la signature le 12 janvier 1998 à Paris, entré en vigueur le 1^{er} mai 2006 et applicable à la Suisse depuis le 1^{er} mars 2010, interdit «toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort».

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

28. L'association requérante allègue que les mesures d'interdiction d'affichage prises par les autorités suisses ont porté atteinte à son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention, lequel est ainsi libellé:

«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.»

A. Sur l'exception préliminaire du Gouvernement

29. Dans son mémoire soumis à la Grande Chambre ainsi que lors de l'audience tenue devant celle-ci, le Gouvernement a invité la Cour à déclarer la requête irrecevable pour défaut manifeste de fondement. Pour le Gouvernement, la Cour pourrait déclarer manifestement mal fondé un grief qui a été examiné en substance par les instances nationales compétentes au cours d'une procédure remplissant toutes les conditions d'équité et dépourvue d'arbitraire. Le Gouvernement souligne que, dans un tel cas, la Cour ne devrait pas substituer sa propre appréciation des faits à celle des nombreuses autorités nationales qui ont statué au cours de la procédure litigieuse.

30. La Cour rappelle que, dans le contexte de l'article 43 § 3 de la Convention, l'« affaire » renvoyée devant la Grande Chambre englobe tous les aspects de la requête qui ont été déclarés recevables par la chambre (voir, parmi d'autres, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 141, CEDH 2001-VII). Cependant, même après la décision d'une chambre de déclarer un grief recevable, la Grande Chambre peut aussi examiner, le cas échéant, des questions relatives à la recevabilité de la requête, par exemple en vertu de l'article 35 § 4 de la Convention, qui habilite la Cour à « rejeter toute requête qu'elle considère comme irrecevable (...) à tout stade de la procédure », ou lorsque ces questions ont été jointes au fond ou encore lorsqu'elles présentent un intérêt au stade de l'examen au fond (*K. et T. c. Finlande*, précité, § 141, et *Perna c. Italie* [GC], n° 48898/99, §§ 23-24, CEDH 2003-V).

31. En l'occurrence, la Grande Chambre rappelle que la chambre a considéré dans son arrêt que la requête n'était pas « manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention » (paragraphe 22 de l'arrêt de la chambre). Elle ne voit aucune raison de s'écarter de cette conclusion, d'autant que les questions soulevées par le Gouvernement à cet égard relèvent plutôt de l'examen au fond.

32. Partant, la Cour rejette l'exception préliminaire du Gouvernement.

B. Sur l'observation de l'article 10 de la Convention

1. L'arrêt de la chambre

33. Dans son arrêt du 13 janvier 2011, la chambre a d'abord estimé que l'interdiction de la campagne d'affichage en cause avait bien constitué

une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit à la liberté d'expression. Pour la chambre, une telle ingérence était prévue par la loi et poursuivait des buts légitimes: la prévention du crime, la protection de la santé et de la morale ainsi que la protection des droits d'autrui. La chambre s'est ensuite penchée sur la nécessité de l'ingérence: après avoir constaté qu'elle se trouvait confrontée pour la première fois à la question de savoir si les autorités internes devaient permettre à une association, par la mise à disposition du domaine public, de diffuser ses idées au travers d'une campagne d'affichage, elle a souligné que, s'il était incontesté que l'affiche en question ne comportait rien d'illicite ou de choquant ni dans son texte ni dans ses illustrations, il y figurait cependant l'adresse du site Internet de l'association requérante. Prenant en compte le cadre global dans lequel l'affiche se situait, notamment les idées propagées par le site Internet de la requérante ainsi que les liens accessibles depuis ce site, la chambre a rappelé que les moyens modernes de diffusion d'information et le fait que le site était accessible à tous, y compris aux mineurs, auraient démultiplié l'impact d'une campagne d'affichage. Observant ensuite que les juridictions suisses avaient soigneusement motivé leurs décisions, et prenant en compte par ailleurs la portée limitée de l'interdiction litigieuse – l'interdiction de l'association elle-même ou de son site Internet n'étant pas envisagée –, la chambre a considéré que les autorités compétentes n'avaient pas outrepassé l'ample marge d'appréciation qui était la leur s'agissant de l'usage accru du domaine public. La chambre a ainsi conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

2. Thèses des parties et observations du tiers intervenant

a) L'association requérante

34. L'association requérante souligne d'emblée qu'en accordant à l'Etat suisse une aussi large marge d'appréciation en matière d'usage accru du domaine public, la chambre a cautionné une politique discrétionnaire de la part des autorités compétentes; il suffirait ainsi à une ville ou à un Etat de dire qu'ils ne souhaitent pas voir leur nom associé à certaines idées, légales mais non majoritaires, pour fonder un refus systématique et s'opposer durablement à l'expression de ces idées en public. La requérante se réfère à cet égard à la position adoptée par la Cour dans l'arrêt *Women On Waves et autres c. Portugal* (n° 31276/05, 3 février 2009), où celle-ci a critiqué l'interdiction de divulguer des idées contraires à celles de la majorité de la population. De même, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans un arrêt du 22 février 2011 (n° 1 BvR 699/06), aurait rejeté l'argument consistant à justifier par le souci de maintenir une atmosphère agréable

l'interdiction de distribuer à l'intérieur d'un aéroport des tracts contestant la politique en matière de renvoi des étrangers; la Cour constitutionnelle fédérale allemande aurait souligné qu'elle ne pouvait pas accepter des interdictions destinées à empêcher l'expression d'opinions non partagées par les autorités.

35. La requérante fait valoir qu'elle est une association de droit suisse légalement constituée n'ayant jamais fait l'objet d'une sanction pénale ou d'une mesure tendant à son interdiction. Selon elle, dès lors qu'il n'a jamais été contesté que l'affiche litigieuse ne contenait en elle-même rien qui fût illégal ou de nature à choquer le public, l'interdiction se fondait sur le fait que l'affiche mentionnait le site Internet du Mouvement raëlien et constituait ainsi un lien avec les idées exposées dans ce site. La requérante estime donc qu'elle se trouve dans une situation où on lui interdit de diffuser ses idées par voie d'affichage au motif qu'elle dispose d'autres moyens de communication, en particulier son site Internet, alors que, quand elle donne l'adresse de son site sur une affiche, on lui interdit de le faire sous prétexte que cela crée un lien avec ses idées, jugées dangereuses pour le public. Pour la requérante, l'approche des autorités suisses, validée par la chambre, revient à compliquer à l'excès, voire à empêcher, toute publicité ou diffusion de ses idées.

36. S'agissant justement des idées mentionnées par les autorités suisses et par la chambre comme pouvant fonder l'interdiction de la campagne d'affichage, la requérante réitère qu'il n'y a rien d'illégal dans le fait de soutenir des points de vue favorables au clonage ou à la «généocratie». Elle rappelle que, s'il est vrai qu'elle a déjà exprimé des opinions favorables au clonage, elle n'a jamais participé à des actes thérapeutiques ou expérimentaux liés au clonage humain. En ce qui concerne le concept de «généocratie», elle souligne que l'ingérence dans ses droits est d'autant plus grave que ni l'affiche incriminée ni le site Internet du Mouvement raëlien n'y font référence; en effet, ce concept ressortirait d'un ouvrage proposé sur le site Internet où seraient exprimées des opinions philosophiques auxquelles chacun est libre d'adhérer ou non.

37. Quant aux allégations de dérives sexuelles qu'engendreraient les idées défendues par le Mouvement raëlien, la requérante souligne qu'aucune autorité policière ou judiciaire n'a jamais eu à intervenir dans une quelconque affaire de pédophilie ou de dérive sexuelle intéressant de près ou de loin le Mouvement raëlien ou l'un de ses membres. Bien au contraire, elle n'aurait pas hésité à exclure de ses rangs ceux de ses membres qui étaient ne serait-ce que soupçonnés de comportements contraires à la législation sur la protection des mineurs.

38. La requérante conclut qu'il n'existait aucune nécessité impérieuse d'interdire l'affiche incriminée au motif qu'elle mentionnait l'adresse d'un

site Internet. Rappelant que l'article 10 protège également la forme par laquelle les idées sont transmises (*Thoma c. Luxembourg*, n° 38432/97, § 45, CEDH 2001-III), et partageant l'opinion exprimée par les juges dissidents Rozakis et Vajić – qui ont souligné à cet égard que la marge d'appréciation de l'Etat était plus étroite sur le terrain des obligations négatives (*Women On Waves et autres*, précité, § 40) – la requérante estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 10 de la Convention.

b) Le Gouvernement

39. Le Gouvernement souscrit sans réserve non seulement aux principes fondamentaux en matière de liberté d'expression rappelés par la chambre, mais également à l'application que celle-ci en a faite. Pour lui, la chambre a procédé à une mise en balance des intérêts en jeu tout à fait juste. A cet égard, le Gouvernement estime que les éléments ci-dessous doivent être pris en compte.

40. S'agissant d'abord de la mise à disposition du domaine public, il souligne que les individus ne disposent pas d'un droit inconditionnel à un usage accru de ce domaine, en particulier lorsqu'il s'agit de procédés publicitaires impliquant une activité d'une certaine importance, durable et excluant toute utilisation de cet espace par des tiers. Rappelant que l'affiche litigieuse ne s'inscrivait nullement dans un contexte politique, le Gouvernement marque son accord avec les considérations des autorités internes, surtout lorsque celles-ci ont estimé qu'il fallait examiner non seulement le message publicitaire proprement dit mais aussi son contenu, y compris par conséquent la mention du site Internet. A cet égard, le Gouvernement souscrit au raisonnement de la chambre selon lequel l'impact de l'affiche en question se serait vu démultiplié par la référence à l'adresse du site Internet du Mouvement raëlien.

41. Pour ce qui est de l'étendue de la marge d'appréciation, le Gouvernement souligne que les idées propagées dans les diverses publications accessibles par le biais du site Internet du Mouvement raëlien étaient susceptibles d'offenser les convictions religieuses de certaines personnes, domaine dans lequel les autorités bénéficieraient d'une large marge d'appréciation (*Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, § 67, CEDH 2003-IX). A cet égard, le Gouvernement critique l'opinion dissidente jointe à l'arrêt de la chambre, considérant qu'elle accorde trop de poids à la distinction entre les obligations positives et les obligations négatives pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation. Pour le Gouvernement, le cas d'espèce ferait partie de cette catégorie d'affaires où la qualification de l'obligation – positive ou négative – dépend de la manière dont la question est formulée, à savoir si l'on reproche aux autorités d'avoir commis un acte ou si on leur

reproche d'avoir omis de commettre un acte. Le Gouvernement admet qu'il en irait autrement si l'accès au domaine public n'était soumis à aucune restriction ou autorisation, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

42. Concernant l'examen des buts légitimes visés par la restriction litigieuse, le Gouvernement marque son accord avec l'analyse de la chambre, qui a approuvé les arguments des quatre autorités nationales ayant examiné le refus opposé par la police à la requérante. S'agissant ainsi des opinions de la requérante quant à « l'éveil sensuel » des enfants, le Gouvernement fait état de plusieurs procédures engagées contre des membres du Mouvement raëlien pour abus sexuels (cour d'assises du Vaucluse, cours d'appel de Lyon et Colmar et juge d'instruction de Versailles). La liste de ces décisions donnerait sérieusement à penser que certains passages des publications accessibles sur le site du Mouvement raëlien pourraient conduire des adultes à commettre des abus sexuels envers des mineurs.

43. Sur la question du clonage, le Gouvernement souligne le lien unissant l'association requérante à la société commerciale Clonaid, créée par Raël, qui proposerait divers services concrets et payants dans le domaine du clonage, pratique qui serait interdite par la Constitution fédérale et par la législation pénale. La présence d'un lien vers le site Internet de Clonaid contribuerait ainsi à la promotion d'une activité illicite et irait plus loin que la simple affirmation d'une opinion.

44. Quant à la « génioocratie », le Gouvernement souligne que, sans que cette opinion soit propre en soi à troubler l'ordre public ou la sécurité, elle peut choquer les convictions démocratiques et antidiscriminatoires qui sont à la base d'un Etat de droit. Il souscrit à l'argument du Tribunal fédéral selon lequel, si la défense de la « génioocratie » est vécue comme une utopie et non comme un véritable projet politique, elle apparaît d'inspiration largement eugéniste et se heurte aux principes démocratiques.

45. Le Gouvernement relève enfin que la portée de l'interdiction est limitée. Se ralliant à la position de la chambre à cet égard, il estime que l'association requérante n'est pas empêchée de diffuser sa doctrine par les nombreux autres moyens de communication à sa disposition, dont Internet. Le Gouvernement souligne à cet égard qu'il n'a jamais été question d'interdire le site du Mouvement raëlien ou le Mouvement raëlien en tant que tel ; il estime cependant qu'il y a lieu d'établir une distinction entre le but de l'association, qui peut être tout à fait licite, et les moyens utilisés pour y parvenir, qui peuvent, eux, être illicites.

46. Pour toutes ces raisons, le Gouvernement invite la Grande Chambre à confirmer l'arrêt de la chambre et à conclure à la non-violation de l'article 10 de la Convention.

c) Le tiers intervenant

47. L'organisation Article 19 prie la Cour d'examiner soigneusement la marge d'appréciation devant être reconnue aux Etats en matière de restrictions à la liberté d'expression dans des affaires impliquant la diffusion d'informations sur Internet. Pour Article 19, l'importance de la liberté d'expression sur Internet au regard du droit international recommande d'accorder aux Etats une étroite marge d'appréciation en la matière. S'agissant en particulier de l'examen de liens vers d'autres sites, Article 19, se référant à des éléments de droit comparé recueillis notamment auprès de juridictions du Royaume-Uni, d'Allemagne et des Etats-Unis, fait valoir qu'une mesure consistant à exiger la suppression d'un lien sans traiter d'abord la source du contenu prétendument illégal constituerait toujours une démarche disproportionnée.

3. *Appréciation de la Cour*

a) Principes généraux

48. Les principes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour. L'arrêt de la chambre, se référant aux affaires *Stoll c. Suisse* ([GC], n° 69698/01, § 101, CEDH 2007-V) et *Steel et Morris c. Royaume-Uni* (n° 68416/01, § 87, CEDH 2005-II), les a rappelés en ces termes :

«i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne

foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...)»

b) Application de ces principes au cas d'espèce

i. Existence d'une ingérence

49. Nul ne conteste que la requérante a subi une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression en raison de l'interdiction de la campagne d'affichage qu'elle souhaitait mener, même si les parties ont débattu devant la Grande Chambre du point de savoir si une telle restriction s'analysait en une obligation négative ou si l'on se trouvait sur le terrain des obligations positives.

50. La Cour rappelle à cet égard qu'à l'engagement plutôt négatif d'un Etat de s'abstenir de toute ingérence dans les droits garantis par la Convention « peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes » à ces droits (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, série A n° 31). La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de la Convention ne se prête cependant pas à une définition précise (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* [GC], n° 32772/02, § 82, CEDH 2009); dans les deux hypothèses – obligations positives et obligations négatives – l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, §§ 51-52, série A n° 290).

51. En l'occurrence, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant si l'article 10 imposait une obligation positive aux autorités suisses. La prohibition litigieuse constituant en tout état de cause une ingérence, celle-ci n'est tolérable que si les conditions énoncées au paragraphe 2 de cette disposition se trouvent remplies.

ii. Justification de l'ingérence

52. Pareille ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la requérante doit être « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 10 et « nécessaire dans une société démocratique ».

53. La Cour relève d'emblée que les parties n'ont pas contesté que la restriction litigieuse se fondait sur l'article 19 du règlement de police de la ville de Neuchâtel (paragraphe 25 ci-dessus).

54. Quant aux buts légitimes poursuivis par cette restriction, le Gouvernement a indiqué que cette dernière visait la prévention du crime, la protection de la santé et de la morale ainsi que la protection des droits d'autrui.

55. La Grande Chambre constate, à l'instar de la chambre, que la requérante ne conteste pas que la mesure litigieuse a été adoptée en vue d'atteindre ces buts légitimes. Elle admet ainsi que la restriction en question poursuivait les buts légitimes précités.

56. Il s'ensuit que la question principale à trancher en l'espèce est celle de savoir si la mesure litigieuse était nécessaire dans une société démocratique.

57. Comme la chambre l'a relevé, la présente affaire a ceci de particulier qu'elle pose la question de savoir si les autorités internes devaient permettre à l'association requérante de diffuser ses idées par le biais de sa campagne d'affichage, et ce par la mise à sa disposition d'une partie du domaine public. La Cour note à cet égard que, dans deux affaires turques, elle a certes censuré des décisions d'interdiction de campagnes d'affichage dont avait été victime un parti politique. Son raisonnement se fondait cependant sur le fait que la réglementation permettant une telle interdiction « [échappait] à un contrôle juridictionnel strict et efficace » (*Tüzel c. Turquie*, n° 57225/00, § 15, 21 février 2006, et *Tüzel c. Turquie (n° 2)*, n° 71459/01, § 16, 31 octobre 2006).

58. La présente affaire se distingue également de l'affaire *Appleby et autres c. Royaume-Uni* (n° 44306/98, CEDH 2003-VI), où il était question de l'usage du domaine appartenant à une société de droit privé. Elle se distingue enfin de l'affaire *Women On Waves et autres*, qui concernait l'interdiction d'entrée d'un navire dans les eaux territoriales d'un Etat, « espace public et ouvert de par sa nature même » (arrêt précité, § 40). En l'espèce, il n'y a pas eu une prohibition générale de la divulgation de certaines idées mais une interdiction de l'utilisation d'un espace public réglementé et encadré. Comme la chambre l'a relevé, suivant en cela le Tribunal fédéral, les individus ne disposent pas d'un droit inconditionnel ou illimité à l'usage accru du domaine public, surtout lorsqu'il s'agit de supports destinés à des campagnes de publicité ou d'information (paragraphe 14 et 51 de l'arrêt de la chambre).

a. La marge d'appréciation

59. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les Etats contractants disposent, sur le terrain de l'article 10, d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression protégée par cette disposition (*Tammer c. Estonie*, n° 41205/98, § 60, CEDH 2001-I).

60. Toutefois, cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante (*Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, n° 53678/00, § 38, CEDH 2004-X, et *Flinkkilä et autres c. Finlande*, n° 25576/04, § 70, 6 avril 2010). Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions de la Convention invoquées (*Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08, § 86, 7 février 2012).

61. L'étendue d'une telle marge d'appréciation varie en fonction de plusieurs éléments, parmi lesquels le type de discours en cause revêt une importance particulière. Si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique (*Ceylan c. Turquie* [GC], n° 23556/94, § 34, CEDH 1999-IV), les Etats contractants ont généralement une plus grande marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou, plus particulièrement, de la religion (*Murphy*, précité, § 67). Pareillement, les Etats disposent d'une large marge d'appréciation s'agissant de réglementer le discours commercial et publicitaire (*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 33, série A n° 165, et *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, § 50, série A n° 285-A).

62. En l'espèce, la Cour observe que l'on peut raisonnablement soutenir que la campagne en cause visait pour l'essentiel à attirer l'attention du public sur les idées et les activités d'un groupe à connotation censément religieuse entendant véhiculer un message prétendument transmis par des extraterrestres, et mentionnant à cette fin un lien Internet. Le site Internet de la requérante ne se réfère ainsi qu'incidemment à des idées sociales ou politiques. La Cour estime que le type de discours en cause n'est pas politique car le but principal du site Internet en question est d'attirer des personnes à la cause de l'association requérante et non pas d'aborder des questions relevant du débat politique en Suisse. Même si le discours de la requérante échappe au cadre publicitaire – il ne s'agit pas d'inciter le public à acheter un produit particulier – il n'en demeure pas moins qu'il s'apparente davantage au discours commercial qu'au discours politique au sens strict en ce qu'il vise à un certain prosélytisme. La marge d'appréciation de l'Etat est en conséquence plus large.

63. En pareil cas, les autorités nationales se trouvent en principe, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, mieux

placées que le juge international pour se prononcer sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à répondre aux buts légitimes qu'elles poursuivent (*Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, § 35, série A n° 133).

64. C'est pourquoi la gestion de l'affichage public dans le cadre de campagnes non strictement politiques peut varier d'un Etat à un autre, voire d'une région à une autre au sein d'un même Etat, surtout s'agissant d'un Etat ayant choisi une organisation politique de type fédéral. A cet égard, la Cour souligne que certaines autorités locales peuvent avoir des motifs plausibles de ne pas adopter de restrictions en ce domaine (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 54, série A n° 24). Il n'appartient pas à la Cour de s'immiscer dans les choix des autorités nationales et locales, plus proches des réalités de leur pays, sous peine de perdre de vue le caractère subsidiaire du mécanisme de la Convention (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, § 10, p. 34, série A n° 6).

65. L'examen par les autorités locales du point de savoir si une affiche répond à certains critères légaux – en vue de la défense d'intérêts aussi variés que par exemple la protection des mœurs, la sécurité routière ou la protection du paysage – relève ainsi de la marge d'appréciation des Etats, les autorités disposant d'une certaine latitude pour émettre des autorisations dans ce domaine.

66. Eu égard aux considérations qui précèdent sur l'étendue de la marge d'appréciation en l'espèce, la Cour conclut que seules des raisons sérieuses pourraient la conduire à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales.

β. Les motifs invoqués par les juridictions nationales

67. La Cour doit dès lors examiner les motifs invoqués par les autorités nationales pour interdire la campagne d'affichage en cause ainsi que la portée d'une telle interdiction, afin de vérifier si ces motifs étaient « pertinents » et « suffisants » et par conséquent si, eu égard à la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités nationales, l'ingérence était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et correspondait à un « besoin social impérieux ». Elle souligne à ce titre qu'à la différence des affaires susmentionnées dans lesquelles la Cour a censuré des décisions d'interdiction de campagnes d'affichage en raison de l'absence de contrôle juridictionnel strict et efficace (*Tüzel*, précité, § 15, et *Tüzel (n° 2)*, précité, § 16), aucune question ne se pose en l'espèce quant à l'efficacité du contrôle juridictionnel effectué par les tribunaux nationaux.

68. Les parties ont d'abord débattu à cet égard de la question de savoir s'il convenait de prendre en considération, aux fins de l'examen de

la nécessité de la mesure incriminée, et comme l'ont fait les juridictions internes, le contenu du site Internet du Mouvement raëlien auquel renvoyait l'affiche litigieuse. A la lumière du principe selon lequel la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter en tenant compte des conditions de vie actuelles (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, et *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII), la chambre a considéré que tel devait être le cas dans la mesure où l'impact des affiches sur le public se serait vu démultiplié en raison du renvoi au site Internet, qui était accessible à tous, y compris aux mineurs.

69. La Cour rappelle le principe général selon lequel il lui faut examiner l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (paragraphe 48 ci-dessus). Elle observe que l'affiche litigieuse avait clairement pour but d'attirer l'attention du public sur le site Internet : l'adresse de ce site y figurait en caractères gras au-dessous de la phrase « Le message donné par les extraterrestres » (paragraphe 14 ci-dessus). Il serait donc illogique que la Cour se penche uniquement sur l'affiche proprement dite ; il lui faut également examiner, à l'instar des juridictions internes, le contenu du site Internet en question.

70. S'agissant des motifs, la Cour relève d'emblée, à l'instar de la chambre, que les cinq juridictions internes ayant examiné l'affaire (la direction de la police, le conseil communal, le département neuchâtelois de la gestion du territoire, le tribunal administratif et le Tribunal fédéral) ont soigneusement justifié leurs décisions en expliquant pourquoi elles estimaient opportun de ne pas autoriser la campagne d'affichage. Le Tribunal fédéral, la plus haute juridiction nationale, s'est en particulier référé à l'article 10 de la Convention ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour en la matière et a examiné la proportionnalité de la mesure litigieuse.

71. Dans son raisonnement par lequel il a jugé fondé le refus d'autoriser la campagne en cause, le Tribunal fédéral a examiné successivement chacun des motifs avancés par les juridictions inférieures pour conclure au caractère justifié dudit refus, à savoir la promotion du clonage humain, la propagande en faveur de la « génocratie » et la possibilité que les écrits et les idées du Mouvement raëlien engendrent des abus sexuels sur des mineurs de la part de certains de ses membres.

72. Même si certains de ces motifs, pris isolément, pourraient ne pas être de nature à justifier le refus litigieux, la Cour estime que les autorités internes ont pu raisonnablement considérer, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, qu'il était indispensable d'interdire la campagne en

cause aux fins de la protection de la santé et de la morale, de la protection des droits d'autrui et de la prévention du crime. La chambre s'est notamment exprimée comme suit (paragraphe 55-57 de l'arrêt) :

«55. (...) Premièrement, le site de l'association renvoie à celui de Clonaid, où cette société offre des services précis au public, en matière de clonage, et où elle avait annoncé, au début 2003, la naissance d'enfants clonés. Deuxièmement, le tribunal administratif s'est référé à un jugement du tribunal d'arrondissement de la Sarine faisant état de dérives sexuelles possibles à l'égard d'enfants mineurs. Troisièmement, la propagande en faveur de la «généocratie», soit la doctrine selon laquelle le pouvoir devrait être donné aux individus ayant un coefficient intellectuel élevé, et la critique adressée en conséquence aux démocraties actuelles, était susceptible de porter atteinte au maintien de l'ordre, de la sécurité et de la morale publics.

56. La Cour estime que les reproches formulés par les instances internes à certains membres de l'association requérante, portant sur leurs activités sexuelles avec des mineurs, semblent particulièrement inquiétants. (...) Certes, la Cour n'est en principe pas compétente pour revoir les faits établis par les instances internes ou l'application correcte du droit interne; dès lors, elle n'est pas amenée à vérifier si les reproches formulés par les autorités sont avérés. Par contre, la Cour estime que, compte tenu des circonstances de l'espèce, les autorités avaient suffisamment de raisons de considérer comme nécessaire le refus de l'autorisation demandée par l'association requérante.

57. Des considérations similaires s'imposent s'agissant de la question du clonage. La Cour estime que les autorités internes ont pu de bonne foi penser qu'il était indispensable, pour la protection de la santé et de la morale ainsi que pour la prévention du crime, d'interdire la campagne d'affichage, étant donné que l'association requérante propose, sur son site Internet, un lien vers celui de Clonaid, entreprise qu'elle a créée elle-même (...) Par ailleurs, elle a exprimé, et elle l'admet elle-même, une opinion favorable au clonage, activité clairement interdite par l'article 119 alinéa 2 a) de la Constitution fédérale (...)»

La Grande Chambre n'aperçoit pas de raisons de s'écarter des considérations de la chambre à cet égard. La Cour estime donc que les préoccupations exprimées par les autorités internes se fondaient sur des motifs pertinents et suffisants.

73. La chambre a enfin considéré que la mesure litigieuse avait en fin de compte une portée limitée, la requérante restant libre «d'exprimer ses convictions par les nombreux autres moyens de communication à sa disposition»; la chambre a également souligné qu'il n'avait «jamais été question d'interdire l'association requérante en tant que telle ni son site Internet» (paragraphe 58 de l'arrêt de la chambre).

74. L'association requérante soutient que cette position de la chambre est contradictoire et revient à compliquer à l'excès la diffusion de ses idées, dans la mesure où on lui interdit de communiquer des informations par

voie d'affichage au motif qu'elle dispose d'un site Internet, alors que quand elle diffuse l'adresse de son site sur une affiche, on lui interdit de le faire sous prétexte que cela crée un lien avec ses idées, jugées dangereuses pour le public.

75. Aux yeux de la Cour, une telle contradiction n'est cependant qu'apparente. Avec le Gouvernement, elle estime qu'il y a lieu de distinguer entre le but de l'association et les moyens que cette dernière utilise pour y parvenir. Ainsi, en l'occurrence, il aurait peut-être été disproportionné d'interdire l'association en tant que telle ou son site Internet sur la base des éléments examinés ci-dessus (voir à cet égard *Association Rhino et autres c. Suisse*, n° 48848/07, §§ 66-67, 11 octobre 2011). Limiter la portée de la restriction incriminée au seul affichage sur le domaine public était ainsi une manière de réduire au minimum l'ingérence dans les droits de la requérante. La Cour rappelle à cet égard que, lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause (*Women On Waves et autres*, précité, § 41). Compte tenu du fait que la requérante est en mesure de continuer à diffuser ses idées par le biais de son site Internet ainsi que par d'autres moyens à sa disposition, comme la distribution de tracts dans la rue ou dans les boîtes aux lettres, l'on ne saurait dire que la mesure litigieuse était disproportionnée.

c) Conclusion

76. La Cour conclut que les autorités nationales n'ont pas outrepassé l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce, et que les motifs avancés afin de motiver leurs décisions étaient « pertinents et suffisants » et répondaient à un « besoin social impérieux ». La Cour ne voit donc aucun motif sérieux de substituer son appréciation à celle du Tribunal fédéral, lequel a examiné la question litigieuse avec soin et dans le respect des principes posés par la jurisprudence de la Cour.

77. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.
(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement;
 2. *Dit*, par neuf voix contre huit, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention;
- (...)

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 13 juillet 2012.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Nicolas Bratza
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Bratza ;
- opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić et Yudkivska ;
- opinion dissidente commune aux juges Sajó, Lazarova Trajkovska et Vučinić ;
- opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque.

N.B.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE BRATZA

(Traduction)

1. C'est avec quelque hésitation que je me suis rallié à la majorité de la Cour, qui a conclu à la non-violation de l'article 10 de la Convention en l'espèce. Mon point de vue final se fonde essentiellement sur quatre caractéristiques de cette affaire inhabituelle.

A. La nature de l'ingérence

2. L'association requérante se plaint de n'avoir pas été autorisée à mener une campagne d'affichage dans les espaces publics de la ville de Neuchâtel. L'usage du domaine public était régi par le règlement de police du 17 janvier 2000, lequel prévoyait notamment que l'installation de supports destinés à l'affichage et de réclames sur le domaine public était soumise à autorisation, que la direction de la police pouvait interdire les affiches illicites ou contraires aux bonnes mœurs et que le droit exclusif d'affichage sur le domaine communal pouvait être concédé par le conseil communal. Le rejet de la demande d'autorisation a été confirmé successivement par le conseil communal, le département neuchâtelois de la gestion du territoire, le tribunal administratif du canton de Neuchâtel et le Tribunal fédéral.

3. Les parties étaient en désaccord sur le point de savoir si le refus d'autoriser l'affichage devait être vu comme une atteinte directe dans le chef de la requérante aux droits garantis par l'article 10 et donc comme portant sur les obligations négatives de l'Etat au titre de cet article, ou plutôt comme faisant naître pour l'Etat l'obligation positive de protéger le droit de la requérante à la liberté d'expression. A l'instar de la chambre, la Grande Chambre a choisi de considérer que l'affaire mettait en jeu une atteinte directe appelant une justification au titre du paragraphe 2 de l'article 10, tout en observant à juste titre que la frontière entre les obligations négatives et les obligations positives sous l'angle de la Convention ne se prêtent pas à une définition précise et que, dans les deux cas, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation.

4. Je peux souscrire à cette approche. Néanmoins, certains aspects de l'affaire montrent que ce sont les obligations positives de l'Etat qui étaient surtout en jeu. A cet égard, je pense que le fait que le grief de la requérante ne porte pas sur une restriction générale touchant ses activités ou sa liberté de diffuser ou de communiquer des informations au public quant à son existence ou à ses objectifs et convictions joue un rôle important. La requérante conservait cette liberté: elle pouvait exposer ses affiches dans le domaine privé ou distribuer des tracts ou utiliser tout autre moyen

publicitaire, par exemple les médias écrits ou audiovisuels, ou son propre site Internet, ainsi que l'arrêt le souligne. Le grief de la requérante est beaucoup plus précis : elle se plaint que les autorités municipales, dans le cadre de leurs pouvoirs réglementaires, ont refusé de l'autoriser à utiliser les panneaux d'affichage municipaux pour exposer une affiche donnée pendant une période déterminée, et ce dans le cadre d'une vaste campagne d'affichage. L'affaire présente à cet égard certaines ressemblances avec l'affaire *Appleby et autres c. Royaume-Uni* (n° 44306/98, CEDH 2003-VI), où la restriction à la liberté des requérants de communiquer leurs opinions se limitait aux entrées et voies de passage d'un centre commercial et où la conclusion de la Cour selon laquelle l'Etat n'avait pas méconnu ses obligations positives au titre de l'article 10 se fondait en partie sur le fait qu'il n'avait pas été interdit aux requérants de diffuser leurs idées dans d'autres parties de la ville ou par d'autres moyens. Il est vrai que, dans l'affaire *Appleby*, le centre commercial en cause appartenait à une société privée tandis qu'en l'espèce, les panneaux d'affichage étaient situés dans des espaces publics placés sous le contrôle exclusif de la municipalité. Toutefois, l'article 10 ne saurait selon moi être interprété comme imposant aux autorités nationales l'obligation de permettre un accès inconditionnel et libre aux équipements publics pour la diffusion d'informations ou d'idées. L'affaire *Women On Waves et autres c. Portugal* (n° 31276/05, 3 février 2009), invoquée par l'association requérante, ne prouve pas le contraire étant donné qu'elle portait sur une mesure extrême, à savoir l'interdiction totale faite à un navire de pénétrer dans les eaux territoriales d'un Etat, espace qui, comme l'a Cour l'a dit dans cet arrêt, est « public et ouvert de par sa nature même ».

5. Même en admettant qu'il convienne bien de considérer le refus d'autoriser l'affichage comme une ingérence dans la liberté d'expression de la requérante, cette ingérence était limitée. L'association requérante voit dans le fait qu'elle était en mesure de communiquer ses idées sans restriction par le biais de son propre site Internet mais non de mentionner l'adresse de ce site sur des affiches une attitude contradictoire des autorités municipales rendant moins nécessaires les mesures prises par ces autorités. Je ne partage pas cet avis. Je ne trouve aucune contradiction entre le refus d'autoriser l'usage d'équipements publics pour la publicité d'un site Internet et l'absence de mesures destinées à fermer le site ou à en restreindre l'accès. Comme la majorité de la Cour, je pense que le caractère limité des mesures en question doit bien plutôt conduire à confirmer leur proportionnalité. Je ne suis pas non plus convaincu par l'argument de la requérante selon lequel l'acceptation de la campagne d'affichage par les autorités dans d'autres Etats, et même d'autres régions de Suisse, démontre l'absence de nécessité des

mesures ; ce type d'argument, comme indiqué au paragraphe 64 de l'arrêt, a été rejeté par la Cour dans sa jurisprudence.

B. La nature du discours

6. Ainsi qu'indiqué dans l'arrêt, l'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales varie en fonction de plusieurs éléments, parmi lesquels le type de discours en cause revêt une importance particulière. Si l'article 10 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique, les Etats disposent en général d'une large marge d'appréciation s'agissant de réglementer le discours commercial et publicitaire.

7. Je ne saurais admettre que l'affiche de l'association requérante puisse relever du discours politique ni qu'elle puisse passer pour avoir été conçue pour aborder des questions faisant l'objet d'un débat politique ou public en Suisse. L'affiche, avec sa référence au site Internet de la requérante, avait exclusivement pour but de faire de la publicité pour l'association et d'attirer l'attention sur ses activités, qui étaient décrites sur le site. A cet égard, l'affiche était fondamentalement un moyen de faire de la publicité même si, contrairement aux publicités commerciales dont la jurisprudence de la Cour a traité jusqu'à présent, elle ne visait pas à inciter le public à acheter un produit ou service particulier et n'avait pas nécessairement un objectif directement financier. Dès lors, la marge d'appréciation des autorités nationales était à mon sens plus large.

C. Le contenu des affiches

8. La requérante met l'accent sur le fait que l'affiche elle-même ne contenait rien de répréhensible. Le Tribunal fédéral a admis ce point de vue, considérant que l'affiche ne comportait rien, ni dans son texte ni dans ses illustrations, qui soit illicite ou qui puisse choquer le public. Le Tribunal fédéral a néanmoins ajouté que l'ensemble de l'affiche pouvait clairement se comprendre comme une invitation à visiter le site Internet de l'association ou à prendre contact avec celle-ci par téléphone et qu'il était par conséquent légitime de rechercher si le site en question pouvait contenir des informations, des données ou des liens susceptibles de choquer ou de contrevenir au droit. A l'instar du Tribunal fédéral, je pense qu'il serait trop restrictif de s'en tenir à étudier l'affiche isolément et que, pour juger de la justification de l'ingérence, il est nécessaire et approprié d'examiner le contenu du site Internet que le public était invité à consulter par le biais de l'affiche.

D. Les motifs pour lesquels l'autorisation a été refusée

9. Pour étudier cette question, j'accorde un poids considérable au fait que quatre autorités nationales, dont le tribunal administratif et le Tribunal fédéral, ont connu de l'affaire et statué sur la justification du refus d'autoriser la campagne d'affichage. Le contrôle approfondi de cette décision exercé par ces deux juridictions revêt une importance particulière, car il a garanti de manière effective qu'il n'y avait pas eu d'arbitraire, de discrimination ou d'abus de pouvoir dans le cadre du processus décisionnel qui a conduit au refus en cause.

10. Trois aspects des buts et activités de la requérante, tels qu'ils ressortaient de son site Internet, ont surtout retenu l'attention : la promotion du clonage humain par le biais du lien vers le site de Clonaid, la défense du concept de « génocratie » et la défense, par le biais des ouvrages et des idées de l'association requérante et de son fondateur, des abus sexuels sur enfant par certains de ses membres.

11. Bien que la « génocratie » soit largement inspirée par l'eugénisme et que, comme le Tribunal fédéral l'a dit, elle puisse manifestement choquer les convictions démocratiques et antidiscriminatoires, la haute juridiction n'a pas jugé que cette doctrine était propre à troubler l'ordre public ou la sécurité ou à justifier à elle seule le refus d'autoriser la campagne d'affichage.

12. Deux facteurs ont été jugés bien plus préoccupants : le lien de l'association avec Clonaid et le risque d'encourager les abus sexuels sur enfant. Sur ce dernier sujet, les tribunaux nationaux ont constaté non seulement que de nombreux membres du Mouvement avaient fait l'objet d'enquêtes et de poursuites à raison de leurs pratiques sexuelles, mais aussi, comme l'arrêt de la cour d'appel de Lyon le montre clairement, que des dirigeants du Mouvement avaient commis des agressions sexuelles sur des mineurs, prôné une grande liberté sexuelle favorisant la commission de tels actes et corrompu de jeunes adolescents. En outre, certains passages des ouvrages du fondateur de l'association relatifs à la pratique de la « méditation sensuelle », pouvant être téléchargés à partir du site Internet, pouvaient conduire des adultes à se livrer à des abus sexuels sur des enfants, ce que l'association elle-même n'a pas contesté, comme le Tribunal fédéral l'a relevé. Etant donné que des abus de cette nature ont effectivement été imputés à certains membres du Mouvement, l'argument selon lequel la doctrine officielle du Mouvement condamnait énergiquement la pédophilie n'a pas été considéré comme décisif par le Tribunal fédéral.

13. Quant à la première objection, ce ne sont pas tant les opinions exprimées par l'association en faveur du clonage et figurant sur le site Internet de la requérante qui ont été jugées justifier le refus litigieux, mais plutôt la

présence sur ce site d'un lien vers le site de la société Clonaid, qui avait été créée par l'association elle-même et offrait divers services pratiques dans ce domaine contre paiement. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, il ne s'agissait « pas simplement (...) de l'expression d'une opinion favorable au clonage, protégée par l'article 16 de la Constitution, mais de la pratique de cette activité, pourtant interdite en vertu de l'article 119 alinéa 2 a) de la Constitution ». Pour le Tribunal fédéral, on ne saurait non plus contester sérieusement que la mise en lien du site de Clonaid « contribu[ait] à la promotion d'une activité illicite » et allait au-delà de la simple expression d'une opinion.

14. Comme le montrent les opinions dissidentes, il est inévitable que les avis diffèrent au sujet du caractère adéquat des motifs invoqués par le Tribunal fédéral pour confirmer le refus litigieux. Vu les circonstances particulières de l'espèce et eu égard à la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales, je pense que ces motifs étaient tout à la fois pertinents et suffisants, ce pourquoi j'ai conclu à la non-violation de l'article 10 de la Convention.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES
TULKENS, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU,
POWER-FORDE, VUČINIĆ ET YUDKIVSKA

1. Nous ne partageons pas la position de la majorité qui conclut à la non-violation de l'article 10 de la Convention dans cette affaire. Nous en donnons ici les raisons qui concernent la question centrale de la nécessité, dans une société démocratique, de la mesure d'interdiction de la campagne d'affichage que la requérante souhaitait mener dans la ville de Neuchâtel en Suisse. Le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 est une disposition essentielle car elle fonde la démocratie qui est au coeur de la Convention. Toute restriction à cette liberté doit être strictement justifiée par un besoin social impérieux et étroitement encadrée par des motifs pertinents et suffisants.

Les motifs de l'interdiction

2. En l'espèce, ce n'est pas tant l'affiche elle-même qui justifie l'interdiction, car elle ne comporte rien ni dans son texte ni dans ses illustrations qui soit illicite. L'interdiction est « indirecte » en ce sens qu'elle se fonde sur les opinions de l'association ainsi que sur des comportements imputés à certains de ses membres. Concrètement, pour « relier » l'affiche litigieuse à ces éléments, la Cour constate que figurent sur cette dernière, en caractères gras, l'adresse du site Internet et le numéro de téléphone du Mouvement raëlien. A partir de là, pour justifier l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la requérante, les motifs invoqués tiennent non seulement aux positions de celle-ci en matière d'athéisme scientifique qui figurent sur les affiches mais aussi aux opinions de l'association sur le clonage humain et la « génocratie » ainsi qu'aux possibilités de dérives sexuelles de ses membres. En fait, il s'agit d'une mosaïque de motifs qui s'attachent à un « discours » dont la nature est hybride, ni commercial, ni politique, mais qui concerne une matière d'intérêt public.

3. En ce qui concerne l'athéisme scientifique, les autorités nationales ont admis que les messages antireligieux de l'association requérante – en particulier les phrases sur l'affiche incriminée relatives au prétendu message des extraterrestres ou au fait que la science remplacerait la religion – ne revêtaient pas un caractère particulièrement provoquant, même si elles pouvaient choquer une partie de la population suisse. A cet égard, il convient de rappeler que la liberté de pensée, de conscience et de religion garantie par la Convention implique également celle d'adhérer ou non à une religion et

celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer (*Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, § 34, CEDH 1999-I).

4. En ce qui concerne le clonage, le contrôle des juridictions suisses s'est effectué ici de manière doublement indirecte. Il a porté d'abord sur un renvoi au site Internet du Mouvement raëlien dont l'adresse figurait sur l'affiche incriminée puis, au moment où l'affaire a été examinée par les juridictions internes, sur un lien proposé dans ce site vers un autre site, celui de la société Clonaid qui est accessible partout en Suisse. La requérante reconnaît avoir exprimé des opinions favorables au clonage humain mais affirme n'avoir jamais participé à des actes thérapeutiques ou expérimentaux dans ce domaine, ce qui n'est pas contesté. A supposer même que la « mise en lien du site de Clonaid contribue à la promotion d'une activité illicite », comme l'a affirmé le Tribunal fédéral, le Gouvernement n'a pas allégué qu'une telle « promotion » constituait en soi un acte illicite puni par la législation nationale. Assurément, une opinion favorable au clonage humain est susceptible de choquer et heurter la sensibilité de la majorité des personnes, mais c'est justement « lorsqu'on présente des idées qui heurtent, choquent et contestent l'ordre établi que la liberté d'expression est la plus précieuse » (*Women On Waves et autres c. Portugal*, n° 31276/05, § 42, 3 février 2009).

5. En ce qui concerne la « génocratie », l'idée soutenue par l'association requérante est indéniablement contraire aux principes démocratiques. Toutefois, comme le Gouvernement lui-même l'admet, cette idée est présentée par la requérante non comme un véritable projet politique mais plutôt comme une utopie. Cette situation se distingue donc de celles où la Cour a jugé proportionnées des restrictions apportées à la liberté d'expression d'organisations défendant des projets politiques incompatibles avec la notion de « société démocratique » (voir, par exemple, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 132, CEDH 2003-II).

6. Enfin, en ce qui concerne certains passages des publications accessibles à partir du site Internet du Mouvement raëlien et consacrés aux notions de « méditation sensuelle » et d'« éveil sensuel » des enfants pouvant conduire des membres du Mouvement à des abus sexuels envers des mineurs, il est évident que des condamnations pour des actes commis dans le contexte des activités d'une telle association pourraient justifier non seulement l'interdiction d'une campagne d'affichage mais également celle de l'association elle-même et, le cas échéant, de son site Internet. Or, et c'est essentiel à nos yeux, les faits cités par le Tribunal fédéral n'ont pas été considérés par les autorités internes comme pouvant justifier l'interdiction de l'association requérante. Dans ces conditions, l'on peut s'interroger sur le « besoin social impérieux »

qu'il y aurait eu à interdire une campagne d'affichage sans en même temps interdire l'association requérante elle-même qui existe depuis 1977, surtout s'agissant de la prévention d'infractions pénales particulièrement graves telles que celles ayant des mineurs pour victimes. Les motifs avancés par les juridictions internes, tout en étant sans doute « pertinents », ne se révèlent toutefois pas « suffisants » pour justifier l'ingérence incriminée dans la liberté d'expression de la requérante, le Tribunal fédéral n'ayant pas expliqué pourquoi, comment et dans quelle mesure une telle interdiction était proportionnée et nécessaire au but légitime que constitue la prévention du crime. En outre, nous ne trouvons ni dans les motifs avancés par les juridictions nationales ni dans les observations du Gouvernement devant la Cour des éléments permettant de penser qu'il y avait en la matière un danger clair et imminent justifiant l'ingérence incriminée (*Gül et autres c. Turquie*, n° 4870/02, § 42, 8 juin 2010, et *Kılıç et Eren c. Turquie*, n° 43807/07, § 29, 29 novembre 2011).

7. A cet égard, une précision doit encore être apportée. Il est certain qu'en Suisse les cantons peuvent avoir des législations et politiques différentes dans certains domaines, ce qui explique que les affiches litigieuses interdites à Neuchâtel peuvent être autorisées ailleurs. En soi, cette situation ne nous pose évidemment aucun problème. Notre Cour a admis que les sensibilités puissent légitimement différer au sein d'un même Etat, quitte à ce que cette situation se traduise par des politiques diversifiées en matière de limitation aux droits fondamentaux. Selon la Cour en effet, « [d]ans un Etat où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux¹ ». Ce qu'on pourrait appeler une « marge fédérale d'appréciation » fut par exemple utilisée dans l'arrêt *Handyside*, pour expliquer et justifier la géométrie variable des poursuites dont l'éditeur du *Little Red Schoolbook* avait fait l'objet sur l'ensemble du territoire du Royaume-Uni². La même idée se perçoit également entre les lignes des arrêts *Müller et autres*³ et *Otto-Preminger-Institut*⁴. En revanche, cette situation affaiblit singulièrement la légitimité du but qui justifie l'ingérence ainsi que le besoin social impérieux, à savoir la prévention du crime, en l'espèce les abus sexuels sur les mineurs, et le risque de danger. Le danger, s'il existe, ne disparaît pas avec les frontières, quelles qu'elles soient.

1. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 56, série A n° 45.

2. *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 54, série A n° 24.

3. *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, § 36, série A n° 133.

4. *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, § 50, série A n° 295-A.

La portée de l'interdiction

8. La majorité estime que la limitation de la restriction litigieuse au seul affichage dans le domaine public a permis de réduire au minimum l'ingérence dans les droits de la requérante. Elle précise aussi que, compte tenu du fait que la requérante est en mesure de continuer à diffuser ses idées par le biais de son site Internet ainsi que par d'autres moyens à sa disposition comme la distribution de tracts dans la rue ou dans les boîtes aux lettres, l'on ne saurait dire que la mesure litigieuse était disproportionnée (paragraphe 75 de l'arrêt).

9. Ce raisonnement ne peut nous convaincre. Interdire à la requérante une campagne d'affichage en raison principalement du contenu de son site Internet tout en soutenant que la portée d'une telle interdiction reste limitée en raison du fait que l'intéressée demeure libre de communiquer *via* ce même site Internet est singulier, sinon paradoxal. Si dans certaines situations une interdiction limitée peut se justifier au motif qu'il existe des moyens alternatifs de communication, tel n'est évidemment pas le cas lorsque pareille interdiction se fonde sur les mêmes critiques que celles adressées à ces moyens alternatifs.

10. Par ailleurs, la Cour a toujours soutenu dans sa jurisprudence qu'il ne lui revenait pas de porter un quelconque jugement sur la manière dont les personnes choisissent d'exprimer leurs idées car l'article 10 de la Convention protège également le mode de diffusion de celles-ci (*Thoma c. Luxembourg*, n° 38432/97, § 45, CEDH 2001-III). Les requérantes sont libres d'utiliser les moyens d'expression qu'elles souhaitent et la Cour n'a pas à les contrôler ni à suggérer d'autres formes ou modalités. A la limite, cela reviendrait à faire peser sur les requérantes la preuve du caractère nécessaire des moyens de communication utilisés et donc à inverser la logique de l'article 10.

11. Enfin, le constat de la Grande Chambre de non-violation de l'article 10 de la Convention prend parti sur la question de la publicité dans l'espace public, laissant entendre que ce dernier bénéficierait d'un statut particulier (paragraphe 57 de l'arrêt). Nous pensons, au contraire, qu'un tel statut devrait exiger une neutralité accrue des autorités publiques et un égal accès au profit de toutes les personnes et entités non expressément interdites. Certes, la lutte contre les dangers et les dérives sectaires doit être menée et un Etat peut être amené à interdire des associations qui violeraient gravement les valeurs démocratiques. Mais il est difficile d'admettre qu'une association légale, qui dispose d'un site non interdit, ne puisse pas utiliser l'espace public pour promouvoir ses idées par des affiches qui ne sont pas illicites en elles-mêmes. Quant à l'argument selon lequel, en acceptant une campagne d'affichage dans l'espace public, la ville cautionnerait ou tolérerait

les opinions en cause, il nous semble non seulement peu réaliste par rapport au rôle actuel des villes, mais surtout dangereux. *A contrario*, cela reviendrait à soutenir que la liberté d'expression dans l'espace public pourrait être restreinte pour la seule raison que les autorités sont en désaccord avec les idées développées. L'article 10 de la Convention risquerait de devenir lettre morte.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES SAJÓ,
LAZAROVA TRAJKOVSKA ET VUČINIĆ

(Traduction)

I.

Pour les raisons mentionnées dans l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić et Yudkivska, cette affaire relève clairement du principe énoncé dans les arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)* (26 avril 1979, série A n° 30) et *Handyside c. Royaume-Uni* (7 décembre 1976, série A n° 24). L'interdiction faite par la police de Neuchâtel à l'association requérante d'exposer ses affiches sur des panneaux d'affichage publics ne satisfait pas à la condition consistant à prouver l'existence d'un besoin social impérieux, comme exigé dans l'arrêt *Handyside*. Pour parvenir à la conclusion inverse, la majorité s'est appuyée sur l'introduction d'une nouvelle catégorie d'expression «de niveau inférieur». Ainsi, un discours prétendument «non politique» et «quasi commercial» visant «un certain prosélytisme¹» est privé de la protection accordée au discours en général.

Cette nouvelle norme va à l'encontre de la jurisprudence bien établie de la Cour et réduit la protection accordée à la liberté d'expression sans donner de motifs impérieux de ce faire. Eu égard à cette évolution, nous jugeons nécessaire d'ajouter quelques considérations à celles évoquées dans l'opinion dissidente commune précitée.

Il est particulièrement regrettable de voir la protection de la liberté d'expression réduite s'agissant de la vision du monde prônée par une minorité. De plus, au moins la justification initiale de l'interdiction prononcée par la police municipale reflète le fait que l'affiche véhiculait des idées et opinions difficilement compatibles avec les opinions prévalant au sein des autorités locales et, peut-être, de la majorité des citoyens de Neuchâtel. Prendre en compte de tels sentiments pour fonder une restriction à la liberté d'expression est incompatible avec les objectifs de la Convention.

II.

« Pour apprécier la nécessité d'interdire (...) [l]es déclarations [litigieuses] (...), il faut les replacer dans leur contexte et les examiner à la lumière des

1. Sur la protection accordée au prosélytisme au titre de la Convention, voir *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A.

circonstances de la cause.» (*Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, § 56, série A n° 90)

La nature de l'expression. Selon le Tribunal fédéral suisse, le discours en jeu en l'espèce se composait de trois éléments : a) une affiche exposée sur un panneau public combinée avec b) les informations figurant sur le site Internet de l'association requérante dont l'adresse figurait sur l'affiche et c) le contenu d'un second site Internet accessible grâce à un hyperlien figurant sur le site de la requérante. Alors que l'interdiction ne concernait que l'affichage sur les panneaux, le processus de communication a été pris en considération dans sa totalité. L'approche retenue par le Tribunal fédéral reflète une connaissance approfondie du processus de communication à l'ère d'Internet.

L'affiche est tout à la fois l'expression d'un contenu spécifique (comme la phrase « la science remplace enfin la religion » mentionnée sur l'affiche ou la référence aux extraterrestres qui y figure) et un médium permettant d'accéder à des informations complémentaires sur ou *via* le site Internet. Dans ce cas, pour reprendre les mots de Marshall McLuhan, « le message, c'est le médium ».

1. *S'agit-il d'une publicité ?* Selon la jurisprudence de la Cour, on ne peut pas considérer qu'il s'agit d'une publicité au sens commercial du terme. Comme la Cour en a déjà conclu : « (...) pour le citoyen, la publicité est un moyen de découvrir les caractéristiques des services et biens qu'on lui propose » (*Stambuk c. Allemagne*, n° 37928/97, § 39, 17 octobre 2002)¹. Aucun service ni aucun bien n'est proposé en l'espèce, et la Cour ne dit pas non plus que l'on se trouve en présence d'une publicité commerciale. L'effet visé était d'amener les gens à réfléchir aux idées de l'association requérante et peut-être à changer leur vision du monde (*Barthold*, précité, § 58).

Il s'ensuit que l'affiche n'était pas une publicité commerciale. La Cour a déjà examiné des situations similaires, en particulier lorsqu'une publicité télévisée « échappe indubitablement au contexte commercial normal, dans lequel il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier. (...) elle traduit plutôt des opinions controversées tenant à la société moderne en général, qui sont au centre de divers débats politiques » (*VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, § 57, CEDH 2001-VI, où le critère *Handyside* a été jugé applicable).

On peut dire que, même dans le cas du discours « le plus protégé », à savoir le discours politique, une marge d'appréciation légèrement plus large

1. Comparer avec la définition citée par la Cour suprême des Etats-Unis : « on compte parmi les « panneaux publicitaires » tout panneau qui « attire l'attention sur un produit, un service ou une activité, un événement, une personne, une institution ou une entreprise. » (*Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. [United States Supreme Court Reports] 490, 494 (1981)).

que celle normalement appliquée vaut pour les publicités (*TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, n° 21132/05, § 67, CEDH 2008). Il faut toutefois noter que cette exception a été jugée applicable dans le cadre de la diffusion de publicité politique à la télévision, où la restriction était due à l'impact puissant et généralisé de ce média (*ibidem*, § 70). Tel n'est pas le cas en l'espèce, et il y a lieu d'appliquer la jurisprudence de la Cour qui a été élaborée à l'égard d'autres communications non commerciales. En tout état de cause, même les restrictions à la publicité commerciale « appellent (...) un contrôle attentif de la Cour, laquelle doit mettre en balance les exigences [des] particularités [de ce type de publicité] avec la publicité en cause » (*Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, § 51, série A n° 285-A, et *Stambuk*, précité, § 39).

2. *L'installation de panneaux d'affichage* et publicitaires dans les lieux publics est soumise à autorisation, même si à Neuchâtel, la gestion de l'affichage sur le domaine public a été confiée à une société privée. Le 29 mars 2001, la police a interdit l'affiche en question au motif qu'elle était illégale et immorale. Le Tribunal fédéral a considéré que l'usage des panneaux d'affichage s'analysait en un usage (accru) de l'espace public.

2.1. La question relative à la liberté d'expression en jeu en l'espèce concerne la nature de l'espace public qui est accessible à tous pour l'exposition d'affiches. D'après la jurisprudence constitutionnelle américaine, canadienne et (à certains égards) allemande, les biens appartenant au domaine public ouverts au public à des fins d'expression, comme les panneaux d'affichage, deviennent des lieux publics ouverts à toutes les personnes voulant s'exprimer¹, qui ont toutes un droit égal à leur utilisation; l'Etat ne doit pas exercer de censure et doit appliquer les restrictions autorisées par ailleurs de manière à respecter la neutralité². Dans l'Europe démocratique, dans le cadre de l'utilisation de fréquences appartenant à des sociétés publiques pour la communication des idées, on s'attend (notamment lorsque l'Etat a le monopole de la diffusion) que la gestion du service public soit équitable et impartiale et permette le pluralisme (c'est-à-dire fasse preuve de neutralité) précisément parce que l'accès du grand public n'est pas possible (*Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 novembre

1. La jurisprudence comparative indique que les panneaux d'affichage sont des lieux publics pour des motifs convainquants ayant trait à la liberté d'expression; voir l'annexe ci-jointe.

2. Cette question a été abordée à propos de l'accès à l'espace *privé* dans l'affaire *Appleby et autres c. Royaume-Uni* (n° 44306/98, CEDH 2003-VI), par référence aux positions exprimées par la Cour suprême des Etats-Unis et celle du Canada. Etant donné que l'arrêt rendu en l'espèce ne mentionne pas ces éléments de droit comparé, alors qu'ils sont dans l'ensemble pertinents, nous en donnons un aperçu à l'annexe ci-jointe.

1993, série A n° 276, et *Manole et autres c. Moldova*, n° 13936/02, § 101, CEDH 2009).

Ces considérations sont aussi pertinentes en l'espèce qu'elles l'étaient dans l'affaire *Appleby et autres c. Royaume-Uni* (n° 44306/98, CEDH 2003-VI). Tout comme aux Etats-Unis, les panneaux situés à l'extérieur jouent un rôle important dans la communication des idées également en Europe et, comme on l'a constaté au Canada, ils constituent un moyen efficace et peu onéreux de communication pour les individus et groupes n'ayant pas suffisamment de moyens pour utiliser d'autres médias. Ces considérations sont pertinentes même s'il peut y avoir des différences dans le niveau de protection accordé au discours dans les différentes démocraties. Toutefois, ces principes n'ont pas été appliqués dans l'arrêt du Tribunal fédéral suisse (§ 5.2., cité au paragraphe 21 de l'arrêt), lequel a dit que le droit d'usage des panneaux d'affichage n'était pas inconditionnel mais soumis à une analyse « du contenu à caractère idéal de la liberté d'expression ».

L'avis selon lequel « l'acceptation d'une campagne d'affichage pourrait laisser croire [que l'Etat] cautionne ou pour le moins tolère les opinions et les agissements en cause », exprimé par la chambre en l'espèce (paragraphe 52 de l'arrêt de la chambre, 13 janvier 2011), va à l'encontre de la fonction et de la nature du lieu public. De tels lieux existent pour permettre à toutes les opinions de s'exprimer, tandis que les avis officiels sont affichés dans des lieux spécialement conçus pour cela. L'accès est refusé uniquement en raison d'une identification avec certaines idées et d'un rejet d'autres opinions. L'idée que l'Etat souscrit aux opinions exprimées dans un espace de communication public ouvert à tous soumis à régulation se fonde sur un malentendu et est contraire à la tolérance et à l'ouverture d'esprit qui sont au cœur de la démocratie. Une telle crainte d'une approbation est historiquement l'une des sources de la croyance qui a conduit à élever la censure au rang d'obligation de l'Etat.

Naturellement, il existe des motifs de restreindre l'accès aux lieux publics. Pareils motifs sont conformes à la Convention s'ils ne procèdent pas d'un esprit partisan ou de préjugés. On a reconnu à cet égard que la preuve de l'existence d'un besoin social impérieux n'a pas besoin d'être aussi forte (*Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, CEDH 2003-IX). Cette exception a été appliquée dans une affaire d'attaque envers des sentiments religieux dans le domaine de l'exercice de la liberté de religion, dans des circonstances particulières, comme lorsque la question est un facteur de division politique ou sociale dans la mesure où elle peut provoquer des troubles, et où les médias utilisés ont un effet plus immédiat et envahissant. En l'absence de violation de convictions personnelles intimes, on voit mal ce qui pourrait transformer les sensibilités alléguées de la ville de Neuchâtel en un véritable

motif de restriction au titre de l'article 10 § 2, sachant que « des risques d'ingérence excessive dans la liberté d'expression sous le couvert de mesures prises contre des éléments prétendument offensants existent » (*Murphy*, précité, § 68).

C'est pourquoi il n'est peut-être pas surprenant de constater que la majorité de la Grande Chambre ne s'est pas appuyée sur l'argument de sensibilité précité, admis par la chambre, pour conclure à la non-violation.

2.2. En l'espèce, la loi suisse reconnaît l'existence d'un espace public destiné à l'affichage et ouvert à tous. La gestion de cet espace public est, bien entendu, soumise à des restrictions d'horaire, de lieu et de mode d'exercice. Contrairement à la position adoptée par le gouvernement suisse et approuvée par la majorité, les autorités ne disposent pas d'une « certaine latitude » pour la gestion de ces espaces, même si elles ont le pouvoir de veiller à ce que la demande d'utilisation corresponde aux exigences légales visant les buts légitimes énoncés à l'article 10 § 2 ou demandées par l'équité (sachant que la rareté de l'espace offert par les panneaux d'affichage peut rendre nécessaire un système d'attribution équitable et neutre).

Dans le système suisse applicable en l'occurrence, la gestion des panneaux d'affichage était confiée à une société privée et l'exposition de l'affiche était soumise à une *autorisation préalable*.

Ainsi que la Cour l'a déjà dit, les « restrictions [préalables] présentent (...) de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux » (*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 60, série A n° 216). La Cour a ajouté qu'il en allait « spécialement ainsi dans le cas de la presse: l'information est un bien périssable » (*ibidem*, italique ajouté). Toutefois, le moment où l'affichage est effectué joue un rôle même en l'espèce, étant donné que les affiches devaient être exposées dans le cadre d'une campagne planifiée et organisée. En outre, la règle générale émise par la Cour se réfère essentiellement aux dangers inhérents aux restrictions préalables qui existent en dehors du domaine du journalisme et tiennent à l'abus de la censure fait dans l'histoire et (dans un sens plus pratique) à la nature spéculative des restrictions appliquées dans tout système de contrôle préalable; spéculative au sens où les autorités doivent évaluer des événements à venir et leurs conséquences. Des prévisions raisonnables jouent un rôle important et légitime dans la gestion des affaires de l'Etat; les hypothèses quant aux méfaits possibles pour les enfants, la démocratie et la sensibilité morale ont d'ailleurs joué un rôle essentiel en l'espèce.

Naturellement, on attend de l'Etat qu'il prévienne les infractions et, dans ce contexte, des mesures préventives restreignant la liberté d'expression peuvent viser des besoins sociaux impérieux. Cependant, les autorités suisses n'ont pas démontré que l'expression « objet sexuel privilégié » avait réellement

encouragé la pédophilie, crime expressément et activement condamné par le Mouvement. Quelques membres du Mouvement ont été condamnés, mais rien ne prouve que leur nombre soit statistiquement nettement supérieur à celui de membres appartenant à d'autres organisations religieuses et qui ont été condamnés. Les organisations religieuses ne sont pas interdites dans une démocratie du simple fait que quelques-uns de leurs membres ont commis des crimes. La référence à des condamnations pénales fait penser à la culpabilité par association. Ce type de supposition ne saurait passer pour « convaincant » aux fins de démontrer l'existence d'un besoin social impérieux s'agissant de l'association requérante.

III.

Parmi les éléments reprochés au site Internet « véhiculé » par l'affiche, et qui ont fait que l'interdiction visait un besoin social impérieux, le Tribunal fédéral suisse a constaté que le site Internet du Mouvement raëlien contenait un lien vers le site Internet de Clonaid, et de ce fait « contribu[ait] à la promotion d'une activité illicite, et [allait] plus loin que la simple affirmation d'une opinion » (arrêt du Tribunal fédéral, § 5.5.1., cité au paragraphe 21 de l'arrêt).

Malheureusement, le dossier ne contient pas d'impression de la page du site litigieux à la date de mars 2001, et nous ne savons pas quel était le texte exact (s'il y en avait un) qui accompagnait l'hyperlien. Il n'existe pas à l'heure actuelle d'hyperlien sur la page d'accueil du site de Mouvement raëlien¹ mais le Tribunal fédéral a affirmé qu'il en existait un à une époque non précisée et qu'il conduisait au site Internet d'une organisation offrant un service réprimé pénalement en Suisse.

Nous n'avons pas d'informations concernant les activités proposées sur le site de Clonaid en mars 2001. Or en l'absence de *faits*, leur appréciation ne saurait être convaincante, indépendamment du respect dû à la meilleure connaissance des réalités locales dont bénéficient les autorités nationales.

Il est pour le moins curieux que la police ait prononcé son interdiction le 29 mars 2001, alors que la première annonce selon laquelle Clonaid avait procédé avec succès au premier clonage reproductif humain date du 27 décembre 2002. On ne comprend pas bien comment un lien datant de 2001 aurait pu promouvoir une activité illégale qui n'est devenue possible qu'en 2002. L'interdiction initialement prononcée par la police en 2001 ne contenait aucune référence à l'hyperlien conduisant au site de Clonaid, et la question de l'hyperlien apparaît pour la première fois dans la décision du département neuchâtelois de la gestion du territoire du 27 octobre 2003.

1. <http://national.rael.org/index.php?fr> (dernière visite le 15 mai 2012).

Des constats et événements survenus *a posteriori* ne contribuent pas à établir de façon convaincante la nécessité de l'interdiction.

A supposer, pour les besoins de la démonstration, que Clonaid vantait dès l'époque des faits des recherches (illégales) en matière de clonage, on ne voit toujours pas bien comment le fait de lire des arguments en faveur d'une recherche illégale aurait pu transformer les honnêtes citoyens de Neuchâtel en criminels participant à des activités scientifiques illégales. Défendre de manière abstraite un comportement réprimé pénalement en prônant sa légalisation ne constitue pas une incitation au crime.

De plus, dans quelle mesure des informations concernant un tiers lié à l'association requérante par le biais d'un hyperlien constituent-elles un facteur pertinent pour apprécier l'existence d'un besoin social impérieux ?

Un hyperlien renvoie à un document entier ou à un élément spécifique d'un document¹. En cliquant sur le lien, l'utilisateur ouvre l'autre document. La présence de l'hyperlien a certainement pour effet de faciliter l'accès aux informations qui prônent l'acte interdit et, dans une certaine mesure, fournissent une occasion de le commettre. Toutefois, il faut auparavant que l'utilisateur du premier site prenne un certain nombre de décisions indépendantes : il doit cliquer sur le lien, lire le contenu du second site, trouver les arguments prônant l'activité en question, décider de prendre contact avec Clonaid et, après l'avoir fait, décider de participer à une activité criminelle. Le lien de cause à effet est tout simplement trop ténu. Devant un hyperlien, un utilisateur a d'abord le choix de consulter ou non l'autre site. Attribuer à la requérante (en tant que fournisseur du contenu) la responsabilité du choix de l'utilisateur ne doit se faire qu'au terme d'une analyse approfondie, sans laquelle il est arbitraire et disproportionné d'interdire une affiche qui sert de « lien » non électronique vers un site Internet (ce qui punit indirectement le fournisseur de contenu).

Une référence n'est ni une approbation ni une identification ; en tout état de cause, même une approbation ne créerait pas un risque évident de voir commettre une infraction. S'il en allait autrement, le créateur de l'hyperlien serait tout le temps obligé de prendre ses distances, ce qui ferait peser sur la liberté d'expression sur Internet une contrainte considérable. Un hyperlien a certainement pour effet de faciliter la diffusion d'une idée (en la rendant plus accessible) mais toute forme de diffusion ne donne pas naissance à la responsabilité. Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a dit dans une affaire de diffamation, les hyperliens se distinguent radicalement des textes publiés et sont en eux-mêmes neutres du point de vue du contenu.

1. Pour un aperçu de la jurisprudence qui est en train de se créer au sujet des hyperliens, voir la tierce intervention d'Article 19.

Comme les références, ils indiquent l'existence de quelque chose, mais ils ne véhiculent par eux-mêmes aucun contenu (Crookes c. Newton, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S.). Alors que la manière la plus facile de trouver un site Internet précis consiste à utiliser un moteur de recherche, il est irréaliste de supposer, sans autre considération, que le créateur de l'hyperlien partage la responsabilité du contenu illégal auquel il est fait référence par le biais de cet hyperlien. En outre, le site de Clonaid est accessible en Suisse sans passer par le site Internet ou l'affiche de la requérante.

Ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, le dossier ne contient pas d'informations au sujet de la position exacte du premier site Internet par rapport au contenu du site auquel renvoie le lien. Il est tout à fait probable qu'en l'espèce, l'association requérante connaissait le contenu du second site, mais la relation entre les opérateurs des deux sites reste controversée. Il n'y a donc là nulle démonstration convaincante de la nécessité d'une restriction fondée sur des faits pertinents, comme l'exige l'arrêt *Handyside*. En réalité, alors que la Cour peut conclure qu'elle doit suivre l'appréciation relative aux faits et autres facteurs à laquelle le tribunal interne a procédé quant à ladite relation, on ne saurait parler d'«appréciation» en l'absence d'une telle analyse. En bref, pas de faits, pas d'appréciation – donc pas d'acceptabilité.

Le contenu des pages Internet subit constamment des changements. Une réglementation de l'Internet respectueuse de la liberté d'expression ne doit pas ignorer ce phénomène. De plus, un opérateur de site qui crée un lien ne peut prévoir ce que sera le contenu du site auquel le lien renvoie à n'importe quel moment précis dans le temps. Imposer une responsabilité au créateur de l'hyperlien à l'égard du contenu *futur* du second site, auquel le lien continue de renvoyer, saperait la «grammaire de base» d'Internet, sauf lorsque l'on peut clairement démontrer que l'opérateur du premier site contrôle le second. En pareil cas, toutefois, sa responsabilité n'est pas indirecte: pour qu'il y ait responsabilité, il faut que le contrôle soit établi de façon convaincante.

Eu égard aux doutes exprimés ci-dessus, il est loin d'être évident qu'une telle relation indirecte fasse naître un besoin social impérieux pour ce qui est du site Internet de l'association requérante. Ces doutes, naturellement, sont encore plus forts à propos de l'affiche interdite, avec laquelle le lien est encore plus indirect. De surcroît, ni l'affiche ni l'hyperlien n'ont un effet incontestable sur le lecteur.

IV.

La majorité a conclu que «certains de ces motifs [à savoir que le site Internet défend des idées antidémocratiques ou fait l'apologie de crimes],

pris isolément, pourraient ne pas être de nature à justifier le refus litigieux» (paragraphe 72 de l'arrêt). Elle n'a pas indiqué quels motifs seraient aptes à justifier ce refus ni jugé nécessaire de le faire, étant donné qu'elle recourt à la «théorie de la mosaïque¹» pour prouver que l'interdiction revêtait un caractère indispensable «au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire» (*ibidem*). Cela nous amène à évoquer le nouveau critère applicable à l'affichage public dans le cadre de *campagnes non strictement politiques* (paragraphe 64 de l'arrêt), ce qui constitue une catégorie «non définie».

Le fait que la publicité soit payée ne change pas la nature des idées véhiculées et ne la prive pas de la protection accordée à l'expression en général; cela n'en fait pas non plus une publicité commerciale ou quasi commerciale, car il n'y a aucun intérêt à influencer le comportement du consommateur ou à promouvoir des produits². Ce n'est pas par hasard que la Convention inclut expressément dans le droit à la liberté d'expression 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». Les idées doivent être protégées non pas dans la stérilité de leur production mais dans le processus de communication. Les autorités suisses – de même que la Cour – ont considéré que l'affiche était associée au site Internet et lui était étroitement liée au sein de la même chaîne de communication, et les idées de l'association requérante ont été évaluées en tenant compte de l'effet de l'affiche dans le processus de communication. Cette forme d'expression est protégée non seulement parce qu'elle est

1. La «théorie de la mosaïque» consiste à assembler des informations qui ne sont pas en elles-mêmes pertinentes pour parvenir à la conclusion, par exemple des informations publiques pour divulguer des informations classifiées (voir l'affaire *Der Spiegel* (20 BVerfGE 162 (1966)) où la Cour constitutionnelle fédérale allemande a dit que le soupçon qu'un journal était coupable de trahison ne pouvait se fonder sur la théorie de la mosaïque car il s'agissait d'une violation inconstitutionnelle de la liberté d'expression).

2. Comparer avec l'approche contraire retenue dans l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège* (n° 21132/05, § 64, CEDH 2008), où la Cour a dit que «[m]ême s'il s'agissait d'un message publicitaire payé (...) la teneur du discours en question était incontestablement de nature politique. Ainsi, (...) la publicité en cause se situait clairement hors du domaine commercial de la vente de produits, dans lequel les Etats jouissent traditionnellement d'une large marge d'appréciation.»

La relation entre la publicité (commerciale) et les objectifs commerciaux est considérée comme cruciale. La directive Services de médias audiovisuels (2010/13/UE) donne les définitions suivantes: «communication commerciale audiovisuelle»: des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces images accompagnent un programme ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion. La communication commerciale audiovisuelle revêt notamment les formes suivantes: publicité télévisée, parrainage, téléachat et placement de produit; «publicité télévisée»: toute forme de message télévisé, que ce soit moyennant paiement ou autre contrepartie, ou de diffusion à des fins d'autopromotion par une entreprise publique ou privée ou une personne physique dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou d'une profession dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, de droits et d'obligations.

essentielle au contenu, voire indissociable de celui-ci, mais aussi parce qu'elle est essentielle à la communication des idées¹.

V.

On ne saurait être en désaccord avec la jurisprudence de la Cour selon laquelle «les autorités nationales se trouvent en principe, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la « nécessité » d'une « restriction » (paragraphe 63 de l'arrêt). Quelles que soient ces « forces vives » (elles englobent d'ailleurs des forces qui ne sont pas favorables aux droits de l'homme), un contact direct (ou une proximité) avec elles peuvent avoir un effet déformant sur le jugement des autorités nationales. Nous avons déjà exprimé nos préoccupations à cet égard (partie I. ci-dessus). C'est pour cette raison (entre autres) que les Etats parties à la Convention ont jugé nécessaire de créer une juridiction internationale afin de superviser les décisions des autorités nationales, qui ont une vision plus locale des choses. Ainsi, la Cour a pour fonction d'exercer une « fonction de contrôle », main dans la main (et dans le dialogue) avec les autorités nationales, et dans le respect total de celles-ci. Lorsque l'on parle du contrôle de l'existence d'un besoin social impérieux impliquant des restrictions, ledit « contrôle » ne saurait désigner une approbation passive des *spéculations* internes sur la *capacité* d'une idée à saper l'ordre public, la sûreté et la morale publiques. La connaissance incontestablement meilleure qu'ont les autorités nationales des circonstances et sensibilités locales, qui inciterait à se rallier à leur choix, ne doit pas jouer le rôle d'une feuille de vigne destinée à cacher une approbation de la bigoterie.

La théorie de la marge d'appréciation est un outil précieux pour définir l'interaction entre les autorités nationales et le mécanisme de mise en œuvre de la Convention ; elle n'a jamais été conçue pour véhiculer une déférence dénuée de principe. Même lorsqu'elle est large, la marge d'appréciation ne réduit pas la nécessité de disposer d'une explication pertinente et suffisante, même s'il se peut tout à fait que ce qui doit être démontré soit différent (par exemple la moindre probabilité d'un risque).

Le respect qu'inspirent naturellement l'établissement des faits et l'interprétation du droit interne émanant des autorités nationales ne saurait dispenser la Cour d'exiger que les accusations dirigées par celles-ci contre les requérants et dictant des restrictions à la liberté d'expression soient

1. L'article 10 « concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de transmission ou de captage, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations » (*Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, § 47, série A n° 178).

prouvées. En outre, la Cour a clairement dit qu'il ne suffit pas d'appliquer une restriction de bonne foi ; le fait que les autorités aient en l'espèce jugé les mesures restrictives indispensables n'est pas pertinent, quel que soit le nombre d'autorités qui sont intervenues.

Ainsi que le juge Malinverni l'a fait remarquer :

« Quoi qu'il en soit, une chose est certaine : la théorie de la marge d'appréciation ne saurait en aucun cas dispenser la Cour d'exercer les fonctions qui lui incombent en vertu de l'article 19 de la Convention, qui est celle d'assurer le respect des engagements résultant pour les Etats de la Convention et de ses Protocoles. » (paragraphe 1 de l'opinion dissidente du juge Malinverni, à laquelle s'est ralliée la juge Kalaydjieva, jointe à l'arrêt *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, CEDH 2011)

Il ne faut pas oublier les effets sociétaux sur des positions minoritaires d'une telle interdiction policière. L'association requérante est incontestablement dans une situation minoritaire justement à cause de ses opinions impopulaires. Elle a certes continué à pouvoir exprimer son point de vue (quoiqu'en l'absence d'affiches sa communication a probablement été moins efficace) mais l'interdiction et les motifs sur lesquels elle s'est fondée reflétaient une position officielle sur les opinions de l'association requérante, ce qui a manifestement ajouté un effet de censure. S'agissant de manifestations, la Cour a reconnu que le refus d'accorder une autorisation pouvait avoir un effet dissuasif sur les requérants (et les autres personnes participant au Mouvement et partageant les mêmes convictions). Cela aurait aussi pu dissuader d'autres personnes de prendre connaissance de ces idées au motif qu'elles ne bénéficiaient pas d'une autorisation officielle (*Bączkowski et autres c. Pologne*, n° 1543/06, § 67, 3 mai 2007). C'est la crainte des autorités d'être considérées comme associées avec un point de vue impopulaire, voire offensant, qui a conduit à ce manquement au devoir de neutralité de l'Etat, principe fondamental qui doit s'appliquer en matière d'opinions exprimant une vision du monde. On ne peut consentir à ce que la liberté d'expression doive lutter contre des exigences dictées par la peur de l'Etat face à la sensibilité du public.

ANNEXE

Suivant la méthodologie adoptée dans un arrêt comparable, l'arrêt *Appleby* (précité), il paraît utile de présenter un résumé des approches suivies par certaines juridictions dans des situations analogues. Dans l'arrêt *Appleby*, la Cour a dit : « La Cour suprême des Etats-Unis reconnaît un droit général d'accès à certaines catégories de lieux publics, comme les rues et les parcs, appelés « forums publics », en vue d'y exercer la liberté d'expression (*Hague v. Committee for Industrial Organisation*, 307 U.S. [*United States Supreme*

Court Reports] 496 (1939)).» Lorsque l'Etat ouvre un bien du domaine public à des activités expressives, il crée par là même un lieu public.

Selon les lois canadienne et américaine, les panneaux d'affichage constituent des espaces publics. Dans l'affaire *Metromedia, Inc. v. City of San Diego* (453 U.S. 490, 494 (1981)), la Cour suprême des Etats-Unis a cité l'avis concordant du juge Clarke: « Un panneau ou symbole placé en extérieur est un média vénérable d'expression d'idées politiques, sociales et commerciales. De l'affiche au panneau d'affichage, les panneaux placés en extérieur ont joué un rôle fondamental tout au long de l'histoire américaine, ralliant des voix à des causes politiques et sociales » (26 Cal. 3d, p. 888) (*ibidem*, p. 501)

L'arrêt *Metromedia* dit aussi (*ibidem*, pp. 514-515) que « la ville [c'est-à-dire l'Etat] n'a pas les mêmes possibilités de choix dans le domaine du discours non commercial pour évaluer la force des divers intérêts en jeu ou pour les distinguer. Voir *Carey v. Brown*, 447 U.S., p. 462, *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 96 (1972). S'agissant du discours non commercial, la ville ne peut pas choisir les sujets appropriés pour un discours public: « permettre à l'Etat de choisir les sujets que l'on peut aborder dans un débat public reviendrait à autoriser cet Etat à contrôler la recherche de la vérité politique » (*Consolidated Edison Co.*, 447 U.S., p. 538). Le même arrêt renvoie à *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* (425 U.S., p. 77), pour conclure qu'en dehors de la sphère du discours commercial « on ne peut pas supposer que des « canaux alternatifs » [de communication ou d'information] sont disponibles, car les parties ont précisément indiqué le contraire: « de nombreux hommes d'affaires, politiciens et autres personnes s'appuient sur les publicités situées en extérieur parce que les autres formes de publicité sont insuffisantes, inadéquates et d'un coût prohibitif ». » Une fois qu'un lieu public est créé, l'Etat ne peut pas faire de différence entre les différents orateurs ou messages (voir *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980), *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981), et *Niemotko v. Maryland*, 340 U.S. 268 (1951). Dans l'affaire *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 U.S. 147, (1969), le juge Stewart a déclaré: « une loi soumettant la mise en œuvre des libertés énoncées dans le premier amendement à une autorisation, c'est-à-dire à une restriction préalable sans prévoir des principes objectifs et précis pour guider les autorités délivrant l'autorisation est inconstitutionnelle » (*ibidem*, pp. 150-151).

La jurisprudence canadienne contient des préoccupations comparables en ce qui concerne les panneaux d'affichage. L'affaire *R. c. Guignard* (2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. (*Recueil de la Cour Suprême du Canada*) 472) renvoie à l'affaire *Ramsden c. Peterborough (Ville)* ([1993] 2 R.C.S. 1084),

où la Cour suprême du Canada a «souligné l'importance des panneaux en tant que moyen efficace et peu onéreux de communication pour les individus et groupes qui n'ont pas de ressources suffisantes. De tels panneaux, utilisés depuis des siècles pour communiquer des informations politiques, artistiques ou économiques, véhiculent parfois des messages forts. Les panneaux, sous différentes formes, constituent ainsi un moyen public, accessible et efficace d'expression pour toute personne qui ne peut pas se lancer dans une campagne de publicité dans les médias (voir Ramsden, pp. 1096-1097 ; voir aussi Comité pour la République du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139, p. 198).» Une autre affaire faisant autorité est l'affaire Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295.

De même, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu que toutes les garanties de la liberté d'opinion s'appliquent dans les lieux publics servant à la communication (*Schutzbereich nach auf öffentliche, der Kommunikation dienende Foren*). Les mêmes garanties s'appliquent aussi au-delà des lieux publics classiques, à d'autres situations (lieux) qui remplissent d'autres fonctions publiques (voir BVerfG, 1 BvR 699/06, 22.2.2011, Absatz-Nr. (1-128), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110222_1bvr069906.html).

OPINION DISSIDENTE DU JUGE
PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

L'affaire *Mouvement raëlien suisse* porte sur la liberté d'expression d'une minorité. Elle concerne l'interdiction d'une campagne d'affichage prononcée par les autorités suisses à l'encontre de l'association requérante. Les parties sont convenues que l'interdiction d'exposer les affiches de l'association requérante était « prévue par la loi » puisqu'elle se fondait sur l'article 19 du règlement de police de la ville de Neuchâtel. Les parties se sont accordées aussi sur le fait que cette mesure visait des buts légitimes : la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits d'autrui. La question litigieuse en l'espèce est donc celle de la proportionnalité et de la nécessité de l'interdiction d'affichage, derrière laquelle se cache la vieille question du contrôle de l'Etat sur la communication dans l'espace public, notamment au regard de ce que John F. Kennedy a pu appeler les « philosophies étranges¹ ».

Je me permets d'exprimer mon désaccord avec les conclusions de la majorité. J'en exposerai les raisons dans trois parties. La première traite de la justification du contrôle exercé par la Cour sur l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante et de la valeur de la théorie du « lieu public » dans le droit européen des droits de l'homme. La seconde définit les critères selon lesquels la Cour effectue son contrôle ; j'y examine la nature de l'ingérence au moyen d'un critère double destiné à distinguer les obligations négatives des obligations positives, étudie la forme du discours en vue de déterminer l'ampleur de la liberté d'expression sur des panneaux d'affichage publics et sur Internet et ses hyperliens, et évalue la nature du discours pour souligner les différences entre le discours commercial, le discours religieux et le discours philosophique. Après avoir établi les critères de ce contrôle, je m'emploierai, dans la troisième partie, à appliquer à l'espèce le principe de proportionnalité en prenant en compte les motifs invoqués par les tribunaux internes pour justifier l'ingérence, à savoir l'athéisme scientifique, le clonage, la génocratie et la « méditation sensuelle », ainsi que le critère de nécessité, avec un examen de la portée de l'interdiction.

1. Le président Kennedy a déclaré : « Nous ne craignons pas de confier au peuple américain des faits déplaisants, des idées étrangères, des philosophies étranges et des valeurs en compétition. En effet, une nation qui craint de laisser son peuple juger de la vérité et du mensonge dans un marché ouvert est une nation qui a peur de son peuple. »

Le contrôle de l'ingérence effectué par la Cour

La présente espèce donnait à la Cour l'occasion de statuer sur la marge d'appréciation dont bénéficie l'Etat s'agissant de l'utilisation de l'espace public pour l'exercice de la liberté d'expression. La jurisprudence de la Cour à cet égard est peu fournie mais éloquente. Dans l'affaire *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, où les requérants s'étaient vu refuser l'autorisation de recueillir des signatures pour une pétition dans un centre commercial privé, la Cour a jugé qu'on ne pouvait déduire de l'article 10 de la Convention que l'Etat avait l'obligation positive de créer un droit de pénétrer dans des propriétés privées ni même dans l'ensemble des biens appartenant au domaine public, comme les administrations et les ministères, pour permettre l'affirmation du droit à la liberté d'expression, lorsque les personnes concernées disposent d'autres moyens efficaces de transmettre leur message. La Cour n'a toutefois pas exclu qu'une telle obligation positive puisse naître lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie¹. Dans l'affaire *Murphy c. Irlande*, la Cour a admis qu'une disposition qui autoriserait l'Etat, ou tout organisme désigné par lui, à filtrer, au cas par cas, les annonces à caractère religieux inacceptables ou excessives serait difficile à appliquer équitablement, objectivement et de manière cohérente. C'est pourquoi l'action de l'Etat en la matière doit être « impartiale, neutre et équilibrée »². Dans l'affaire *Women On Waves et autres c. Portugal*, la Cour s'est penchée sur une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression dans les eaux territoriales de l'Etat défendeur, zone ouverte de par sa nature même, avec la conséquence que toute ingérence dans la liberté d'expression au sein de cet espace doit demeurer exceptionnelle. De plus, la Cour a réaffirmé que l'article 10 protège non seulement la substance des idées et informations exprimées mais aussi leur mode de diffusion³.

Or la Cour suprême des Etats-Unis s'est penchée depuis un certain temps sur la question et a élaboré la théorie du lieu public au titre du premier amendement à la Constitution fédérale américaine⁴. Cette théorie a été précisée au fil des ans et a atteint son apogée dans l'affaire *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, où la Cour suprême a défini trois catégories de lieux publics. La première est le lieu public classique,

1. *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, n° 44306/98, §§ 47-49, CEDH 2003-VI, avec un renvoi à Marsh c. Alabama, 326 U.S. [United States Supreme Court Reports] 501.

2. *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, §§ 76-77, CEDH 2003-IX.

3. *Women On Waves et autres c. Portugal*, n° 31276/05, §§ 39-40, 3 février 2009.

4. Voir la référence citée dans *Appleby et autres*, précité, § 26.

qui comprend les lieux qui par tradition ou décision du gouvernement sont consacrés aux réunions et débats¹. Dans un tel lieu public, l'Etat ne peut apporter de restrictions à la liberté d'expression en se fondant sur le contenu du discours, sauf s'il peut montrer que cette régulation sert un intérêt impérieux de l'Etat et est strictement conçue pour réaliser cet intérêt. La seconde catégorie est celle du lieu public limité, défini comme un bien public que l'Etat a ouvert à l'usage du public pour qu'il y exerce divers modes d'expression. Même si l'Etat n'est pas tenu de maintenir indéfiniment ouvert au public un lieu public limité, tant que ce lieu est ouvert, toute restriction à la liberté d'expression par l'Etat y est soumise aux mêmes règles que celles applicables aux lieux publics classiques². La troisième catégorie est celle des lieux non publics qui, par tradition ou à dessein, ne se prêtent pas à une communication sans entraves. L'Etat bénéficie dans ce cas d'une bien plus grande latitude pour réglementer la liberté d'expression. Outre des règles en matière d'horaire, d'emplacement et de mode d'expression, l'Etat peut réserver un tel lieu aux buts qu'il choisit tant que la régulation du discours est raisonnable et ne constitue pas une tentative d'entrave à l'expression au seul motif que les représentants de l'Etat sont en désaccord avec l'idée de l'orateur³. Ainsi, « l'existence d'un droit d'accès à un bien public et la norme

1. Dans l'affaire fondatrice *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939), la Cour suprême a décidé qu'une ordonnance municipale exigeant une autorisation pour tenir une réunion publique sur la voie publique, dans les parcs publics ou les bâtiments publics de la ville était nulle et non avenue. La Cour suprême a établi le principe suivant : « [q]uelle que soit l'appartenance des rues et des parcs, ils ont toujours été mis à la disposition du public et, du plus loin que l'on s'en souvienne, ont été utilisés pour des réunions, pour les échanges d'idées entre citoyens et les débats sur des questions publiques. » La zone située autour du siège de la Cour suprême (*United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983)), ou les trottoirs (*Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988)), constituent d'autres exemples de lieux publics.

2. Parmi les lieux publics limités ou désignés on trouve les théâtres municipaux ouverts aux productions privées (*Southeastern Promotions Ltd. V. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975)), les salles de réunion de conseils scolaires (*City of Madison v. Wisconsin Employment Relations Comm'n*, 429 U.S. 167 (1976)), les champs de foire publics ouverts aux groupes de diverses communautés (*Heffron v. International society for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981)) et les lieux de réunion universitaires (*Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981)).

3. Dans l'affaire *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), une très courte majorité a considéré qu'un système de courrier entre écoles et les boîtes de courrier des enseignants constituaient des espaces non publics. Le tribunal a établi une distinction entre, d'une part, la discrimination à l'égard du contenu – c'est-à-dire la discrimination dirigée contre un discours en raison de son sujet – qui peut être permise si elle préserve les objectifs du lieu et, d'autre part, la discrimination fondée sur le point de vue – c'est-à-dire la discrimination due à l'idéologie, à l'opinion ou à la perspective spécifiques de l'orateur – qui doit être présumée interdite lorsqu'elle est dirigée contre un discours s'inscrivant par ailleurs dans le cadre des limites prévues par le lieu. Parmi les autres lieux non publics on trouve, selon la Cour suprême, les prisons (*Adderlewy v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966)), les écoles (*Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972)), les bus municipaux (*Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974)), les bases militaires (*Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976)), les boîtes aux lettres (*U.S. Postal Service v. Council of Greenburgh Civil Associations*, 453 U.S. 114 (1981)), une réunion de bienfaisance annuelle créée par le gouvernement fédéral pour viser les employés fédéraux (*Cornelius v.*

d'évaluation des restrictions à ce droit sont fonction du type de bien en cause¹ ». Dans le cas particulier des panneaux d'affichage, la Cour suprême a décidé qu'une ordonnance qui permettait une publicité commerciale sur site (un panneau faisant de la publicité pour des biens ou services disponibles sur la propriété où se trouvait le panneau) mais interdisait d'autres publicités commerciales et non commerciales sur des panneaux fixes, sauf exceptions autorisées, comme des panneaux temporaires pour des campagnes politiques, avait violé le droit à la liberté d'expression des sociétés ayant participé à la campagne de publicité en plein air².

La Cour suprême canadienne considère également que les restrictions à la liberté d'expression dans les lieux publics doivent être interprétées de manière stricte. En l'affaire *Comité pour la République du Canada c. Canada*, la Cour suprême a considéré que les dispositions du règlement sur l'exploitation de concessions dans les aéroports publics interdisant de se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, et de faire de la publicité ou de la sollicitation dans un aéroport, à moins d'avoir obtenu une autorisation écrite du ministre, étaient incompatibles avec la liberté d'expression garantie à l'article 2 b) de la Charte canadienne des droits et libertés³. Dans le cas particulier des panneaux d'affichage et affiches, la Cour suprême a censuré pour inconstitutionnalité l'interdiction absolue

NCAACP Legal Defense and Education Fund, 473 U.S. 788 (1985)), les locaux de la poste, notamment un trottoir proche de l'entrée d'un bureau de poste aux Etats-Unis (*United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720 (1990)), et les terminaux d'aéroports (*International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992)). Les lieux publics, désignés ou non publics peuvent comprendre également des lieux virtuels tels que des dispositifs de collecte de fonds (*Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995)), les chaînes publiques requises par les autorités locales responsables du câble (*Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996)) et un débat entre candidats sur la chaîne d'une société de télédiffusion publique appartenant à l'Etat (*Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998)).

1. Cette théorie a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment parce qu'elle ne prend pas en compte les valeurs entrant en jeu dans la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts individuels et les intérêts publics en concurrence et ne fournit pas un véritable contrôle juridictionnel dans les cas où la norme relative au caractère raisonnable s'applique (Jakab, « *Public Forum Analysis After Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association – A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property* », *Fordham L. Rev.*, 54 (1986), 545, et Dienes, « *The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis* », *Geo. Wash. L. Rev.*, 55 (1986), 109).

2. *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981).

3. *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139. Dans son opinion, la juge L'Heureux-Dubé a déclaré : « Si le gouvernement avait le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier, il pourrait adopter des normes différentes sur la base du contenu ou privilégier certains points de vue, donner accès aux trottoirs, aux rues, aux parcs, à la pelouse d'un palais de justice et même à la Colline parlementaire, aux seules personnes dont le message serait conforme aux préférences du gouvernement. Pareille norme serait tout à fait contraire à l'esprit de la Charte et enlèverait toute valeur au concept même de la liberté d'expression. »

d’affichage sur des biens publics¹ et proclamé le droit de placer des affiches politiques sur les autobus appartenant au réseau public de transport².

La théorie du lieu public a été récemment adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui a estimé que la direction de l’aéroport de Francfort n’était pas autorisée à interdire dans la zone d’enregistrement la distribution de tracts critiquant la politique d’expulsion des étrangers menée par le gouvernement. Statuant sur la question de savoir s’il y avait eu violation de la liberté d’expression, la haute juridiction a conclu que, conformément « au modèle du lieu public » (*nach dem Leitbild des öffentlichen Forums*), le souhait de créer pour les voyageurs une « atmosphère agréable » (*Wohlfühlatmosphäre*), exempte de débat politique ou social, ne justifiait pas d’interdire les tracts en question dans un espace public tel que la zone d’enregistrement de l’aéroport. Quant aux motifs fondés sur le contenu, à savoir que la distribution des tracts avait été interdite parce que la direction de l’aéroport ne partageait pas les opinions exprimées, les désapprouvait ou les considérait comme susceptibles de nuire à ses activités, elle a jugé qu’ils n’étaient pas de nature à justifier une restriction à la liberté d’expression. La Cour constitutionnelle s’est en revanche déclarée prête à admettre des restrictions à la liberté d’expression dans certains lieux publics sensibles lorsqu’il existe « une crainte concrète que des incidents graves se produisent » (*ernsthafte Störungen konkret zu befürchten sind*)³.

Ainsi que les cours constitutionnelles et suprêmes susmentionnées l’ont répété, la théorie du lieu public est d’une importance primordiale dans les régimes démocratiques car elle se fonde sur le principe de la neutralité à l’égard du contenu de la réglementation par l’Etat des modes d’expression dans l’espace public. D’après ce principe, *l’Etat n’est pas supposé être en accord avec tous les messages qui sont communiqués dans les équipements et espaces publics. Lorsqu’un certain message est diffusé dans l’espace public, il n’y a pas une présomption que l’Etat souscrit tacitement ou expressément au contenu de ce message. Ce principe découle directement du principe d’égalité de tous les citoyens devant la loi et de l’interdiction corollaire de la discrimination envers les citoyens de la part des autorités publiques*⁴.

1. Ramsden c. Peterborough (Ville), [1993] 2 R.C.S. 1084.

2. Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295.

3. Arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 22 février 2011, § 106.

4. La philosophie politique sous-tendant cette jurisprudence a été formulée dans l’affaire *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) par le juge Oliver Wendell Holmes en ces termes : « Lorsque les hommes auront réalisé que le temps a renversé de nombreuses croyances, ils en viendront peut-être à croire (...) qu’il est plus facile de parvenir au bien ultime souhaité grâce au libre commerce des idées – que le meilleur révélateur de la vérité est le pouvoir de la pensée de se faire accepter dans la concurrence du marché, et que la vérité est le seul motif permettant d’exaucer leurs souhaits en toute sécurité. Telle

La jurisprudence de la Cour, notamment l'affaire *Women On Waves et autres*, renvoie déjà à ce même principe. La liberté d'expression dans l'espace maritime ouvert d'un Etat défendue dans cette affaire doit aussi être reconnue sur les lieux publics de la terre ferme. La présente espèce offrait l'occasion d'affirmer expressément ce principe. En fait, la Cour a constamment reconnu que l'article 10 § 2 laisse aux Etats contractants une marge d'appréciation, conférée tant au législateur national qu'aux organes, entre autres judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur. Toutefois, cette marge va de pair avec un contrôle européen¹. La Cour doit être convaincue que l'ingérence en cause est « nécessaire dans une société démocratique », c'est-à-dire qu'elle correspond à un « besoin social impérieux » et est « proportionnée au but légitime visé », les motifs invoqués par les autorités nationales pour justifier l'ingérence étant alors « pertinents et suffisants » aux fins du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention². Ainsi, *l'ingérence dans la liberté d'expression se justifie si elle est conforme à un double critère: la nécessité et la proportionnalité. Le critère de nécessité permet de contrôler si l'ingérence dans le droit ou la liberté promet de façon adéquate le « besoin social » (intérêt social et droits et libertés d'autrui) visé et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser ledit « besoin social »*³.

est en tout cas la théorie contenue dans notre Constitution.» Basée sur la méthode socratique, la théorie du « marché des idées » veut que la vérité surgisse de la concurrence d'idées très variées dans le cadre d'un discours public libre et transparent. Cette théorie s'ancre dans l'*Areopagitica* ou *De la liberté de la presse et de la censure*, un discours de John Milton devant le Parlement d'Angleterre, 1644, et a été développée plus tard par John Stuart Mill dans *De la liberté*, 1859. Le discours de Milton est bien résumé par cet extrait célèbre: « ce serait faire injure à la vérité que de croire qu'elle pût être arrachée par le vent des doctrines contraires. Qu'elles en viennent aux mains, et vous verrez de quel côté restera la victoire. La vérité eut-elle jamais le dessous, quand elle fut attaquée à découvert, et qu'on lui laissa la liberté de se défendre ?. En philosophie continentale, la même théorie a été élaborée d'abord par Emmanuel Kant dans son article sur les lumières en politique intitulé « *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung ?* », publié dans la revue *Berlinische Monatsschrift* en décembre 1784. Quatre ans plus tard, Mirabeau publia « De la liberté de la presse, imité de Milton », où il adaptait l'œuvre de Milton à la situation politique française à la veille des états généraux. Plus récemment, cette idée fondamentale fut placée au cœur du débat philosophique par l'approche non métaphysique adoptée par John Rawls dans sa nouvelle théorie d'une « société bien ordonnée » et du rôle qu'y tient la « raison publique » et par l'approche postmétaphysique de Jürgen Habermas dans sa théorie de la « sphère publique » et de la « rationalité communicative » (voir, de John Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1993, et de Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, 1992).

1. *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48, série A n° 24.

2. *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, § 59, série A n° 30. Cet arrêt précise le sens du principe initialement énoncé au paragraphe 49 de l'arrêt *Handyside*.

3. Le critère d'« adéquation » sert à vérifier s'il existe un « lien rationnel » entre l'ingérence et le besoin social, en établissant l'existence d'un rapport plausible entre l'ingérence et le besoin social, comme la Cour l'a dit pour la première fois dans l'arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 57, série A n° 93. Le critère de la mesure la moins intrusive vise à ce que l'atteinte au droit ou à la liberté en cause soit minimale, en recherchant s'il existe un moyen tout aussi efficace mais moins restrictif de réaliser le même besoin social.

Quant au critère de proportionnalité, il permet d'évaluer s'il y a eu une juste mise en balance des droits, libertés et intérêts en concurrence, dans le respect de la substance (ou l'essence) du droit ou de la liberté¹. Qualifier formellement un lieu d'espace public à cause de sa fonction principale ne résout pas en soi la question, mais il s'agit certainement d'un élément important, parmi d'autres, pour déterminer quel est le droit, la liberté ou l'intérêt qui l'emporte. Outre cet élément spatial, la mise en balance prend aussi en compte la nature, la forme et le moment du discours, le statut de l'orateur, la nature et le degré de l'ingérence et la nature du besoin social poursuivi. Sous réserve des restrictions imposées par les intérêts sociaux et les « droits et libertés d'autrui » prévus à l'article 10 § 2, la liberté d'expression dans un lieu public vaut non seulement pour les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent la majorité. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »². Pour reprendre les mots de George Orwell, « si la liberté signifie quelque chose, elle signifie dire aux gens ce qu'ils ne veulent pas entendre³ ».

Le Gouvernement soutient que l'approbation de l'affiche signifierait que l'Etat autorise implicitement les idées professées par la société requérante⁴. Or cet argument est difficilement compatible avec une société démocratique moderne. Dans les sociétés prémodernes, pour que des idées puissent être diffusées dans l'espace public, elles devaient avoir bénéficié auparavant de la part des autorités d'un *nihil obstat et imprimatur* (littéralement, il n'y a pas d'obstacle et vous pouvez imprimer), cette autorisation étant parfois expresse et parfois tacite. L'Etat devait approuver la teneur de chaque livre, de chaque œuvre de création et de chaque discours diffusés dans l'espace public. L'histoire de l'Europe témoigne du combat long et difficile qu'il a fallu livrer contre cette forme de contrôle de l'Etat, combat dont l'aboutissement est la déclaration grandiose que « la libre communication

1. Sur la question de la protection de la substance ou de l'essence du droit garanti par l'article 10, voir l'arrêt *Appleby* précité, § 47, qui réaffirme le principe énoncé dans l'arrêt *Ashingdane*, précité, § 57. Ainsi, le critère de proportionnalité (ou de « caractère raisonnable » ou de « juste équilibre ») ne recouvre pas exactement celui de la protection de la substance des droits et libertés en jeu.

2. *Handyside*, précité, § 49, et *Women On Waves et autres*, précité, § 42.

3. Eric Arthur Blair a écrit une préface à la première édition de son ouvrage *La Ferme des animaux* (1945) dans laquelle se trouve cette phrase. La préface n'a pas été publiée et n'a été découverte que quelques années plus tard dans le manuscrit dactylographié original de l'auteur. Elle est parue dans le *Times Literary Supplement* du 15 septembre 1972.

4. Comme le Gouvernement, les tribunaux internes ont tranché l'affaire en se fondant essentiellement sur ce même argument (voir la décision du tribunal administratif du 22 avril 2005, p. 11, et surtout l'arrêt du 20 septembre 2005 du Tribunal fédéral, p. 11 : « Il s'agit plus encore d'éviter que l'Etat ne prête son concours à une telle publicité en mettant à disposition une partie du domaine public, pouvant laisser croire ainsi qu'il cautionne ou tolère les opinions et les agissements en cause. »)

des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme», ainsi que l'énonce l'article XI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹. Toute forme de *nihil obstat* de l'Etat portant sur la teneur d'un message communiqué dans l'espace public constituerait de nos jours une régression inadmissible de la civilisation au stade prémoderne. Ainsi que l'a écrit Emmanuel Kant, un gouvernement qui prétend imposer pareil *nihil obstat et imprimatur* à la diffusion publique d'idées controversées doit être critiqué, car *Caesar non est supra grammaticos*².

La nature de l'ingérence

Les frontières entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de la Convention ne se prêtent pas à une définition précise³. La réponse à cette question ne dépend pas simplement de la façon dont elle est formulée, comme le Gouvernement l'affirme dans son mémoire. Il ne s'agit pas d'une question purement linguistique.

Il y a lieu d'appliquer un double test logique pour déterminer si la Cour se trouve devant des obligations positives ou des obligations négatives. D'une part, la Cour doit se demander si l'absence de toute action des autorités nationales aurait conduit à une violation de la Convention. Si les autorités policières et administratives de Neuchâtel n'avaient pris aucune décision au sujet de l'affiche, il n'y aurait pas eu d'affaire du tout. Dès lors, la question en jeu est un acte d'ingérence (à savoir le refus d'accorder une autorisation) commis par l'Etat défendeur dans un droit garanti par la Convention, et non le fait que l'Etat ait omis de prendre des mesures positives pour protéger un droit énoncé dans la Convention.

1. Le plus ardent de ces défenseurs sur le continent européen fut Voltaire, qui écrivit dans son Dictionnaire philosophique, paru en 1754, que « nous avons le droit naturel d'utiliser notre plume et notre langue à nos propres risques et périls ». Mais bien avant lui, la publication en Angleterre du lumineux ouvrage de John Milton, l'*Areopagitica*, lui-même censuré, a marqué le début de l'opposition philosophique et politique à la censure avant publication du contenu d'un discours en tant que conséquence logique de la liberté d'expression.

2. Renvoyant aux pouvoirs de l'Etat, Kant a écrit que le monarque n'a pas le pouvoir de commander les idées et ne peut donc pas soumettre la discussion publique d'opinions à un contrôle gouvernemental préalable du contenu: « cela rabaisse sa Majesté de se mêler de ces affaires en soumettant les écrits où ses sujets s'efforcent d'exposer clairement leurs idées à un contrôle du gouvernement, et ce même lorsqu'elle agit ainsi mue par ses convictions les plus élevées, car elle s'expose alors au reproche: « *Caesar non est supra grammaticos (...)* ». » (« *Es tut selbst seiner Majestät Abbruch, wenn er sich hierin mischt, indem er die Schriften, wodurch seine Untertanen ihre Einsichten ins reine zu bringen suchen, seiner Regierungsaufsicht würdig, sowohl wenn er dieses aus eigener höchsten Einsicht tut, wo er sich dem Vorwurfe aussetzt: Caesar non est supra grammaticos ...* »), in Emmanuel Kant, « *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* », 1784.

3. Voir, par exemple, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2) [GC], n° 32772/02, § 82, CEDH 2009.

D'autre part, la Cour doit se demander si, en cas de violation de la Convention, le Gouvernement serait appelé à prendre des mesures complémentaires pour réintégrer le requérant dans la situation qui était la sienne avant la violation. Lorsqu'un constat de violation n'implique pas la nécessité d'une action réparatrice de la part du Gouvernement, cela veut dire qu'une obligation négative est en jeu. En revanche, lorsqu'un constat de violation entraîne la nécessité pour le Gouvernement d'adopter une mesure réparatrice complémentaire, cela signifie que c'est une obligation positive qui est en jeu. En l'espèce, les autorités nationales ont pris en 2001 l'initiative d'interdire les affiches litigieuses autorisées par la Société générale d'affichage puis ont réitéré leur interdiction en juillet 2004. Il n'est pas possible de prendre maintenant une quelconque mesure de réparation, et il suffit que l'Etat s'abstienne à l'avenir d'interdire d'autres campagnes d'affichage de la société requérante. Ainsi l'Etat avait l'obligation de s'abstenir de restreindre la liberté d'expression de la société requérante en refusant d'autoriser une campagne d'affichage.

En bref, la présente espèce met en jeu des obligations négatives découlant de l'article 10 de la Convention. Cette conclusion a une incidence sur la marge d'appréciation qui doit en l'occurrence être reconnue à l'Etat. En effet, la Cour estime que cette marge est plus étroite en cas d'obligations négatives¹.

La forme du discours

Avant tout, les autorités internes ont censuré la campagne d'affichage que la société requérante souhaitait mener dans les rues et parcs de Neuchâtel. *Par tradition et fonction, les panneaux d'affichage situés dans les rues et les parcs sont des espaces publics. Il en va de même des panneaux publics gérés par des sociétés privées pour le compte des autorités municipales. Ainsi, l'expression dans un tel espace public privilégié est incompatible avec une censure fondée sur le contenu et ne laisse qu'une étroite marge d'appréciation à l'Etat.*

Il faut noter que les autorités suisses ont examiné non seulement le contenu du site Internet de l'association requérante mentionné sur l'affiche mais aussi celui d'autres sites – en particulier celui de Clonaid et apostasie.org. – qui étaient accessibles par le biais d'hyperliens figurant sur le site de la requérante, ainsi que des ouvrages du Mouvement, de son chef et le magazine « Apocalypse ». La Cour n'a pas pu établir l'état exact dans lequel se trouvaient les sites Internet consultés par les autorités internes à l'époque des faits, et le Gouvernement n'a pas soumis d'éléments à cet égard. Les parties ont discuté de l'opportunité d'une prise en compte du contenu des divers

1. *Women On Waves et autres*, précité, § 40.

sites Internet mentionnés par les autorités internes aux fins de l'examen de la proportionnalité et de la nécessité de la mesure litigieuse.

La Cour exerce son contrôle à la lumière de l'affaire dans son ensemble¹. Dès lors, un examen global du contexte de l'affaire exige de s'intéresser au contenu des sites Internet en question. Un tel examen doit tenir compte en particulier du fait qu'Internet est le réseau le plus ouvert et le plus dynamique qui ait jamais existé. *Si, historiquement, les rues et parcs d'une ville en sont les espaces publics par excellence, Internet constitue de nos jours le marché global des idées*². En conséquence, pour garantir de manière effective, et non pas illusoire, la liberté d'expression consacrée à l'article 10, en tenant compte de la valeur de service public cruciale que représente Internet, *les utilisateurs doivent avoir l'accès le plus large possible aux contenus, applications et services Internet de leur choix, gratuits ou non, au moyen des dispositifs de leur*

1. *Handyside*, précité, § 50, et *Sunday Times*, précité, § 60.

2. Le caractère ouvert et non discriminatoire de l'accès à Internet et de son usage est une préoccupation majeure de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui a adopté la Résolution 1877 (2012) sur la protection de la liberté d'expression et d'information sur l'Internet et les médias en ligne et la Recommandation 1906 (2010) intitulée « Repenser les droits des créateurs à l'ère d'Internet », ainsi que du Comité des Ministres, qui a notamment adopté plusieurs recommandations – CM/Rec(2007)16 sur les mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet, et CM/Rec(2008)6 sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres Internet –, une déclaration sur la neutralité du réseau, une déclaration sur la gestion dans l'intérêt public des ressources représentées par les adresses du protocole Internet et une déclaration sur la stratégie numérique pour l'Europe, toutes trois du 29 septembre 2010 et inspirées par la Déclaration ministérielle de Grenade du 19 avril 2010 relative à la stratégie numérique européenne. La même préoccupation a été ressentie de l'autre côté de l'Atlantique. En réponse à l'intérêt exprimé par le gouvernement fédéral pour la réglementation du contenu du discours sur Internet afin d'en promouvoir la croissance, la Cour suprême américaine a déclaré dans l'affaire *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997) : « Nous trouvons cet argument singulièrement peu convaincant. La croissance spectaculaire de ce nouveau marché des idées contredit la base factuelle de cette affirmation. Il est prouvé que la croissance d'Internet est et continue d'être phénoménale. Comme le veut la tradition constitutionnelle, en l'absence de preuve du contraire, nous présumons que la réglementation par l'Etat du contenu du discours a plus de chances d'entraver le libre échange des idées que de l'encourager. L'intérêt qu'il y a à encourager la liberté d'expression dans une société démocratique l'emporte sur tout bénéfice, théorique mais non prouvé, que pourrait apporter une censure. » Cette approche louable a été confirmée à une courte majorité dans une affaire venant à la suite de *Reno*, à savoir *Asbcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004). Un an auparavant, la Cour suprême avait fait un pas en arrière en refusant de reconnaître le statut d'espace public à l'accès Internet dans les bibliothèques publiques (*United States v. American Library Association*, 539 U.S. 194 (2003)) en se fondant sur une interprétation peu convaincante et étroite de l'élément traditionnel de la théorie du lieu public et sur une classification malvenue d'Internet comme prolongement technologique d'une pile de livres, en oubliant au passage que si les bibliothèques avaient le droit d'empêcher le public de recevoir des informations déjà disponibles sur Internet, cela équivaldrait à lui interdire l'accès à des livres déjà dans la pile, autrement dit à de la censure. Ainsi que l'ont relevé avec clairvoyance les juges Stevens et Souter dans leurs opinions dissidentes, la majorité admet le risque de bloquer excessivement l'accès des adultes à une grande quantité d'éléments non obscènes néfastes pour les enfants mais autorisés pour les adultes, et à une grande quantité de textes et d'images qui ne sont néfastes pour personne.

*choix*¹. Ce principe de la neutralité d'Internet impose à tous les acteurs publics et privés de ce secteur (fournisseurs d'accès, plateformes de partage de contenus, moteurs de recherche) l'obligation de ne pas refuser, fournir ou mettre fin de manière discriminatoire à l'accès à Internet, les Etats ayant en outre l'obligation de veiller à ce que tous les acteurs soient tenus de répondre des violations du droit de leurs utilisateurs à la liberté d'expression et d'information. C'est pourquoi les utilisateurs ne doivent pas être soumis à des exigences en matière de licence ou autre ayant le même effet, ni à des mesures de blocage général ou de filtrage des autorités publiques ou à des restrictions allant plus loin que celles appliquées aux autres modes de fourniture de contenus. En cas de circonstances exceptionnelles justifiant le blocage de contenus illicites, il faut éviter de viser des utilisateurs ne faisant pas partie du groupe pour la protection duquel un filtre a été mis en place.

*L'Internet étant un espace public par excellence, l'Etat dispose d'une marge d'appréciation étroite s'agissant des informations diffusées par ce biais. Cela est encore plus vrai des hyperliens vers des pages Internet et qui ne sont pas, de facto ou de jure, sous le contrôle du créateur de l'hyperlien*². Dans ce cas, la faible marge d'appréciation de l'Etat est déterminée par le principe voulant que le créateur de l'hyperlien ne peut être tenu pour responsable du contenu illégal des pages Internet accessibles par l'hyperlien, sauf lorsqu'il a *de facto* ou *de jure* le contrôle de la page auxquels l'hyperlien renvoie ou a souscrit au contenu illégal de cette page. La création d'un lien ne saurait en elle-même être comprise comme une forme tacite d'approbation, car il faut d'autres éléments pour mettre en évidence la *mens rea* intentionnelle de la personne qui crée l'hyperlien.

1. Ce principe dit de la « neutralité d'Internet », récemment affirmé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, repose exactement sur les mêmes fondements idéologiques que la théorie de l'espace public. Le Comité des Ministres ajoute que la gestion du trafic et le filtrage des contenus illégaux ne doivent pas être considérés comme un abandon du principe de neutralité du réseau, étant donné que les exceptions à ce principe doivent être envisagées avec la plus grande prudence et doivent se justifier par des « intérêts publics impérieux ».

2. La juge Abella, de la Cour suprême du Canada, en a donné une justification éloquentة dans l'affaire *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269: « En bref, l'Internet ne peut donner accès à l'information sans les hyperliens. Or, limiter l'utilité de ces derniers en les assujettissant à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion aurait pour effet de gravement restreindre la circulation de l'information et, partant, la liberté d'expression. L'« effet paralysant » que cela serait susceptible d'avoir sur le fonctionnement de l'Internet pourrait être lourd de conséquences désastreuses, car il est peu probable que les auteurs d'articles de fond consentiraient à courir le risque d'engager leur responsabilité en incorporant dans leurs articles des liens menant à d'autres articles dont le contenu peut changer tout à fait indépendamment de leur volonté. »

La nature du discours

La Cour a reconnu une grande marge d'appréciation aux États contractants lorsqu'ils réglementent l'expression dans des domaines d'intérêt privé comme ceux relevant de la religion¹ ou du commerce². Toutefois, il y a peu de place au titre de l'article 10 § 2 de la Convention pour des restrictions au discours politique ou à toute autre question d'intérêt général³.

Prenant en compte non seulement l'affiche litigieuse mais aussi le site Internet mentionné sur l'affiche et les autres sites Internet auquel le premier site renvoie par un hyperlien ainsi que les ouvrages cités par les autorités nationales, il est difficile de définir le type de discours en jeu en l'espèce. Une chose est claire : le discours du Mouvement n'entre pas dans le cadre du discours commercial, où le public est incité à acheter un produit particulier. On peut invoquer trois raisons à l'appui de cette affirmation. Premièrement, le profit n'est pas l'objectif, et encore moins l'objectif principal, du message du Mouvement figurant sur l'affiche ou sur son site Internet. Ce qui est en jeu dans cette communication n'est pas l'intérêt « purement commercial » de l'association requérante⁴. De fait, cette association ne mentionne aucun but

1. *Murphy*, précité, § 67. Néanmoins, la Cour a clairement indiqué que son appréciation se limitait à la question de savoir s'il pouvait se justifier d'interdire un certain mode (publicité) d'expression (religieuse) par le biais d'un certain média (la diffusion) vu les circonstances particulières de l'affaire. Quoi qu'il en soit, la compatibilité de ce raisonnement avec l'interprétation donnée par la Cour elle-même de la liberté de religion et de la neutralité du rôle de l'Etat en matière de religion pose problème, comme on le montrera.

2. *markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 33, série A n° 165, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, § 72, série A n° 173, *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, § 50, série A n° 285-A, *Demuth c. Suisse*, n° 38743/97, §§ 42-43, CEDH 2002-IX, et *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3)*, n° 39069/97, § 30, CEDH 2003-XII. Dans ces affaires, la Cour s'est bornée à rechercher si les mesures prises au niveau national « se justifi[ai]ent en principe et [étaient] proportionnées », ce qui permettait en fait de procéder à un contrôle complet au titre de la Convention. S'ajoutant à ce critère assez large de contrôle, la justification donnée par la Cour de la prétendue vaste marge d'appréciation du discours commercial pose problème. En fait, le « domaine complexe et fluctuant » du commerce, de la concurrence et de la publicité ne doit pas être une excuse pour un abaissement de la protection des droits des consommateurs, notamment au vu du consensus international croissant quant aux normes d'équité dans les affaires et la publicité. A ce stade, il convient aussi de souligner que la Cour elle-même a sérieusement réduit la portée de la jurisprudence *markt intern* en admettant que les déclarations commerciales, c'est-à-dire motivées par le commerce ou d'origine commerciale, pouvaient aussi faire partie d'un débat d'intérêt général et que donc la marge d'appréciation pouvait être réduite en proportion (*Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, et *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, §§ 69-71, CEDH 2001-VI). La distinction entre le « discours purement commercial » et le discours commercial à connotations politiques montre la faiblesse intrinsèque de cette marge d'appréciation apparemment généreuse établie par la majorité minimum requise dans l'affaire *markt intern*.

3. *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 42, série A n° 103, *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 43, série A n° 236, et *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, § 63, série A n° 239.

4. Pour reprendre les termes exacts des arrêts *VgT Verein gegen Tierfabriken* et *Demuth*, précités, le discours de l'association requérante n'était pas « purement commercial » ni « essentiellement commercial ».

de profit dans ses statuts puisqu'il s'agit d'une association à but non lucratif, aux termes de l'article 1 des statuts révisés de la religion raëlienne en Suisse. En outre, l'affiche ne proposait aucune vente, et les produits proposés à la vente sur le site Internet, des livres par exemple, l'étaient dans un but d'information conformément à l'objectif pédagogique (renseigner le grand public) prévu par le Mouvement à l'article 2 de ses statuts. Deuxièmement, le fait que l'association ait payé pour que l'affiche soit exposée sur les panneaux de la ville de Neuchâtel n'entre aucunement en ligne de compte. *Une forme d'expression ne perd pas la protection de la Convention à laquelle elle a droit par ailleurs simplement parce qu'elle paraît sous la forme d'une publicité payée*¹. Troisièmement, le lien avec le site Internet de Clonaid n'est pas non plus pertinent, car la requérante et Clonaid étaient à l'époque des faits, et sont toujours, des entités juridiques distinctes. La Cour n'a pas reçu le moindre élément montrant que la requérante ait tiré profit, ou ait même simplement pu tirer profit, des services de clonage proposés par un tiers.

Le discours en jeu semble proche du débat philosophique étant donné que l'association requérante soutient parler du rapport entre science et religion et révéler un message prétendument transmis par les extraterrestres à cet égard. Elle entend diffuser un message non seulement quant à l'avenir de l'humanité mais aussi sur la façon dont les hommes et les femmes d'aujourd'hui doivent vivre, et dont découlent des implications éthiques. Si l'on prend en outre en considération, comme l'ont fait les juridictions internes, les références figurant sur le site Internet de la requérante à la génocratie et à la campagne pour les droits des femmes, le discours revêt alors clairement une connotation politique, renforcée par une critique générale de la structure sociale, politique et économique actuelle des sociétés occidentales. Indépendamment de la valeur philosophique intrinsèque du discours, qui ne relève à l'évidence pas de la compétence de la Cour, il est indéniable que cela constitue «une vision globale du monde», ou *Weltanschauung*². En conséquence, la nature globale et mixte du discours

Dans sa décision du 27 octobre 2003, le département neuchâtelois de la gestion du territoire est parvenu à une conclusion identique (p. 8) : «En effet, l'affiche litigieuse ne propose pas la vente de livres, cours et d'autres objets. Certains ouvrages peuvent être commandés sur le site Internet précité, mais il s'agit d'une information parmi d'autres.»

1. Ainsi que le juge Brennan l'a écrit dans l'affaire très importante *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 255 (1964) : «le fait que le *Times* ait été payé pour faire paraître la publicité est en l'occurrence dénué de pertinence, tout comme le fait que les journaux et les livres se vendent». La même justification s'applique aux panneaux d'affichage loués dans la ville de Neuchâtel.

2. Les autorités nationales ont admis l'existence d'une «conception spirituelle de la vie». Dans sa décision du 27 octobre 2003, le département neuchâtelois de la gestion du territoire (p. 7) renvoie à une «conception du monde de caractère global» fondée sur «une nouvelle vision de l'univers qui nous donne des clés pour éveiller notre potentiel ainsi que des valeurs pour révolutionner la société, (...) permettre à l'humanité de changer la guerre en paix, le travail en loisir, la pauvreté en autoréalisation et

de la requérante, qui porte sur plusieurs questions d'intérêt général, réduit l'ampleur de la marge d'appréciation accordée à l'Etat.

Le critère de proportionnalité

Une fois éclaircie la question des critères d'appréciation applicables, il convient maintenant d'examiner l'ingérence litigieuse à la lumière de l'affaire dans son ensemble, afin de déterminer si elle est « proportionnée au but légitime visé » et correspond à un « besoin social impérieux », et si les motifs avancés par les autorités nationales paraissent « pertinents et suffisants » à cette fin. Dès lors, il faut procéder à une analyse approfondie des motifs invoqués par les autorités nationales à la lumière des critères de nécessité et de proportionnalité. Ces motifs étaient liés aux prises de position de la requérante en matière d'athéisme scientifique, de défense du clonage et de « génocratie » et au risque d'abus sexuels censés découler du contenu du site et des ouvrages du Mouvement raëlien.

Athéisme scientifique

Le Tribunal fédéral a admis que les idées anticléricales de la requérante, et notamment le texte figurant sur l'affiche relatif au message prétendument transmis par des extraterrestres, ou sa remarque selon laquelle la science remplace la religion, n'étaient pas particulièrement provocantes, même si elles pouvaient passer pour offensantes pour une partie de la société suisse¹. La liberté de pensée, de conscience et de religion garantie par la Convention comporte la liberté d'avoir ou non des croyances religieuses et de pratiquer ou non une religion². L'Etat ne peut pas indûment supprimer ou restreindre la liberté de communication de tous les croyants, agnostiques, athées et sceptiques au prétexte de respecter le sentiment religieux de la majorité. En conséquence, la liberté d'expression permet de critiquer la religion, les églises, les institutions religieuses et le clergé tant que cela ne verse pas dans la diffamation (les insultes délibérées envers des personnes ou des institutions)³, la haine (l'apologie de la haine contre un groupe religieux)⁴ ou le blasphème (l'outrage délibéré à une religion donnée par le dénigrement

l'argent en amour ». Le département a également pris note des connotations politiques du discours du Mouvement, soulignant sa campagne contre les mutilations génitales des femmes en Afrique et en faveur de la protection des droits des femmes en Afghanistan et en Afrique. On trouve la même interprétation dans l'arrêt du tribunal administratif du 22 avril 2005 (p. 8) : « cette vision correspond à une vision globale du monde ».

1. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2005, p. 8.

2. Voir l'arrêt de principe *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31, série A n° 260-A, ainsi que l'arrêt ultérieur *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, § 34, CEDH 1999-I.

3. *Giniewski c. France*, n° 64016/00, CEDH 2006-I.

4. *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.), n° 23131/03, CEDH 2004-XI.

de sa doctrine ou de ses dieux)¹. La frontière qui sépare la critique en matière religieuse du blasphème est très mince, comme le montre l'histoire de l'Europe. Pour tracer cette frontière, la Cour s'écarte de la théorie libertaire civile selon laquelle la liberté d'expression doit toujours l'emporter sur la liberté de religion, tout comme de l'opinion opposée centrée sur l'Etat et qui confère aux autorités publiques un pouvoir illimité pour réglementer la liberté d'expression dans l'espace public en fonction du sentiment religieux de la majorité. Ni l'une ni l'autre de ces extrêmes ne sont conformes à l'esprit de tolérance qui caractérise une société démocratique. Seule une approche s'efforçant d'équilibrer la liberté d'expression et la liberté d'autrui d'avoir des convictions religieuses est compatible avec la Convention². De fait, la Cour a souvent souligné le rôle fondamental que joue l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions et croyances, et indiqué que ce rôle favorise l'ordre public, l'harmonie religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Elle a aussi considéré que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec le pouvoir de celui-ci d'apprécier la légitimité des croyances religieuses ou la manière dont celles-ci s'expriment³. Ainsi, *la tolérance exige de la part de l'Etat une attitude neutre envers le contenu s'agissant des différentes formes d'expression à connotation religieuse.*

1. *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, série A n° 295-A, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, et *Î.A c. Turquie*, n° 42571/98, CEDH 2005-VIII.

2. Voir également en ce sens la Résolution 1510 (2006) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la liberté d'expression et le respect des croyances religieuses, aux termes de laquelle la liberté d'expression ne doit pas être davantage restreinte pour répondre à la sensibilité croissante de certains groupes religieux et, dans le même temps, les discours incitant à la haine à l'encontre de quelque groupe religieux que ce soit ne sont pas compatibles avec les droits et libertés fondamentaux; voir aussi la Recommandation 1804 (2007) intitulée « Etat, religion, laïcité et droits de l'homme » qui réaffirme que « la liberté d'expression ne peut être restreinte par déférence à certains dogmes ou convictions de l'une ou de l'autre communauté religieuse », et la Recommandation 1805 (2007) intitulée « Blasphème, insultes à caractère religieux et incitation à la haine contre des personnes au motif de leur religion », laquelle souligne que « les groupes religieux doivent, tout comme les autres groupes, tolérer les critiques dans les déclarations publiques et les débats relatifs à leurs activités, à leurs enseignements et à leurs croyances, à condition que ces critiques ne constituent pas des insultes délibérées et gratuites ou des discours de haine, ni une incitation à la perturbation de l'ordre public ou à la violence et à la discrimination à l'encontre des personnes adhérant à une religion donnée ».

3. *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47, *Recueil* 1996-IV, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91, CEDH 2003-II, et *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 107, CEDH 2005-XI. De ce point de vue, la suppression de toute forme de discours religieux ou antireligieux dans l'espace public ou dans des moyens publics de communication ne constitue pas une forme de réglementation de l'expression non discriminatoire compatible avec la Convention. Ainsi que l'a dit le juge Kennedy, il est « tout simplement erroné » de dire que le débat n'est pas faussé du moment que les multiples voix sont réduites au silence; ce faisant, on fausse le débat de multiples façons (*Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819).

En l'espèce, étant donné que le discours de la requérante sur le remplacement des religions par ce qu'elle appelle un « athéisme scientifique » et sa critique des églises établies ne constituaient pas, à l'époque, un discours de haine ni une forme de dénigrement de la religion, des institutions religieuses ou du clergé¹, il n'était pas proportionné d'interdire l'affiche litigieuse pour un tel motif.

Le clonage

Le Tribunal fédéral a conclu que l'existence d'un lien entre le site Internet de la requérante et celui de la société Clonaid « contribue à la promotion d'une activité illicite, et va plus loin que la simple affirmation d'une opinion² ». En fait, le clonage humain est interdit par le Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo du 12 janvier 1998, ratifiée par 21 des 47 pays membres du Conseil de l'Europe, dont la Suisse. A l'époque des faits, la Suisse n'avait pas encore ratifié le Protocole, puisqu'elle ne l'a fait que le 24 juillet 2008. Néanmoins, l'article 119 alinéa 2 a) de la Constitution fédérale portant interdiction du clonage humain était déjà en vigueur en mars 2001.

Le contrôle effectué à cet égard par les autorités nationales était doublement indirect car il concernait une référence figurant sur l'affiche litigieuse au site Internet de la requérante, qui contenait lui-même un hyperlien renvoyant au site de Clonaid. La requérante n'a pas nié s'être déclarée en faveur du clonage, mais elle soutient qu'elle n'a jamais participé à des actes thérapeutiques ou expérimentaux dans le domaine du clonage humain. Aucun élément n'a été fourni à la Cour ou aux autorités internes attestant d'une telle participation ou d'un contrôle *de jure* ou *de facto* du site Internet de Clonaid par la requérante. Aucun élément de preuve n'a non plus été produit quant à l'état du site de la requérante et de celui de Clonaid à l'époque des faits. Néanmoins, vu le soutien explicitement apporté à Clonaid par la requérante, la question de savoir si l'illégalité des services de clonage proposés par Clonaid serait susceptible d'entacher la légalité du propre site de la requérante doit être posée.

La promotion du clonage par la requérante et son soutien aux activités de Clonaid n'étaient pas en soi constitutifs d'un acte illégal réprimé par le droit interne. En fait, le code pénal suisse punit l'incitation publique au crime (*Öffentliche Aufforderung zum Verbrechen* – article 259 du code pénal)

1. Dans un arrêt du 16 septembre 2003, le Tribunal fédéral a jugé que la critique des prêtres pédophiles émise par le Mouvement était conforme au droit suisse, en déclarant : « Il est en effet de notoriété publique qu'il existe des prêtres pédophiles et que leur hiérarchie n'a pas toujours pris toutes les dispositions qui s'imposaient pour éviter la poursuite de tels actes par ceux qui les commettaient. »

2. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2005, p. 9.

mais cette disposition exige, comme élément constitutif du comportement criminel, que l'incitation au crime se soit produite de manière non équivoque et que la forme et la teneur du crime soient suffisamment précises pour être reconnues par les citoyens ordinaires et pour les influencer, le simple fait de souscrire à une idée n'étant pas pertinent aux fins de cette disposition¹. Le Conseil fédéral suisse lui-même a reconnu à deux reprises, dans ses réponses du 10 septembre 1997² et du 21 mai 2003 (paragraphe 24 de l'arrêt) à des questions de parlementaires, que l'activité de promotion du clonage par le Mouvement était légale. Etant donné que la requérante n'a pas pris part à des activités de clonage illégales, pas même comme complice moral ou matériel, il n'était pas proportionné d'interdire la simple affirmation d'une opinion favorable au clonage.

La «généocratie»

La requérante prône la «généocratie», à savoir le gouvernement par une élite intellectuelle. Le Tribunal fédéral a considéré que cette idéologie pouvait «choquer les convictions démocratiques et antidiscriminatoires qui sont à la base d'un Etat de droit³». La généocratie va indiscutablement à l'encontre des principes démocratiques, car elle viole le principe d'égalité de tous les citoyens. Toutefois, comme le Tribunal fédéral l'a aussi déclaré, la défense de la généocratie est présentée par la requérante non comme un «véritable projet politique» mais comme une «utopie» qui serait réalisée volontairement⁴. Cette situation se distingue des affaires où la Cour a jugé des restrictions à la liberté d'expression proportionnées s'agissant d'organisations défendant des projets politiques incompatibles avec le concept de «société démocratique»⁵. Partant, il n'était pas proportionné d'interdire un simple discours utopique.

1. Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 juillet 1985 (BGE 111 IV 152: *von einer gewissen Eindringlichkeit, die nach Form und Inhalt geeignet ist, den Willen der Adressaten zu beeinflussen*) et, parmi les universitaires, Stratenwerth et Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, Berne, 2007, p. 649, Stratenwerth et Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, Berne, 2008, pp. 194-195, et Fiolka, in Niggli/Wiprächtiger, *Baseler Kommentar Strafgesetzbuch*, II, Bâle, 2007, annotations 10-13 à l'article 259. On trouve des dispositions comparables, par exemple dans le code pénal autrichien (§ 282), le code pénal allemand (§ 111), la loi française du 29 juillet 1881 (article 23), le code pénal italien (article 414) et le code pénal portugais (article 297).

2. D'après la réponse du Conseil fédéral du 10 septembre 1997, les activités du Mouvement ne devraient même pas être couvertes par la prévention policière et en effet ne l'ont pas été («conformément aux directives du DFJP [Département fédéral de justice et police] – approuvées par le Conseil fédéral – du 9 septembre 1992 sur la mise en pratique de la protection de l'Etat, il n'appartient pas en principe à la police fédérale, en sa qualité d'autorité policière de prévention, de s'occuper de pareilles organisations. En conséquence, la police fédérale ne dispose pas d'informations concernant le champ d'activité des sectes raëliennes»).

3. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2005, p. 9.

4. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2005, p. 9.

5. Voir, par exemple, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 132.

La « méditation sensuelle »

Le Tribunal fédéral a accordé une grande importance au fait qu'un certain nombre d'affaires d'agressions sexuelles sur enfant impliquaient des membres du Mouvement raëlien. Il a signalé que certains passages des publications accessibles *via* le site du Mouvement concernant les notions de « méditation sensuelle » ou d'« éveil sensuel » des enfants étaient susceptibles de « choquer gravement les lecteurs » et de « conduire des adultes à commettre des abus sexuels »¹.

La position officielle du Mouvement, telle qu'exprimée sur son site Internet, est une condamnation totale de la pédophilie. Le Mouvement a même fondé une organisation dénommée Nopedo, qui dénonce les cas de pédophilie aux autorités².

Une appréciation objective de cette question sensible demande de distinguer deux cas de figure :

a) les condamnations pénales définitives prononcées contre des membres du Mouvement raëlien pour agression sexuelle sur enfant commise *en dehors du cadre des activités de l'organisation*, qui peuvent difficilement passer pour un motif pertinent et suffisant d'interdire la campagne d'affichage en cause, eu égard au caractère ténu et lointain du lien entre de telles condamnations, tenant au comportement des personnes dans la sphère de la vie privée, et le contenu du site du Mouvement raëlien ;

b) les condamnations pénales définitives prononcées contre des membres du Mouvement raëlien pour agression sexuelle sur enfant commise *dans le cadre des activités de l'organisation* et qui peuvent éventuellement justifier d'interdire le Mouvement en tant que tel et donc *a fortiori* la campagne d'affichage en question.

Le Gouvernement a été invité à informer la Grande Chambre de toutes les condamnations prononcées contre des membres du Mouvement raëlien pour agressions sexuelles sur enfant commises dans le cadre et hors du cadre des activités de l'organisation. En réalité, les seules condamnations pénales définitives actuellement avérées sont les suivantes :

1. Un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 5 avril 2005 prononçant une condamnation à une peine de six ans d'emprisonnement pour « agression sexuelle sur mineur de 15 ans par ascendant ou personne ayant autorité » à raison de contacts sexuels entre un membre du Mouvement et ses enfants de 1995 à 1997. Ces faits se sont produits dans le cadre de la vie privée de

1. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2005, pp. 9-11.

2. Dans son arrêt du 16 septembre 2003, le Tribunal fédéral a jugé que l'action de dénonciation de Nopedo n'était pas contraire à la loi.

ce membre et ne doivent pas être imputés au Mouvement lui-même ou à son site Internet.

2. Un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 24 janvier 2002 condamnant quatre membres du Mouvement à des peines d'emprisonnement allant jusqu'à dix-huit mois (avec et sans sursis) pour corruption de mineures à raison de relations sexuelles consenties avec des mineures âgées de 15 ans ou plus dans le cadre de réunions organisées par le Mouvement en 1996 et 1997.

Ces deux arrêts ont été rendus après 2001, ce qui signifie qu'à l'époque où la campagne d'affichage a été interdite, la police et le conseil communal de Neuchâtel n'avaient aucune condamnation pénale définitive sur laquelle fonder leur décision contre la requérante. Même après la publication des condamnations précitées, le tribunal administratif a conclu que « il est exact que l'on ne saurait retenir que le Mouvement prône la pédophilie¹ ». Entretemps, quatorze années se sont écoulées depuis les faits décrits dans les arrêts précités et aucune autre condamnation n'a été prononcée. Les publications mentionnées par les juridictions internes sont parues il y a plus de trente ans et aucune procédure n'a jamais été intentée pour les retirer du marché. Dans ces conditions, il faut se demander si les motifs invoqués par les autorités pour justifier l'interdiction de la campagne d'affichage sont suffisants.

Aucun acte criminel n'a jamais été prouvé en Suisse et ceux recensés en France ne suffisent pas pour établir l'existence d'une pratique d'abus sexuels sur mineurs au sein de l'association requérante. Une condamnation pénale pour pratiques sexuelles illicites consenties dans le cadre des activités de l'organisation en plus de trente ans ne constitue certainement pas la preuve d'un comportement dangereux répandu au sein du Mouvement, surtout si l'on considère que les publications prétendument « dangereuses » en question étaient à la disposition du public au cours de la même période. En outre, rien dans les motifs invoqués par les tribunaux internes et dans les observations soumises par le Gouvernement à la Cour n'indique qu'il existait un danger manifeste et imminent justifiant de procéder à l'ingérence en cause à ce moment précis. Or la Cour a établi que *des mesures d'ingérence dans la liberté d'expression visant le maintien de l'ordre public, la prévention du crime et la protection des droits d'autrui ne doivent être prises qu'en cas de danger manifeste et imminent*. Ce principe a été ignoré par les autorités internes². Dans ces

1. Arrêt du tribunal administratif du 22 avril 2005, p. 12.

2. Ce principe a été énoncé dans l'arrêt *Gül et autres c. Turquie*, n° 4870/02, § 42, 8 juin 2010, et réaffirmé dans l'arrêt *Kılıç et Eren c. Turquie*, n° 43807/07, § 29, 29 novembre 2011. C'est la Cour suprême des Etats-Unis qui a la première utilisé un critère similaire lorsqu'elle a confirmé la condamnation de socialistes opposés à la guerre au titre de la loi de 1917 sur l'espionnage (*Schenk v. United States*,

conditions, l'on ne saurait conclure qu'il était proportionné d'interdire la campagne d'affichage litigieuse à Neuchâtel.

Le critère de nécessité

Le Gouvernement fait valoir que l'interdiction d'affichage était une mesure d'une portée limitée étant donné que la requérante demeurait libre « d'exprimer ses convictions par les nombreux autres moyens de communication à sa disposition » et « qu'il n'a jamais été question d'interdire le site du Mouvement raëlien ou le Mouvement en tant que tel »¹. Ce raisonnement contient deux contradictions logiques.

Premièrement, il y a une contradiction entre l'interdiction de l'affiche, qui mentionne le site Internet, et la tolérance officielle à l'égard du site proprement dit. Si celui-ci est toléré par les autorités suisses, c'est parce que les idées qu'il véhicule ne sont pas contraires à la loi suisse. Le site Internet étant légal, une affiche qui se borne à y faire référence est obligatoirement légale elle aussi. C'est une simple question de logique².

Deuxièmement, il existe une contradiction entre l'interdiction de l'affiche et la tolérance officielle envers l'association requérante elle-même. Parmi les buts statutaires de la requérante figure la transmission du message censément communiqué par les extraterrestres³. Si les buts statutaires de la

249 U.S. 47 (1919)). Auteur de l'avis de la Cour, le juge Oliver Wendell Holmes a raisonné ainsi : « la question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent ce danger manifeste et actuel de nature à engendrer les maux que le Congrès est en droit de prévenir ». Dans son opinion dissidente prononcée dans l'affaire *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), le juge Holmes a précisé ce principe en déclarant que l'Etat peut punir un discours « qui produit ou vise à produire un danger manifeste et imminent qui apportera certains maux que les Etats-Unis peuvent, en s'appuyant sur la Constitution, tenter de prévenir ». Dans l'affaire *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), la Cour suprême a remplacé le critère de danger manifeste et actuel par celui d'incitation directe, ce qui correspond au critère d'immédiateté de Holmes. Ce même principe a été établi par le Comité des droits de l'homme des Nations unies dans l'affaire *Coleman c. Australie*, Communication n° 1157/2003, UN Doc CCPR/C/87/D/1157/2003 (10 août 2006), qui portait sur une sanction pénale pour participation à un discours public, dans un centre commercial piétonnier et sans autorisation, sur des questions telles que les déclarations des droits, les droits fonciers et la liberté d'expression, en l'absence de comportement menaçant ou indûment gênant ou susceptible de troubler d'une autre manière l'ordre public dans le centre commercial. Le critère de « crainte concrète d'incident grave » adopté par la Cour constitutionnelle fédérale allemande présuppose l'exigence d'immédiateté, même s'il ne s'y réfère pas directement, vu le caractère concret que la crainte doit revêtir.

1. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2005, p. 11.

2. En termes logiques, un argument *majoré ad minus* désigne une déduction faite à partir d'une affirmation concernant une entité plus forte, une quantité plus grande ou une catégorie générale pour en tirer une affirmation au sujet d'une entité plus faible, d'une quantité plus petite ou d'un élément de cette catégorie. Ce raisonnement déductif revêt un caractère impératif, comme lorsque l'on dit « si une porte est assez grande pour laisser le passage à une personne mesurant deux mètres, alors une personne plus petite peut aussi passer ». De même, si le site Internet de la requérante est conforme au droit suisse, alors une affiche se bornant à y faire référence l'est aussi.

3. Voir l'article 2 des statuts révisés de la religion raëlienne en Suisse.

requérante sont conformes au droit suisse, comme les autorités nationales et le gouvernement défendeur l'admettent, une affiche portant une simple référence à l'association et à son site est elle aussi légale. Aucune décision de dissolution de l'association n'ayant été prise au titre de l'article 78 du code civil suisse, il était illégitime d'interdire la diffusion de l'adresse du site Internet de l'association requérante.

Le Gouvernement soutient que le danger particulier que représente l'affiche réside dans le fait qu'elle donne à un plus grand public la possibilité de consulter le site. Or cette argumentation contradictoire ne tient pas. En effet, on ne peut pas dire en même temps que le site constitue une bonne alternative pour diffuser les idées du Mouvement et que ce site doit être caché au grand public à cause des idées qu'il véhicule. En outre, il est évident qu'Internet a un public bien plus large que n'importe quelle affiche. Même à supposer que le message figurant sur le site soit le mal à éviter, rien ne justifie d'interdire un mal moins grand (une affiche mentionnant le site) et d'autoriser un mal plus grand (le site lui-même).

Enfin, l'interdiction de l'affichage à Neuchâtel était d'autant moins « nécessaire » qu'une grande quantité d'affiches similaires avaient été dûment autorisées dans d'autres villes suisses sans qu'aucune gêne ou aucun trouble à l'ordre public aient été rapportés. Dès lors, l'interdiction de l'affiche n'était pas la mesure la moins préjudiciable possible choisie par les autorités nationales. Il s'agissait en fait d'un moyen inefficace et inutile de restreindre dans une ville suisse donnée un discours légal qui disposait d'une audience nationale et même internationale. En raison de la présence incontestée du Mouvement et de son message dans tout le pays et dans le monde entier, l'interdiction de la campagne d'affichage était une mesure vaine; or une mesure vaine ne saurait être nécessaire.

La jurisprudence *Murphy* ne saurait non plus servir à justifier la conduite des autorités nationales, contrairement à ce que le Tribunal fédéral a conclu. En fait, dans l'arrêt *Murphy*, la Cour a admis l'interdiction générale de la publicité religieuse à la télévision au motif que les médias audiovisuels ont « un effet plus immédiat, envahissant et puissant » à l'égard du destinataire passif de l'information¹. Or en l'occurrence le gouvernement défendeur n'a pas montré que la ville de Neuchâtel avait pour politique d'interdire toute publicité religieuse par voie d'affichage; même si tel était le cas, cela ne s'appliquerait pas à une association véhiculant un message aussi large que celui du Mouvement raëlien. En outre, même si le message de la requérante se limitait à ses aspects religieux et que son site Internet devait passer pour une simple publicité religieuse, l'arrêt *Murphy* ne serait toujours pas

1. *Murphy*, précité, § 74.

transposable à l'espèce étant donné qu'un site Internet ne peut être comparé à un média audiovisuel. Il est évident qu'un tel site n'a pas un effet aussi « immédiat, envahissant et puissant » sur le grand public que la télévision¹.

Quoi qu'il en soit, l'existence d'autres moyens de communication à la disposition de la requérante ne justifie nullement à elle seule l'ingérence dans sa liberté d'expression². *La portée limitée de l'ingérence ne dispense pas l'Etat de l'obligation de fournir un motif suffisant pour la justifier, ce qui n'a en l'occurrence pas été fait.* Le simple fait que les autorités publiques ont choisi une ingérence dans un moyen de communication limité ne les dispense pas de l'obligation de fournir un argument convaincant pour prouver l'existence d'un besoin social impérieux de procéder à cette ingérence. En outre, étant donné que l'interdiction d'affichage se fondait sur le contenu du site Internet, la requérante peut légitimement craindre que des questions se posent ultérieurement quant à la légalité du site lui-même et que cette possibilité ne soit supprimée dans un proche avenir. Cela place la requérante dans une situation d'incertitude difficilement compatible avec l'esprit de l'article 10 de la Convention. Il suffirait en effet qu'une ville ou un Etat décide qu'il ne souhaite pas voir son nom associé avec certaines idées non majoritaires mais légales pour justifier un refus systématique et s'opposer à l'expression de telles idées en public, et ce de façon permanente. C'est d'ailleurs exactement ce qui s'est produit en l'espèce, comme la suite des événements le prouve.

L'argument du Gouvernement est définitivement entaché par le fait que les autorités de Neuchâtel ont refusé non pas une fois ni même deux mais trois fois d'autoriser la requérante à utiliser l'espace public. En juin 2004, une autre campagne d'affichage proposée par la requérante a été interdite à Neuchâtel. Avant ces interdictions prononcées en 2001 et 2004, une demande en vue d'apposer une affiche dans un espace public de Neuchâtel avait déjà été rejetée en 1999. Ces faits sont révélateurs d'une pratique inadmissible de discrimination fondée sur le contenu de la part des autorités publiques à l'égard d'une minorité. L'interdiction systématique de toute expression par le biais de panneaux d'affichage et d'affiches dans l'espace public jette un doute sérieux sur l'objectivité et l'impartialité du comportement de l'Etat. Et en l'absence de jugement objectif et impartial, il n'y a pas proportionnalité mais arbitraire. Le contrôle du contenu se termine en discrimination envers l'auteur du message. Pareil comportement de la part de l'Etat produit inévitablement un effet dissuasif non seulement

1. Dans la même veine, voir *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), où il est dit que « les communications par Internet n'« envahissent » pas la maison d'un individu ni n'apparaissent sur l'écran d'ordinateur d'une personne sans qu'elle les ait sollicitées ».

2. *Women On Waves et autres*, précité, § 39.

à l'égard de la requérante, mais aussi à l'égard de toute personne qui souhaite communiquer des idées que la majorité ne partage pas¹.

Les individus n'ont pas un droit inconditionnel ou illimité à un usage accru de l'espace public, notamment s'agissant des équipements prévus par l'Etat pour des campagnes de publicité ou d'information. Cela dit, l'Etat a le devoir de respecter la liberté d'expression lorsqu'il est appelé à contrôler les conditions d'utilisation d'une concession telle que celle en cause en l'espèce. Pareilles limitations ou restrictions doivent en particulier respecter le principe d'égalité de tous les citoyens. En d'autres termes, les autorités publiques doivent avant tout s'abstenir de réserver un traitement différent à des groupes ou organisations dont elles n'approuvent pas les actions ou les opinions.

Conclusion

Le but même de l'article 10 de la Convention est d'empêcher l'Etat de jouer le rôle de gardien de la vérité et de prescrire l'orthodoxie en matière d'opinion. L'Etat doit respecter strictement le principe de neutralité à l'égard du contenu lorsqu'il décide de l'utilisation de l'espace public et s'abstenir d'interdire une campagne au motif qu'une autorisation pourrait être comprise comme une approbation ou une tolérance des opinions en question. Ce type d'interdiction n'est pas compatible avec le pluralisme inhérent aux sociétés démocratiques, où les idées sont librement échangées dans l'espace public et où la vérité et l'erreur apparaissent grâce à la libre confrontation des idées. Comme John Stuart Mill l'a dit: « Réduire une expression au silence a ceci de mal qu'elle vole l'humanité, aussi bien les générations à venir que la génération présente, et les détracteurs de cette opinion davantage encore que ses défenseurs. Si cette opinion est juste, ils sont privés de la possibilité de remplacer l'erreur par la vérité. Si elle est fausse, ils perdent alors, et cela constitue un bénéfice presque aussi grand, une perception plus claire et une description plus vivante de la vérité produites par sa confrontation avec l'erreur². »

En l'espèce, eu égard à l'obligation négative de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence dans la liberté d'expression de la requérante, au caractère mixte du discours de la requérante, à la légalité de ce discours, du site Internet et des buts statutaires de la requérante à l'époque des faits, à l'absence de tout danger manifeste et imminent résultant de ce discours et à la nature contradictoire et arbitraire de l'interdiction de la campagne, et après

1. *Women On Waves et autres*, précité, § 43, et *Bączkowski et autres c. Pologne*, n° 1543/06, § 67, 3 mai 2007.

2. John Stuart Mill, *De la liberté*, 1859.

examen des décisions rendues par les autorités compétentes à la lumière de l'étroite marge d'appréciation dont elles disposent en l'espèce, je ne peux faire autrement que conclure que les raisons qui ont fondé l'interdiction litigieuse n'étaient pas suffisantes et que l'ingérence ne répondait pas à un besoin social impérieux.

MOUVEMENT RAËLIEN SUISSE v. SWITZERLAND
(Application no. 16354/06)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 13 JULY 2012¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case pursuant to Article 43 of the Convention. Extracts.

SUMMARY¹**Ban of poster in public space on grounds of association's immoral activity and reference to proselytising website****Article 10**

Freedom of expression – Ban of poster in public space on grounds of association's immoral activity and reference to proselytising website – Interference – Prevention of criminal offences – Protection of health – Protection of morals – Protection of the rights of others – Broad margin of appreciation – Effectiveness of judicial supervision – Limited scope of impugned measure – Possibility of disseminating ideas by other means – Proportionality – Relevant and sufficient reasons – Pressing social need

*

* *

The applicant association is a non-profit association, which is the national branch of the Raelian Movement (the “Movement”), whose aim is to make first contact and establish good relations with extraterrestrials. In 2001 it sought authorisation from the local police administration to put up posters showing, among other things, the faces of extraterrestrials and a flying saucer, together with the Movement's website address and telephone number. The request was denied and appeals by the association were dismissed.

Held

Article 10: The applicant association had sustained an interference prescribed by law in the exercise of its right to freedom of expression, on account of a ban on a poster campaign that it wished to conduct. The aim of the measure had been the prevention of crime, the protection of health and morals, and the protection of the rights of others.

The present case raised the question whether the domestic authorities should have permitted the applicant association to disseminate its ideas through posters by making public space available to it. The poster campaign in question sought mainly to draw the attention of the public to the ideas and activities of a group with a supposedly religious connotation that was conveying a message claimed to be transmitted by extraterrestrials, referring for this purpose to a website address. The website referred only incidentally to social or political ideas, because its main aim was to draw people to the cause of the applicant association. Even if

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

the applicant association's speech fell outside the commercial-advertising context, it was nevertheless closer to commercial speech than to political speech as it had a certain proselytising function. The State's margin of appreciation was therefore broader. For that reason the management of public billboards in the context of poster campaigns that were not strictly political might vary from one State to another, or even from one region to another within the same State. Therefore only serious reasons could lead the Court to substitute its own assessment for that of the national authorities. The impugned poster clearly had the aim of attracting people's attention to the website: the address of that site was given in bold type above the slogan "The Message from Extraterrestrials". It was thus necessary for the Court to examine not only the poster itself but also the content of the website in question.

No question arose in the present case as to the effectiveness of the judicial scrutiny exercised by the domestic courts. As regards the reasons given, the domestic authorities had carefully justified their refusals to authorise the posters on account of the association's promotion of human cloning and "geniocracy" and the possibility that the Movement's literature and ideas might lead to sexual abuse of children by some of its members. Even though some of these reasons, taken separately, might not be capable of justifying the impugned refusal, the national authorities were reasonably entitled to consider, having regard to all the circumstances of the case, that it was indispensable to ban the campaign in question. The Grand Chamber did not see any reason to depart from the Chamber's findings in this connection. The concerns expressed by the national authorities had thus been based on relevant and sufficient reasons.

The Chamber had taken the view that the impugned measure was limited in scope, as the applicant association remained free to express its beliefs through numerous other means of communication. The applicant had argued that this position was contradictory, but in the Court's view there was only an apparent contradiction. Like the Government, it found that a distinction had to be drawn between the association's aim and the means that it used to achieve that aim. Accordingly, in the present case it might perhaps have been disproportionate to ban the association itself or its website on the basis of the factors examined. To limit the scope of the impugned restriction to the display of posters in public places was thus a way of ensuring the minimum impairment of the applicant association's rights. In view of the fact that it was able to continue to disseminate its ideas through its website, and through other means at its disposal such as the distribution of leaflets in the street or in letter-boxes, the impugned measure could not be said to be disproportionate. The national authorities had thus not overstepped the broad margin of appreciation afforded to them in the present case, and the reasons given to justify their decisions had been "relevant and sufficient" and had met a "pressing social need". The Court did not therefore see any serious reason to substitute its own assessment for that of the Federal Court, which had examined the question at issue with care and in line with the principles laid down by the Court's case-law.

Conclusion: no violation (nine votes to eight).

Case-law cited by the Court

- Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium* (merits), 23 July 1968, Series A no. 6
- Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24
- Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26
- Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A no. 31
- Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, Series A no. 133
- markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, 20 November 1989, Series A no. 165
- Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, Series A no. 285-A
- Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, Series A no. 290
- Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, ECHR 1999-IV
- Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, ECHR 2001-I
- Appleby and Others v. the United Kingdom*, no. 44306/98, ECHR 2003-VI
- Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, ECHR 2003-IX
- Vo v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII
- Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*, no. 53678/00, ECHR 2004-X
- Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, ECHR 2005-II
- Tüzel v. Turkey*, no. 57225/00, 21 February 2006
- Tüzel v. Turkey* (no. 2), no. 71459/01, 31 October 2006
- Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, ECHR 2007-V
- Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, 3 February 2009
- Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (no. 2) [GC], no. 32772/02, ECHR 2009
- Flinkkilä and Others v. Finland*, no. 25576/04, 6 April 2010
- Association Rhino and Others v. Switzerland*, no. 48848/07, 11 October 2011
- Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, 7 February 2012

In the case of Mouvement raëlien suisse v. Switzerland,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Nicolas Bratza, *President*,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Corneliu Bîrsan,
Egbert Myjer,
Mark Villiger,
Päivi Hirvelä,
András Sajó,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Ann Power-Forde,
Mihai Poalelungi,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos,
Ganna Yudkivska,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 16 November 2011 and 9 May 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 16354/06) against the Swiss Confederation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an association constituted under Swiss law, Mouvement raëlien suisse (“the applicant association”), on 10 April 2006.

2. The applicant association was represented by Mr E. Elkaim, a lawyer practising in Lausanne (Switzerland). The Swiss Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Schürmann, of the Federal Office of Justice.

3. The applicant association alleged that the banning of its posters by the Swiss authorities had breached its right to freedom of religion and its right to freedom of expression, as guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention respectively.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 15 May 2008 the Court decided to give notice of the application to the Government and, under former Article 29 § 3 of the Convention, to examine the admissibility and merits at the same time.

5. On 13 January 2011 a Chamber of that Section composed of Christos Rozakis, Nina Vajić, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni and George Nicolaou, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, delivered a judgment in which it found, by five votes to two, that there had been no violation of Article 10 of the Convention and that there was no need to examine separately the complaint under Article 9. The dissenting opinion of Judges Rozakis and Vajić was appended to the judgment.

6. On 12 April 2011 the applicant association requested the referral of the case to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention and Rule 75. On 20 June 2011 a panel of the Grand Chamber accepted that request.

7. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. Mihai Poalelungi's term of office expired on 30 April 2012, but he continued to sit in the case (Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4).

8. The applicant association and the Government each filed further observations (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were received from the non-governmental organisation Article 19, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 November 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

- | | | |
|----|---|------------------|
| Mr | F. Schürmann, Head of European law and international human rights section, Federal Office of Justice, Federal Police and Justice Department, | <i>Agent,</i> |
| Mr | A. Tendon, Lawyer, Deputy Head of the Legal Department of the Canton of Neuchâtel, | |
| Ms | D. Steiger Leuba, Technical Adviser, European law and international human rights section, Federal Office of Justice, Federal Police and Justice Department, | <i>Advisers;</i> |

(b) *for the applicant association*

Mr E. Elkaim, lawyer,

Mr N. Blanc, associate lawyer,

Mr M.P. Chabloz, Head and Spokesman of Mouvement
raëlien suisse,*Counsel,**Adviser.*

The Court heard addresses by Mr Elkaim and Mr Schürmann, and also their replies to certain questions from judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The applicant association and the Raelian Movement

10. The applicant association, which was set up in 1977, is a non-profit association registered in Rennaz (Canton of Vaud). It is the national branch of the Raelian Movement, an organisation based in Geneva and founded in 1976 by Claude Vorilhon, known as “Rael”. According to its constitution, its aim is to make first contact and establish good relations with extraterrestrials.

11. According to the information available on the applicant association’s website at the time of the adoption of the present judgment, the Raelian Movement’s doctrine is based on Rael’s alleged contact with the “Elohim”, extraterrestrials with “advanced technology”, who are said to have created life on earth and a number of world religions, including Christianity, Judaism and Islam. The Raelian Movement’s followers believe that scientific and technical progress is of fundamental importance and that cloning and the “transfer of conscience” will enable man to become immortal. In that connection the Raelian Movement has expressed opinions in favour of human cloning.

12. Some texts of the Raelian Movement or works written by Rael himself advocate a system of government called “geniocracy”, a doctrine whereby power should be entrusted only to those individuals who have the highest level of intellect.

13. In his book *Sensual Meditation* Rael defines this concept as an “instruction manual” given to humans by extraterrestrials, enabling each person “to discover his/her body and to learn how to use it to enjoy sounds, colours, smells, tastes, caresses, and particularly a sexuality felt with all one’s senses, so as to experience the cosmic orgasm, infinite and absolute, which

illuminates the mind by linking he/she who reaches it with the universes he/she is composed of and composes”.

B. The relevant proceedings

14. On 7 March 2001 the applicant association requested authorisation from the police administration for the City of Neuchâtel (the “police administration”) to conduct a poster campaign in the period from 2 to 13 April 2001. The poster in question, measuring 97 x 69 cm, featured in the upper part the following wording in large yellow characters on a dark blue background: “The Message from Extraterrestrials”; in the lower part of the poster, in characters of the same size but in bolder type, the address of the Raelian Movement’s website, together with a telephone number in France; and at the very bottom the phrase “Science at last replaces religion”. The middle of the poster was taken up by pictures of extraterrestrials’ faces and a pyramid, together with a flying saucer and the Earth.

15. On 29 March 2001 the police administration denied authorisation, referring to two previous refusals. It had been indicated in a French parliamentary report on sects, dating from 1995, and in a judgment of the President of the Civil Court for the district of La Sarine (Canton of Fribourg), that the Raelian Movement engaged in activities that were contrary to public order (*ordre public*) and immoral.

16. In a decision of 19 December 2001, the municipal council of the City of Neuchâtel dismissed an appeal from the applicant association, finding that it could not rely on the protection of religious freedom because it was to be regarded as a dangerous sect. The interference with freedom of expression had been based on Article 19 of the Administrative Regulations for the City of Neuchâtel (the “Regulations”); its purpose was to protect the public interest and it was proportionate, since the organisation advocated, among other things, human cloning, “geniocracy” and “sensual meditation”.

17. On 27 October 2003 the Neuchâtel Land Management Directorate upheld that decision. It noted that, for the Raelian Movement, life on earth had been created by extraterrestrials, who were also the founders of the various religions and were capable of saving the world, and accepted that this amounted to a religious conviction protected by freedom of conscience and belief. It further accepted that the Regulations constituted a sufficient legal basis in such matters. The Directorate observed that there was nothing offensive in the text and picture on the poster, or in the allusion to extraterrestrials. However, it pointed to the fact that the Raelian Movement advocated “geniocracy” (a political model based on intelligence) and human cloning. Moreover, in a judgment of 13 February 1998, the Fribourg Cantonal Court had found that the Movement also “theoretically”

advocated paedophilia and incest, especially in the works of Rael himself. The practice of “sensual meditation” could also easily lead to abuse. In addition, the website of Clonaid, to which the Raelian Movement’s site contained a link, offered specific services in the area of cloning, and the notion of eugenics was contrary to the principle of non-discrimination. The poster campaign was prejudicial to morals and to the rights of others. In any event, the Raelian Movement had other means by which to disseminate its ideas.

18. The applicant association appealed to the Administrative Court for the Canton of Neuchâtel. It claimed, among other things, that the mere defence of “geniocracy”, cloning and sensual meditation were not offensive opinions. Moreover, it argued that the Movement denounced paedophilia through its association Nopedo. The refusal to authorise its poster thus amounted purely and simply to censorship, especially as the applicant association’s website was, in any event, accessible through a search engine.

19. In a judgment of 22 April 2005, the Administrative Court dismissed the appeal, acknowledging, however, that the applicant association defended a global vision of the world and was entitled to both freedom of opinion and religious freedom. It found first that the impugned measure was based on the Administrative Regulations, which constituted a law in the substantive sense, and that the poster had to be assessed in relation to the message conveyed by the books and websites that could be accessed from the Movement’s website. The services proposed by Clonaid were manifestly contrary to Swiss public order. The court further observed that criminal complaints had been filed against the Raelian Movement alleging the existence of sexual practices that were intended to systematically corrupt young teenagers. The content of the works on “geniocracy” and “sensual meditation” could lead certain adults to sexually abuse children, the child being described in certain works as a “privileged sexual object”. The comments on “geniocracy” and the criticisms of contemporary democracies were likely to undermine public order, safety and morality. For those reasons the Administrative Court concluded that it was not justifiable to authorise the dissemination of such ideas on the public highway.

20. The applicant association lodged a public-law appeal against that judgment with the Federal Court, requesting that it be set aside and that the case be referred back to the respondent authority for a new decision.

21. In a judgment of 20 September 2005, served on the applicant association on 10 October 2005, the Federal Court dismissed the appeal. The relevant passages read as follows.

“The Directorate, and subsequently the Administrative Court, acknowledged that the [applicant] association could rely on the right to freedom of religion (Article 15

of the Constitution, Article 9 of the European Convention on Human Rights and Article 18 of UN Covenant II), in so far as it defended a global vision of the world, especially as regards its creation and the origin of the various religions. The City of Neuchâtel disputes this, noting that the aim of the [applicant] association, as defined in Article 2 of its Constitution, is not religious in nature. According to a report on 'sects' produced in 1995 for the French National Assembly, the Raelian Movement is classified among the movements that present dangers for the individual, especially on account of the excessive financial demands made of its members and practices that cause bodily harm, and also dangers for the community, in particular through an antisocial discourse. Many of the Movement's publications contain passages described as offensive.

There is no need to ascertain whether a religious movement may, on account of the dangers it represents, be precluded from relying on the right to freedom of religion, or whether the [applicant] association presents such dangers. Indeed, the parties agree that the [applicant] is entitled to rely on the right to freedom of opinion. As to the conditions in which such freedom may be restricted, as laid down in Article 36 of the Constitution, it makes little difference whether Article 15 or Article 16 of the Constitution is relied on (see also Article 9 § 2 and Article 10 § 2 of the European Convention on Human Rights). The [applicant] does not argue that the impugned measure impairs the very essence of its religious freedom, or that the restrictions on that freedom are, in the circumstances of the case, subject to stricter conditions. On the contrary, the [applicant] relies on the principles of proportionality and public interest, without distinction as to the constitutional right invoked.

...

5.2. According to case-law, citizens do not have an unconditional right to an extended use of public space, in particular when a means of advertising on the public highway involves activity of a certain scale and duration, and excludes any similar use by third parties (Federal Court judgment 128 I 295 point 3c/aa p. 300 and the judgments cited therein). When it wishes to grant authorisation for extended or private use of public space, or when it supervises the conditions under which a licence is used, the State must nevertheless take into account, in balancing the interests at stake, the substantive content of the right to freedom of expression (Federal Court judgment 100 Ia 392 point 5 p. 402).

5.3. In the present case, the grounds given by the Cantonal Court to confirm the refusal by the City of Neuchâtel relate to respect for morality and the Swiss legal order. The Administrative Court took the view that it was necessary to take into account not only the content of the poster but also the ideas conveyed by the Raelian Movement, together with the works and websites that could be accessed from the Movement's website. Three different criticisms are thus directed against the [applicant] association. Firstly, the [applicant] association's website contains a link to that of Clonaid, via which this company offers specific cloning-related services to the general public and announced, in early 2003, the birth of cloned babies. Cloning is prohibited under Swiss law, pursuant to Article 119 of the Constitution and to the Medically Assisted Reproduction Act (RS 814.90). Secondly, the Administrative Court referred to a

judgment of the District Court of La Sarine, which mentioned possible sexual abuse of children. Numerous members of the Movement had, moreover, been investigated by the police because of their sexual practices. Thirdly, the promotion of ‘geniocracy’, a doctrine according to which power should be given to the most intelligent individuals, and the criticism consequently directed at contemporary democracies, was likely to undermine the maintaining of public order, safety and morality.

5.4. The [applicant] no longer contests, at this stage, the existence of a sufficient legal basis, namely, in this case, Article 19 of the Regulations. A municipal by-law offers the same guarantees, in terms of democratic legitimacy, as a Cantonal law, and thus constitutes a sufficient legal basis (judgment 1P.293/2004 of 31 May 2005, point 4.3, Federal Court judgment 131 I xxx; Federal Court judgment 122 I 305, point 5a, p. 312; 120 Ia 265, point 2a, pp. 266-67 and the references cited therein). The [applicant] invokes, however, the principle of public interest and criticises the respondent authorities for going beyond the content of the poster and engaging in an assessment of the [applicant] association’s activities. It argues that if it had generally engaged in conduct that was immoral or in breach of public order, it would have been dissolved by the courts pursuant to Article 78 of the Civil Code. If no decision had been taken to that effect, it would not be possible to prohibit it from publicising its philosophy and world vision.

5.5. The poster in itself does not contain anything, either in its text or in its illustrations, that was unlawful or likely to offend the general public. Above the central drawing representing extraterrestrials appears the text ‘The Message from Extraterrestrials’, without any explanation. Below that, the [applicant] association’s website address and a telephone number are printed in bolder type. The phrase ‘Science at last replaces religion’ is admittedly capable of offending the religious beliefs of certain persons, but it is merely the expression of the Movement’s doctrine and cannot be described as particularly provocative.

The poster as a whole can thus clearly be seen as an invitation to visit the website of the [applicant] association or to contact it by telephone. Faced with such advertising, the authority must examine not only the acceptability of the advertisement’s message as such, but also that of its content. It is therefore legitimate to ascertain whether the website in question might contain information, data or links capable of offending people or of infringing the law.

Moreover, contrary to the [applicant]’s allegation, an association may be criticised for opinions or activities which, without constituting grounds for dissolution within the meaning of Article 78 of the Civil Code, nevertheless justify a restriction on advertising.

5.5.1. As regards cloning, it was not the opinions expressed by the [applicant] association in favour of such practices (particularly in the book *Yes to Human Cloning*, published in 2001 and available via the [applicant]’s website) that were penalised, but the link with the company Clonaid, set up by the association itself, which offers various practical services in this area for payment. The issue is thus not simply, contrary to what the [applicant] has argued, the expression of a favourable opinion of cloning, protected by Article 16 of the Constitution, but the practice of that

activity, in breach of its prohibition under Article 119 § 2 (a) of the Constitution. That provision, accepted in 1992 by the majority of the population and of the Swiss Cantons (in the form of Article 24 *novies* (a) of the Constitution), falls in particular within a policy of protection of human dignity, according to the conception thereof that is generally shared in this country (FF 1996 III 278; see also the response of the Federal Council to a question from R. Gonseth of 9 June 1997). The [applicant] does not contest the unlawfulness of human cloning, especially if it is carried out for commercial gain (section 36 Medically Assisted Reproduction Act; Article 119 § 2 (e) of the Constitution). Nor can it seriously contest the fact that the link to the Clonaid website contributes to the promotion of an unlawful activity, and goes further than the mere expression of an opinion. On that first point, which already justifies the decision under appeal, the [applicant] has not put forward any real relevant argument within the meaning of section 90 § 1 (b) of the Judicial Organisation Act.

5.5.2. On 15 October 2003 the Intercantonal Beliefs Information Centre provided information on the Raelian Movement. This information shows, among other things, that the Movement apparently has a political mission. Virulently attacking democracies, which are referred to as ‘mediocracies’, it defends the notion of ‘geniocracy’, a political model based on individuals’ level of intelligence. A world government would consist of geniuses, elected by individuals whose intelligence is 10% higher than average. Admittedly, ‘geniocracy’ is presented as a utopia and not as a genuine political project; contrary to the finding of the Administrative Court, this doctrine does not appear likely to undermine public order or safety.

However, apart from the fact that the doctrine appears to be largely inspired by eugenics, it is manifestly capable of offending the democratic and anti-discriminatory convictions that underpin the rule of law (see, in particular, the wording of the Preamble to the Federal Constitution of 18 April 1999, together with Article 8 of the Constitution concerning equality and the prohibition of discrimination).

5.5.3. Lastly, according to the judgment under appeal, it cannot be considered that the Raelian Movement advocates paedophilia. However, numerous members have apparently been investigated by the police on account of their sexual practices. According to a judgment delivered on 28 November 1997 by the District Court of La Sarine, concerning a right of reply requested by Mouvement raëlien suisse, the remarks made by Rael in his works could lead certain adults to commit acts of sexual abuse against children. The judgment quotes extracts from works by Rael that can be downloaded from the website of the [applicant] association, according to which the sexual education of children should not only be theoretical but should consist of a sensual education aimed at showing them how to derive pleasure from it. That judgment further indicates that, notwithstanding the denial subsequently issued on this point, certain articles published in the quarterly newsletter *Apocalypse* described the child as a ‘privileged sexual object’. Lastly, it is stated that a friend and a member of the Raelian Movement were convicted by the Vaucluse Assize Court and sentenced to five years’ imprisonment for sexually assaulting a 12-year-old girl. The judgment was confirmed on 13 February 1998 by the Fribourg Cantonal Court. An ordinary appeal and a public-law appeal by Mouvement raëlien were dismissed on 24 August

1998 by the Federal Court, having regard in particular to the equivocal writings of the Movement's founder or members (judgments 5P.172/1998 and 5C.104/1998).

The case file, moreover, contains various documents concerning criminal proceedings brought against members of the [applicant association] for sexual assault. A judgment of 24 January 2002 of the Lyons Court of Appeal clearly shows that acts of sexual abuse were committed by leaders of the Movement against minors. The Movement's leaders are thus said to have advocated 'a broad sexual freedom strongly encouraging commission of the act'; they had thus corrupted young teenagers by supposedly philosophical discourse, by increasingly specific sexual fondling and by inciting them more and more forcefully, in order to satisfy 'their sexual needs and fantasies with young girls who had just turned fifteen, and who were changing partners very quickly'.

The fact that the impugned articles date from the 1980s and that there has been no conviction in Switzerland does not negate the involvement of members of the [applicant] association in acts leading to criminal sanctions. The [applicant] does not dispute the fact that certain passages in the books available via its website could lead adults to abuse children. On that point also, the [applicant]'s arguments do not address the grounds set out in the decision under appeal. Since acts of abuse have indeed been recorded on the part of certain members of the Raelian Movement, the argument that paedophilia is strongly condemned by the Movement's official doctrine is not decisive.

5.6. Having regard to the foregoing, the refusal issued to the [applicant] appears to be justified by sufficient public-interest grounds, because it is necessary to prevent the commission of acts constituting criminal offences under Swiss law (reproductive cloning and sexual acts with children). Moreover, certain passages in the works available via the [applicant]'s website (in particular about the 'sensual awakening' of children, and 'geniocracy') are likely to be seriously offensive to readers.

5.7. The [applicant] invokes the principle of proportionality. It points out that the poster itself contains nothing that is contrary to public order, and maintains that the measure is not appropriate to the aim pursued.

5.7.1. In accordance with Article 36 § 3 of the Constitution, any restriction on a fundamental right must be proportionate to the aim pursued. It must be appropriate to the fulfilment of that aim and any damage to private interests must be kept to a minimum (Federal Court judgment 125 I 474, point 3, p. 482, and the references cited therein).

5.7.2. In the present case, the public interest does not only consist in limiting the publicity given to the [applicant] association's website, in view of the reservations expressed above about public order and morality; it is even more important to ensure that the State does not provide any support for such publicity by making public space available for it, which might suggest that it endorses or tolerates the opinions or conduct in question. From that perspective, the prohibition of the posters is appropriate to the aim pursued. Furthermore, the measure criticised by the [applicant] is confined to the display of posters in public spaces. The [applicant] association remains free to express its beliefs by many other means of communication at its disposal (see *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, § 74, ECHR 2003-IX).

5.7.3. The [applicant] takes the view that the authority should have suggested that it make changes to the poster in order to make the content acceptable. However, even though it was aware of the objections raised against its poster campaign, the [applicant] itself never proposed a version of the poster that was likely to be authorised. The Administrative Court, for its part, found that the poster should be prohibited even without the reference to the website, but this seems questionable; there is no doubt, however, that the removal of the address in question would deprive the poster campaign of its object, which, as has been shown, is essentially to advertise the website itself. It is therefore difficult to see what comprehensible meaning the poster could have had without that reference to the website and to the telephone number.

5.7.4. The impugned measure therefore respects the principle of proportionality, in all its aspects. It constitutes, for the same reasons, a restriction that is necessary ‘in a democratic society’, in particular for the protection of morals, within the meaning of Article 9 § 2 and Article 10 § 2 of the ECHR.”

C. The applicant association’s poster campaigns in other Swiss cities

22. Posters of a similar design to that in the present case – also containing the Raelian Movement’s website address and a telephone number but different text, namely “The true face of God” – were authorised in December 1999 in a number of Swiss cities such as Zürich and Lausanne. The applicant association was also able to conduct further campaigns with posters of other designs – some of which indicated the Raelian Movement’s website address – between 2004 and 2006 in various Swiss towns and cities other than Neuchâtel. However, in October 2004, the town council of Delémont refused to authorise a poster that the applicant association wished to display with the wording “God does not exist”.

II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

A. Domestic law

1. The Constitution

23. Article 119 of the Federal Constitution of 18 April 1999 concerns reproductive medicine and gene technology involving human beings. That provision reads as follows.

“Human beings shall be protected against the misuse of reproductive medicine and gene technology.

The Confederation shall legislate on the use of human reproductive and genetic material. In doing so, it shall ensure the protection of human dignity, privacy and the family and shall adhere in particular to the following principles:

(a) All forms of cloning and interference with the genetic material of human reproductive cells and embryos are unlawful.

(b) Non-human reproductive and genetic material may neither be introduced into nor combined with human reproductive material.

(c) Methods of medically assisted reproduction may be used only if infertility or the risk of transmitting a serious illness cannot otherwise be overcome, but not in order to conceive a child with specific characteristics or for research purposes; the fertilisation of human egg cells outside a woman's body is permitted only under the conditions laid down by the law; no more human egg cells may be developed into embryos outside a woman's body than are capable of being immediately implanted.

(d) The donation of embryos and all forms of surrogate motherhood are unlawful.

(e) Trade in human reproductive material and in products obtained from embryos is prohibited.

(f) The genetic material of a person may be analysed, registered or made public only with the consent of the person concerned or if the law so provides.

(g) Everyone shall have access to data relating to their ancestry.”

24. In a response of 21 May 2003 to a Swiss National Council Member, who had asked whether measures should be taken against the Raelian Movement under paragraph (a) of that Article, the Federal Council stated:

“As, in Switzerland, the Raelian Movement is merely calling for the social recognition of cloning techniques – or for the lifting of the ban on cloning – its activity falls within the domain of freedom of opinion ...”

2. Neuchâtel Administrative Regulations

25. In Neuchâtel, as in other Swiss municipalities, the management of posters in public areas is entrusted to a private company. The municipal council granted such company a concession for this purpose under the Administrative Regulations of 17 January 2000, of which the relevant provisions read as follows:

Article 18

“1. The installation of billboards and advertising panels in public areas, and in private areas visible from public areas, shall be subject to authorisation.

2. Such authorisation shall be granted only if the urban-planning and safety conditions are satisfied.”

Article 19

“1. The police may prohibit posters that are unlawful or immoral.

2. Flyposting shall be prohibited.”

Article 20

“An exclusive right in respect of posters displayed within the area of the municipality may be granted by the municipal council.”

B. International law

26. The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, also known as the “Convention on Human Rights and Biomedicine”, opened for signature on 4 April 1997 in Oviedo (“the Oviedo Convention”), came into force on 1 December 1999. It has applied to Switzerland since 1 November 2008.

27. The Additional Protocol to the Oviedo Convention, opened for signature on 12 January 1998 in Paris, came into force on 1 May 2006 and has been applicable to Switzerland since 1 March 2010. It prohibits “[a]ny intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being, whether living or dead ...”.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

28. The applicant association claimed that the measures taken by the Swiss authorities to prohibit the display of its posters had breached its right to freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention. That provision reads as follows:

“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.”

A. The Government’s preliminary objection

29. In their written and oral observations before the Grand Chamber, the Government requested the Court to declare the application inadmissible as manifestly ill-founded. In the Government’s submission, the Court could

declare manifestly ill-founded a complaint which had been examined in substance by the competent national bodies in proceedings that met all the conditions of fairness and were not arbitrary. The Government emphasised that, in such a case, the Court should not substitute its own assessment of the facts for that of the numerous national authorities which had given decisions during the proceedings in question.

30. The Court reiterates that, in the context of Article 43 § 3 of the Convention, the “case” referred to the Grand Chamber covers all the aspects of the application that have been declared admissible by the Chamber (see, among other authorities, *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII). However, even after the decision of a Chamber to declare a complaint admissible, the Grand Chamber may also examine, where appropriate, issues relating to the admissibility of the application, for example by virtue of Article 35 § 4 of the Convention, which empowers the Court to “reject any application which it considers inadmissible ... at any stage of the proceedings”, or where such issues have been joined to the merits or where they are otherwise relevant at the merits stage (see *K. and T. v. Finland*, cited above, § 141, and *Perna v. Italy* [GC], no. 48898/99, §§ 23-24, ECHR 2003-V).

31. In the present case, the Grand Chamber would point out that the Chamber took the view in its judgment that the application was not “manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention” (see paragraph 22 of the Chamber judgment). It does not see any reason to depart from that conclusion, especially as the issues raised by the Government in this connection are more relevant to the examination of the merits.

32. Accordingly, the Court dismisses the Government’s preliminary objection.

B. Compliance with Article 10 of the Convention

1. The Chamber judgment

33. In its judgment of 13 January 2011, the Chamber found, firstly, that the prohibition of the posters in question constituted an interference with the applicant association’s freedom of expression. In the Chamber’s view, such interference was prescribed by law and pursued the legitimate aims of the prevention of crime, the protection of health and morals, and the protection of the rights of others. Turning then to the necessity of the interference, the Chamber, after noting that it found itself confronted for the first time with the question whether the domestic authorities

should allow an association, by making public space available to it, to disseminate its ideas through a poster campaign, emphasised that whilst it was not in dispute that the poster in question contained nothing unlawful or shocking, either in its text or in its illustrations, it had displayed the applicant association's website address. Taking into account the general context of the poster, and in particular the ideas imparted by the website and the links to other sites from that website, the Chamber pointed out that this modern means of conveying information and the fact that it was accessible to everyone, including minors, would have increased the impact of the poster campaign. Observing that the Swiss courts had given detailed reasons for their decisions, and also taking into account the limited scope of the impugned ban, which did not extend to the association itself or to its website, the Chamber took the view that the competent authorities had not overstepped the wide margin of appreciation afforded to them as regards regulation of the extended use of public space. The Chamber thus held that there had been no violation of Article 10 of the Convention.

2. Submissions of the parties and the third-party intervener

(a) The applicant association

34. The applicant association emphasised at the outset that, in finding that Switzerland had such a wide margin of appreciation in regulating the extended use of public space, the Chamber had endorsed a discretionary policy on the part of the relevant authorities. It would thus suffice for a city or a State to say that it did not wish its name to be associated with certain non-majority but lawful ideas in order to justify a systematic refusal and oppose the expression of such ideas in public on a permanent basis. The applicant association referred, in this connection, to the position adopted by the Court in *Women On Waves and Others v. Portugal* (no. 31276/05, 3 February 2009), where the Court had criticised a ban on disseminating ideas contrary to those of the majority. Similarly, in a judgment of 22 February 2011 (no. 1 BvR 699/06), the German Federal Constitutional Court had rejected the argument that a ban on the distribution in an airport of leaflets criticising deportation policy was justified by a concern to maintain a pleasant atmosphere. That court had further held that it could not accept prohibitions intended to prevent the expression of opinions not shared by the authorities.

35. The applicant association asserted that it was a lawfully constituted association under Swiss law and that there had never been any criminal sanctions against it or any measures taken to have it banned. In its

submission, since it was not disputed that the impugned poster did not in itself contain anything that was illegal or might offend the public, the basis of the poster ban stemmed from the fact that the poster referred to the Raelian Movement's website and thus made a link with the ideas expressed on that site. The applicant association argued that it found itself in a situation where it was prevented from disseminating its ideas through posters on the ground that there were other means of communication it could use, in particular the Internet, but when it displayed the address of its website on a poster, it was prohibited from doing so on the pretext that this created a link with its ideas, which were allegedly dangerous for the public. In the applicant association's submission, the approach taken by the Swiss authorities, and endorsed by the Chamber, was tantamount to complicating excessively, or even preventing, any publicity for or dissemination of its ideas.

36. As regards those ideas, which the Swiss authorities and the Chamber had found to be capable of justifying the poster ban, the applicant association reiterated that there was nothing illegal in expressing favourable views about cloning or "geniocracy". It pointed out that, whilst it had expressed opinions in favour of cloning, it had never taken part in any therapeutic or experimental acts related to human cloning. As regards the concept of "geniocracy", it stated that the interference with its rights was all the more serious as neither the impugned poster nor the Raelian Movement's website referred to it. The applicant association explained that this concept came from a book advertised on the website that contained philosophical opinions and that everyone was free to agree or disagree with them.

37. Turning to the allegations that the Raelian Movement's ideas had given rise to sexual abuse, the applicant association claimed that no police or judicial authority had ever had to act on any case of paedophilia or sexual abuse connected in any way to the Movement or one of its members. On the contrary, it claimed that it had always, without hesitation, expelled any member against whom there had been even the slightest suspicion of conduct contrary to the law on the protection of minors.

38. The applicant association concluded that there was no pressing need to prohibit the poster just because it mentioned a website address. Pointing out that Article 10 of the Convention also protected the form in which ideas were conveyed (it cited *Thoma v. Luxembourg*, no. 38432/97, § 45, ECHR 2001-III), and sharing the dissenting opinion of Judges Rozakis and Vajić, according to whom the authorities' margin of appreciation was narrower when it came to negative obligations (*Women On Waves and Others*, cited above, § 40), the applicant association argued that there had, in the present case, been a violation of Article 10 of the Convention.

(b) The Government

39. The Government unreservedly agreed not only with the fundamental principles of freedom of expression reiterated by the Chamber but also with its application of those principles. In their submission, the Chamber had correctly balanced the interests at stake. They argued that the following points should be taken into account.

40. As regards, firstly, the provision of public space, the Government argued that individuals did not have an unconditional right to the extended use of such space, in particular for the purpose of advertising involving activity of a certain scale and duration, and excluding any similar use of that space by third parties. Pointing out that the impugned poster was not of a political nature, the Government agreed with the findings of the domestic authorities, especially the view that it was necessary to examine not only the advertisement's message as such, but also its content, thus including the website reference. In this connection the Government endorsed the Chamber's reasoning that the impact of the posters in question would have been greater as a result of the reference to the Raelian Movement's website address.

41. As regards the extent of the margin of appreciation, the Government emphasised that the ideas disseminated in the various publications obtainable through the Raelian Movement's website were capable of offending the religious beliefs of certain persons, and that the authorities had a wide margin of appreciation in that sphere (*Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, § 67, ECHR 2003-IX). In that connection, the Government criticised the dissenting opinion annexed to the Chamber judgment, considering that it placed too much weight on the distinction between positive and negative obligations in determining the extent of the margin of appreciation. In the Government's submission, the present case fell into the category of cases where the characterisation of the obligation as negative or positive depended on how the question was formulated: whether the authorities were criticised for having done something or for failing to do something. They admitted that it would be different if, unlike the situation in the present case, access to public space were not subjected to any restriction or authorisation.

42. Turning to the examination of the legitimate aims pursued by the disputed restriction, the Government agreed with the analysis of the Chamber, which had approved the arguments of the four national authorities called upon to examine the refusal issued by the police to the applicant association. As regards the applicant association's opinions about the "sensual awakening" of children, the Government referred to various proceedings brought against members of the Raelian Movement for acts of

sexual abuse (Vaucluse Assize Court, Lyons and Colmar Courts of Appeal, investigating judge in Versailles). In their view, that list of decisions strongly suggested that certain passages of publications obtainable through the Movement's website could lead adults to commit acts of sexual abuse against children.

43. As to the question of cloning, the Government pointed out the relationship between the applicant association and the company Clonaid, set up by Raël, which they alleged offered various practical and fee-paying services in the area of cloning, a practice prohibited by the Federal Constitution and criminal legislation. The presence of a link to the Clonaid website contributed to the promotion of an unlawful activity, thus going further than the mere expression of an opinion.

44. As regards "geniocracy", the Government pointed out that, without as such specifically undermining public order or safety, this concept might offend the democratic and anti-discriminatory beliefs on which the principle of the rule of law was based. They agreed with the Federal Court that, even though "geniocracy" could be seen as a utopia and not as a real political project, it appeared to be inspired largely by eugenics and was at odds with democratic principles.

45. The Government lastly observed that the scope of the prohibition was limited. Agreeing with the position of the Chamber in this connection, they took the view that the applicant association was not prevented from disseminating its doctrine by the numerous other means of communication available to it, including the Internet. The Government emphasised in this connection that there had never been any question of banning the Raelian Movement's website or the Movement itself. They took the view, however, that a distinction should be drawn between the purpose of the association, which could be quite lawful, and the means used to achieve it, which could for their part be unlawful.

46. For all these reasons, the Government requested the Grand Chamber to confirm the Chamber's judgment and find that there had been no violation of Article 10.

(c) The third party

47. The organisation Article 19 requested the Court to examine carefully the margin of appreciation that was to be afforded to States for restrictions on freedom of expression in cases involving the dissemination of information on the Internet. In its view, the importance of freedom of expression on the Internet under international law meant that the State's margin of appreciation in this area should be a narrow one. As regards, more specifically, the question of hyperlinks to other sites, the organisation

Article 19 referred to comparative-law material concerning judicial decisions in the United Kingdom, Germany and the United States, in particular, showing that a measure requiring the removal of a link without first addressing the source of the allegedly illegal content would always be a disproportionate step.

3. *The Court's assessment*

(a) **General principles**

48. The fundamental principles concerning freedom of expression are well established in the Court's case-law. The Chamber judgment, referring to the cases of *Stoll v. Switzerland* ([GC], no. 69698/01, § 101, ECHR 2007-V) and *Steel and Morris v. the United Kingdom* (no. 68416/01, § 87, ECHR 2005-II), reproduced them as follows (§ 49):

“(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which ... must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly ...

(ii) The adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a ‘pressing social need’. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a ‘restriction’ is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’ ... In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ...”

(b) Application of the above principles to the present case*(i) Whether there has been an interference*

49. It is not in dispute that the applicant association's right to freedom of expression was restricted on account of the banning of the poster campaign it wished to conduct. The parties argued before the Grand Chamber, however, about whether such a restriction could be regarded in terms of negative obligations or positive obligations.

50. The Court would reiterate in this connection that in addition to the primarily negative undertaking by the State to abstain from any interference with the rights guaranteed by the Convention, there "may be positive obligations inherent" in such rights (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31). The boundaries between the State's positive and negative obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition (see *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, § 82, ECHR 2009); in both situations – whether the obligations are positive or negative – the State enjoys a certain margin of appreciation (see, for example, *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, §§ 51-52, Series A no. 290).

51. In the present case the Court takes the view that it is not necessary to examine further whether Article 10 imposed a positive obligation on the Swiss authorities. As the impugned ban constituted, in any event, an interference, it will not be acceptable unless it fulfils the requirements of paragraph 2 of that Article.

(ii) Justification for the interference

52. Such an interference with the applicant association's right to freedom of expression must be "prescribed by law", have one or more legitimate aims in the light of paragraph 2 of Article 10, and be "necessary in a democratic society".

53. The Court would note, firstly, that it is not in dispute between the parties that the restriction at issue was based on Article 19 of the Administrative Regulations of the City of Neuchâtel (see paragraph 25 above).

54. As to the legitimate aims pursued by the restriction, the Government indicated that it had sought to prevent crime, to protect health or morals and to protect the rights of others.

55. The Grand Chamber observes, like the Chamber, that the applicant association has not denied that the measure in question was taken to fulfil

those legitimate aims. The Grand Chamber thus accepts that the restriction at issue pursued the above-mentioned legitimate aims.

56. It follows that the main question to be addressed in the present case is whether the impugned measure was necessary in a democratic society.

57. As the Chamber noted, the present case is singular in the sense that it raises the question whether the national authorities were required to permit the applicant association to disseminate its ideas through a poster campaign by making certain public space available to it for that purpose. In this connection the Court notes that, in two Turkish cases, it found a breach in respect of a poster ban imposed on a political party. However the Court's finding in those cases was based on the fact that the regulations permitting such a ban were "not subject to any strict or effective judicial supervision" (see *Tüzel v. Turkey*, no. 57225/00, § 15, 21 February 2006, and *Tüzel v. Turkey (no. 2)*, no. 71459/01, § 16, 31 October 2006).

58. The present case can also be distinguished from that in *Appleby and Others v. the United Kingdom* (no. 44306/98, ECHR 2003-VI), which concerned the use of space belonging to a private company, and from the case in *Women On Waves and Others* concerning the denial of authorisation for a ship to enter a State's territorial waters – space that was "public and open by its very nature" (cited above, § 40). In the present case there has been no general ban on imparting certain ideas, only a ban on the use of regulated and supervised facilities in public space. As the Chamber noted, like the Swiss Federal Court before it, individuals do not have an unconditional or unlimited right to the extended use of public space, especially in relation to facilities intended for advertising or information campaigns (see paragraphs 14 and 51 of the Chamber judgment).

(α) Margin of appreciation

59. The Court would draw attention to its established case-law to the effect that Contracting States enjoy, under Article 10, a certain margin of appreciation in assessing the need for and extent of an interference in the freedom of expression protected by that Article (see *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 60, ECHR 2001-I).

60. However, this margin goes hand in hand with a European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court (see *Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*, no. 53678/00, § 38, ECHR 2004-X, and *Flinkkilä and Others v. Finland*, no. 25576/04, § 70, 6 April 2010). In exercising its supervisory function, the Court's task is not to take the place of the national courts, but rather to review, in the light of the case as a whole, whether the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation are compatible

with the provisions of the Convention relied upon (see *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 86, 7 February 2012).

61. The breadth of such a margin of appreciation varies depending on a number of factors, among which the type of speech at issue is of particular importance. Whilst there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech (see *Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, § 34, ECHR 1999-IV), a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion (see *Murphy*, cited above, § 67). Similarly, States have a broad margin of appreciation in the regulation of speech in commercial matters or advertising (see *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, 20 November 1989, § 33, Series A no. 165, and *Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, § 50, Series A no. 285-A).

62. In the present case, the Court observes that it can be reasonably argued that the poster campaign in question sought mainly to draw the attention of the public to the ideas and activities of a group with a supposedly religious connotation that was conveying a message claimed to be transmitted by extraterrestrials, referring for this purpose to a website address. The applicant association's website thus refers only incidentally to social or political ideas. The Court takes the view that the type of speech in question is not political because the main aim of the website in question is to draw people to the cause of the applicant association and not to address matters of political debate in Switzerland. Even if the applicant association's speech falls outside the commercial-advertising context – there is no inducement to buy a particular product – it is nevertheless closer to commercial speech than to political speech *per se*, as it has a certain proselytising function. The State's margin of appreciation is therefore broader.

63. In such cases, the national authorities are in principle, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, in a better position than the international judge to give an opinion on the “necessity” of a “restriction” or “penalty” intended to fulfil the legitimate aims pursued thereby (see *Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, § 35, Series A no. 133).

64. For this reason the management of public billboards in the context of poster campaigns that are not strictly political may vary from one State to another, or even from one region to another within the same State, especially a State that has opted for a federal type of political organisation. In this connection, the Court would point out that certain local authorities may have plausible reasons for choosing not to impose restrictions in such matters (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 54,

Series A no. 24). The Court cannot interfere with the choices of the national and local authorities, which are closer to the realities of their country, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the Convention system (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium* (merits), 23 July 1968, p. 34, § 10, Series A no. 6).

65. The examination by the local authorities of the question whether a poster satisfies certain statutory requirements – for the defence of interests as varied as, for example, the protection of morals, road-traffic safety or the preservation of the landscape – thus falls within the margin of appreciation afforded to States, as the authorities have a certain discretion in granting authorisation in this area.

66. Having regard to the foregoing considerations concerning the breadth of the margin of appreciation in the present case, the Court finds that only serious reasons could lead it to substitute its own assessment for that of the national authorities.

(β) Reasons given by the domestic courts

67. The Court must accordingly examine the reasons given by the authorities for banning the poster campaign in issue, together with the scope of that ban, in order to ascertain whether those reasons were “relevant” and “sufficient” and thus whether, having regard to the margin of appreciation afforded to the national authorities, the interference was proportionate to the legitimate aims pursued and whether it corresponded to a “pressing social need”. It would point out in this connection that, unlike the above-mentioned cases where the Court found a breach in respect of decisions banning poster campaigns on account of the lack of any strict or effective judicial scrutiny (see *Tüzel*, cited above, § 15, and *Tüzel (no. 2)*, cited above, § 16), no question arises in the present case as to the effectiveness of the judicial scrutiny exercised by the domestic courts.

68. The parties have discussed whether it was appropriate for the purposes of examining the necessity of the disputed measure to take into consideration, as the domestic courts did, the content of the Raelian Movement’s website, whose address was indicated on the poster in question. Having regard to the principle that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (see *Tyler v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26, and *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII), the Chamber took the view that the website did have to be considered because, as it was accessible to everyone, including minors, the impact of the posters on the general public would have been greater on account of the reference to the website address.

69. The Court reiterates its general principle that the impugned interference has to be examined in the light of the case as a whole in order to determine whether it is “proportionate to the legitimate aim pursued” and whether the reasons given by the national authorities to justify it appear “relevant and sufficient” (see paragraph 48 above). It observes that the impugned poster clearly had the aim of attracting people’s attention to the website: the address of that site was given in bold type above the slogan “The Message from Extraterrestrials” (see paragraph 14 above). It would thus be illogical for the Court to examine the poster in isolation; it is necessary for it, like the domestic courts, to examine the content of the website in question.

70. As regards the reasons as such, the Court would note, firstly, like the Chamber, that the five national authorities which examined the case (the police administration, the municipal council, the Neuchâtel Land Management Directorate, the Administrative Court and the Federal Court) gave detailed reasons for their decisions, explaining why they considered it appropriate not to authorise the poster campaign. The Federal Court, which is the highest domestic court, referred in particular to Article 10 of the Convention and to the Court’s case-law in that area, and examined the proportionality of the impugned measure.

71. In finding the refusal to authorise the campaign in question to be justified, the Federal Court successively examined each of the reasons relied on by the lower courts as justifying such refusal, namely, the promotion of human cloning, the advocating of “geniocracy” and the possibility that the Raelian Movement’s literature and ideas might lead to sexual abuse of children by some of its members.

72. Even though some of these reasons, taken separately, might not be capable of justifying the impugned refusal, the Court takes the view that the national authorities were reasonably entitled to consider, having regard to all the circumstances of the case, that it was indispensable to ban the campaign in question in order to protect health and morals, protect the rights of others and to prevent crime. The Chamber found, in particular, as follows (paragraphs 55-57 of the judgment):

“55. ... First, the association’s website contained a link to that of Clonaid, via which that company was proposing specific cloning-related services to the general public, and on which it had announced, in early 2003, the birth of cloned babies. Secondly, the Administrative Court referred to a judgment of the District Court of La Sarine, which mentioned possible sexual abuse of minors. Thirdly, the propaganda in favour of ‘geniocracy’, namely the doctrine according to which power should be entrusted to people with the highest level of intelligence, and the resulting criticism directed at contemporary democracies, was capable of undermining public order, safety and morals.

56. The Court finds that the domestic authorities' accusations against certain members of the applicant association, as regards their sexual activities with minors, are of particular concern. ... Admittedly, it is not within the Court's remit, in principle, to review the facts established by the domestic bodies or the proper application of domestic law; therefore, it is not called upon to ascertain whether the authorities' accusations are proven. However, the Court is of the opinion that, having regard to the circumstances of the present case, the authorities had sufficient reason to find it necessary to deny the authorisation requested by the applicant association.

57. Similar considerations are called for as regards the question of cloning. The Court observes that the domestic authorities may in good faith have considered it indispensable, for the protection of health and morals and for the prevention of crime, to prohibit the poster advertising campaign, given that the applicant association displayed, on its website, a link to that of Clonaid, a company that it had itself set up ... Moreover, as the association itself admitted, it had a favourable opinion of cloning, an activity that was clearly prohibited by Article 119, paragraph 2 (a), of the Federal Constitution ..."

The Grand Chamber does not see any reason to depart from the Chamber's considerations in this connection. Accordingly, the Court finds that the concerns expressed by the national authorities were based on relevant and sufficient reasons.

73. The Chamber lastly took the view that the impugned measure was ultimately limited in scope, as the applicant association remained free "to express its beliefs through the numerous other means of communication at its disposal"; the Chamber also pointed out that "there was never any question of banning the applicant association itself or its website" (see paragraph 58 of the Chamber judgment).

74. The applicant association claimed that this position of the Chamber was contradictory and was tantamount to complicating excessively any dissemination of its ideas, since it was prohibited from imparting information using posters on the ground that it had a website, but when it displayed the address of its website on a poster it was barred from doing so on the pretext that this created a link with its ideas, which were allegedly dangerous for the public.

75. In the Court's view, however, there was only an apparent contradiction. Like the Government, it finds that a distinction must be drawn between the aim of the association and the means that it uses to achieve that aim. Accordingly, in the present case it might perhaps have been disproportionate to ban the association itself or its website on the basis of the above-mentioned factors (see, in this connection, *Association Rhino and Others v. Switzerland*, no. 48848/07, §§ 66-67, 11 October 2011). To limit the scope of the impugned restriction to the display of posters in public places was thus a way of ensuring the minimum impairment of the

applicant association's rights. The Court reiterates in this connection that the authorities are required, when they decide to restrict fundamental rights, to choose the means that cause the least possible prejudice to the rights in question (see *Women On Waves and Others*, cited above, § 41). In view of the fact that the applicant association is able to continue to disseminate its ideas through its website, and through other means at its disposal such as the distribution of leaflets in the street or in letter-boxes, the impugned measure cannot be said to be disproportionate.

(c) **Conclusion**

76. The Court concludes that the national authorities did not overstep the broad margin of appreciation afforded to them in the present case, and the reasons given to justify their decisions were "relevant and sufficient" and met a "pressing social need". The Court does not therefore see any serious reason to substitute its own assessment for that of the Federal Court, which examined the question in issue with care and in line with the principles laid down by the Court's case-law.

77. Accordingly, there has been no violation of Article 10 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's preliminary objection;
2. *Holds* by nine votes to eight that there has been no violation of Article 10 of the Convention;

...

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 July 2012.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Nicolas Bratza
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 dissenting opinion of Judges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić and Yudkivska;

(c) joint dissenting opinion of Judges Sajó, Lazarova Trajkovska and Vučinić;

(d) dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

N.B.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE BRATZA

1. With some hesitation I have voted with the majority of the Court in finding that there was no violation of Article 10 of the Convention in the present case. My eventual view has essentially been based on four features of an unusual case.

A. The nature of the interference

2. The applicant association's complaint relates to the refusal of authorisation to conduct a poster campaign in public areas of the City of Neuchâtel. The use of such public space was governed by the Administrative Regulations of 17 January 2000, which provided, *inter alia*, that the installation of billboards and advertising panels in public areas should be subject to authorisation, that the police administration might prohibit posters that were unlawful or immoral and that an exclusive right in respect of posters displayed within the area of the municipality might be granted by the municipal council. The refusal of authorisation was successively upheld on appeal by the municipal council of the City, by the Neuchâtel Land Management Directorate, by the Administrative Court for the Canton of Neuchâtel and by the Federal Court.

3. The parties were in dispute as to whether the refusal of authorisation was to be seen as amounting to a direct interference with the applicant's rights under Article 10, and thus as involving the negative obligations of the State under that Article, or as giving rise to the positive obligations of the State to secure the association's right to freedom of expression. The Grand Chamber, in common with the Chamber, has preferred to treat the case as one of a direct interference requiring justification under paragraph 2 of Article 10, while correctly observing that the boundaries between the negative and positive obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition, and that in both circumstances States enjoy a certain margin of appreciation.

4. I can accept this approach. Nevertheless, there are elements in the case which suggest that it was the positive obligations of the State which were primarily at stake. In this regard, I consider it to be of importance that the applicant's complaint relates not to a general restriction imposed on the association's activities or on its freedom to disseminate or impart information to the general public about its existence or its aims and beliefs. This, as is pointed out in the judgment, the association remained free to do by displaying its posters on private property or by distributing leaflets or by using other means of publicity, such as the print or broadcast media

or through the medium of the association's own Internet website. The complaint is a much more specific one, namely the refusal of the municipal authorities to authorise, in the exercise of its regulatory powers, the use by the association of public billboards in the city to display a particular poster for a specified period as part of an extensive poster campaign. In this respect the case has certain similarities to that in *Appleby and Others v. the United Kingdom* (no. 44306/98, ECHR 2003-VI), in which the restriction on the applicants' ability to communicate their views was limited to the entrance areas and passageways of a shopping mall and in which the Court's conclusion that the State was not in breach of its positive obligations under Article 10 was in part founded on the fact that the applicants had not been prevented from disseminating those views in other parts of the town or by other means. It is true that, in *Appleby*, the mall in question belonged to a private company, while the billboards in the present case were erected in public areas within the exclusive control of the municipality. Nevertheless, Article 10 cannot in my view be interpreted as imposing an obligation on national authorities to provide unconditional and unrestricted access to the use of public facilities to impart information or ideas. The case of *Women On Waves and Others v. Portugal* (no. 31276/05, 3 February 2009), on which reliance is placed by the applicant association, is no authority to the contrary, involving as it did the extreme measure of a general prohibition on a ship entering the State's territorial waters, a space which was, as the Court found in that case, "public and open by its very nature".

5. Even accepting that the refusal of authorisation is properly to be seen as an interference with the applicant's freedom of expression, it was one of a limited nature. The applicant association relies on the fact that it was able to impart its ideas through its own website without restriction but not to display the address of the website on posters as indicating a contradictory stance on the part of the municipal authorities and as undermining the necessity of the measures taken by those authorities. I do not agree. I find nothing contradictory in a decision to refuse permission for public facilities to be used for the purposes of advertising a website, while at the same time taking no steps to close down or restrict access to the website. Like the majority of the Court, I consider that the limited nature of the measures in question served, if anything, to confirm the proportionality of the measures. I am similarly unpersuaded by the applicant's argument that the lack of necessity of the measures is demonstrated by the fact that in other States, and even other regions of Switzerland, the poster campaign was accepted by the authorities – an argument which has, as noted in paragraph 64 of the judgment, been rejected by the Court in its previous case-law.

B. The nature of the speech

6. As is pointed out in the judgment, the breadth of the margin of appreciation afforded to the national authorities varies depending on a number of factors, among which the type of speech is of particular importance. While there is little scope under Article 10 for restrictions on political speech, a broad margin of appreciation is in general afforded for the regulation of speech in commercial matters, including forms of advertising.

7. I am unable to accept that the association's poster can be equated to political speech or that it can be seen as designed to address matters of political or public debate in Switzerland. The poster, with its reference to the association's website address, was exclusively intended to give publicity to its existence and to draw attention to its activities, a description of which was to be found on that website. In this respect, the poster was, in its essentials, a mode of advertising even if, in contrast to commercial advertising with which the Court's case-law has previously been concerned, it was not intended to induce the public to buy a particular product or service and may not have had any directly financial purpose. The margin of appreciation afforded to the national authorities was in my view accordingly a broader one.

C. The content of the posters

8. Emphasis is placed by the association on the fact that there was nothing objectionable on the face of the poster itself. This was accepted by the Federal Court which noted that the poster did not contain anything in its text or in its illustrations that was unlawful or likely to offend the general public. However, the Federal Court went on to note that the poster as a whole could clearly be seen as an invitation to visit the website of the association or to contact it by telephone and that it was thus legitimate to ascertain whether the website might contain information, data or links capable of causing offence or of infringing the law. Like the Federal Court, I consider that it would be too narrow an approach to examine the poster in isolation and that, in assessing the justification for any interference, it is necessary and appropriate to examine the content of the website which the public was being invited in the poster to consult.

D. The grounds for the refusal of authorisation

9. In carrying out such an assessment, I attach considerable weight to the fact that four domestic authorities, including the Administrative Court and the Federal Court, examined the case and the justification for refusing authorisation to the poster campaign. The detailed judicial review of the decision by the two courts is of special significance, affording as it

did an effective safeguard against arbitrariness, discriminatory treatment and abusive power in the decision-making process leading to the refusal of authorisation.

10. Three aspects of the association's aims and activities, as appearing from its website, attracted particular attention – the promotion of human cloning through the link to Clonaid; the promotion of the concept of “geniocracy”; and the encouragement, through the literature and ideas of the association and its founder, of sexual abuse of children by some of its members.

11. Although the doctrine of “geniocracy” was found to be largely inspired by eugenics and, as the Federal Court found, to be manifestly capable of offending democratic and anti-discriminatory convictions, the doctrine was not in that court's view such as to undermine public order or safety or to justify on its own the refusal of authorisation of the poster campaign.

12. The link of the association with Clonaid and the risk of encouraging sexual abuse of children were found to be of greater concern. As to the latter, the national courts found not only that numerous members of the Movement had been investigated and prosecuted on account of their sexual practices but that, as a judgment of the Lyons Court of Appeal clearly showed, acts of sexual abuse had been committed by leaders of the Movement against minors and that those leaders had advocated a broad sexual freedom strongly encouraging commission of such acts and had corrupted young teenagers. In addition, certain passages in the works of the founder of the association on the practice of “sensual meditation” which could be downloaded from the website could lead adults to commit acts of sexual abuse against children, a fact which the Federal Court found had not been disputed by the association itself. Since acts of abuse had indeed been recorded on the part of certain members of the Movement, the argument that paedophilia was strongly condemned by the Movement's official doctrine was not, in view of the Federal Court, decisive.

13. As to the first of the objections, it was not the opinions expressed by the association in favour of cloning practices and which appeared in the association's website that were found to justify the refusal of authorisation but, rather, the express link on the website to the company Clonaid, which had been established by the association itself and which offered various practical services in this area for payment. The issue, as the Federal Court put it, was “not simply ... the expression of a favourable opinion of cloning, protected under Article 16 of the Constitution, but the practice of that activity, in breach of its prohibition under Article 119 § 2 (a) of the Constitution”. It could not, in the view of the Federal Court, be seriously contested that this

link to the Clonaid website “contributed to the promotion of an unlawful activity” and went further than the mere expression of an opinion.

14. As the dissenting opinions demonstrate, views will undoubtedly differ as to the adequacy of the reasons given by the Federal Court for upholding the refusal of authorisation. In the particular circumstances of the present case and having regard to the margin of appreciation afforded to the national authorities, I find those reasons to have been both relevant and sufficient and accordingly conclude that Article 10 of the Convention was not violated.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES TULKENS,
SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, POWER-FORDE,
VUČINIĆ AND YUDKIVSKA

(Translation)

1. We do not share the position of the majority, which found that there had been no violation of Article 10 of the Convention in the present case. We will set out the reasons for our dissent as regards the central question of the necessity, in a democratic society, of the ban imposed on the poster campaign that the applicant association wished to conduct in the Swiss city of Neuchâtel. The right to freedom of expression under Article 10 is an essential provision because it underpins the democracy that lies at the heart of the Convention. Any restriction of that freedom must be strictly justified by a pressing social need and narrowly circumscribed by relevant and sufficient reasons.

Reasons for the ban

2. In the present case, it was not so much the poster itself that justified the ban, because it did not contain anything unlawful either in its text or in its illustrations. The ban was “indirect”, in so far as it was based on the association’s opinions and on the conduct attributed to some of its members. To establish the concrete “connection” between the poster and the said opinions and conduct, the Court noted that the poster indicated, in bold type, the Raelian Movement’s website address and telephone number. With that in mind, in order to justify the interference with the applicant association’s right to freedom of expression, the reasons given related not only to the association’s positions on scientific atheism that are apparent from the posters but also to its opinions on human cloning and “geniocracy”, as well as to the possibility of sexual abuse on the part of its members. In fact there was a patchwork of reasons relating to “speech” of a hybrid nature, not being commercial or political, but concerning a subject of public interest.

3. As regards scientific atheism, the national authorities accepted that the applicant association’s anti-religious messages – in particular the wording on the impugned poster about a message supposedly from extraterrestrials or claiming that science would replace religion – were not particularly provocative, even though they were capable of offending part of Swiss society. In this connection, it should be observed that the freedom of thought, conscience and religion guaranteed by the Convention also entail freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or

not to practise a religion (see *Buscarini and Others v. San Marino* [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I).

4. As regards cloning, the Swiss authorities' review in this connection was doubly indirect. It concerned first a reference on the impugned poster to the applicant association's website and, when the case came to be examined by the domestic courts, also a link from that site to the website of the company Clonaid, which is accessible throughout Switzerland. The applicant association acknowledged that it had expressed opinions in favour of human cloning, but claimed that it had never participated in therapeutic or experimental acts in that field. Even supposing that "the link to the Clonaid website contribute[d] to the promotion of an unlawful activity", as the Federal Court found, the Swiss Government did not allege that such "promotion" constituted *per se* an unlawful act punishable under domestic law. Whilst the expression of an opinion in favour of human cloning might shock or offend the majority of people, it is "precisely in the case of ideas that offend, shock and challenge the established order that freedom of expression is the most precious" (see *Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, § 42, 3 February 2009).

5. As regards "geniocracy", the idea put forward by the applicant association undeniably runs counter to democratic principles. However, as the Government themselves have admitted, this idea is not presented by the applicant as a real political project but rather as a utopia. The situation is thus different from those where the Court has found restrictions on freedom of expression to be proportionate in respect of organisations defending political projects that were incompatible with the concept of a "democratic society" (see, for example, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 132, ECHR 2003-II).

6. Lastly, as regards certain passages from publications available through the Raelian Movement's website and devoted to the notions of "sensual meditation" and the "sensual awakening" of children, potentially leading members of the Movement to sexually abuse children, it is clear that any convictions for acts committed in the context of such an association's activities could justify the banning not only of a poster campaign but also of the association itself and, if appropriate, of its website. In the present case – and this is essential in our view – the facts set out by the Federal Court were not regarded by the domestic authorities as capable of justifying the banning of the applicant association itself. In those circumstances, it may be questioned whether there was a "pressing social need" to ban a poster campaign without at the same time banning the applicant association, which had existed since 1977, especially where the prevention of particularly serious

criminal offences, such as those against children, was at stake. The reasons put forward in this connection by the domestic courts, whilst probably being “relevant”, do not however appear “sufficient” to justify the impugned interference with the applicant association’s freedom of expression; the Federal Court indeed failed to explain how, why and to what extent that ban was proportionate and necessary for the legitimate aim of preventing crime. Moreover, neither in the reasons given by the domestic courts, nor in the Government’s observations before the Court, do we find any indication that there was a clear and imminent danger which justified the impugned interference (see *Gül and Others v. Turkey*, no. 4870/02, § 42, 8 June 2010, and *Kılıç and Eren v. Turkey*, no. 43807/07, § 29, 29 November 2011).

7. In this connection, some further clarification is called for. It is true that in Switzerland the cantons may have different laws and policies in certain areas, and this explains why the posters banned in Neuchâtel may be authorised elsewhere. In itself, we obviously do not find that this situation raises any issue. Our Court has acknowledged that sensitivities may legitimately differ within a single State, even if this should entail diversified policies in terms of restrictions on fundamental rights. In the Court’s view, “[w]here there are disparate cultural communities residing within the same State, it may well be that different requirement[s], both moral and social, will face the governing authorities”¹. This idea of a “federal margin of appreciation”, as it could be called, was used for example in *Handyside* to explain and justify the variable nature of the proceedings brought against the publisher of the *Little Red Schoolbook* in different parts of the United Kingdom². It can also be perceived as an underlying idea in *Müller and Others*³ and *Otto-Preminger-Institut*⁴. However, this situation considerably weakens the legitimacy of the aim that justifies the interference, as well as the compelling social need, namely the prevention of crime, in this case sexual abuse of children, and the risk of danger. Danger, if it exists, does not disappear with borders, wherever they may be.

Scope of the ban

8. The majority found that to limit the scope of the impugned restriction to the display of posters in public places was a way of ensuring the minimum impairment of the applicant association’s rights. They further pointed out that, as the applicant association was able to continue to disseminate its ideas through its website, and through other means at its disposal such as

1. *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 56, Series A no. 45.

2. *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 54, Series A no. 24.

3. *Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, § 36, Series A no. 133.

4. *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, § 50, Series A no. 295-A.

the distribution of leaflets in the street or in letter-boxes, the impugned measure could not be said to be disproportionate (see paragraph 75 of the judgment).

9. We are not convinced by this reasoning. To prohibit the applicant association from displaying posters mainly on account of the content of its website, whilst arguing that the scope of such a ban remains limited because the association remains free to communicate via that very same website, is singular if not paradoxical. Whilst in certain situations a limited ban may be justified on the ground that there are alternative means of communication, that is obviously not the case where the ban is based on the same criticisms as those levelled at the alternative means.

10. Moreover, the Court has always observed in its case-law that it is not its role to cast judgment on the manner in which individuals choose to express themselves, because Article 10 of the Convention also protects the form in which ideas are conveyed (see *Thoma v. Luxembourg*, no. 38432/97, § 45, ECHR 2001-III). Applicants are free to use the means of expression of their choosing and it is not for the Court to scrutinise them or suggest other forms or arrangements. Ultimately that would be tantamount to imposing on applicants the burden of proving the necessity of the means of communication used and therefore of reversing the logic of Article 10.

11. Lastly, the finding of the Grand Chamber that there has been no violation of Article 10 of the Convention enshrines a particular view of advertising in public space, suggesting that this facility benefits from special status (see paragraph 57 of the judgment). We believe, by contrast, that such status should require increased neutrality on the part of the public authorities, with equal access for all individuals and entities that are not expressly prohibited. It is certainly necessary to combat the dangers and excesses of sects and a State may have to ban associations that seriously contravene democratic values. However, it is difficult to accept that a lawful association, with a website that has not been prohibited, should be prevented from promoting its ideas through posters that are not unlawful in themselves. As to the argument whereby, in accepting a poster campaign in a public space, the municipal authorities would be endorsing or tolerating the opinions in issue, we find this not only rather unrealistic in relation to the current role of such authorities, but also dangerous. That would be tantamount to arguing, *a contrario*, that freedom of expression in a public space could be restricted solely for the reason that the authorities disagree with the ideas conveyed. Article 10 of the Convention would then risk becoming inoperative.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES SAJÓ,
LAZAROVA TRAJKOVSKA AND VUČINIĆ

I

For the reasons explained in the joint dissenting opinion of Judges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić and Yudkivska, this case clearly falls under the test laid down in *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)* (26 April 1979, Series A no. 30) and in *Handyside v. the United Kingdom* (7 December 1976, Series A no. 24). The banning by the Neuchâtel police of the applicant association's posters on public billboards does not satisfy the condition of showing a pressing social need, as required by the *Handyside* test. The opposite conclusion of the majority relies on the introduction of a new category of "lower level" speech. Accordingly, a so-called "non-political", "quasi-commercial" speech that "has a certain proselytising function"¹ is deprived of the protection granted to speech in general.

This new standard runs counter to the Court's well-established case-law and diminishes the protection of speech, without offering compelling reasons. In view of this development we find it necessary to add a few considerations to the above-mentioned joint dissenting opinion.

It is particularly regrettable to see the protection of freedom of expression being diminished in respect of the world view of a minority. Moreover, at least the original justification for the ban given by the local police reflects the fact that the poster contained ideas and opinions which were at odds with the prevailing opinions of the local authorities and, perhaps, the majority of the citizens of Neuchâtel. The accommodation of such sentiments as a ground for the restriction of freedom of expression is incompatible with the goals of the Convention.

II

"In order to assess the necessity for restraining ... the prohibited declarations must be placed in their proper context and examined in the light of the particular circumstances of the case." (*Barthold v. Germany*, 25 March 1985, § 56, Series A no. 90)

The nature of the expression. As understood by the Swiss Federal Court, the expression in the present case is composed of several elements: (a) a poster on a public billboard, taken together with (b) the information on a website

1. On the Convention protection granted to proselytising, see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A.

operated by the applicant association that was advertised on the poster and (c) the content of a second website which was accessible via a hyperlink from the applicant’s website. While the ban concerned billboards alone, the whole communication process was taken into consideration. The Federal Court’s approach reflects a profound understanding of the communication process in the age of the Internet.

The poster is both an expression of specific content (consider, for example, the line on the poster: “Science at last replaces religion” or the reference to extraterrestrials) and a medium for additional information to be found on or via the website. In this context, to use the words of McLuhan, the medium is the message.

1. *Is this an advertisement?* According to the Court’s case-law it cannot be regarded as an advertisement in the sense of commercial expression. As the Court has previously found “... for the citizen, advertising is a means of discovering the characteristics of services and goods offered to him” (see *Stambuk v. Germany*, no. 37928/97, § 39, 17 October 2002)¹. No services or goods are offered in the present case, nor does the Court argue that this is a commercial advertisement. The intended effect is to make people think about the applicant association’s ideas and perhaps change their world view (see *Barthold*, cited above, § 58).

It follows that the poster is not a commercial advertisement. The Court has already considered similar situations, in particular where a television commercial “indubitably fell outside the regular commercial context inciting the public to purchase a particular product. Rather, ... the commercial reflected controversial opinions pertaining to modern society in general and also lying at the heart of various political debates” (see *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, no. 24699/94, § 57, ECHR 2001-VI, where the *Handyside* test was found to be applicable).

Arguably, even in the case of the “most protected” speech, namely that of a political nature, a somewhat wider margin of appreciation than that normally accorded is applicable to advertisements (see *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, no. 21132/05, § 67, ECHR 2008). It should be noted, however, that this exception was found applicable in the context of an election campaign in *television broadcasting*, where the reason for the restriction was related to the powerful and pervasive impact of this type of medium (*ibid.*, § 70.) That is not the case here and the Court’s case-law that has been developed in respect of other non-commercial communication should apply. In any event, even restrictions on commercial

1. Compare with the definition quoted by the US Supreme Court: “‘Advertising displays [*sic*] signs’ include any sign that ‘directs attention to a product, service or activity, event, person, institution or business.’” (*Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 US 490, 494 (1981)).

advertising must “be closely scrutinised by the Court, which must weigh the requirements of [the] particular features [of such advertising] against the advertising in question” (see *Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, § 51, Series A no. 285-A, and *Stambuk*, cited above, § 39).

2. *The installation of billboards* and advertising panels in public areas is subject to authorisation, although in Neuchâtel the management of posters in such areas has been entrusted to a private company. On 29 March 2001 the police prohibited the poster in question for being unlawful and immoral. The Federal Court considered that the use of the billboards amounted to the (extended) use of public space.

2.1. The freedom-of-expression issue in the present case concerns the nature of the public space that is accessible to all for the display of posters. According to United States, Canadian and (in some regards) German constitutional jurisprudence, government property opened to the public for expressive purposes, like a billboard, becomes a public forum open to all speakers¹. All speakers have an equal right of use; the government must not exercise censorship and should apply otherwise permissible restrictions in a way that respects neutrality². In democratic Europe, in the context of using publicly owned frequencies for the communication of ideas, it is expected (especially where the State controls broadcasting as a monopoly) that the management of the public service will be fair and impartial, allowing pluralism (i.e., respecting neutrality), precisely because general public access is not possible (see *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, 24 November 1993, Series A no. 276, and *Manole and Others v. Moldova*, no. 13936/02, § 101, ECHR 2009).

These considerations are relevant in the present case, as they were in *Appleby and Others v. the United Kingdom* (no. 44306/98, ECHR 2003-VI). As is the case in the United States of America, outdoor signs play an important role in the communication of ideas in Europe too, and, as has been found in Canada, they are an effective and inexpensive means of communication for individuals and groups that do not have sufficient economic resources to use other media. These considerations are relevant even if there might be differences in the level of protection granted to speech between the various democracies. These principles do not, however, find application in the Swiss Federal Court’s judgment (see § 5.2, quoted in paragraph 21 of the present

1. Comparative jurisprudence indicates that billboards are public fora for compelling reasons related to freedom of expression. See the Appendix.

2. This issue was addressed in regard to access to *private* space in *Appleby and Others v. the United Kingdom* (no. 44306/98, ECHR 2003-VI), with reference to the positions of the US Supreme Court and the Supreme Court of Canada. Given that the present judgment does not reflect such comparative-law aspects, though the prevailing trend is of relevance, an overview is given in the Appendix.

judgment), which did not consider billboard access rights unconditional and found such access to be “subject to *substantive* content analysis”.

The assumption that “acceptance of a poster advertising campaign could suggest that [the State is] endorsing, or at least tolerating, the opinions and conduct in question”, as admitted by the Chamber in the present case (see paragraph 52 of the Chamber judgment, 13 January 2011), is contrary to the function and nature of the public forum. Such fora exist to allow all opinions to be imparted, while official notices have their own dedicated place for display. Access is denied purely because of identification with some ideas and denial of others. The idea that the State is endorsing expression when it is made in regulated, open-to-all, public communication space is based on a misunderstanding, at odds with the tolerance and broadmindedness that are fundamental to democracy. Such fear of endorsement was historically one of the sources of the belief that elevated censorship into a governmental duty.

Of course, there are grounds for restricting access to public fora. Such grounds will be in conformity with the Convention if they do not signal partisanship or bias. A lower-level demonstration of a pressing social need in this context has been recognised (see *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, ECHR 2003-IX). This exception has been applied in the case of an attack on religious sentiments related to the free exercise of religion, in particular circumstances, such as where the issue is politically or socially divisive to the extent that it may result in unrest, and where the effects of the media used are more immediate and invasive. In the absence of a violation of intimate personal convictions, it is hard to see what would turn the alleged sensitivities of Neuchâtel into a proper ground for restriction under Article 10 § 2, “given ... the risks of excessive interferences with freedom of expression under the guise of action taken against allegedly offensive material” (*ibid.*, § 68).

It is thus perhaps not surprising that the majority of the Grand Chamber, in their finding of no violation, do not rely on the above argument of sensitivity accepted by the Chamber.

2.2. In the present case, Swiss law has recognised the existence of public space for display purposes that is open to all. The administration of such public space is, of course, subject to time, place and manner restrictions. Contrary to the Swiss position, as endorsed by the majority, the authorities do not have a “certain discretion” in the administration of these fora, though they have the power to ensure that the request for use satisfies statutory requirements serving the legitimate purposes of Article 10 § 2 or necessitated by requirements of fairness (as scarcity of billboard space may require a fair and neutral system of allocation).

In the Swiss system applicable here, the administration of billboards was under private management and the display of the poster was subject to *prior authorisation*.

As the Court has previously found, “the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court” (see *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 60, Series A no. 216). The Court held it to be “*especially* so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity” (*ibid.*, emphasis added). However, timeliness is an issue even in the present case, as the posters were intended to be displayed as part of a planned, coordinated campaign. Moreover, the general rule of the Court refers primarily to “dangers inherent in prior restraints” which exist outside the area of journalism, and are related to the historical abuse of censorship and (in more practical terms) to the speculative nature of the restrictions applied in any prior restraint system; speculative, because the authorities have to evaluate future events and impacts. Reasonable foresight has its legitimate place in the handling of the affairs of the State, and hypotheticals about possible harm to children, democracy and moral sensitivity did in fact play a major role in the present case.

Of course, the State is expected to prevent crime and, in that context, speech-restrictive preventive measures may serve pressing social needs. However, the Swiss authorities did not demonstrate that the expression “privileged sexual object” had actually encouraged paedophilia, a crime that is expressly and actively condemned by the Movement. There had been a few convictions of members of the Movement, but there is no evidence that their number is statistically significantly higher than convictions of members of other denominations. Religious organisations are not banned in a democracy just because some of their members commit crimes. The reference to criminal convictions resembles guilt by association. Such assumptions cannot be found “convincing” for the purposes of showing the existence of a pressing social need with regard to the applicant organisation.

III

Among the reproachable elements of the website “propagated” on the poster, and turning the ban into one that would serve a pressing social need, the Swiss Federal Court found that the Raelian Movement’s website contained a link to the Clonaid website, therefore “contribut[ing] to the promotion of an unlawful activity, and go[ing] further than the mere expression of an opinion” (Federal Court judgment, § 5.5.1., quoted at paragraph 21 of the judgment).

Unfortunately, the case file does not contain a printout of the impugned website as of March 2001 and we do not know what text (if any) accompanied the hyperlink. Currently there is no hyperlink available on the homepage of the Raelian Movement’s website¹ but the Federal Court affirmed that it had existed at an unspecified time and that it led to the website of an organisation that offered a service that was considered criminal in Switzerland.

We have no information concerning the offers of activity available on the Clonaid website in March 2001. In the absence of *facts*, their assessment cannot be convincing, irrespective of due deference to the superior local knowledge of local authorities.

It is at least curious that the police ban was imposed on 29 March 2001, while the first announcement that Clonaid had successfully performed the first human reproductive cloning dates from 27 December 2002. It is not clear how a link in 2001 could have promoted an illegal activity that was made possible only in 2002. The original police ban of 2001 did not contain reference to the hyperlink leading to Clonaid and the issue of the hyperlink is first mentioned in the 27 October 2003 decision of the Neuchâtel Land Management Directorate. *Ex post* findings and events do not contribute to a convincing establishment of the need for the ban.

Assuming, for the sake of argument, that Clonaid was praising (illegal) cloning research already at the material time, it is still hard to see how reading about such advocacy of illegal research would have turned the good people of Neuchâtel into criminal participants in unlawful scientific activity. Abstract advocacy of criminalised behaviour in the form of requesting legislation is not an inducement to crime.

Furthermore, to what extent does information concerning a third party connected to the applicant association via a hyperlink constitute a relevant fact for the evaluation of a pressing social need?

A hyperlink points to a whole document or to a specific element within a document². By clicking on the link the user goes to the other document. Its availability certainly facilitates access to information that will advocate and, to some extent, provide an opportunity to commit the prohibited act. However, there are a number of independent decisions to be taken by the user of the first website: the user has to click on the link, read the second site, find the relevant advocacy on the site, take a decision to contact Clonaid, and finally, after such contact, decide to participate in criminal activity. The relationship is simply too remote. A user facing a hyperlink already remains free to decide whether or not to click through to the next

1. [http://national.rael.org/index.php?\[/fr\]](http://national.rael.org/index.php?[/fr]) (last visited 15 May 2012).

2. For a review of the emerging jurisprudence on hyperlinks, see Article 19’s third-party intervention.

website. To attribute responsibility to the applicant (as content provider) for the choices of the user requires careful analysis. Without such analysis it is arbitrary and disproportionate to impose a ban on a poster that serves as a non-electronic “link” to a website (thereby indirectly sanctioning the content provider).

A reference is not an endorsement or an identification, and even an endorsement would not create a clear danger of committing a crime. Otherwise the “referring” person would be obliged to distance himself all the time and that would impose a considerable burden on freedom of speech in the world of the Internet. A hyperlink certainly facilitates the dissemination of an idea (by making it more accessible) but not all dissemination gives rise to responsibility. As the Supreme Court of Canada held in a defamation case, hyperlinks are essentially different from publication and are by themselves content-neutral. Like references, they communicate the existence of something, but do not, by themselves, communicate its content (*Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47). Where a specific website can most easily be found with the help of a search engine, it would be unrealistic to assume, without additional consideration, that the “referring” person shares responsibility for unlawful content referred to by means of a hyperlink. Moreover, the Clonaid website is accessible in Switzerland without the intermediary of the applicant’s website or poster.

As mentioned above, the case file does not contain information regarding the specific position of the first website as to the content that opens up with the help of the link. It is most likely that in the present case the applicant association did know of the content of the second website, but the relationship between the two website operators remains contested. This cannot be a convincing demonstration of the need for restriction by relevant facts, as is required by the *Handyside* test. In reality, while the Court may find that it has to follow the fact-finding and related assessment given by the national court as to the relationship in question, in the absence of such analysis there can be no talk of “assessment”. No facts, no assessment – therefore no acceptability.

The content of web pages is subject to constant change. A regulation of the Internet that respects freedom of expression should not disregard the changing content. Moreover, a website operator who inserts a link cannot foresee what the content will be on the linked site at any given point in time. To impose liability on someone providing hyperlink access in respect of *future* content on the second website, to which the link continues to lead, would undermine the “basic grammar” of the Internet, except where it can be clearly demonstrated that the first website operator has control over the

second. In that case, however, its liability is not vicarious; for such liability to exist, the control would have to be convincingly established.

In view of the above doubts, it is far from evident that such an indirect relationship creates a pressing social need with regard to the applicant association's website. These doubts, of course, are even stronger when it comes to the banned poster, which is a further step away. Moreover, neither the poster nor the hyperlink would have a compelling effect on the reader.

IV

The majority concluded that “some of these reasons [i.e., that the website stands for anti-democratic ideas, or promotes crime], taken separately, might not be capable of justifying the impugned refusal” (see paragraph 72). The majority do not specify which reasons would be capable of such justification, nor do they find this necessary, as they rely on a “mosaic theory”¹ to show the indispensability of the ban, “having regard to all the circumstances of the case” (ibid.). This brings us to the new standard applicable to the use of public billboards in the context of poster campaigns that are not strictly political (see paragraph 64), a category of speech which can be described as “undefined”.

The fact that the advertisement is paid for does not change the nature of the ideas advertised and does not deprive it of the protection granted to expression in general; nor does it make it a commercial or quasi-commercial advertisement, as there is no interest in influencing consumer behaviour or promoting products². It is not by accident that the Convention expressly

1. The “mosaic theory” is an approach that pieces together information that is in itself irrelevant for the finding, for example, the piecing together of publicly available information to disclose classified information (see the *Der Spiegel* case (20 BVerfGE 162 (1966)), where the German Federal Constitutional Court held that a suspicion a newspaper was guilty of treason could not be based on a mosaic theory, as this was an unconstitutional violation of freedom of expression).

2. Compare this with the opposite approach in *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti (v. Norway)*, no. 21132/05, § 64, ECHR 2008), where the Court said that “[i]rrespective of the fact that it was presented as a paid advertisement ..., the content of the speech in question was indisputably of a political nature. Thus, ... the impugned advertisement obviously fell outside the commercial context of product marketing, an area in which States traditionally have enjoyed a wide margin of appreciation.”

The relationship between (commercial) advertising and business goals is considered crucial. According to the Audiovisual Media Services Directive (2010/13/EU): “... ‘audiovisual commercial communication’ means images with or without sound which are designed to promote, directly or indirectly, the goods, services or image of a natural or legal entity pursuing an economic activity. Such images accompany or are included in a programme in return for payment or for similar consideration or for self-promotional purposes. Forms of audiovisual commercial communication include, *inter alia*, television advertising, sponsorship, teleshopping and product placement; ... ‘television advertising’ means any form of announcement broadcast whether in return for payment or for similar consideration or broadcast for self-promotional purposes by a public or private undertaking or natural person in connection with a trade, business, craft or profession in order to promote the supply of goods and services including immovable property, rights and obligations, in return for payment; ...”

includes within the right to freedom of expression the freedom to “receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers”. Ideas are to be protected not in the sterility of their production but in the process of their communication. The Swiss authorities – and this Court too – considered the poster as existing in conjunction with, and as being interrelated with, the website as part of the same communication chain, and the applicant association’s ideas were evaluated with regard to the poster’s effect through the communication process. The form of expression is protected not only because it can be essential to, or inseparable from, the content, but also because it is essential for imparting ideas.¹

V

One cannot disagree with the Court’s case-law to the effect that “national authorities are in principle, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, in a better position than the international judge to give an opinion on the ‘necessity’ of a ‘restriction’” (see paragraph 63). Whatever these “vital forces” might be (and they do in fact include forces which do not stand for human rights), the same direct contact (or vicinity) may have a distortive impact on their judgment. We have voiced our concern in that regard above (Section I). It is for that reason (among others) that the States Parties to the Convention found it necessary to institutionalise an international Court to supervise the myopia of localism. Accordingly, the Court’s function is to exercise a “supervisory function”, hand in hand (i.e., in proper dialogue) with, and with full respect for, domestic authorities. In supervising the presence of a restrictive pressing social need, “supervision” cannot mean passive acceptance of domestic *speculation* about the *capacity* of an idea to undermine public order, safety and morals. The undeniably better knowledge of local circumstances and sensitivities that militate in favour of the choices of national authorities must not become a fig-leaf for acquiescence in bigotry.

The doctrine of margin of appreciation is a valuable tool for the interaction between national authorities and the Convention enforcement mechanism; it was never intended to be a vehicle of unprincipled deferentialism. Even a broad margin of appreciation does not diminish the need for relevant and sufficient explanation, though it may well be that what has to be demonstrated will be different (e.g., a lower level of likelihood of a risk).

1. Article 10 is applicable “not only to the content of information but also to the means of transmission or reception since any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information.” (*Autronic AG v. Switzerland*, 22 May 1990, § 47, Series A no. 178).

The natural respect for domestic fact-finding and correctness of the interpretation of domestic law cannot exempt the Court from requiring that accusations by authorities against applicants which dictate restrictions on freedom of expression must be proven. Furthermore, the Court has clearly stated that “applying a restriction in good faith” is insufficient; the fact that in the present case the authorities considered the restrictive measures indispensable is irrelevant, irrespective of the number of instances involved.

As Judge Malinverni observed:

“Be that as it may, one thing is certain: the doctrine of the margin of appreciation should not in any circumstances exempt the Court from the duty to exercise the function conferred on it under Article 19 of the Convention, which is to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto.” (paragraph 1 of the dissenting opinion of Judge Malinverni, joined by Judge Kalaydjieva, in *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011)

One should not forget the societal effects on minority positions of such a police ban. The applicant organisation is undeniably in a minority position precisely because of its unpopular views. While it has continued to have opportunities to express its views (though in the absence of the posters the likelihood of effective communication has been diminished), the ban and its reasons expressed an official legal position on the views of the applicant association, with obvious additional censorial effect. In the context of demonstrations, the Court has recognised that refusals to give authorisation could have had a chilling effect on the applicants (and others participating in the Movement and sharing similar convictions). It could also have discouraged other persons from making themselves acquainted with those ideas on the ground that they did not have official authorisation (see *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, § 67, 3 May 2007). It was the authorities’ fear of being seen to be associated with an unpopular, even offensive, view that resulted in the disregard of the governmental obligation of neutrality, a fundamental principle that must apply in matters of world views. Freedom of expression cannot be left to strive under the dictates of governmental fear of public sensitivities.

APPENDIX

Following the methodology adopted in the comparable *Appleby* case (cited above), it is useful to provide a summary of the approach taken in comparable situations in some jurisdictions. In *Appleby* it was stated that “The United States Supreme Court has accepted a general right of access to certain types of public places, such as streets and parks, known as ‘public fora’ for the exercise of free speech (*Hague v. Committee for Industrial*

Organisation, 307 US (United States Supreme Court Reports) 496 (1939)).” Where the government opens property for expressive activity, it thereby creates a public forum.

According to Canadian and United States law, billboards constitute “public fora”. In *Metromedia, Inc. v. City of San Diego* (453 US 490, 494 (1981)), the Supreme Court of the United States quoted Justice Clark in agreement: “The outdoor sign or symbol is a venerable medium for expressing political, social and commercial ideas. From the poster or “broadside” to the billboard, outdoor signs have played a prominent role throughout American history, rallying support for political and social causes.’ (26 Cal. 3d, at 888 ...).” (ibid., p. 501).

Metromedia also stated (ibid., pp. 514-15) that “the city [i.e., government] does not have the same range of choice in the area of non-commercial speech to evaluate the strength of, or distinguish between, various communicative interests. See *Carey v. Brown*, 447 US, 462 ...; *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 408 US 92, 96 ... (1972). With respect to non-commercial speech, the city may not choose the appropriate subjects for public discourse: ‘To allow a government the choice of permissible subjects for public debate would be to allow that government control over the search for political truth.’ *Consolidated Edison Co.*, 447 US, 538.” The same judgment referred (p. 516) to *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* (425 US, 77), concluding that outside the sphere of commercial speech “it cannot be assumed that ‘alternative channels’ [for communication of information] are available, for the parties stipulated to just the opposite: ‘Many businesses and politicians and other persons rely upon outdoor advertising because other forms of advertising are insufficient, inappropriate and prohibitively expensive.’”

Once a public forum has been created the government cannot discriminate between different speakers or messages (see *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 408 US 92 (1972); *Carey v. Brown*, 447 US 455 (1980); *Widmar v. Vincent*, 454 US 263 (1981); and *Niemotko v. Maryland*, 340 US 268 (1951). In *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 US 147, (1969), Justice Stewart for the Court stated that “holding that a law subjecting the exercise of First Amendment freedoms to the prior restraint of a license without narrow, objective, and definite standards to guide the licensing authority is unconstitutional.” (ibid. pp. 150-51).

Canadian jurisprudence shows similar concerns with regard to the posting of signs. *R. v. Guignard* (2002 SCC 14, [2002] 1 SCR (Canada Supreme Court Reports) 472) referred back to *Ramsden v. Peterborough (City)* ([1993] 2 SCR 1084), where the Canadian Supreme Court “stressed the importance of signs as an effective and inexpensive means of communication

for individuals and groups that do not have sufficient economic resources. Signs, which have been used for centuries to communicate political, artistic or economic information, sometimes convey forceful messages. Signs, in various forms, are thus a public, accessible and effective form of expressive activity for anyone who cannot undertake media campaigns. (See *Ramsden*, pp. 1096-97; see also *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 SCR 139, p. 198.)” A further authority is *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 SCR 295.

Likewise, the German Federal Constitutional Court recognises the application of all the guarantees of freedom of opinion in public, communication-serving fora (*Schutzbereich nach auf öffentliche, der Kommunikation dienende Foren*). The same guarantees apply even beyond classical public fora, to other situations (places) that serve other public functions (see BVerfG, 1 BvR 699/06, 22.2.2011, Absatz-Nr. (1-128), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110222_1bvr069906.html).

DISSENTING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The *Mouvement raëlien suisse* case is about the freedom of expression of a minority. This case concerns the banning of a poster campaign by the Swiss authorities to the detriment of the applicant association. The parties agreed that the ban on the display of the applicant association's posters was "prescribed by law", inasmuch as it was provided for in Article 19 of the Administrative Regulations of the City of Neuchâtel. The parties also agreed that it pursued the legitimate aims of the prevention of crime, the protection of health and morals, and the protection of the rights of others. The disputed question in the present case is that of the proportionality and necessity of the poster ban. Behind it lies the old question of State control of communication in the public arena, especially in view of what John F. Kennedy once called "alien philosophies"¹.

I respectfully dissent from the findings of the majority. The reasons for my dissent will be presented in three parts. The first part deals with the justification for the Court's supervision of the interference with the applicant's freedom of expression and the value of the "public forum" doctrine in European human rights law. The second part establishes the criteria for the Court's supervision. I will study the nature of the interference, using a two-pronged test to differentiate between negative and positive obligations; consider the form of the speech, with a view to establishing the ambit of freedom of expression on public billboards and the Internet, with its hyperlinks; and evaluate the nature of the speech in question, stressing the differences between commercial, religious and philosophical speech. After establishing the criteria of the supervision, I will proceed, in the third part, to the application in the instant case of the proportionality test, having in mind the reasons given by the domestic courts for the interference, i.e., scientific atheism, cloning, "geniocracy" and "sensual meditation", together with the necessity test, assessing the scope of the ban.

The Court's supervision of the interference

The present case provided the Court with an opportunity to rule on the State's margin of appreciation in respect of the use of public space for the exercise of freedom of expression. The Court's case-law is scarce but enlightening in this regard. In *Appleby and Others v. the United Kingdom*,

1. President John F. Kennedy: "We are not afraid to entrust the American people with unpleasant facts, foreign ideas, alien philosophies, and competitive values. For a nation that is afraid to let its people judge the truth and falsehood in an open market is a nation that is afraid of its people."

where the applicants had been refused permission to collect signatures for a petition in a private shopping centre, the Court found that it could not be inferred from Article 10 of the European Convention on Human Rights that the State had a positive obligation to create rights of entry to private property or even to all publicly owned property, such as government offices and ministries, in order to assert the right to freedom of expression, if there were alternative and effective means for those concerned to convey their message. The Court did not exclude that such a positive obligation could arise, however, where the bar on access to property had the effect of preventing the effective exercise of freedom of expression or where it could be said that the essence of this right had been destroyed¹. In *Murphy v. Ireland* the Court accepted that a provision which allowed the filtering by the State or any organ designated by it, on a case-by-case basis, of unacceptable or excessive religious advertising would be difficult to apply fairly, objectively and coherently. Thus, State action in this regard should be “impartial, neutral and balanced”². In *Women On Waves and Others v. Portugal*, the Court dealt with an interference with the exercise of freedom of expression in the respondent State’s territorial waters, which were open by their very nature, with the consequence that any interference with freedom of expression within such space should be exceptional. Moreover, the Court reaffirmed that Article 10 protected not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they were conveyed³.

This question has, however, been examined for some time by the United States Supreme Court, which has construed the public-forum doctrine under the First Amendment to the US Federal Constitution⁴. The public-forum doctrine has been refined over the years, culminating in *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*, where the Supreme Court established a three-tier categorisation of public fora. The first category is the traditional public forum, which includes places which by long tradition or by government *fiat* have been devoted to assembly and debate⁵. In a

1. *Appleby and Others v. the United Kingdom*, no. 44306/98, §§ 47-49, ECHR 2003-VI, referring to *Marsh v. Alabama*, 326 US [United States Supreme Court Reports] 501.

2. *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, §§ 76-77, ECHR 2003-IX.

3. *Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, §§ 39-40, 3 February 2009.

4. See the reference in *Appleby and Others*, cited above, § 26.

5. In the foundational case *Hague v. CIO*, 307 US 496 (1939), the US Supreme Court decided that a municipal ordinance requiring a permit for a public assembly in or upon the public streets, highways, public parks or public buildings of the city was void. The principle established by the Supreme Court was that “[w]herever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions”. Other cases of public fora concern the area outside the Supreme Court building (*United States v. Grace*, 461 US 171 (1983)), or sidewalks (*Frisby v. Schultz*, 487 US 474 (1988)).

traditional public forum, the State may not restrict speech based on content, unless it can show that its regulation is necessary to serve a compelling State interest and is narrowly tailored to achieve that interest. The second category is the limited public forum, defined as public property which the State has opened for use by the public as a place for expressive activity. Although the State need not indefinitely keep a limited public forum open to the public, while the forum is open any State restriction of speech in that forum will be under the same rules as those applicable to a traditional public forum¹. The third category is the non-public forum, which, by tradition or design, is not an appropriate platform for unrestrained communication. Here the State is granted much greater latitude in regulating freedom of expression. In addition to applying time, place and manner regulations, the State may reserve the forum for its intended purposes, as long as the regulation of speech is reasonable and not an effort to suppress expression merely because public officials oppose the speaker's view². Thus, "the existence of a right of access to public property and the standard by which limitations upon such a right must be evaluated differ depending on the character of the property at issue"³. In the particular case of billboards, the Supreme Court

1. Among designated or limited public fora are a municipally owned theatre open for private productions (*Southeastern Promotions Ltd. v. Conrad*, 420 US 546 (1975)), open school-board meetings (*City of Madison v. Wisconsin Employment Relations Comm'n*, 429 US 167 (1976)), state fairgrounds opened to different community groups (*Heffron v. International society for Krishna Consciousness*, 452 US 640 (1981)) and university meeting facilities (*Widmar v. Vincent*, 454 US 263 (1981)).

2. In *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 US 37 (1983), a very thin majority considered that an interschool mail system and teacher mail folders were non-public fora. The court established a distinction between, on the one hand, content discrimination, i.e., discrimination against speech because of its subject matter—which may be permissible if it preserves the limited forum's purposes, and, on the other, viewpoint discrimination, i.e., discrimination because of the speaker's specific motivating ideology, opinion, or perspective, which is presumed impermissible when directed against speech otherwise within the forum's limitations. Other non-public fora are, according to the Supreme Court, jails (*Adderley v. Florida*, 385 US 39 (1966)), schools (*Grayned v. City of Rockford*, 408 US 104 (1972)), city buses (*Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 US 298 (1974)), military bases (*Greer v. Spock*, 424 US 828 (1976)), residential mailboxes (*US Postal Service v. Council of Greenburgh Civil Associations*, 453 US 114 (1981)), an annual charity drive created by the federal government to target federal employees (*Cornelius v. NCAACP Legal Defense and Education Fund*, 473 US 788 (1985)), postal premises, in particular a postal sidewalk near the entrance to a US post office (*United States v. Kokinda*, 497 US 720 (1990)), and airport terminals (*International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 US 672 (1992)). Public, designated or non-public fora may also include virtual fora, such as funding and solicitation schemes (*Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 US 819 (1995)), public access channels required by local cable franchise authorities (*Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC*, 518 US 727 (1996)) and a candidate debate on a State-owned television network (*Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 US 666 (1998)).

3. This doctrine has been much criticised, *inter alia*, for failing to address the values involved in finding a proper balance between the competing individual and public interests or to provide a true judicial review in cases where the reasonableness standard is applicable (see, for example, Jakab, "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* – A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property", *Fordham L. Rev.*, 54 (1986), 545; and

decided that an ordinance which permitted on-site commercial advertising (a sign advertising goods or services available on the property where the sign was located), but forbade other commercial advertising and non-commercial advertising using fixed-structure signs, unless permitted by specified exceptions, such as temporary political-campaign signs, breached the freedom of expression of companies that were engaged in the outdoor advertising business¹.

The Canadian Supreme Court also takes the view that restrictions on freedom of expression in public places must be interpreted strictly. In the case *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, the Supreme Court found that the provisions of airport concession regulations prohibiting the conducting of any business or undertaking, commercial or otherwise, and any advertising or soliciting in an airport, except as authorised in writing by the Minister, were inconsistent with the freedom of expression guaranteed in section 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms². In the specific case of billboards and posters, the Supreme Court censured as unconstitutional the absolute prohibition of postering on public property³ and affirmed the right to post political advertisements on the sides of buses belonging to the public transportation system⁴.

The public-forum doctrine was recently adopted by the German Federal Constitutional Court, which held that the administration of Frankfurt Airport was not entitled to prohibit, in the check-in area, the distribution of leaflets criticising the government's deportation policy. Ruling on whether there had been a breach of freedom of expression, the court found, in accordance "with the model of the public forum" (*nach dem Leitbild des öffentlichen Forums*), that the wish to create a "pleasant atmosphere" (*Wohlfühlatmosphäre*) for travellers, free from political or social debate, could not justify banning the leaflets in question in a public space such as an airport check-in area. Nor could content-based reasons, namely that the distribution of leaflets had been prohibited because the airport

Dienes, "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis", *Geo. Wash. L. Rev.*, 55 (1986), 109).

1. *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 US 490 (1981).

2. *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, (1991) 1 SCR [Canada Supreme Court Reports] 139. In her opinion, Justice L'Heureux-Dubé stated as follows: "If the government had complete discretion to treat its property as would a private citizen, it could differentiate on the basis of content, or choose between particular viewpoints, and grant access to sidewalks, streets, parks, the courthouse lawn, and even Parliament Hill only to those whose message accorded with the government's preferences. Such a standard would be antithetical to the spirit of the Charter, and would stultify the true import of freedom of expression."

3. *Ramsden v. Peterborough (City)*, (1993) 2 SCR 1084.

4. *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, 2009 SCC 31, (2009) 2 SCR 295.

administration did not share the opinions expressed, disapproved of them or considered them capable of harming its activities, justify any restriction on freedom of expression. The German Federal Constitutional Court was nonetheless willing to admit restrictions on freedom of expression in some sensitive public places where there was “a concrete fear that serious incidents will occur” (*ernsthafte Störungen konkret zu befürchten sind*)¹.

As the above-mentioned Supreme and Constitutional Courts have repeatedly expressed, the public-forum doctrine is of paramount importance for democratic regimes, because it is based on the principle of content-neutrality of State regulation of expression in the public arena. According to this principle, *the State is not assumed to support all the messages that are communicated in public facilities and spaces. When a certain message is circulated in public space there is no presupposition that the State endorses tacitly or expressly the content of that message. This principle derives directly from the principle of equality of all citizens before the law and the corresponding prohibition of discrimination of citizens by public authorities.*²

The Court’s case-law, and especially *Women On Waves and Others* (cited above), already hints at this same principle. The freedom of expression that *Women On Waves* guaranteed in the open maritime space of a State should also be acknowledged in its public space on land. The instant case provided an occasion to affirm that principle explicitly. In fact, the Court has constantly recognised that Article 10 § 2 leaves to the Contracting States a margin of

1. See judgment of the German Federal Constitutional Court, 22 February 2011, § 106.

2. The political philosophy underlying this case-law was formulated in *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919) by Justice Oliver Wendell Holmes with these words: “When men have realised that time has upset many fighting faiths, they may come to believe ... that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution.” Imbedded in the Socratic method, the “marketplace of ideas” theory holds that truth arises out of the competition of widely various ideas in free, transparent public discourse. The concept is rooted in John Milton’s *Areopagitica: A speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, 1644, and was later developed by John Stuart Mill’s *On Liberty*, 1859. Milton’s speech could be summarised in his much-quoted sentence: “Though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously, by licensing and prohibiting, to misdoubt her strength. Let her and Falsehood grapple; whoever knew Truth put to the worse in a free and open encounter?” In continental philosophy, the same theory was put forward first by Immanuel Kant’s article on political enlightenment entitled “Beantwortung der Frage : Was ist Aufklärung?”, published by the newspaper *Berlinische Monatsschrift*, in December 1784. Four years later, Mirabeau published *De la liberté de la presse, imité de Milton*, which adapted Milton’s work to the French political situation on the eve of the Estates-General. More recently, this fundamental idea was placed at the heart of the philosophical debate by the non-metaphysical approach of John Rawls’ redefined theory of a “well-ordered society” and the role of “public reason” therein and the post-metaphysical approach of Jürgen Habermas’ theory of the “public sphere” and its “communicative rationality” (see respectively, Rawls’ *Political Liberalism*, New York, 1993, and Habermas’s *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992).

appreciation, which is afforded both to the domestic legislature and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force. However, this margin goes hand in hand with a European supervision¹. The Court has to satisfy itself that the interference in issue is “necessary in a democratic society”, that is to say, that it corresponds to a “pressing social need” and is “proportionate to the legitimate aim pursued”, the reasons given by the national authorities to justify the interference therefore being “relevant and sufficient” for the purposes of paragraph 2 of Article 10 of the Convention². Thus, *the interference with freedom of expression is justified if it complies with a two-tier test: the test of necessity and the test of proportionality. The test of necessity assesses whether the interference with the right or freedom adequately advances the “social need” (social interests and rights and freedoms of others) pursued and reaches no further than necessary to meet said “social need”*³. *The test of proportionality evaluates whether a fair balancing of the competing rights, freedoms and interests has been achieved, whilst ensuring that the essence (or minimum core) of the right or freedom is respected*⁴. *The formal characterisation of a place as a public forum in view of its principal function does not per se resolve the matter, but it is certainly a valuable element, among others, to ascertain the prevailing right, freedom or interest. In addition to this space element, the balancing also takes into consideration the nature, form and timing of the speech, the status of the speaker, the nature and degree of the interference and the nature of the social need to be met.* Subject to the restrictions imposed by the social interests and “rights and freedoms of others” foreseen in Article 10 § 2 of the Convention, freedom of expression in a public forum is applicable not only to ideas that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the majority. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic

1. See *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 48, Series A no. 24.

2. See *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, § 59, Series A no. 30. This judgment clarified the initial formulation of the principle in § 49 of the *Handyside* judgment.

3. The “adequacy” test verifies whether there is a “rational connection” between the interference and the social need, by establishing a plausible instrumental relationship between them, as the Court first stated in *Ashingdane v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 57, Series A no. 93. The test of the less intrusive measure envisages the minimal impairment of the right or freedom at stake, by asking if there is an equally effective but less restrictive means available to further the same social need.

4. On the protection of the “essence” or the minimum core of the Article 10 freedom, see *Appleby*, cited above, § 47, which reiterates the principle established in *Ashingdane*, cited above, § 57. Thus, the test of proportionality (or “reasonableness” or “fair balance”) does not overlap entirely with the protection of the minimum core (or the “essence”) of the rights and freedoms at stake.

society”¹. To use the words of George Orwell, “If liberty means anything at all, it means the right to tell people what they do not want to hear”².

The Government claimed that the approval of the poster would mean that there was an implicit authorisation of the applicant’s ideas by the State³. This argument sits ill with a modern democratic society. In a pre-modern society, for ideas to be published in the public forum, a prior *nihil obstat et imprimatur* (literally, “there is no obstacle and you may print”) acceptance from the authorities was required, this authorisation being in certain cases express and in others tacit. The State had to approve the content of every single book, every single piece of creative work, every single speech communicated in the public space. Europe’s history bears witness to the long and hard fight against this form of State control, that fight having been accomplished with the grandiose acknowledgment that “the free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man”, as Article 11 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen foresaw⁴. Any sort of State *nihil obstat* in respect of the content of the message communicated in a public space would nowadays mean an inadmissible civilisational regression to pre-modern times. As Immanuel Kant wrote, a government seeking to impose such *nihil obstat et imprimatur* control on the public dissemination of controversial ideas should be reproached, since *Caesar non est supra grammaticos*⁵.

1. See *Handyside*, cited above, § 49, and *Women On Waves and Others*, cited above, § 42.

2. Eric Arthur Blair wrote a preface to the first edition of his *Animal Farm* (1945), where this sentence was included. The preface was not published and was only discovered in the author’s original typescript some years later. It was published in *The Times Literary Supplement*, 15 September 1972.

3. Like the Government, the domestic courts decided the matter based essentially on this same argument (see the decision of the Administrative Court of 22 April 2005, p. 11, and especially the Federal Court’s judgment of 20 September 2005, p. 11: “it is even more important to ensure that the State does not provide any support for such publicity by making public space available for it, which might suggest that it endorses or tolerates the opinions or conduct in question.”)

4. The most arduous of these fighters on the European continent was Voltaire, who wrote in his *Dictionnaire Philosophique*, 1764: “We have a natural right to make use of our pens as of our tongue, at our peril, risk and hazard.” But well before him, the publication in England of the illuminating *Areopagitica* of John Milton, itself a banned work, marked the beginning of the philosophical and political opposition to pre-publication censorship of the content of speech as a logical consequence of the freedom of expression.

5. Referring to the powers of the State, Kant wrote that the monarch did not have the power to rule over ideas and therefore could not submit the public discussion of opinions to prior governmental content-control: “It indeed detracts from His Majesty if he interferes in these affairs by subjecting the writings in which his subjects attempt to clarify their ideas to governmental supervision, when he does so acting upon his own highest insight – in which case he exposes himself to the reproach: *Caesar non est supra grammaticos* ...” (“*Es tut selbst seiner Majestät Abbruch, wenn er sich hierin mischt, indem er die Schriften, wodurch seine Untertanen ihre Einsichten ins reine zu bringen suchen, seiner Regierungsaufsicht würdigt, sowohl wenn er dieses aus eigener höchsten Einsicht tut, wo er sich dem Vorwurfe aussetzt: Caesar non est supra grammaticos, ...*”); Immanuel Kant, “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”, 1784.

The nature of the interference

The boundaries between the State's positive and negative obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition⁶. The answer to this question does not simply depend on the way the latter is formulated, as the Government maintained in their memorial. This is not a mere linguistic question.

There is a double logic test for the purpose of ascertaining whether the Court is in the presence of positive or negative obligations. On the one hand, the Court should ask itself if the absence of any action by the national authorities would have resulted in a violation of the Convention. Had the Neuchâtel police and administrative authorities omitted to take any decision regarding the poster, there would be no case at all. Therefore, the issue at stake is the action of interference (i.e., the refusal of authorisation) by the respondent State with a Convention right, rather than failure by the State to take positive measures to protect a Convention right.

On the other hand, the Court should consider whether, in the event that there has been a violation of the Convention, a complementary action by the government would be required to restore the applicant to the situation in which he found himself prior to that violation. If a finding of a violation does not imply the need for any restorative action by the government, that indicates a negative obligation. If a finding of a violation does imply the need for additional restorative action by the government, that indicates a positive obligation. In the case at hand, the domestic authorities took the initiative to prohibit the impugned posters allowed by the company Société Générale d’Affichage in 2001 and reiterated the prohibition in July 2004. No restorative action would now be possible, and the State would simply have to stop prohibiting similar campaigns by the applicant association in the future. Thus, the State had an obligation to refrain from restricting the applicant association's freedom of expression by refusing to permit the poster campaign.

To sum up, the present case is to be analysed in terms of the negative obligations arising from Article 10 of the Convention. That conclusion will affect the margin of appreciation afforded to the State in the present case, since the Court takes the view that this margin is narrower in the case of negative obligations arising from the Convention⁷.

6. See, for example, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, § 82, ECHR 2009.

7. See *Women On Waves and Others*, cited above, § 40.

The form of the speech

First and foremost, the domestic authorities censured the requested poster campaign that the applicant association wished to conduct in the streets and parks of Neuchâtel. *By tradition and design, public billboards on the streets and parks are public fora. The same applies to public billboards administered by a private entrepreneur on behalf of municipal authorities. Thus, expression in this privileged public space is incompatible with content-based censorship and leaves a narrow margin of appreciation to the State.*

It is noteworthy that the Swiss authorities examined not only the content of the applicant association's website mentioned on the poster but also that of other sites – in particular of the Clonaid site and the apostasie.org site – that were accessible via hyperlinks on the applicant's site, as well as books of the Movement and by its leader and the magazine *Apocalypse*. The Court could not establish the exact state of the websites visited by the domestic authorities at the material time and the Government did not present evidence in this connection. The parties discussed whether it was appropriate for the purposes of examining the proportionality and necessity of the disputed measure to take into consideration the content of the various websites referred to by the domestic authorities.

The Court exercises its supervision in the light of the case as a whole¹. Accordingly, a global examination of the context of the case also requires looking at the content of the websites in question. Such an examination should consider, in particular, the fact that the Internet is the most open and dynamic network in history. *If streets and parks of a city are the historical quintessential public fora, the Internet is today's global marketplace of ideas*².

1. See *Handyside*, cited above, § 50, and *The Sunday Times (no. 1)*, cited above, § 60.

2. The open and non-discriminatory access to and use of the Internet has been a major concern of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which approved Resolution 1877 (2012) on the protection of freedom of expression and information on the Internet and online media, and Recommendation 1906 (2010) on rethinking creative rights for the Internet age, and the Committee of Ministers, which approved, among others, CM/Rec(2007)16 on measures to promote the public service value of the Internet, CM/Rec(2008)6 on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, together with a Declaration on network neutrality, a Declaration on the management of the Internet protocol address resources in the public interest and a Declaration on the digital agenda for Europe, all of 29 September 2010 and inspired by the Granada Ministerial Declaration on the European Digital Agenda, of 19 April 2010. The same concern has been felt on the other side of the Atlantic. In response to the Federal Government's interest in regulating the content of speech on the Internet in order to promote its growth, the US Supreme Court stated in *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844 (1997): "We find this argument singularly unpersuasive. The dramatic expansion of this new marketplace of ideas contradicts the factual basis of this contention. The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society

Consequently, in the light of an effective, and not illusory, guarantee of the freedom of expression enshrined in Article 10, and bearing in mind the crucial public-service value of the Internet, *users must have the greatest possible access to Internet-based content, applications and services of their choosing, whether or not they are offered free of charge, using suitable devices of their choosing*¹. This principle of Internet neutrality imposes on both public and private Internet stakeholders (access providers, content-sharing platforms, search engines) an obligation not to refuse, provide or terminate in a discriminatory manner access to the Internet, with governments having the additional duty to ensure that all stakeholders are held accountable for violations of their users' freedom of expression and information. Therefore, users must not be subjected to any licensing or other requirements having a similar effect, nor any general blocking or filtering measures by public authorities, or restrictions that go further than those applied to other means of content delivery. When exceptional circumstances justify the blocking of unlawful content, it is necessary to avoid targeting users who are not part of the group for whose protection a filter has been activated.

*The Internet being a public forum par excellence, the State has a narrow margin of appreciation with regard to information disseminated through this medium. This is even more the case as regards hyperlinks to web pages that are not under the de facto or de iure control of the hyperlinker*². In this case, the narrow margin of appreciation of the State is determined by the principle

outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship." A narrow majority confirmed this laudable approach in *Reno's* follow-up, *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 US 656 (2004). One year before, the Supreme Court had made a step backwards, by refusing public-forum status to Internet access in public libraries (see *United States v. American Library Association*, 539 US 194 (2003)), based on an unconvincing parsimonious interpretation of the traditionality component of the public-forum doctrine and an unfortunate categorisation of the Internet as a technological extension of a book stack, thus overlooking the fact that if libraries had the right to curtail the public's receipt of already available Internet information, that would equate to the right to prevent access to books already available on the stack, in other words, the right to censorship. As the far-sighted dissenting opinions of Justices Stevens and Souter note, the majority admit the risks of overblocking the access of adults to a substantial amount of non-obscene material harmful to children but lawful for adult examination, and a substantial quantity of text and pictures harmful to no one.

1. This so-called principle of "Internet neutrality", recently affirmed by the Committee of Ministers of the Council of Europe, shares the exact same ideological grounds as the public-forum doctrine. The Committee adds that traffic management and filtering of illegal content should not be seen as a departure from the principle of network neutrality, since exceptions to this principle should be considered with great circumspection and need to be justified by "overriding public interests".

2. An eloquent justification of this was given by Justice Abella of the Supreme Court of Canada in *Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47, (2011) 3 SCR 269: "The Internet cannot, in short, provide access to information without hyperlinks. Limiting their usefulness by subjecting them to the traditional publication rule would have the effect of seriously restricting the flow of information and, as a result, freedom of expression. The potential 'chill' in how the Internet functions could be devastating, since primary article authors would unlikely want to risk liability for linking to another article over whose changeable content they have no control."

that no liability may be imputed to the “hyperlinker” based on the illegal content of the hyperlinked web pages, except when the hyperlinker has *de iure* or *de facto* control of the hyperlinked web page or has endorsed the illegal content of the hyperlinked web page. Linking by itself cannot be understood as a tacit expression of approval, additional elements being necessary to evidence the deliberate *mens rea* of the hyperlinker.

The nature of the speech

The Court has acknowledged that a wide margin of appreciation is afforded to the Contracting States when regulating expression in relation to matters of private interest, such as those within the sphere of religious¹ and commercial matters². However, there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or any other matters of general interest³.

Taking into consideration not only the contested poster, but also the website to which the poster referred and those other websites to which the first site was hyperlinked and the literature referred to by the domestic authorities, it is difficult to define the type of speech in issue in the present case. One thing is clear: the speech of the Movement falls outside the commercial context, in which members of the public are induced to buy

1. See *Murphy*, cited above, § 67. Nonetheless, the Court stated clearly that its assessment was restricted to the question whether a prohibition of a certain type (advertising) of expression (religious) through a particular means (the broadcast media) could be justified in the particular circumstances of the case. Anyway, the compatibility of this line of reasoning with the Court’s own interpretation of the freedom of religion and the neutral role of the State in religious matters is problematic, as will be demonstrated.

2. See *markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, 20 November 1989, § 33, Series A no. 165; *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 March 1990, § 72, Series A no. 173; *Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, § 50, Series A no. 285-A; *Demuth v. Switzerland*, no. 38743/97, § 42-43, ECHR 2002-IX; and *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 3)*, no. 39069/97, § 30, ECHR 2003-XII. The Court’s task has been confined in these cases to ascertaining whether the measures taken at the national level are “justifiable in principle and proportionate”, which in fact leaves room for full Convention supervision. Added to this quite broad criterion of supervision, the Court’s justification of the alleged wide margin of appreciation in regard to commercial speech is problematic. In fact, the “complex and fluctuating area” of trade, competition and advertisement should not be a cover for a lesser protection of consumer rights, especially in view of the growing international consensus on standards of fairness in business and advertisement. At this juncture, it is also relevant to stress that the Court itself has significantly diminished the impact of the *markt intern* jurisprudence, in so far as it has admitted that commercial statements, i.e., commercially motivated or otherwise commercial in their origin, may also be involved in a debate of general interest and thus the margin of appreciation should be concomitantly reduced (see *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, § 47, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, and *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, no. 24699/94, §§ 69-71, ECHR 2001-VI). The distinction between “purely commercial speech” and commercial speech with political overtones shows the intrinsic weakness of the apparently generous standard of margin of appreciation established by a minimum majority of the Court in *markt intern*.

3. See *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, § 42, Series A no. 103; *Castells v. Spain*, 23 April 1992, § 43, Series A no. 236; and *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, 25 June 1992, § 63, Series A no. 239.

a particular product. Three reasons can be put forward to support this assessment. Firstly, profit was not a relevant purpose, let alone the main purpose, of the message of the Movement displayed on the poster or in its website. What was at stake in this communication was not the applicant association's "purely commercial" interest¹. In fact, the applicant association does not even have a statutory profit-making purpose, since it is a non-profit association (*association à but non lucratif*, according to Article 1 of its Constitution, *statuts révisés de la religion raëlienne en Suisse*). In addition, no sale was proposed on the poster and the products which were proposed for sale on the website, such as books, had an informational function, in accordance with the alleged pedagogical purpose (*renseigner le grand public*) of the Movement foreseen in Article 2 of the same Constitution. Secondly, the fact that the applicant association paid for the poster to be posted on the public billboards of the City of Neuchâtel is immaterial. *Expression does not lose Convention protection to which it would otherwise be entitled simply because it appears in the form of a paid advertisement.*² Thirdly, the linking to the Clonaid website is also irrelevant, since the applicant association and Clonaid were at the material time – and still are – different legal entities. No evidence whatsoever was provided to the Court that the applicant association ever gained or even could have gained any profit from the cloning services made available by a third party.

The speech in issue seems to be close to philosophical debate, since the applicant association claims to be discussing the relationship between science and religion and to be disclosing a message purportedly transmitted by extraterrestrials in this connection. The applicant association not only purports to convey a message on the future of mankind, but also on the way today's men and women should live, from which ethical implications derive. If in addition one takes into consideration, as did the domestic courts, the references on the applicant association's website to geniocracy and the campaign for women's rights, the speech in issue also takes on a clear political connotation, which is reinforced by a general criticism of the present-day model of social, political and economic structures of Western societies. Regardless of the intrinsic philosophical value of the speech,

1. To use the exact words of *VgT Verein gegen Tierfabriken* and *Demuth* (both cited above), the applicant association's speech was not "purely commercial", or "primarily commercial". This same conclusion was reached in the decision of the Land Management Directorate of 27 October 2003 (p. 8): "Indeed, the poster in issue does not advertise the sale of books, courses or other items. Some works may be obtained via the above-mentioned website, but this is an item of information among others."

2. As Justice Brennan wrote in the landmark case of *New York Times v. Sullivan*, 376 US 255 (1964), "that the *Times* was paid for the advertisement is immaterial in this connection as is the fact that newspapers and books are sold". The same rationale applies to rented public billboards in the City of Neuchâtel.

which is obviously not under the Court’s jurisdiction, it is undeniable that it portrays a “general perspective of the world”, a *Weltanschauung*¹. Consequently, the encompassing and mixed nature of the applicant association’s speech, involving several issues of general interest, narrows the breadth of the margin of appreciation afforded to the State.

The proportionality test

Having clarified the applicable assessment criteria, the impugned interference now has to be examined in the light of the case as a whole in order to determine whether it is “proportionate to the legitimate aim pursued” and corresponds to a “pressing social need”, the specific reasons given by the national authorities therefore having to appear “relevant and sufficient” for those purposes. Thus, a thorough analysis of the reasons put forward by the domestic authorities in the light of the necessity and proportionality tests is required. Those reasons were related to the applicant association’s positions in matters of scientific atheism, defence of cloning and “geniocracy”, and to the possibilities of sexual abuse allegedly stemming from the content of the Raelian Movement’s website and literature.

Scientific atheism

The Federal Court admitted that the applicant association’s anti-clerical ideas and especially its wording on the poster about a message supposedly transmitted by extraterrestrials or its remark that science was replacing religion were not particularly provocative in nature, even if they might be offensive for part of Swiss society². The freedom of thought, conscience and religion guaranteed by the Convention entails freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion³. The State may not unduly suppress or restrict free communication of all believers, agnostics, atheists and sceptics, under the guise of respecting the religious sentiment of the majority. Consequently, freedom of expression allows for criticism of religion, churches, religious institutions and the

1. The domestic authorities admitted the existence of a “spiritual conception of life”. The decision of the Land Management Directorate of 27 October 2003 (p. 7) refers to a “global conception of the world”, which is based on “a new vision of the universe that gives us keys to awaken our potential and values to revolutionise society, ... to enable humanity to change war into peace, work into leisure, poverty into self-fulfilment and money into love”. The Directorate also noted the political connotation of the Movement’s speech, highlighting their campaign against female genital mutilation in African countries and in favour of the protection of women’s rights in Afghanistan and Africa. The same characterisation is found in the judgment of the Administrative Court of 22 April 2005 (p. 8): “this vision corresponds to a global vision of the world.”

2. Federal Court judgment of 20 September 2005, p. 8.

3. See the leading case *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260-A, and the later case of *Buscarini and Others v. San Marino* [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I.

clergy, as long as it does not derail into defamation (i.e., deliberate insult of persons and institutions)¹, or hate speech (i.e., promotion of hatred against a religious group)² or blasphemous speech (i.e., wilful deprecation of a particular religion by denigrating its doctrine or its deities)³. The line between criticism in religious matters and blasphemy is a very thin one, as European history has shown. In drawing that line, the Court departs from a civil libertarian doctrine, according to which freedom of expression should always prevail over freedom of religion, as well as from an opposite State-centred view, which would defer to public authorities unlimited power to regulate expression in public space according to the religious sentiment of the majority. Neither one nor the other extreme view is in accordance with the spirit of tolerance which is a feature of a democratic society. Only an approach that seeks to balance free speech and the freedom of others to hold religious beliefs is compatible with the Convention⁴. Indeed, the Court has frequently emphasised the State's fundamental role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and has stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed⁵. Thus, *tolerance requires a content-neutral stance on the*

1. See *Giniewski v. France*, no. 64016/00, ECHR 2006-I.

2. See *Norwood v. the United Kingdom* (dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI.

3. See *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, Series A no. 295-A; *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, *Reports* 1996-V; and *LA v. Turkey*, no. 42571/98, ECHR 2005-VIII.

4. Also pointing in this direction, see the Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1510 (2006) on freedom of expression and respect for religious beliefs, according to which freedom of expression should not be further restricted to meet increasing sensitivities of certain religious groups, but at the same time hate speech against any religious group is not compatible with the fundamental rights and freedoms; Recommendation 1804 (2007) on State, religion, secularity and human rights, which reiterated that freedom of expression could not be restricted out of deference to certain dogmas or the beliefs of a particular religious community; and Recommendation 1805 (2007) on blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, which underlined that religious groups must tolerate, as must other groups, critical public statements and debate about their activities, teachings and beliefs, provided that such criticism did not amount to intentional and gratuitous insults or hate speech and did not constitute incitement to disturb the peace or to violence and discrimination against adherents of a particular religion.

5. See *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, § 47, *Reports* 1996-IV; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 91, ECHR 2003-II; and *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 107, ECHR 2005-XI. From this point of view, the suppression of all kinds of religious or anti-religious speech in public space or in public means of communication is not a Convention compatible, non-discriminatory form of regulation of expression. As Justice Kennedy put it, it is “simply wrong” to say that debate is not skewed so long as multiple voices are silenced: the debate is skewed in multiple ways (see *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 US 819).

part of the State with regard to different forms of expression with a religious connotation.

In the present case, since the speech of the applicant association on the replacement of religions by an alleged “scientific atheism” and its criticism of established churches did not constitute, at the material time, a form of hate speech, nor a form of denigration of religion or religious institutions or the clergy¹, it was not proportionate to prohibit the contested poster on such basis.

Cloning

The Federal Court concluded that the linking of the applicant association’s website to that of the company Clonaid “contribute[d] to the promotion of an illicit activity and went further than a simple statement of an opinion”². In fact, human cloning is prohibited by the Additional Protocol to the Oviedo Convention of 12 January 1998, ratified by twenty-one of the forty-seven member States of the Council of Europe, including Switzerland. At the material time, Switzerland had not yet ratified the Protocol, since it only took that step on 24 July 2008. Nevertheless, Article 119, paragraph 2 (a), of the Federal Constitution, on the prohibition of human cloning, was already in force in March 2001.

The domestic authorities’ review in this connection was doubly indirect, because it concerned a reference on the impugned poster to the applicant’s website and, in turn, a hyperlink on that website to the website of Clonaid. The applicant association has not denied expressing opinions in favour of cloning, but claims that it has never participated in therapeutic or experimental acts in the field of human cloning. No evidence was presented before the Court or the domestic authorities of any such participation or of any *de iure* or *de facto* control by the applicant association over the Clonaid website. In addition, no evidence was produced as to the state of the websites of both the applicant and Clonaid at the material time. Nevertheless, in view of the explicit endorsement given to Clonaid by the applicant, the question whether the illegality of Clonaid’s cloning services could potentially taint the legality of the applicant association’s own website must be raised.

The promotion of cloning by the applicant association and its endorsement of Clonaid’s activity did not constitute *per se* an unlawful act punishable under domestic law. In fact, the Swiss Criminal Code

1. In a judgment of the Federal Court of 16 September 2003, the Movement’s criticism of paedophile priests was found to be in conformity with Swiss law, with the argument: “It is indeed public knowledge that there are paedophile priests and that their hierarchy have not always taken the necessary steps to prevent those who have committed such acts from continuing.”

2. Federal Court’s judgment of 20 September 2005, p. 9.

provides for the offence of public incitement to commit a crime (*Öffentliche Aufforderung zum Verbrechen* – see Article 259 of the Criminal Code), but this provision requires as a constitutive element of the criminal conduct that the incitement must have taken place in an unequivocal way in relation to a crime, whose form and content are sufficiently precise to be recognised by common citizens and to influence them, the mere endorsement of an idea being irrelevant for the purposes of the provision¹. The Swiss Federal Council itself acknowledged twice, in its response of 10 September 1997² and in its response of 21 May 2003 (see paragraph 24 of the judgment) to questions from members of parliament, the lawfulness of the Movement’s activity of promotion of cloning. Since the applicant association was not engaged in any unlawful cloning activity, not even as a moral or material accomplice, it was not proportionate to prohibit the mere statement of an opinion favourable to cloning.

“Geniocracy”

The applicant association advocates “geniocracy”, which represents government by an intellectual elite. The Federal Court considered that this ideology was “capable of offending the democratic and anti-discriminatory convictions that underpin the rule of law”³. Geniocracy undeniably runs counter to democratic principles, since it breaches the principle of equality of all citizens. However, as the Federal Court also admitted, the idea of geniocracy is not presented by the applicant as a “real political project” but rather as a “utopia” which would be fulfilled voluntarily⁴. This situation is distinct from those cases where the Court has found restrictions on freedom of expression to be proportionate in respect of organisations defending

1. See to this effect the Federal Court judgment of 5 July 1985 (BGE 111 IV 152: *von einer gewissen Eindringlichkeit, die nach Form und Inhalt geeignet ist, den Willen der Adressaten zu beeinflussen*) and, among legal scholars, Stratenwerth and Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, Berne, 2007, p. 649; Stratenwerth and Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, Berne, 2008, pp. 194-95; and Fiolka, in Niggli/Wiprächtiger, *Baseler Kommentar Strafgesetzbuch, II*, Basle, 2007, annotations 10-13 to Article 259. Similar provisions are to be found, for instance, in the Austrian Criminal Code (§ 282), the German Criminal Code (§ 111), the French Law of 29 July 1881 (section 23), the Italian Criminal Code (Article 414) and the Portuguese Criminal Code (Article 297).

2. According to the Federal Council’s response of 10 September 1997, the activities of the Movement should not even be – and in fact were not – covered by police prevention (“In accordance with the directives of the [Federal Department of Justice and Police] – as approved by the Federal Council – dated 9 September 1992 on the implementation of State protection, it is not in principle for the Federal Police, in its capacity as police prevention authority, to deal with such organisations. Consequently, the Federal Police have no information concerning the area of activity of the Raelian sects”).

3. See the judgment of the Federal Court of 20 September 2005, p. 9.

4. *Ibid.*

political projects that were incompatible with the concept of a “democratic society”¹. Hence, it was not proportionate to prohibit a mere utopian speech.

“Sensual meditation”

The Federal Court laid great emphasis on the fact that a number of criminal cases of sexual abuse of children involved members of the Raelian Movement. It pointed out that certain passages from the publications accessible via the Movement’s website concerning the notions of “sensual meditation” or “sensual awakening” of children could “seriously shock its readers” and “lead adults to commit acts of sexual abuse”².

The Movement’s official position, as expressed on its website, is total condemnation of paedophilia. It even founded an organisation called “Nopedo”, which reports cases of paedophilia to the authorities³.

An objective assessment of this sensitive issue requires a distinction between two situations:

(a) Final criminal convictions of members of the Raelian Movement for sexual abuse of children committed *outside the context of the organisation’s activities* could hardly be regarded as a relevant and sufficient reason for which to ban the poster campaign in question, in view of the tenuous and remote connection between any such convictions, related to conduct in the sphere of the private life of the persons concerned, and the content of the Raelian Movement’s website.

(b) Final criminal convictions of members of the Raelian Movement for sexual abuse of children committed *within the context of the organisation’s activities* could potentially justify banning the Movement as such, and *a fortiori* the poster campaign in issue.

The Government were asked to inform the Grand Chamber of all final convictions of members of the Raelian Movement for sexual abuse of children within and outside the context of the organisation’s activities. In fact, the only final criminal convictions definitely proven to date are the following.

(i) A judgment of the Colmar Court of Appeal, dated 5 April 2005, pronouncing a conviction and a six-year prison sentence for “sexual assault on a minor under 15 by a parent or person with authority” as a result of sexual contact between a member of the Movement and his children in the years 1995 to 1997. These facts occurred within the boundaries of the private life of this member and should not be imputed to the Movement itself or its website.

1. See, for example, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 132.

2. See the judgment of the Federal Court of 20 September 2005, pp. 9-11.

3. In its judgment of 16 September 2003, the Federal Court decided that Nopedo’s reporting action did not breach the law.

(ii) A judgment of the Lyons Court of Appeal of 24 January 2002 sentencing four members of the Movement to prison sentences of up to eighteen months (with and without suspension), for “*corruption de mineures*” (inciting female minors to engage in unlawful sexual activity). These crimes consisted in consensual sexual relationships with minors of 15 or more years of age within the context of meetings organised by the Movement in 1996 and 1997.

Both these judgments were published after 2001, which means that at the material time of the poster ban there were no final criminal convictions on which the Neuchâtel police and the municipal council could base their decision against the applicant association. Even after the publication of the above-mentioned convictions, the Administrative Court concluded “it is true that the Movement cannot be found to advocate paedophilia”¹. Meanwhile, fourteen years have passed since the facts described in the criminal judgments occurred and no other convictions have followed. The publications mentioned by the domestic courts were released more than thirty years ago and no proceedings have ever been opened to withdraw them from the market. In such a situation the question is whether the reasons given by the authorities to justify the ban on the poster campaign suffice.

No criminal actions were ever proven in Switzerland and those which were proven in France are not sufficient to show a pattern of behaviour of sexual abuse of minors within the applicant association. One criminal conviction for illicit consensual sexual practices committed within the context of the organisation’s activities in over thirty years is certainly no evidence of a dangerous pattern of behaviour attributable to the Movement, especially if one considers that the allegedly “dangerous” publications have been available to the general public during that same period of time. Moreover, neither in the reasons given by the domestic courts, nor in the Government’s observations before the Court, is there any indication whatsoever that there was a clear and imminent danger which justified the impugned interference at the precise time it was undertaken. Yet, the Court has established that *measures interfering with freedom of expression which purport to safeguard public order, prevent crime and defend the rights of others require evidence of a clear and imminent danger*. This standard has been ignored by the domestic authorities². In those conditions, one cannot but conclude that it was not proportionate to ban the contested poster campaign in Neuchâtel.

1. Judgment of the Administrative Court of 22 April 2005, p. 12.

2. This standard was established in *Gül and Others v. Turkey*, no. 4870/02, § 42, 8 June 2010, and reiterated in *Kılıç and Eren v. Turkey*, no. 43807/07, § 29, 29 November 2011. A similar test was first used by the US Supreme Court when it upheld the convictions of anti-war socialists under the 1917 Espionage Act (*Schenk v. United States*, 249 US 47 (1919)). Writing the opinion of the court, Justice Oliver Wendell Holmes reasoned that “the question in every case is whether the words used are used in

The necessity test

The Government argued that the poster ban was limited in its scope, as the applicant association remained free to “express its beliefs through the numerous other means of communication at its disposal” and “there was never any question of banning the applicant association itself or its website”¹. There are two logical contradictions in this line of reasoning.

Firstly, there is a contradiction between the prohibition of the poster, which referred to the website, and the official tolerance of the website itself. If the website is accepted by the Swiss authorities, it is because the ideas it imparts do not breach Swiss law. The website being lawful, the poster which simply refers to it is necessarily lawful. This is a simple question of logic².

Secondly, there is a contradiction between the prohibition of the poster and the official tolerance of the applicant association itself. The statutory purposes of the applicant association include the advertising of a message supposedly communicated by extraterrestrials³. If the applicant’s statutory purposes are in accordance with Swiss law, as the domestic authorities and the respondent Government admit, a poster bearing a mere reference to the association and its website is also legal. In the absence of a legal decision of dissolution of the association, taken under Article 78 of the Swiss Civil Code, it is illegitimate to prohibit the dissemination of the applicant association’s website.

The Government claimed that the particular danger of the poster lay in the fact that it allowed the broader public to look at the site. This

such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent”. In his dissent in *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919), Holmes refined the standard by saying that the State may punish speech “that produces or is intended to produce a clear and imminent danger that will bring about forthwith certain substantive evils that the United States constitutionally may seek to prevent”. In *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969), the Supreme Court substituted the clear and present danger test for a direct incitement test, which coincides with the immediacy test of Holmes. This same standard was established by the United Nations Human Rights Committee in *Coleman v. Australia*, Communication No. 1157/2003, UN Doc CCPR/C/87/D/1157/2003 (10 August 2006), on criminal punishment for taking part in a public address in a pedestrian mall without a permit, on issues such as bills of rights, land rights and freedom of speech, without being threatening or unduly disruptive or otherwise likely to jeopardise public order in the mall. The test of a “concrete fear of serious damage” of the German Federal Constitutional Court, although not referring directly to the immediacy requisite, presupposes it, in view of the “concreteness” that the fear is required to have.

1. Judgment of the Federal Court of 20 September 2005, p. 11.

2. In logical terms, a simple argument *maiore ad minus* describes an obvious inference from a claim about a stronger entity, greater quantity, or general class to one about a weaker entity, smaller quantity, or specific member of that class. The reasoning from greater to smaller is imperative, as in the example “If a door is big enough for a person two metres high, then a shorter person may also come through”. If the applicant association’s website is in accordance with the Swiss law, the poster which merely refers to it is also lawful.

3. See Article 2 of the *statuts révisés de la religion raëlienne en Suisse*.

contradictory line of argument does not stand up. It cannot at the same time be said that the website remained a good alternative by which to impart ideas of the Movement and that the same website should be hidden from the broader public because of the ideas that it imparted. Furthermore, the mere evidence of facts suffices to show that the Internet has a much larger audience than any poster would have. Even assuming that the message of the website was the evil to avoid, there is no possible justification for prohibiting a lesser evil (a poster referring to the website) and permitting the greater evil (the website itself).

Lastly, the poster ban in Neuchâtel was all the less “necessary” in that a host of similar posters of the applicant association had been duly authorised in other Swiss municipalities, without any knowledge of public inconvenience or disorder being recorded. Thus the prohibition of the poster was not the least possible prejudice chosen by the domestic authorities. It was an ineffective and useless means of restricting in a particular city of Switzerland a lawful speech which had a nationwide and even worldwide audience. Given the uncontested presence of the Movement and its message throughout the country and the world, the poster ban was a futile measure, and futile measures cannot be necessary.

The *Murphy* case-law does not support the domestic authorities’ conduct either, contrary to what the Federal Court concluded. In fact, in *Murphy* the Court admitted the general prohibition of religious advertising on television owing to the circumstance that television advertising had a “more immediate, invasive and powerful impact” on the passive recipient¹. But in the present case the respondent Government did not produce evidence that the City of Neuchâtel had a policy of prohibiting all religious advertising through poster campaigns and, even if they had done so, that evidence would not prove valid for an association with a broader message such as that of the Raelian Movement. In addition, even if the applicant association’s message was restricted to its religious aspects and its website was considered a mere religious advertisement, *Murphy* would still not be applicable to the current case, since a website is not analogous to broadcasting. It is self-evident that the website does not have the same “immediate, invasive and powerful impact” on the general public that television broadcasting has².

Be that as it may, the existence of alternative means of communication available to the applicant association could not by itself justify the interference

1. See *Murphy*, cited above, § 74.

2. See, along the same line, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844 (1997), stating that “communications over the Internet do not ‘invade’ an individual’s home or appear on one’s computer screen unbidden”.

with its freedom of expression¹. *The limited scope of the interference does not free the State of the duty to provide a sufficient reason for it, which it did not do in the present case.* The mere fact that public authorities choose to interfere with a limited means of communication does not excuse them from having to provide a convincing argument to support the pressing social need for the interference. Moreover, since the poster ban was based on the content of the website, the applicant association can legitimately fear that questions concerning the legality of the site itself will arise later on and that this alleged alternative will be suppressed in the near future. This places the applicant association in a situation of uncertainty that is hardly compatible with the spirit of Article 10 of the Convention. It would thus suffice for a city or a State to decide that it did not wish its name to be associated with certain non-majority but lawful ideas in order to justify a systematic denial and oppose the expression of such ideas in public on a permanent basis. In fact, that was exactly what happened in the instant case, as the subsequent sequence of events demonstrates.

The Government's argument is definitely prejudiced by the fact that the Neuchâtel authorities refused not once, not twice, but three times to allow the applicant access to the public forum. In June 2004, another poster campaign proposed by the applicant association was prohibited in Neuchâtel. Prior to these rejections of 2001 and 2004, a request to publish on a billboard in the public space of Neuchâtel had already been refused in 1999. These facts show an inadmissible pattern of content-based discriminatory conduct of public authorities towards a minority. The systematic prohibition of any expression through billboards and posters in a public area casts strong doubt on the objectiveness and impartiality of the State conduct. And where there is no objective or impartial judgment, there is no proportionality assessment, but rather arbitrariness. Content-based expression control ends up as pure speaker-based discrimination. Such State conduct inevitably produces a chilling effect not only in regard to the applicant association, but also in regard to any person wishing to communicate ideas not shared by the majority².

Individuals do not have an unconditional or unlimited right to the extended use of public space, especially in relation to State facilities intended for advertising or information campaigns. That being said, the State has a duty to respect freedom of expression when it is called upon to supervise the terms of use of a concession such as that in issue in the present case. Such limitations or restrictions must in particular respect the principle of equality

1. See *Women On Waves and Others*, cited above, § 39.

2. See *Women On Waves and Others*, cited above, § 43, and *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, § 67, 3 May 2007.

of all citizens. In other words, the public authorities must above all refrain from reserving different treatment for groups or organisations with whose actions or opinions they do not agree.

Conclusion

The very purpose of Article 10 of the Convention is to preclude the State from assuming the role of watchman for truth and from prescribing what is orthodox in matters of opinion. The State must strictly adhere to the principle of content-neutrality when it decides how to make a public space available, refraining from banning a campaign on the pretext that authorisation could imply approval or tolerance of the opinions in question. Such prohibitions are not compatible with the pluralism inherent in democratic societies, where ideas are freely exchanged in a public space and truth and error emerge from an unrestricted confrontation of ideas. As John Stuart Mill put it, “The peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”¹.

In the instant case, having regard to the State’s negative obligation to refrain from interfering with the applicant association’s freedom of expression, the mixed nature of the association’s speech, the legality of the speech, the association’s website and statutory purposes at the material time, the inexistence of any clear and imminent danger resulting from this speech and the contradictory and arbitrary scope of the poster ban, and after examining the decisions given by the competent authorities in the light of the narrow margin of appreciation applicable to the case, I cannot but conclude that the reasons on which the impugned ban was based were not sufficient and that the interference did not correspond to a pressing social need.

1. John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859.

DJOKABA LAMBI LONGA v. THE NETHERLANDS
(*Application no. 33917/12*)

THIRD SECTION¹

DECISION OF 9 OCTOBER 2012²

1. Sitting as a Chamber composed of Josep Casadevall, *President*, Egbert Myjer, Corneliu Birsan, Alvina Gyulumyan, Luis López Guerra, Nona Tsotsoria, Kristina Pardalos, *judges*, and Santiago Quesada, *Section Registrar*.

2. English original.

SUMMARY¹**Jurisdiction in relation to detention in the United Nations Detention Unit (The Hague) of a Congolese remand prisoner who was transferred to the custody of the International Criminal Court****Article 1**

Jurisdiction of States – Jurisdiction in relation to detention in the United Nations Detention Unit (The Hague) of a Congolese remand prisoner who was transferred to the custody of the International Criminal Court – Powers of international criminal tribunal to secure attendance of witnesses and keep them in custody – International law basis for applicant's detention – Procedural guarantees before the International Criminal Court – No obligation for a State hosting an international criminal tribunal on its territory to review lawfulness of detention on its premises – Examination of asylum request of a prisoner in the custody of the International Criminal Court insufficient to bring his detention within a hosting State's jurisdiction

*

* *

In 2005 the applicant, a Congolese national, was arrested in Kinshasa and charged with participation or complicity in murder. His detention on remand was extended several times. In March 2011 the applicant was transferred from detention in the Democratic Republic of the Congo to the custody of the International Criminal Court (ICC) in The Hague to give evidence as a defence witness, which he did in March and April 2011. In June 2011 he lodged an asylum request with the Netherlands authorities and asked the ICC to order a stay of his removal to the Democratic Republic of the Congo. In July 2011 Trial Chamber I of the ICC decided that the ICC had to provide a proper opportunity for the Netherlands authorities to consider the applicant's asylum request and for the applicant to make his case. In September 2011 the Immigration and Naturalisation Service of the Netherlands informed the applicant that, since he was not within the jurisdiction of the Netherlands, it was not possible for him to request asylum and that his request would be treated as a request for protection, to be considered in the light of the prohibition of *refoulement* flowing from the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and Article 3 of the European Convention. Subsequently, the applicant challenged the lawfulness of his detention before the Netherlands courts, which held that, although the Netherlands were prepared to give consideration

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

to the applicant's request for protection and had asked the ICC to continue the applicant's detention, the detention of the applicant had not for that reason been brought under the authority or control of the Netherlands authorities. Before the European Court the applicant complained under Article 5 § 1 of the Convention that his continued detention in the United Nations Detention Unit was unlawful. The Congolese title for his detention, such as it was, had expired in July 2007 and had not been renewed. The ICC had no legal ground to keep him detained after he had given evidence. The Netherlands authorities had never even claimed that there was a title for the applicant's detention in Netherlands domestic law. He also alleged a violation of Article 13 of the Convention in that he had not had any effective recourse in the domestic legal system to challenge the legality of his detention. In September 2012 the applicant withdrew his asylum request. He is currently detained in the United Nations Detention Unit within Scheveningen Prison, The Hague.

Held

(1) Article 37 § 1: Although the applicant had withdrawn his request for asylum, which unambiguously entailed the relinquishment of his efforts to seek an order from the Netherlands authorities for his release from custody, he had not so informed the Court himself (Rule 47 § 6 of the Rules of Court), nor had he withdrawn his application. The Court was thus left in uncertainty as to whether the applicant wished the Court nonetheless to address the merits of his case. However, the application raised important questions with regard to the application of Article 1 of the Convention. In particular, it touched on essential aspects of the functioning of international criminal tribunals having their seat within the territory of a Contracting State and invested with the power to keep individuals in custody. Moreover, an answer to the questions posed by the present application was urgently required given the uncertainty that had arisen from a recent judgment of the domestic courts in a similar case. The Court therefore decided not to strike the application out of its list.

(2) Article 1: In so far as the applicant invoked the territorial principle, it would in the Court's view be unthinkable for any criminal tribunal, domestic or international, not to be vested with powers to secure the attendance of witnesses. The power to keep them in custody, either because they were unwilling to testify or because they were detained in a different connection, was a necessary corollary. This power was implied in the case of the NATO Status of Forces Agreement, Article VII of which granted the sending State extraterritorial powers to try and to police; explicit provision for such a power was made for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Rule 90 *bis* of its Rules of Procedure and Evidence. The applicant had been brought to the Netherlands as a defence witness in a criminal trial pending before the ICC. He had already been detained in his country of origin and remained in the custody of the ICC. The fact that the applicant was deprived of his liberty on Netherlands soil did not of itself suffice to bring questions touching

on the lawfulness of his detention within the “jurisdiction” of the Netherlands as that expression was to be understood for the purposes of Article 1. As long as the applicant was neither returned to the Democratic Republic of the Congo nor handed over to the Netherlands authorities, the legal ground of his detention remained the arrangement entered into by the ICC and the authorities of the Democratic Republic of the Congo under Article 93 § 7 of the Statute of the International Criminal Court. In sum, the applicant’s detention had a basis in the provisions of international law governing the functioning of the ICC and binding also on the Netherlands.

As regards the alleged insufficiency of human rights guarantees offered by the ICC, it had powers under Rules 87 and 88 of its Rules of Procedure and Evidence to order protective measures, or other special measures, to ensure that the fundamental rights of witnesses were not violated. It could not be decisive that the orders given by the Trial Chamber in the use of its said powers would not necessarily result in the applicant’s release from detention by the authorities of the Democratic Republic of the Congo, as the applicant appeared to suggest. The Convention did not impose on a State that had agreed to host an international criminal tribunal on its territory the burden of reviewing the lawfulness of deprivation of liberty under arrangements lawfully entered into between that tribunal and States not party to it.

The applicant’s final argument was that, since the Netherlands had agreed to examine his asylum request, it necessarily followed that the Netherlands had taken it upon itself to review the lawfulness of his detention on the premises of the ICC – and to order his release, presumably onto its territory, if it found his detention unlawful. The Court, for its part, failed to see any such connection in view of its well-established case-law, according to which: the right to political asylum was not contained in either the Convention or its Protocols; the Convention did not guarantee, as such, any right to enter, reside or remain in a State of which one was not a national; and, finally, States were, in principle, under no obligation to allow foreign nationals to await the outcome of immigration proceedings on their territory. The application was inadmissible: incompatible *ratione personae*.

Case-law cited by the Court

Tyrer v. the United Kingdom, 25 April 1978, Series A no. 26

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, Series A no. 94

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

Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V

Nsona v. the Netherlands, 28 November 1996, *Reports* 1996-V

Boujlifa v. France, 21 October 1997, *Reports* 1997-VI

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

McElhinney v. Ireland [GC], no. 31253/96, ECHR 2001-XI

- Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI
Fogarty v. the United Kingdom [GC], no. 37112/97, ECHR 2001-XI
Chandra and Others v. the Netherlands (dec.), no. 53102/99, 13 May 2003
Karner v. Austria, no. 40016/98, ECHR 2003-IX
Benamar and Others v. the Netherlands (dec.), no. 43786/04, 5 April 2005
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [GC],
no. 45036/98, ECHR 2005-VI
Haydarie and Others v. the Netherlands (dec.), no. 8876/04, 20 October 2005
*Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. the
Netherlands* (dec.), no. 13645/05, ECHR 2009
Galić v. the Netherlands (dec.), no. 22617/07, 9 June 2009
Blagojević v. the Netherlands (dec.), no. 49032/07, 9 June 2009
Kane v. Cyprus (dec.), no. 33655/06, 13 September 2011
H. v. the Netherlands (dec.), no. 37833/10, 18 October 2011
Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], no. 27765/09, ECHR 2012
Kurić and Others v. Slovenia [GC], no. 26828/06, ECHR 2012

...

THE FACTS

1. The applicant, Mr Bède Djokaba Lambi Longa, is a national of the Democratic Republic of the Congo, born in 1966. He is currently detained in the United Nations Detention Unit within Scheveningen Prison, The Hague, the Netherlands. He was represented before the Court by Mr W. Eikelboom, Mr F. Schüller and Mr G. Sluiter, lawyers practising in Amsterdam.

A. The circumstances of the case

1. *The applicant's detention in the Democratic Republic of the Congo*

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

3. The applicant was a prominent member of the Union of Congolese Patriots (*Union des patriotes congolais*, "UPC"), a political movement created in the Ituri region of the Democratic Republic of the Congo. The UPC's military wing, the *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*, "FPLC") was one of the armed factions active in that area in recent years.

4. On 19 March 2005 the applicant was arrested in Kinshasa together with other members of the UPC or the FPLC including Thomas Lubanga Dyilo, the UPC's president and the FPLC's commander-in-chief.

5. It appears that the applicant was charged with participation or complicity in the murder of nine Bangladeshi members of the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo (*Mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo*, "MONUC"). The applicant has consistently denied these charges.

6. The applicant's detention on remand was extended several times. The last detention order contained in the Court's case file expired on 2 July 2007. The applicant states that no subsequent extension of his detention was ever authorised and that he has been detained without legal basis ever since.

2. *The applicant's transfer into the custody of the International Criminal Court*

7. On 17 March 2006 Thomas Lubanga Dyilo was arrested under a sealed warrant of arrest of the International Criminal Court and transferred to The Hague. It was announced on 28 August 2006 that Mr Lubanga

Dyilo had been charged by the Prosecutor of the International Criminal Court with enlisting, conscripting and using children under 15 years of age to participate actively in hostilities.

8. On 27 March 2011 the applicant was transferred from detention in the Democratic Republic of the Congo into the custody of the International Criminal Court in The Hague to give evidence at Mr Lubanga Dyilo's trial as a defence witness. It would appear that the applicant consented to this transfer. It is stated in Trial Chamber I's decision of 5 August 2011 (see below) that the authorities of the Democratic Republic of the Congo undertook to respect the applicant's privilege against self-incrimination.

9. The applicant gave evidence on various dates between 30 March and 7 April 2011.

3. Proceedings in the International Criminal Court

(a) The applicant's submissions and argument before the Trial Chamber

10. On 7 April 2011 the applicant lodged a request with Trial Chamber I for "special measures relating to his asylum application". He stated that he feared reprisals upon his return to the Democratic Republic of the Congo at the hands of members of the government of that country, including President Kabila himself. He also submitted that he had health problems for which he required medical treatment that was not available in the Democratic Republic of the Congo.

11. On 1 June 2011 the applicant lodged an asylum request with the Netherlands authorities (see below). On the same day he asked the International Criminal Court to order "special measures" pursuant to Rule 88 § 1 of the International Criminal Court's Rules of Procedure and Evidence (see below) in the form of, as relevant to the present case, a stay of his removal to the Democratic Republic of the Congo.

12. The Trial Chamber invited observations from the authorities of the Democratic Republic of the Congo, who asserted that they continued to detain the applicant throughout the entirety of the proceedings, having temporarily transferred only actual custody. In their view, the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 and the Protocol thereto of 31 January 1967 did not take precedence over the Rome Statute of the International Criminal Court, particularly Article 93 thereof (see below).

13. The Netherlands government, in observations received by the Registry of the International Criminal Court on 7 June 2011, submitted that the applicant was in the temporary custody of the International Criminal Court and thus outside the jurisdiction of the host State. However, if an application of asylum was received, the government would consider and

decide on it, “whatever the result”. The host State would, however, defer to the assessment of the International Criminal Court as to whether the applicant could be returned safely to the Democratic Republic of the Congo; any safety risks identified by the International Criminal Court were to be resolved by it under its witness-protection programme. In the meantime, the applicant should remain in the care of the International Criminal Court.

14. The International Criminal Court’s Victims and Witnesses Unit, in response to an order given by the Trial Chamber, carried out a risk assessment on the issue of protective measures for the applicant and for certain other witnesses in a different case who had raised similar concerns. This assessment included reviewing transcripts of the applicant’s testimony, evaluating the current political situation in the Democratic Republic of the Congo and meeting with the Director of the detention centre where the applicant had been held (the Makala detention centre, Kinshasa). The Victims and Witnesses Unit concluded that following his return to the Democratic Republic of the Congo the applicant would not be exposed to any additional risk to his security or psychological or physical well-being as a result of his testimony before the International Criminal Court. As to the specific fears which the applicant had expressed that his testimony about influential figures in the Congolese government put him at risk if he returned to the Democratic Republic of the Congo, the Victims and Witnesses Unit expressed the view that the applicant’s evidence did not reveal anything to the Congolese authorities of which they were not aware. Moreover, “the desire of [the applicant] to implicate the Congolese authorities, and particularly President Kabila, [was] public knowledge”. The Victims and Witnesses Unit concluded that it was unlikely that the applicant’s evidence would have an impact on politics within the Democratic Republic of the Congo such as to lead to reprisals. Moreover, assurances had been received from the Congolese authorities that the applicant would receive adequate protection, and the applicant’s safety would be sufficiently secured by continued monitoring once he had been returned to the Makala detention centre.

15. Medical information was available from which it appeared that the applicant had received medical treatment appropriate to his condition and was fit to travel.

(b) The Trial Chamber’s decision

16. On 4 July 2011 Trial Chamber I gave its decision. It recognised that the International Criminal Court had an obligation pursuant to Article 93 § 7 (b) of its Statute and Rule 192 § 4 of its Rules of Procedure and Evidence, as well as under Standard Operating Procedures which had been agreed between its Registry and the Democratic Republic of the Congo, to return

the applicant to the Democratic Republic of the Congo once the purposes of his transfer had been fulfilled – which they were, since the applicant had finished giving his evidence. However, Article 21 § 3 of the Statute required the application and interpretation of the applicable law to be consistent with internationally recognised human rights. The Trial Chamber had therefore first to consider the implications of the applicant’s asylum claim.

17. It was for the Netherlands authorities, not for the International Criminal Court, to consider the applicant’s asylum request. The International Criminal Court had, however, to provide a proper opportunity for the Netherlands authorities to do so and for the applicant to make his case. It was for the Netherlands authorities to decide whether it was necessary to intervene in order to take control of the applicant until such time as the asylum proceedings, and any appellate phase in those proceedings, were concluded.

18. The Trial Chamber instructed the Registry to allow the applicant reasonable access to the lawyers representing him for the asylum request; to submit a report on the domestic procedure to be followed in order for the Netherlands to be able to discharge its obligations pursuant to the asylum request before the applicant was returned to the Democratic Republic of the Congo (unless asylum was granted); to liaise with the Congolese authorities, prior to any return of the applicant to the Democratic Republic of the Congo, in order to determine the extent of, and to implement, any protective measures that the Registry considered necessary, and report back accordingly; and to monitor the position of the applicant following his return to the Democratic Republic of the Congo.

(c) Further proceedings in the International Criminal Court

19. On 2 August 2011 the Netherlands Ministry of Foreign Affairs submitted a *note verbale* informing the Trial Chamber of the need to hold interviews with the applicant and the likelihood of further investigations, as well as ensuing litigation. The note included the following:

“The foregoing administrative and judicial proceedings may take considerable time and the Netherlands requires the detained witness to remain at the International Criminal Court Detention Centre throughout.”

20. On 13 July 2011 the Netherlands government requested leave to appeal against the Trial Chamber’s decision. The Democratic Republic of the Congo submitted a document indicating that it took issue with the decision, which the Chamber decided to treat as a request for leave to appeal. On 4 August 2011 the Trial Chamber granted both requests. On an unknown later date the Appeals Chamber decided that the grant of leave to appeal to the Netherlands was *ultra vires* and therefore improper.

21. In an order of 15 August 2011, the Trial Chamber reiterated that it was for the Netherlands

“to decide whether, according to its national and international obligations, it [would] take control of the witness until such time as the asylum application and any appellate phase in those proceedings [were] determined”.

Furthermore,

“The Host State [was] urged to consider without delay whether it [intended] to defer [the applicant’s] departure from the Netherlands. The Registry [was] to consult with the Dutch authorities on the transfer of the witness into the ‘control’ of the Netherlands if the Host State [intended] to defer his departure pending its decision on the asylum application. A reasonable time frame for the transfer [was] to be arranged between the Registry and the Host State.”

22. On 26 August 2011 the Netherlands Ministry of Foreign Affairs sent a *note verbale* to the International Criminal Court in the following terms:

“The position of the Netherlands has consistently been that the witness [i.e., the applicant] is to remain in the custody of the Court during the asylum procedure. In this respect the Netherlands draws attention to its *note verbale* of 2 August 2011, in which it set out the procedure to be followed by the Netherlands to be able to discharge its obligation pursuant to the asylum request, including the administrative and judicial proceedings. Therein the Netherlands stated that it ‘requires the detained witness to remain at the [International Criminal Court] Detention Centre throughout’.

The witness has been temporarily transferred in custody from the Democratic Republic of the Congo to the Court [i.e., the International Criminal Court] pursuant to an agreement between them under Article 93 § 7 of the Statute. Under this agreement the witness shall remain in custody and shall be returned to the [Democratic Republic of the Congo] when the purposes of the transfer have been fulfilled. This agreement was concluded between the [International Criminal Court] and the [Democratic Republic of the Congo] to facilitate the prosecutions undertaken by the [International Criminal Court]. The Netherlands fails to understand how an obligation to accept undocumented or illegal foreigners into its territory would follow from a bilateral agreement to which it is not a party. The Court does not have the authority under the Statute or the Headquarters Agreement to transfer the witness to the Netherlands, nor does it have the authority to impose such a transfer upon the Host State. Neither, as it was acknowledged by the [International Criminal Court], is the Netherlands obligated to accept the transfer of the witness into its control.

In this regard the Netherlands would also note that under the current circumstances it lacks jurisdiction to keep the witness in custody throughout the consideration of his asylum application.

Moreover, it is not the Netherlands that intends to defer the departure of the witness. The Netherlands notes that the decision reiterated the responsibility of the Court to ensure that the witness has a real – as opposed to a merely theoretical – opportunity to make his request for asylum to the Dutch authorities before his return

to the Democratic Republic of the Congo. It is the understanding of the Netherlands that this responsibility implies that the Court will not undertake the transfer of the witness to the [Democratic Republic of the Congo] during the procedure pertaining to the asylum request.

Consequently, the position of the Netherlands remains that the witness is to remain in the custody of the Court pending the consideration of the asylum application. Therefore, the Netherlands does not consider that there is a need to consult with the Registry of the Court at this time.”

23. After a request by the applicant to reconsider its decision of 4 July 2011, the Trial Chamber gave an order on 1 September 2011 which included the following:

“As the Host State has now informed the Chamber that it does not intend to defer the transfer of [the applicant] back to [the Democratic Republic of the Congo] and it has declined to consult with the Registry on the transfer of custody to the Host State, the Request for reconsideration of the Chamber’s Implementation Order is moot.

The judges are of the view that the Chamber has provided the Registry with clear guidance, namely that deferring the departure of [the applicant] was subject to the condition that custody of the witness [i.e., the applicant] is transferred to the Host State pending the latter’s decision on the asylum application. The Chamber has discharged its obligations under Article 21 § 3 of the Statute and it is now for the Host State, to whom the asylum application is directed, to decide whether it is necessary to intervene in order to take control of the witness [i.e., the applicant] until such time as the application and any appellate phase in those proceedings are determined.

It follows that the Registry should proceed with regard to [the applicant] in the way specified in Article 93 § 7 (b) of the Statute and Rule 192(4) of the Rules. ...

In the event that travel is appropriate ... the Registrar should inform the Host State of the intended departure date of [the applicant] to the [Democratic Republic of the Congo]. If at any time before he finally leaves for the [Democratic Republic of the Congo] the Dutch authorities indicate that they intend to take control of the witness, the Registrar is to cooperate in the transfer of [the applicant] to the Host State.”

24. In a decision of 15 December 2011, the Trial Chamber dismissed the applicant’s request to revoke the order for his return to the Democratic Republic of the Congo and instead order his release, conditionally if need be. It added:

“The Court’s Order [of 1 September 2011] remains in force. The Chamber reiterates its instructions to the Registry to prepare for the return of [the applicant] once he is fit to travel, pursuant to Article 93 § 7 (b) of the Statute and Rule 192 § 4 of the Rules. It is for the Dutch authorities to determine whether it is necessary to intervene in order to take control of him for the purposes of conducting any extant national proceedings.

Until [the applicant] returns to the [Democratic Republic of the Congo], he is to remain in detention on the basis of Article 93 § 7 (b) of the Statute, unless custody

is transferred to the Dutch authorities at the latter's request. The Chamber has no competence to review any decision by the [Democratic Republic of the Congo] to detain the witness once he has arrived back in that country, and it is to be noted that in the decision of 4 July 2011 the Chamber examined its responsibilities, based on Article 68 § 1 of the Statute, as regards the return of [the applicant] to the Democratic Republic of the Congo."

4. *The applicant's asylum request*

25. As already mentioned, on 1 June 2011 the applicant lodged a request for asylum with the Netherlands authorities through his lawyer, Mr Schüller. The request stated that the applicant feared persecution if returned to the Democratic Republic of the Congo, having made statements before the International Criminal Court linking the President of that country to war crimes.

26. On an unknown date, but in reply to a letter sent by the applicant's representative, Mr Schüller, and dated 28 September 2011, the Immigration and Naturalisation Service (*Immigratie- en Naturalisatiedienst*) stated that since the applicant was not within the jurisdiction of the Netherlands it was not possible for him to request asylum. That being the case, his request would be treated as a request for protection (*bescherming*), to be considered in the light of the prohibition of *refoulement* flowing from the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and Article 3 of the Convention; it would of course be borne in mind that the applicant was not within Netherlands jurisdiction. It was announced that the applicant would be interviewed.

5. *Proceedings in the Netherlands aimed at securing the applicant's release*

(a) **Proceedings in the Regional Court**

27. Basing his argument on the premise that his detention was a measure under section 59 of the 2000 Aliens Act (*Vreemdelingenwet 2000*, see below), the applicant lodged an appeal with the Regional Court (*rechtbank*) of The Hague.

28. The Regional Court gave its decision on 27 October 2011 following adversarial proceedings. It held that although the Netherlands was prepared to give consideration to the applicant's request for protection and had asked the International Criminal Court to continue the applicant's detention, the detention of the applicant had not for that reason been brought under the authority or control of the Netherlands authorities.

(b) Proceedings in the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*)

29. The applicant lodged an appeal with the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, which gave its decision (*Landelijk Jurisprudentie Nummer* (National Jurisprudence Number) BW0617) on 22 March 2012 following adversarial proceedings.

30. The Administrative Jurisdiction Division quoted the following from a letter of 19 October 2011 sent by the Registrar of the International Criminal Court to the Ministry of Foreign Affairs:

“On the specific matter of the detained witnesses, the Registrar hereby confirms the position that the four detained witnesses, one attached to the case *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC 01/04-10/06) [i.e., the applicant], and the remaining three attached to the case *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07), are currently detained under the exclusive authority of the Democratic Republic of the Congo (‘DRC’) following the requests of both Trial Chamber I and Trial Chamber II, respectively, to facilitate their *viva voce* testimonies at the seat of the Court, pursuant to Article 93 § 7 of the Rome Statute. These persons are currently detained under the custody of the Court, pursuant to Rule 192 § 2 of the Rules of Procedure and Evidence of the Court and to an agreement between the Congolese authorities and the Court.

...

For its part, Trial Chamber I has ordered the Registry to consult also with the Dutch authorities on the transfer of the witness into the control of the Host State pending its decision on the asylum application. With this background into consideration [*sic*], the Registrar further confirms that the International Criminal Court judges have, at no stage, issued any decision requesting the Host State to assume the custody of the four detained witnesses. ...”

The Administrative Jurisdiction Division’s reasoning included the following:

“2.1.6. It follows from the above that the alien [i.e., the applicant] is detained under an order of the Congolese authorities and that this detention is now taking place in a detention centre that is under the control and authority of the International Criminal Court, at the request and on the responsibility of the International Criminal Court based on Article 93 § 7 of the Statute, Rule 192 of the [International Criminal Court’s Rules of Procedure and Evidence] and the agreement concluded between the Congolese authorities and the International Criminal Court.

2.1.7. Pursuant to Article 88 of the International Criminal Court (Implementation) Act[,] Netherlands law does not apply to deprivation of liberty undergone on the orders of the International Criminal Court in spaces within the Netherlands subject to the authority of the International Criminal Court. Already for that reason the alien’s detention cannot be based on the exercise, or presumed exercise, of any authority delegated to the Minister in the 2000 Aliens Act. The Regional Court therefore rightly

held that the tribunals competent to hear cases concerning aliens [*vreemdelingenrechter*] lack the competence to consider the legality of this detention.

...”

6. *Subsequent events*

31. On 27 September 2012 the Registrar, duly authorised by the President of the Court, gave urgent notification of the present application to the Netherlands Government (Rule 40 of the Rules of Court). In reply, the Government informed the Court that on 4 September 2012 the applicant had, after consulting his lawyer, Mr Schüller, withdrawn his asylum request. Copies of the applicant’s handwritten withdrawal letter, in French, and of an official record were appended to the Government’s reply.

7. *The parallel cases of [A], [B] and [C]*

(a) **Asylum proceedings**

32. On 12 May 2011 three witnesses appearing in a different trial before the International Criminal Court (*The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07)) lodged requests for asylum with the Netherlands authorities. As a decision was not given within the time-limit set for that purpose by law, they lodged objections against a notional refusal (*fictieve weigering*); these were declared inadmissible on 6 June 2011. They then appealed to the Regional Court of The Hague.

33. On 28 December 2011 the Regional Court gave its decision. It dismissed the argument of the Minister for Immigration and Asylum that the 2000 Aliens Act was inapplicable to the applicants’ asylum requests. Such an argument could not be based on the Headquarters Agreement, whose Article 8 declared the laws of the Host State applicable save as otherwise provided; nor on the International Criminal Court (Implementation) Act, whose Article 88 contained a provision declaring domestic Netherlands law inapplicable to deprivation of liberty on premises under the authority of the International Criminal Court; nor on the Statute of the International Criminal Court, save in so far as the application of the 2000 Aliens Act might thwart the International Criminal Court in the exercise of its duties – which, given the International Criminal Court’s deference to the Netherlands authorities for a decision on the asylum request, in the view of the International Criminal Court itself was clearly not the case here; nor even on the 2000 Aliens Act itself or on delegated legislation based on it, given that the three witnesses were on Netherlands soil and thus could not seek the protection of any other State on whose territory they were not

present, nor of the International Criminal Court, which had no territory. The Minister was accordingly ordered to give a decision on the witnesses' asylum requests within six months.

34. No appeal was lodged against this decision, which accordingly became final.

35. On 11 June 2012 the Minister for Immigration and Asylum gave notice of his intention (*voornemen*) to refuse asylum to [B] and [C] on the ground that they were suspected of having committed crimes against humanity within the meaning of Article 1F of the 1951 United Nations Convention on the Status of Refugees. For health reasons, no notice was given in the case of [A].

36. [B] and [C] have submitted their written comments (*zienswijze*). A decision in their cases was expected in October 2012.

(b) Civil proceedings

37. On an unknown date [A], [B] and [C] summoned the Netherlands State before the Provisional Measures Judge (*voorzieningenrechter*) of the Regional Court of The Hague, Civil Division, in summary proceedings (*kort geding*), seeking an order for the State to declare to the International Criminal Court that the State was prepared to take over the applicants from the International Criminal Court and for that purpose to enter into consultation (*overleg*) in the appropriate and usual way.

38. The Provisional Measures Judge gave judgment on 26 September 2012. He held as follows:

“3.1. The plaintiffs [i.e., [A], [B] and [C]] have based their claim on the ground that the State is committing a tort against them [*jegens hen onrechtmatig handelt*]. That being the case, the competence of the civil courts – in the present case, the Provisional Measures Judge in summary proceedings – to take cognisance of the claim is established. The plaintiffs' claim is also admissible, since for what they wish to achieve no other judicial remedy offering adequate guarantees is available.

3.2. The parties differ as to whether the State is under an obligation to declare to the International Criminal Court that it is prepared to take the plaintiffs over from the International Criminal Court and enter into consultations with the International Criminal Court for that purpose.

3.3. The State has stated in its defence that the title of the plaintiffs' detention lies in the agreements reached between the International Criminal Court and the Democratic Republic of the Congo and that the State cannot and will not exercise jurisdiction over the plaintiffs. According to the State, the Headquarters Agreement requires it only to transport the plaintiffs across Netherlands territory at the request of the International Criminal Court. In support of its position the State has prayed in aid, *inter alia*, the decision of the Administrative Jurisdiction Division [of 22 March 2012, see paragraphs 29 and 30 above] and the decision of 9 June 2009 given by

the European Court of Human Rights ('the Court') in the *Galić* case (no. 22617/07; *Nederlandse Jurisprudentie* [Netherlands Law Reports] 2010, no. 267). According to the State, the fact that the plaintiffs have lodged an asylum request does not imply either that the Netherlands is obliged to take them over from the International Criminal Court, since the lodging of an asylum request does not grant an entitlement to stay in the Netherlands if the asylum-seeker [*verzoeker*] from a legal point of view is not actually in the Netherlands [*juridisch gezien niet in Nederland verblijft*]. In the State's view, the plaintiffs will have to await the outcome of the asylum proceedings. Only afterwards, in the State's submission, will it need to be considered whether Article 3 constitutes an obstruction for the return of the plaintiffs to the Democratic Republic of the Congo. The State has pointed out in this connection that the asylum request is being processed with the necessary expedition and that, considering the intentions mentioned ... [see paragraph 35 above], it is likely that the asylum requests of [B] and [C] will be turned down. The State submits that in view of this situation diplomatic consultations are under way which are in a terminal phase.

The Provisional Measures Judge, considering this defence, holds as follows:

3.4. Although it is in itself correct that formally the plaintiffs are in the custody of the Democratic Republic of the Congo, implemented by the International Criminal Court, it cannot be denied, considering also the position of the International Criminal Court, that the plaintiffs are now in a dead-end (detention) situation. Since its decision of 24 August 2011 [in which the International Criminal Court orders its Registrar to enter into consultations with the Netherlands Government], the International Criminal Court considers itself bound by its Statute to return the plaintiffs to the Democratic Republic of the Congo, but the asylum proceedings, which remain pending, prevent an order for their return based on Article 93 § 7 of the Statute. Irrespective of whether – quite apart from the asylum proceedings – it is at all possible for the plaintiffs to be returned to the Democratic Republic of the Congo safely, the fact remains that also in view of the appeals that may be lodged in the asylum proceedings there is no prospect of a speedy end to those proceedings. This means that, as of 24 August 2011, the plaintiffs are no longer lawfully detained [*zich niet meer in een rechtmatige vorm van detentie bevinden*]. They have no prospect of release or trial within a reasonable time and it is unclear whether they can have the lawfulness of their detention examined by a competent jurisdiction. Neither the International Criminal Court nor the Democratic Republic of the Congo is in a position to put an end to the situation that has now emerged.

3.5. The defence that the State has no jurisdiction over the plaintiffs cannot be followed. It can only be deduced from the decision of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, which the State cites, that the detention of the plaintiffs is not based on the exercise, or presumed exercise, of powers based on the 2000 Aliens Act, which is correct. This does not make any difference to the possibility that the State may be legally bound to take over the plaintiffs from the International Criminal Court.

3.6. Nor is the comparison with the *Galić* case apposite. The Court held in that case that the fact that the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

(hereafter ICTY) had its seat in the Netherlands did not suffice to impute the alleged violations of the applicant's human rights to the Netherlands. On this point, the Court held as follows:

'In view of the above, the Court cannot find the sole fact that the ICTY has its seat and premises in The Hague sufficient ground to attribute the matters complained of to the Kingdom of the Netherlands. In arriving at that conclusion the Court has had regard to the particular context in which the question arises before it. The Court stresses that the present case involves an international tribunal established by the Security Council of the United Nations, an international organisation founded on the principle of respect for fundamental human rights, and that moreover the basic legal provisions governing that tribunal's organisation and procedure are purposely designed to provide those indicted before it with all appropriate guarantees.'

Unlike in the *Galić* case, which concerned a suspect who was being tried under rules relating to an international tribunal set up by the United Nations and could make use of the (procedural) guarantees of that tribunal, the present case concerns witnesses in proceedings before another United Nations tribunal who, with regard to their detention, cannot actually make use of the guarantees of that tribunal, as is also apparent from the position taken by the International Criminal Court. In this situation it cannot be excluded that the International Criminal Court's seat in Netherlands territory offers sufficient links to assume that the Netherlands has jurisdiction.

3.7. The above applies in particular given that it is because of the Netherlands asylum proceedings that the plaintiffs cannot be returned to the Democratic Republic of the Congo. It may well be that the asylum requests subvert [*doorkruisen*] the system provided under international law, but as it is, the State is obliged on the ground of the decision of this court (sitting in Amsterdam) [of 28 December 2011, see paragraph 33 above] – against which it has not appealed – to consider the plaintiffs' asylum requests. The plaintiffs cannot be blamed for lodging asylum requests.

3.8. Leaving aside the correctness of the defence that an asylum request lodged by persons who are not within (the jurisdiction of) the Netherlands does not create a right to stay in the Netherlands, it remains the case that the State must concern itself with the fate of the plaintiffs and may not leave them in the custody of the International Criminal Court pending the asylum procedures being processed in accordance with the 2000 Aliens Act, the end of which is not yet in sight. The State must therefore enter into consultations with the International Criminal Court to put an end to the unlawful detention of the plaintiffs.

3.9. It follows from the above that the plaintiffs' claim will be allowed in the following way. The time-limit within which the State must enter into consultations with the International Criminal Court shall be four weeks, to enable the State to make adequate preparations. To the extent that the State fears that the plaintiffs will, after their claim has been allowed, abscond into illegality [*in de illegaliteit zullen verdwijnen*], it is its responsibility to take appropriate preventive measures."

39. It is not yet known whether the State has lodged an appeal against this judgment.

B. Relevant domestic law

40. Provisions of domestic law relevant to the case are the following.

1. *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands (Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden)*

Article 93

“Provisions of treaties and of resolutions of international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published.”

Article 94

“Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with the provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions.”

2. *The General Administrative Law Act (Algemene wet bestuursrecht)*

Article 8.1

“1. Any interested party [*belanghebbende*] can lodge an appeal against an administrative decision [*besluit*] with the Regional Court. ...”

3. *The 2000 Aliens Act*

Article 59

“1. If necessary in the interests of public order or national security, [the competent Minister] may, for the purpose of expulsion [*uitzetting*], order the detention of an alien who:

- (a) is not lawfully resident; ...”

Article 93

“1. ... [A] measure taken in pursuance of Chapter 5 of this Act [including Article 59] purporting to restrict or deprive someone of their liberty shall, for the purpose of applying Article 8.1 of the General Administrative Law Act, be equated with an administrative decision. ...”

4. *The International Criminal Court (Implementation) Act (Uitvoeringswet Internationaal Strafhof)*

Article 45

“1. The International Criminal Court’s requests for cooperation in whatever form, as referred to in Article 93 of its Statute, shall be complied with as desired, as far as possible ...”

Article 85

“ ...

2. Transit of persons [i.e., other than suspects] who have been transferred, or who have come, to the Netherlands at the request of the International Criminal Court shall take place on the instructions [*in opdracht*] of the International Criminal Court by and under guard of Netherlands officials appointed by the Minister [of Justice (*Minister van Justitie*)].

3. Transport of persons outside the spaces subject to the authority of the International Criminal Court [*buiten de onder het gezag van het Strafhof staande ruimten*] of persons who have been deprived of their liberty on the orders of the International Criminal Court shall take place on the instructions of the International Criminal Court by and under guard of Netherlands officials appointed by the Minister [of Justice].

4. The officials referred to in this Article shall be authorised to take whatever measures they see fit to ensure the safety of the persons concerned and to prevent their escape.”

Article 86

“1. Transit of persons who are to be handed over to the authorities of a foreign State by the International Criminal Court shall take place on the instructions of the International Criminal Court by and under guard of Netherlands officials appointed by the Minister [of Justice].

2. The officials referred to in this Article shall be authorised to take whatever measures they see fit to ensure the safety of the persons concerned and to prevent their escape.”

Article 87

“1. If witnesses, experts, victims or other persons whose presence is required at the seat of the International Criminal Court, of whatever nationality, come to the Netherlands pursuant to a subpoena or summons [*dagvaarding of oproeping*] or an arrest warrant issued by the International Criminal Court or in response to a request for admission made by the International Criminal Court to the Netherlands ..., they shall not be subject to prosecution, arrest or any other measure limiting their freedom in respect of facts or convictions preceding their arrival in the Netherlands.

2. The immunity referred to in the first paragraph shall be lost if the person in question, having had the possibility of leaving the Netherlands for fifteen consecutive days from the moment on which his presence was no longer required by the International Criminal Court, has remained in the country or has returned to it after having left.”

Article 88

“Netherlands law shall not apply to deprivation of liberty undergone on the orders of the International Criminal Court in spaces within the Netherlands subject to the authority of the International Criminal Court.”

C. Relevant international law relating to the International Criminal Court

41. In this section, the expression “Court” refers to the International Criminal Court.

1. Rome Statute of the International Criminal Court

Article 3 Seat of the Court

“1. The seat of the Court shall be established at The Hague in the Netherlands (‘the host State’).

2. The Court shall enter into a headquarters agreement with the host State, to be approved by the Assembly of States Parties and thereafter concluded by the President of the Court on its behalf.

3. The Court may sit elsewhere, whenever it considers it desirable, as provided in this Statute.”

Article 4 Legal status and powers of the Court

“1. The Court shall have international legal personality. It shall also have such legal capacity as may be necessary for the exercise of its functions and the fulfilment of its purposes.

2. The Court may exercise its functions and powers, as provided in this Statute, on the territory of any State Party and, by special agreement, on the territory of any other State.”

Article 21 Applicable law

“1. The Court shall apply:

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;

(c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.

3. The application and interpretation of law pursuant to this Article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in Article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.”

Article 43
The Registry

“ ...

6. The Registrar shall set up a Victims and Witnesses Unit within the Registry. This Unit shall provide, in consultation with the Office of the Prosecutor, protective measures and security arrangements, counseling and other appropriate assistance for witnesses, victims who appear before the Court, and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses. ...”

Article 68
**Protection of the victims and witnesses and their participation
in the proceedings**

“1. The Court shall take appropriate measures to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. In so doing, the Court shall have regard to all relevant factors, including age, gender as defined in Article 7, paragraph 3, and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves sexual or gender violence or violence against children. The Prosecutor shall take such measures particularly during the investigation and prosecution of such crimes. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

...

3. Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. The Victims and Witnesses Unit may advise the Prosecutor and the Court on appropriate protective measures, security arrangements, counselling and assistance as referred to in Article 43, paragraph 6.

...”

Article 93

Other forms of cooperation

“1. States Parties shall, in accordance with the provisions of this Part and under procedures of national law, comply with requests by the Court to provide the following assistance in relation to investigations or prosecutions:

...

(e) Facilitating the voluntary appearance of persons as witnesses or experts before the Court;

(f) The temporary transfer of persons as provided in paragraph 7;

...

(j) The protection of victims and witnesses and the preservation of evidence;

...

(l) Any other type of assistance which is not prohibited by the law of the requested State, with a view to facilitating the investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.

...

7. (a) The Court may request the temporary transfer of a person in custody for purposes of identification or for obtaining testimony or other assistance. The person may be transferred if the following conditions are fulfilled:

(i) The person freely gives his or her informed consent to the transfer; and

(ii) The requested State agrees to the transfer, subject to such conditions as that State and the Court may agree.

(b) The person being transferred shall remain in custody. When the purposes of the transfer have been fulfilled, the Court shall return the person without delay to the requested State.

...”

Article 119

Settlement of disputes

“1. Any dispute concerning the judicial functions of the Court shall be settled by the decision of the Court.

2. Any other dispute between two or more States Parties relating to the interpretation or application of this Statute which is not settled through negotiations within three months of their commencement shall be referred to the Assembly of States Parties. The Assembly may itself seek to settle the dispute or may make recommendations on further means of settlement of the dispute, including referral to the International Court of Justice in conformity with the Statute of that Court.”

2. *The Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State*

Article 8

Law and authority on the premises of the Court

“1. The premises of the Court shall be under the control and authority of the Court, as provided under this Agreement.

2. Except as otherwise provided in this Agreement, the laws and regulations of the host State shall apply on the premises of the Court. ...”

Article 26

Witnesses

“1. Witnesses shall enjoy the following privileges, immunities and facilities to the extent necessary for their appearance before the Court for purposes of giving evidence ...:

(a) immunity from personal arrest or detention or any other restriction of their liberty in respect of acts or convictions prior to their entry into the territory of the host State;

...

(e) for purposes of their communications with the Court and counsel in connection with their testimony, the right to receive and send papers and documents in whatever form;

(f) exemption from immigration restrictions or alien registration when they travel for purposes of their testimony;

(g) the same repatriation facilities in time of international crisis as are accorded to diplomatic agents under the Vienna Convention.

...

5. Witnesses shall not be subjected by the host State to any measure which may affect their appearance or testimony before the Court.”

Article 34

Cooperation with the competent authorities

“1. The Court shall cooperate with the competent authorities to facilitate the enforcement of the laws of the host State, to secure the observance of police regulations and to prevent the occurrence of any abuse in connection with the privileges, immunities and facilities accorded under this Agreement.

2. The Court and the host State shall cooperate on security matters, taking into account the public order and national security of the host State.

3. Without prejudice to their privileges, immunities and facilities, it is the duty of all persons enjoying such privileges, immunities and facilities to respect the laws and

regulations of the host State. They also have the duty not to interfere in the internal affairs of the host State.

4. The Court shall cooperate with the competent authorities responsible for health, safety at work, electronic communications and fire prevention.

5. The Court shall observe all security directives as agreed with the host State, as well as all directives of the competent authorities responsible for fire prevention regulations.

6. The host State will use its best efforts to notify the Court of any proposed or enacted national laws and regulations having a direct impact on the privileges, immunities, facilities, rights and obligations of the Court and its officials. The Court shall have the right to provide observations as to proposed national laws and regulations.”

Article 44

Transport of persons in custody

“1. The transport, pursuant to the Statute and the Rules of Procedure and Evidence, of a person in custody from the point of arrival in the host State to the premises of the Court shall, at the request of the Court, be carried out by the competent authorities in consultation with the Court.

2. The transport, pursuant to the Statute and the Rules of Procedure and Evidence, of a person in custody from the premises of the Court to the point of departure from the host State shall, at the request of the Court, be carried out by the competent authorities in consultation with the Court.

3. Any transport of persons in custody in the host State outside the premises of the Court shall, at the request of the Court, be carried out by the competent authorities in consultation with the Court.

...”

3. The Rules of Procedure and Evidence

Rule 16

Responsibilities of the Registrar relating to victims and witnesses

“ ...

2. In relation to victims, witnesses and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses, the Registrar shall be responsible for the performance of the following functions in accordance with the Statute and these Rules:

(a) Informing them of their rights under the Statute and the Rules, and of the existence, functions and availability of the Victims and Witnesses Unit;

(b) Ensuring that they are aware, in a timely manner, of the relevant decisions of the Court that may have an impact on their interests, subject to provisions on confidentiality.

...

4. Agreements on relocation and provision of support services on the territory of a State of traumatized or threatened victims, witnesses and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses may be negotiated with the States by the Registrar on behalf of the Court. Such agreements may remain confidential.”

Rule 17 **Functions of the Unit**

“1. The Victims and Witnesses Unit shall exercise its functions in accordance with Article 43, paragraph 6.

2. The Victims and Witnesses Unit shall, *inter alia*, perform the following functions, in accordance with the Statute and the Rules, and in consultation with the Chamber, the Prosecutor and the defence, as appropriate:

(a) With respect to all witnesses, victims who appear before the Court, and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses, in accordance with their particular needs and circumstances:

(i) Providing them with adequate protective and security measures and formulating long- and short-term plans for their protection;

(ii) Recommending to the organs of the Court the adoption of protection measures and also advising relevant States of such measures;

(iii) Assisting them in obtaining medical, psychological and other appropriate assistance;

(iv) Making available to the Court and the parties training in issues of trauma, sexual violence, security and confidentiality;

(v) Recommending, in consultation with the Office of the Prosecutor, the elaboration of a code of conduct, emphasizing the vital nature of security and confidentiality for investigators of the Court and of the defence and all intergovernmental and non-governmental organizations acting at the request of the Court, as appropriate;

(vi) Cooperating with States, where necessary, in providing any of the measures stipulated in this rule;

(b) With respect to witnesses:

(i) Advising them where to obtain legal advice for the purpose of protecting their rights, in particular in relation to their testimony;

(ii) Assisting them when they are called to testify before the Court; ...”

Rule 87 **Protective measures**

“1. Upon the motion of the Prosecutor or the defence or upon the request of a witness or a victim or his or her legal representative, if any, or on its own motion, and after having consulted with the Victims and Witnesses Unit, as appropriate, a

Chamber may order measures to protect a victim, a witness or another person at risk on account of testimony given by a witness pursuant to Article 68, paragraphs 1 and 2. The Chamber shall seek to obtain, whenever possible, the consent of the person in respect of whom the protective measure is sought prior to ordering the protective measure. ...”

Rule 88

Special measures

“1. Upon the motion of the Prosecutor or the defence, or upon the request of a witness or a victim or his or her legal representative, if any, or on its own motion, and after having consulted with the Victims and Witnesses Unit, as appropriate, a Chamber may, taking into account the views of the victim or witness, order special measures such as, but not limited to, measures to facilitate the testimony of a traumatized victim or witness, a child, an elderly person or a victim of sexual violence, pursuant to Article 68, paragraphs 1 and 2. The Chamber shall seek to obtain, whenever possible, the consent of the person in respect of whom the special measure is sought prior to ordering that measure.

2. A Chamber may hold a hearing on a motion or a request under sub-rule 1, if necessary in camera or *ex parte*, to determine whether to order any such special measure, including but not limited to an order that a counsel, a legal representative, a psychologist or a family member be permitted to attend during the testimony of the victim or the witness. ...”

Rule 192

Transfer of a person in custody

“1. Transfer of a person in custody to the Court in accordance with Article 93, paragraph 7 [of the Rome Statute], shall be arranged by the national authorities concerned in liaison with the Registrar and the authorities of the host State.

2. The Registrar shall ensure the proper conduct of the transfer, including the supervision of the person while in the custody of the Court.

3. The person in custody before the Court shall have the right to raise matters concerning the conditions of his or her detention with the relevant Chamber.

4. In accordance with Article 93, paragraph 7 (b) [of the Rome Statute], when the purposes of the transfer have been fulfilled, the Registrar shall arrange for the return of the person in custody to the requested State.”

4. Regulations of the Registry

Regulation 96

Protection programme

“1. The Registry shall take all necessary measures to maintain a protection programme for witnesses, including accompanying support persons, and others

considered to be at risk of harm and/or death on account of a testimony given by such witnesses or as a result of their contact with the Court.

2. An application for inclusion in the protection programme may be filed by the Prosecutor or by counsel.

3. In assessing admission to the protection programme, in addition to the factors set out in Article 68, the Registry shall consider, *inter alia*, the following:

- (a) The involvement of the person before the Court;
- (b) Whether the person himself or herself, or his or her close relatives are endangered because of their involvement with the Court; and
- (c) Whether the person agrees to enter the protection programme.

4. Inclusion in the protection programme shall be subject to the decision of the Registrar after the assessment made under sub-regulation 3.

5. Before being included in the protection programme, the person or – where the person is under the age of 18 or otherwise lacks the legal capacity to do so – his or her representative, shall sign an agreement with the Registry.”

5. *Relevant International Criminal Court case-law*

42. In a decision of 2 December 2009 in the case concerning Jean-Pierre Bemba Gombo (*Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber II’s ‘Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic, and the Republic of South Africa’*), the Appeals Chamber of the International Criminal Court held as follows (footnote references omitted).

“104. The Appeals Chamber, for the reasons explained below determines that the Pre-Trial Chamber erred in deciding that Mr Bemba should be released with conditions without also specifying the appropriate conditions or identifying a State willing to accept Mr Bemba and enforce the conditions.

105. In the Appeals Chamber’s view, a decision on interim release as already explained in paragraph 59 above is not discretionary. If the Pre-Trial Chamber is satisfied that the conditions set forth in Article 58 § 1 of the Statute are not met, it shall release the person, with or without conditions. If, however, the release would lead to any of the risks described in Article 58 § 1 (b) of the Statute, the Chamber may, pursuant to Rule 119 of the Rules of Procedure and Evidence, examine appropriate conditions with a view to mitigating or negating the risk. As the list of conditions in Rule 119 § 1 of the Rules of Procedure and Evidence indicates, the Chamber may also, in appropriate circumstances, impose conditions that do not, *per se*, mitigate the risks described in Article 58 § 1 (b) of the Statute. The result of this two-tiered examination is a single unseverable decision that grants conditional release on the basis

of specific and enforceable conditions. Put differently, in such circumstances, release is only possible if specific conditions are imposed.

106. Furthermore, the Appeals Chamber considers that in order to grant conditional release the identification of a State willing to accept the person concerned as well as enforce related conditions is necessary. Rule 119 § 3 of the Rules of Procedure and Evidence obliges the Court to seek, *inter alia*, the views of the relevant States before imposing or amending any conditions restricting liberty. It follows that a State willing and able to accept the person concerned ought to be identified prior to a decision on conditional release.

107. In addition, the Appeals Chamber notes that the International Criminal Court exercises its functions and powers on the territories of States Parties and as such is dependent on State cooperation in relation to accepting a person who has been conditionally released as well as ensuring that the conditions imposed by the Court are enforced. Without such cooperation, any decision of the Court granting conditional release would be ineffective.

108. In the circumstances of this case, the Appeals Chamber notes that the Pre-Trial Chamber, after concluding its examination of the conditions under Article 58 § 1 of the Statute, decided that Mr Bemba should be ‘released, albeit under conditions’. The Chamber went on to clarify that the set of conditions to be imposed will be determined at a later stage. Furthermore, at paragraph 83 of the Impugned Decision, the Chamber reiterated that ‘no ruling is rendered on the question [of] which set or type of conditions restricting liberty are deemed appropriate to be imposed on Mr Jean-Pierre Bemba and in which State he shall be conditionally released’. Finally, at the operative part of the Impugned Decision, paragraph (a), the Pre-Trial Chamber decided to grant Mr Bemba conditional release until decided otherwise. Thus in the instant case, the Impugned Decision is flawed because the Pre-Trial Chamber failed to specify the appropriate conditions that make the conditional release of Mr Bemba feasible.

109. For these reasons, the Appeals Chamber determines that the Pre-Trial Chamber erred in granting conditional release without specifying the appropriate conditions that make conditional release feasible, identifying the State to which Mr Bemba would be released and whether that State would be able to enforce the conditions imposed by the Court.”

43. In its decision of 9 June 2011 concerning the three defence witnesses (the above-mentioned [A], [B] and [C]) in the case of *Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (“Decision on an *Amicus Curiae* application and on the ‘*Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile*’ (Articles 68 and 93 § 7 of the Statute)”), Trial Chamber II held as follows (footnote references omitted).

“1. *What is the precise scope of the duty to protect witnesses as enshrined, inter alia, in Article 68 of the Statute?*”

a. Necessary distinctions

59. At the status conference, the Chamber stressed the distinction which must be made between measures which the Court may take pursuant to Article 68 of the Statute in order to protect witnesses on account of their cooperation with the Court, and those which it is requested to take in order to protect them against potential or proven human rights violations in the broad sense of the term. The Chamber adds that these two types of measures should not be confused with those which, more specifically, protect asylum applicants from the risk of persecution they might suffer if they returned to their country of origin.

60. These distinctions form the theoretical underpinning of this decision. While the Chamber is cognisant of how the overall human rights situation, in the broad sense of the term, of a given country may influence the assessment of the risks faced by witnesses as a result of their cooperation with the Court, the three types of risks set out above must not be conflated, so as not to misconstrue the Court’s mandate with respect to witness protection.

61. In the Chamber’s view, the Statute unequivocally places an obligation on the Court to take all protective measures necessary to prevent the risk witnesses incur on account of their cooperation with the Court. That is the one and only appropriate interpretation of Article 68 of the Statute, which is a framework provision on the matter. Furthermore, although Rule 87 of the Rules and Regulation 96 of the Regulations of the Registry do not state so explicitly, a logical and joint reading of these two provisions supports the view that the role of the Court is restricted to protecting witnesses from the risk they face on account of their testimony.

62. Contrary to the submissions of Duty Counsel and the Defence for Germain Katanga, the Chamber is of the view that it is not duty-bound to protect witnesses against risks which they might face not only as a result of their testimony but also as a result of human rights violations by the [Democratic Republic of the Congo]. By virtue of its mandate, the Court protects witnesses from risks arising specifically from their cooperation with it, not those arising from human rights violations by the authorities of their country of origin. Article 21 § 3 of the Statute does not place an obligation on the Court to ensure that States Parties properly apply internationally recognised human rights in their domestic proceedings. It only requires the Chambers to ensure that the Statute and the other sources of law set forth at Article 21 § 1 and 21 § 2 are applied in a manner which is not inconsistent with or in violation of internationally recognised human rights.

63. Nor is the Court duty-bound to assess the risks of persecution faced by witnesses who are applying for asylum. In this respect, the Chamber reiterates its observation at the status conference that the criteria for considering an application for asylum, in particular those pertaining to the risk of persecution incurred by the applicants, are not identical to the criteria applied by the Court to assess the risks faced by witnesses on account of their testimony before the Court.

64. Accordingly, it cannot endorse the host State's argument that the Chamber should conduct an assessment of the risks faced by the witnesses in light of the principle known as '*non-refoulement*' ... which is enshrined in several international instruments, including Article 33 of the Geneva Convention of 28 July 1951. Admittedly, as an international organisation with a legal personality, the Court cannot disregard the customary rule of *non-refoulement*. However, since it does not possess any territory, it is unable to implement the principle within its ordinary meaning, and hence is unlikely to maintain long-term jurisdiction over persons who are at risk of persecution or torture if they return to their country of origin. In the Chamber's view, only a State which possesses territory is actually able to apply the *non-refoulement* rule. Furthermore, the Court cannot employ the cooperation mechanisms provided for by the Statute in order to compel a State Party to receive onto its territory an individual invoking this rule. Moreover, it cannot prejudge, in lieu of the Host State, obligations placed on the latter under the *non-refoulement* principle. In this case, it is therefore incumbent upon the Dutch authorities, and them alone, to assess the extent of their obligations under the *non-refoulement* principle, should the need arise.

b. Role of the Chamber

65. Currently faced with the disagreements between the VWU [the Victims and Witnesses Unit] and Duty Counsel, the Chamber has not yet ruled on the need to implement operational protective measures, within the meaning of Article 68 of the Statute, for the three detained witnesses in order to obviate the risks they face on account of their testimony. The Chamber notes that, on 24 May 2011, it ordered the VWU, on the basis, *inter alia*, of discussions with the authorities of the [Democratic Republic of the Congo], to conduct a final assessment of the risks those witnesses might incur and of the protective measures which might be implemented for them. A report on the discussions and the possible resulting proposals was filed by the Registrar on 7 June 2011. In the event of disagreement between the party calling the witness and the Registry after the parties and participants have made their submissions, the Chamber will, in accordance with a previous Appeals Chamber judgment, issue a decision on instituting the operational protective measures which it considers it may adopt within the scope of its mandate.

66. However, in light of the distinction established above, that decision cannot prejudice the ongoing asylum procedure before the Dutch authorities. The Chamber will now address the asylum procedure.

2. *Is an immediate application of the provisions of Article 93 § 7 of the Statute consistent with internationally recognised human rights?*

67. As for any other individual, whether detained or not, the three witnesses in question are afforded the right to submit an application for asylum. In addition to the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the Status of Refugees, Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 provides that everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. Furthermore, the United Nations General Assembly has adopted a Declaration on Territorial Asylum enshrining the right to seek and to enjoy asylum. The Chamber also notes that Article 18 of the Charter of Fundamental Rights of the

European Union adopted on 7 December 2000 guarantees the right to asylum with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the Status of Refugees and in accordance with the Treaty establishing the European Community, and that Article 19 § 2 of that Charter recalls that no one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment. The Chamber further notes that the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984 sets forth a similar rule to that contained in the Geneva Convention of 1951 and, although narrower in scope, has acquired customary status. It prohibits a State from expelling or extraditing a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

68. The ‘*non-refoulement*’ principle is considered to be a norm of customary international law and is an integral part of international human rights protection. All individuals are entitled to enjoy its application by a State.

69. The Chamber cannot therefore disregard the importance of the rights invoked in Duty Counsel’s Application. In addition to the aforementioned right to apply for asylum, the Chamber must also pay particular attention to the right to effective remedy, as enshrined, *inter alia*, in Article 8 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 13 of the European Convention on Human Rights, Article 7 of the African Charter of Human and Peoples’ Rights, and Article 25 of the American Convention on Human Rights. The Chamber cannot disregard this fundamental rule and stresses that, in order for the asylum procedure to be effective, there must be open recourse to it, both in law and in practice, and that there must be no obstacles to the entering of an application for asylum as a result of acts or omissions that may be imputed to the Court.

70. As provided in Article 21 § 3 of the Statute, the Chamber must apply all of the relevant statutory or regulatory provisions in such a way as to ensure full exercise of the right to effective remedy, which is clearly derived from internationally recognised human rights.

71. In the matter at hand, the three detained witnesses were transferred to the Court pursuant to Article 93 § 7 of the Statute for the purposes of giving testimony. Article 93 § 7 further provides that the transferred person shall remain in custody and that when the purposes of the transfer have been fulfilled, the Court shall return the person without delay to the requested State – in this case, the [Democratic Republic of the Congo].

72. The witnesses completed their testimony on Tuesday, 3 May 2011. At this juncture, the Chamber considers that it must settle only the issue of whether an *immediate* application of Article 93 § 7 of the Statute would not constitute a violation of the detained witnesses’ rights to apply for asylum.

73. As matters stand, the Chamber is unable to apply Article 93 § 7 of the Statute in conditions which are consistent with internationally recognised human rights, as

required by Article 21 § 3 of the Statute. If the witnesses were to be returned to the [Democratic Republic of the Congo] immediately, it would become impossible for them to exercise their right to apply for asylum and they would be deprived of the fundamental right to effective remedy. Furthermore, were the Chamber to decide to oblige the Host State to cooperate with the Court in order to return the witnesses to the [Democratic Republic of the Congo] immediately by transporting them to the airport, it would be constraining the Netherlands to violate the witnesses' rights to invoke the *non-refoulement* principle.

74. Moreover, the Chamber is of the view that it need not rule on the issue of the witnesses' legal status, which has been discussed at length. In this respect, the Dutch authorities have clearly indicated on several occasions that, in the event that an application for asylum is submitted to them – as has already happened in the instant case – they would be obliged to consider it. Indeed, they also confirmed, as did the Registry, that Article 44 of the Headquarters Agreement applies in this case. Nor is it necessary, in the Chamber's view, to rule on the alleged legal effects of the immunities which the witnesses enjoy, since it considers this argument to be unfounded.

...

I. Conclusion and consequences

79. For all of the aforementioned reasons, the Chamber decides at this point to delay the return of the three detained witnesses, in so far as the issue of their protection within the meaning of Article 68 of the Statute has not yet been resolved, and as their return 'without delay' would breach internationally recognised human rights. Accordingly, it instructs the Registry to inform the United Nations Security Council of the situation of Witness DRC-D02-P-0236 and to notify it of this decision.

80. For the time being, the witnesses under a detention order issued by the Congolese authorities shall remain detained in the custody of the Court pursuant to Article 93 § 7 of the Statute and Rule 192 of the Rules. The Chamber does not endorse the Registry's argument that their continued detention would have no legal basis now that they have completed their testimony before the Court.

81. In the Chamber's view, the legal instruments cited above authorise the Court to maintain the witnesses in its custody. Those provisions shall continue to apply until such time as the Chamber has ruled on the critical issue of whether the obligation under Article 93 § 7 of the Statute to return the witnesses can be implemented without contravening the Court's other obligations under Article 68 of the Statute and without violating the three witnesses' internationally recognised human rights."

D. Other relevant international law

1. The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

44. The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was established by United Nations Security Council Resolution S/RES/827 of

25 May 1993. Annexed to this Resolution was the Statute of that Tribunal, which contains the following provision:

Article 15
Rules of procedure and evidence

“The judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters.”

45. The Rules of Procedure and Evidence adopted in pursuance of that provision, in their relevant part, provide as follows:

Rule 90 bis
Transfer of a Detained Witness

“(A) Any detained person whose personal appearance as a witness has been requested by the Tribunal shall be transferred temporarily to the detention unit of the Tribunal, conditional on his return within the period decided by the Tribunal.

(B) The transfer order shall be issued by a Judge or Trial Chamber only after prior verification that the following conditions have been met:

(i) the presence of the detained witness is not required for any criminal proceedings in progress in the territory of the requested State during the period the witness is required by the Tribunal;

(ii) transfer of the witness does not extend the period of his detention as foreseen by the requested State;

(C) The Registry shall transmit the order of transfer to the national authorities of the State on whose territory, or under whose jurisdiction or control, the witness is detained. Transfer shall be arranged by the national authorities concerned in liaison with the host country and the Registrar.

(D) The Registry shall ensure the proper conduct of the transfer, including the supervision of the witness in the detention unit of the Tribunal; it shall remain abreast of any changes which might occur regarding the conditions of detention provided for by the requested State and which may possibly affect the length of the detention of the witness in the detention unit and, as promptly as possible, shall inform the relevant Judge or Chamber.

(E) On expiration of the period decided by the Tribunal for the temporary transfer, the detained witness shall be remanded to the authorities of the requested State, unless the State, within that period, has transmitted an order of release of the witness, which shall take effect immediately.

(F) If, by the end of the period decided by the Tribunal, the presence of the detained witness continues to be necessary, a Judge or Chamber may extend the period on the same conditions as stated in Sub-rule (B).”

2. *The NATO Status of Forces Agreement*

46. The member States of the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) have entered into an agreement (Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, London, 19 June 1951, as supplemented by the Supplementary Agreement of 1959 (subsequently amended in 1971, 1981 and 1993) – “NATO Status of Forces Agreement”). It regulates, among other things, criminal jurisdiction over members of their armed forces serving on each other’s territory. Article VII of this Agreement, in its relevant parts, provides as follows.

“1. Subject to the provisions of this Article,

a. the military authorities of the sending State shall have the right to exercise within the receiving State all criminal and disciplinary jurisdiction conferred on them by the law of the sending State over all persons subject to the military law of that State;

b. the authorities of the receiving State shall have jurisdiction over the members of a force or civilian component and their dependents with respect to offences committed within the territory of the receiving State and punishable by the law of that State.

2. a. The military authorities of the sending State shall have the right to exercise exclusive jurisdiction over persons subject to the military law of that State with respect to offences, including offences relating to its security, punishable by the law of the sending State, but not by the law of the receiving State.

...

3. In cases where the right to exercise jurisdiction is concurrent the following rules shall apply:

a. The military authorities of the sending State shall have the primary right to exercise jurisdiction over a member of a force or of a civilian component in relation to

i. offences solely against the property or security of that State, or offences solely against the person or property of another member of the force or civilian component of that State or of a dependent;

ii. offences arising out of any act or omission done in the performance of official duty.

b. In the case of any other offence the authorities of the receiving State shall have the primary right to exercise jurisdiction.

c. If the State having the primary right decides not to exercise jurisdiction, it shall notify the authorities of the other State as soon as practicable. The authorities of the State having the primary right shall give sympathetic consideration to a request from the authorities of the other State for a waiver of its right in cases where that other State considers such waiver to be of particular importance.

4. The foregoing provisions of this Article shall not imply any right for the military authorities of the sending State to exercise jurisdiction over persons who are nationals

of or ordinarily resident in the receiving State, unless they are members of the force of the sending State.

5. a. The authorities of the receiving and sending States shall assist each other in the arrest of members of a force or civilian component or their dependents in the territory of the receiving State and in handing them over to the authority which is to exercise jurisdiction in accordance with the above provisions.

b. The authorities of the receiving State shall notify promptly the military authorities of the sending State of the arrest of any member of a force or civilian component or a dependent.

c. The custody of an accused member of a force or civilian component over whom the receiving State is to exercise jurisdiction shall, if he is in the hands of the sending State, remain with that State until he is charged by the receiving State.

6. a. The authorities of the receiving and sending States shall assist each other in the carrying out of all necessary investigations into offences, and in the collection and production of evidence, including the seizure and, in proper cases, the handing over of objects connected with an offence. The handing over of such objects may, however, be made subject to their return within the time specified by the authority delivering them.

...

10. a. Regularly constituted military units or formations of a force shall have the right to police any camps, establishment or other premises which they occupy as the result of an agreement with the receiving State. The military police of the force may take all appropriate measures to ensure the maintenance of order and security on such premises.

b. Outside these premises, such military police shall be employed only subject to arrangements with the authorities of the receiving State and in liaison with those authorities, and in so far as such employment is necessary to maintain discipline and order among the members of the force. ...”

47. An additional agreement concluded in 1995 (Agreement among the States Parties to the North Atlantic Treaty and the other States participating in the Partnership for Peace regarding the Status of their Forces, Brussels, 19 June 1995) extends the territorial application of this provision to non-NATO member States participating in the Partnership for Peace.

3. *The Scottish Court in the Netherlands*

48. On 18 September 1998 the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Kingdom of the Netherlands, acting in pursuance of a resolution of the Security Council under Chapter VII of the United Nations Charter (Resolution 1192 of 27 August 1998), concluded an agreement under which the Netherlands government undertook to host a Scottish Court for the purpose and the

duration of a trial under Scots law and procedure of two Libyan nationals accused of bombing a civilian passenger aircraft over Lockerbie, Scotland, in 1988 (Agreement between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning a Scottish trial in the Netherlands (with annexes), [2002] 2062 United Nations Treaty Series, pp. 81 et seq.). The Scottish Court in the Netherlands existed until 2002.

49. Article 6 of the Agreement, entitled “Law and Authority on the Premises of the Scottish Court”, provided as follows:

“(1) The premises of the Scottish Court shall be under the control and authority of the Scottish Court, as provided in this Agreement.

(2) Except as otherwise provided in this Agreement, the laws and regulations of the host country shall apply within the premises of the Scottish Court.

(3) The Scottish Court shall have the power to make regulations operative on the premises of the Scottish Court for the purpose of establishing therein the conditions in all respects necessary for the full execution of its functions. The Scottish Court shall promptly inform the competent authorities of regulations thus made in accordance with this paragraph. No law or regulation of the host country, which is inconsistent with a regulation of the Scottish Court, shall, to the extent of such inconsistency, be applicable within the premises of the Scottish Court.

(4) Any dispute between the Scottish Court and the host country as to whether a regulation of the Scottish Court is authorised by this Article, or as to whether a law or regulation of the host country is inconsistent with any regulation of the Scottish Court authorised by this Article, shall be promptly settled by the procedure set out in Article 28 [i.e., negotiation and consultation between the Parties]. Pending such settlement, the regulation of the Scottish Court shall apply and the law or regulation of the host country shall be inapplicable within the premises of the Scottish Court to the extent that the Scottish Court claims it to be inconsistent with its regulation.”

50. The United Kingdom gave effect to the Agreement by means of the High Court of Justiciary (Proceedings in the Netherlands) (United Nations) Order 1998 (Statutory Instruments 1998, no. 2251), which, in its relevant part, provides as follows:

Witnesses

“12. (1) Witnesses in the United Kingdom who are cited to appear for the purpose of proceedings being conducted by virtue of this Order may be cited to appear at the premises of the court.

(2) Any warrant for the arrest of a witness shall be authority for him to be transferred, under arrangements made in that regard by the Secretary of State, to the premises of the court.

(3) It shall be competent for witnesses who are outwith the United Kingdom to be cited to appear before the High Court of Justiciary sitting in the Netherlands in the

same way as if the court had been sitting in Scotland and, accordingly, sub-section (1)(b) of section 2 of the Criminal Justice (International Co-operation) Act 1990 (service of United Kingdom process overseas) shall have effect as if the reference to a court in the United Kingdom included the High Court of Justiciary sitting, by virtue of this Order, in the Netherlands.”

COMPLAINTS

51. The applicant complained under Article 5 § 1 of the Convention that his continued detention in the United Nations Detention Unit was unlawful. The Congolese title for his detention, such as it was, had expired on 2 July 2007 and had not been renewed. The International Criminal Court had no legal ground to keep him detained after he had given evidence. The Netherlands authorities had never even claimed that there was a basis for the applicant’s detention in Netherlands domestic law.

52. The applicant alleged a violation of Article 5 § 3 in that, assuming his detention were justified under Article 5 § 1 (c) of the Convention, he had not been brought to trial within a reasonable time.

53. The applicant alleged a violation of Article 5 § 4 of the Convention in that the Netherlands had refused even to consider reviewing the lawfulness of his detention. He also alleged a violation of Article 5 § 5.

54. Finally, the applicant alleged a violation of Article 13 of the Convention in that he had not had any effective remedy in the domestic legal system by which to challenge the legality of his detention. At the same time, there was no procedure within the International Criminal Court attended by adequate safeguards.

THE LAW

A. Whether the application should be struck out of the Court’s list of cases

55. The Court was made aware by the Government that the applicant had withdrawn his request for asylum on 4 September 2012. This unambiguously entails the applicant’s relinquishment of his efforts to seek an order from the Netherlands authorities for his release from custody. The applicant did not so inform the Court himself (Rule 47 § 6 of the Rules of Court), nor did he withdraw his application. The Court is thus left in some uncertainty as to whether the applicant wishes it nonetheless to address the merits of his case.

56. In these circumstances, it is for the Court itself to decide whether it should strike the application out of its list of cases, in accordance with Article 37 § 1 of the Convention, which reads as follows:

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

- (a) the applicant does not intend to pursue his application; or
- (b) the matter has been resolved; or
- (c) for any other reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application.

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

57. The Court observes, however, that the application raises important questions with regard to the application of Article 1 of the Convention. In particular, it notes that the application touches on essential aspects of the functioning of international criminal tribunals having their seat within the territory of a Contracting State and being vested with the power to keep individuals in custody. It considers that an answer to the questions posed by the present application is urgently required given the uncertainty that has arisen from the judgment given by the Provisional Measures Judge on 26 September 2012 (see paragraph 38 above).

58. The Court has repeatedly stated that its “judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties” (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 26, ECHR 2003-IX). Bearing in mind its task to “ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto” (Article 19 of the Convention), which it does primarily by providing individual relief, the Court notes that its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States.

59. The Court considers therefore that it should not strike the application out of its list (see, *mutatis mutandis*, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, §§ 26-27, Series A no. 26, and *Karner*, cited above).

B. Alleged violation of Articles 5 and 13 of the Convention

60. The applicant complained that he was being unlawfully held on Netherlands soil and was denied any opportunity to seek his release. He relied on Articles 5 and 13 of the Convention, which, in their relevant parts, provide as follows:

Article 5

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

...

(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;

...

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

...

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.”

Article 13

“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.”

Jurisdiction

61. Article 1 of the Convention reads as follows:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.”

As provided by this Article, the engagement undertaken by a Contracting State is confined to “securing” (“*reconnaître*” in the French text) the listed rights and freedoms to persons within its own “jurisdiction”. “Jurisdiction” under Article 1 is a threshold criterion. The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention (see, as recent authorities, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, § 70, ECHR 2012, and *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, § 74, ECHR 2011).

(a) The applicant’s submissions

62. It was the applicant’s position that the Netherlands could and should exercise jurisdiction in relation to his detention. He pointed out that the Netherlands authorities had accepted jurisdiction to consider his request for asylum; he submitted that the Netherlands could not be allowed to accept what he called “*à la carte* jurisdiction” arbitrarily.

63. The applicant was detained on the territory of the Netherlands. The application of Netherlands law on the premises of the International Criminal Court was not ruled out; on the contrary, Article 8 of the Headquarters Agreement (see paragraph 41 above) took as its starting-point its applicability. The Convention was directly applicable as Netherlands law, by virtue of Articles 93 and 94 of the Constitution of the Kingdom of the Netherlands (see paragraph 40 above), and thus applied to the applicant *ratione loci*; it therefore overrode Article 88 of the International Criminal Court (Implementation) Act.

64. Unlike the applicant in *Galić v. the Netherlands* (dec.), no. 22617/07, 9 June 2009, the present applicant was not complaining about an act or omission imputable to any international body. The International Criminal Court, he submitted, had acknowledged that it no longer had any valid title for his detention; it continued to hold him solely for the purposes of the asylum proceedings pending in the Netherlands. It was the Government of the Netherlands which had so far prevented his transfer into their custody, by sending to the International Criminal Court *notes verbales* requiring his continued detention on its premises, by refusing even to discuss his transfer into their custody, and by refusing to intervene on his behalf to end his detention. This confirmed, however, that his continued detention was the direct and unequivocal result of acts and omissions imputable to the Netherlands.

65. In the alternative, in the event that the Court should find that the applicant was detained under the authority of the International Criminal

Court, he argued that the Netherlands was not for that reason absolved from its obligations towards him under the Convention.

66. Referring to the practice of the former European Commission of Human Rights, in particular *M. & Co. v. Germany* (no. 13258/87, Commission decision of 9 February 1990, Decisions and Reports (DR) 64) and *Heinz v. Contracting States also parties to the European Patent Convention* (no. 21090/92, Commission decision of 10 January 1994, DR 76-A), and case-law of the Court, namely *Matthews v. the United Kingdom* ([GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I), *Waite and Kennedy v. Germany* ([GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I) and *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* ([GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII), the applicant argued that the level of human rights protection offered by the International Criminal Court was insufficient for his needs as there was nothing in the treaties and rules governing the functioning of the International Criminal Court that covered his unique situation of detention. Moreover, even with respect to the International Criminal Court's suspects the level of protection was insufficient: the judgment of 2 December 2009 in the *Jean-Pierre Bemba Gombo* case (see paragraph 42 above) made it clear that even conditional release of a suspect was impossible if no State could be found willing to accept him and able to ensure compliance with any conditions.

67. In sum, the applicant's alternative argument was that the presumption first expressed in *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* ([GC], no. 45036/98, § 156, ECHR 2005-VI) – namely, provided that fundamental rights were protected in a manner which could be considered at least equivalent to that for which the Convention provides, State action taken in compliance with legal obligations flowing from membership of an international organisation was in accordance with the requirements of the Convention – had been rebutted and that it was accordingly the responsibility of the Netherlands to step in.

(b) The Court's assessment

68. The Court will consider the three pillars of the applicant's argument in turn.

(i) The territorial principle

69. The concept of "jurisdiction" as it is to be understood in public international law and also within the meaning of Article 1 of the Convention is primarily territorial. Convention liability normally arises in respect of an individual who is "within the jurisdiction" of a Contracting State, in the sense of being physically present on its territory. However, exceptions have been recognised in the Court's case-law. In particular, the Court

has accepted restrictions on the right of access to court, as embodied in Article 6 § 1 of the Convention, resulting from generally recognised rules of public international law on State immunity (see *McElhinney v. Ireland* [GC], no. 31253/96, § 38, ECHR 2001-XI; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 56, ECHR 2001-XI; and *Fogarty v. the United Kingdom* [GC], no. 37112/97, § 38, ECHR 2001-XI). The Court has also accepted that where States establish international organisations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organisations certain competences and accord them immunities, there may be implications as to the protection of fundamental rights (see *Waite and Kennedy*, cited above, § 67).

70. In its decisions in *Galić* (cited above, § 44) and *Blagojević v. the Netherlands* ((dec.), no. 49032/07, § 44, 9 June 2009), the Court found that it was not axiomatic that a criminal trial would engage the responsibility under public international law of the State on whose territory it was conducted. It gave the examples of Article VII of the NATO Status of Forces Agreement, which provided for criminal jurisdiction of the sending State over its own armed forces on the territory of the receiving State, and of the Scottish Court in the Netherlands, which between 1998 and 2002 conducted a trial under Scots law on Netherlands territory.

71. In view of the above, the Court was unable to find the sole fact that the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) had its seat and premises in The Hague to be sufficient grounds to impute the matters complained of to the Kingdom of the Netherlands. In arriving at that conclusion, the Court had regard to the particular context in which the question arose before it. The Court stressed that the *Galić* and *Blagojević* cases involved an international tribunal established by the Security Council of the United Nations, an international organisation founded on the principle of respect for fundamental human rights, and that moreover the basic legal provisions governing that tribunal's organisation and procedure were purposely designed to provide those indicted before it with all appropriate guarantees.

72. It would, in the Court's view, be unthinkable for any criminal tribunal, domestic or international, not to be vested with powers to secure the attendance of witnesses, for the prosecution or the defence as the case may be. The power to keep them in custody, either because they are unwilling to testify or because they are detained in a different connection, is a necessary corollary. This power is implied in the case of the NATO Status of Forces Agreement, which in its Article VII grants the sending State extraterritorial powers to try and to police (see paragraph 46 above); explicit provision for it is made for the ICTY in Rule 90 *bis* of its Rules of Procedure

and Evidence (see paragraph 45 above), as it was for the Scottish Court in the Netherlands in section 12 of the High Court of Justiciary (Proceedings in the Netherlands) (United Nations) Order 1998 (see paragraph 50 above).

73. The applicant was brought to the Netherlands as a defence witness in a criminal trial pending before the International Criminal Court. He had already been detained in his country of origin and remains in the custody of the International Criminal Court. The fact that the applicant is deprived of his liberty on Netherlands soil does not of itself suffice to bring questions touching on the lawfulness of his detention within the “jurisdiction” of the Netherlands as that expression is to be understood for the purposes of Article 1 of the Convention.

74. It is, however, the applicant’s case that now that he has given his testimony, his continued detention by the International Criminal Court lacks any basis in law. The vacuum thus created can be filled only by the Netherlands legal order, in which the Convention is directly applicable.

75. The Court finds that, for as long as the applicant is neither returned to the Democratic Republic of the Congo nor handed over to the Netherlands authorities at their request, the legal ground for his detention remains the arrangement entered into between the International Criminal Court and the authorities of the Democratic Republic of the Congo under Article 93 § 7 of the Statute of the International Criminal Court. This is reflected in Trial Chamber I’s Order of 1 September 2011 and its Decision of 15 December 2011 (see paragraphs 23 and 24 above), which make it clear that the International Criminal Court is waiting to comply with its obligation under Article 93 § 7 (b) of its Statute to return the applicant to the Democratic Republic of the Congo once the reason for his presence on its premises has ceased to exist. There is thus no legal vacuum.

(ii) *The alleged insufficiency of human rights guarantees offered by the International Criminal Court*

76. In *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* (cited above, §§ 152-56; see also *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. the Netherlands* (dec.), no. 13645/05, ECHR 2009), the Court held as follows:

“152. The Convention does not, on the one hand, prohibit Contracting Parties from transferring sovereign power to an international (including a supranational) organisation in order to pursue cooperation in certain fields of activity (see *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany* (no. 13258/87, Commission decision of 9 February 1990, DR 64, p. 138, at p. 144) and *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 32, ECHR 1999-I). Moreover, even as the holder of such transferred sovereign power, that organisation is not itself held responsible under the Convention for proceedings before, or decisions of, its organs as long as it is not a Contracting

Party (see *Confédération française démocratique du travail v. European Communities*, no. 8030/77, Commission decision of 10 July 1978, DR 13, p. 231; *Dufay v. European Communities*, no. 13539/88, Commission decision of 19 January 1989, unreported; and *M. & Co.*, p. 144, and *Matthews*, § 32, both cited above).

153. On the other hand, it has also been accepted that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of a Contracting Party's 'jurisdiction' from scrutiny under the Convention (see *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, Reports 1998-I, pp. 17-18, § 29).

154. In reconciling both these positions and thereby establishing the extent to which a State's action can be justified by its compliance with obligations flowing from its membership of an international organisation to which it has transferred part of its sovereignty, the Court has recognised that absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by such a transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention; the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards (see *M. & Co.*, p. 145, and *Waite and Kennedy [v. Germany]* [GC], no. 26083/94, § 67, ECHR 1999-I). The State is considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Matthews*, cited above, §§ 29 and 32-34, and *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, § 47, ECHR 2001-VIII).

155. In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides (see *M. & Co.*, cited above, p. 145, an approach with which the parties and the European Commission agreed). By 'equivalent' the Court means 'comparable'; any requirement that the organisation's protection be 'identical' could run counter to the interest of international cooperation pursued ... However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection.

156. If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation.

However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a 'constitutional instrument of European public order' in

the field of human rights (see *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 27-28, § 75).”

77. It is the applicant’s position that protection of his fundamental rights appropriate to his detention situation is unavailable.

78. The Court has already found, as did the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, that the applicant’s detention had a basis in the provisions of international law governing the functioning of the International Criminal Court and binding also on the Netherlands.

79. The Court observes that the International Criminal Court has powers under Rules 87 and 88 of its Rules of Procedure and Evidence to order protective measures, or other special measures, to ensure that the fundamental rights of witnesses are not violated. It points out that the Trial Chamber actually made use of these powers in its decision of 4 July 2011 (see paragraph 18 above).

80. It cannot be decisive that the orders given by the Trial Chamber in using its said powers will not necessarily result in the applicant’s release from detention by the authorities of the Democratic Republic of the Congo, as the applicant appears to suggest. The Convention does not impose on a State that has agreed to host an international criminal tribunal on its territory the burden of reviewing the lawfulness of deprivation of liberty under arrangements lawfully entered into between that tribunal and States not party to it.

(iii) *The acceptance by the Netherlands of jurisdiction to consider the applicant’s asylum request*

81. According to the Court’s established case-law, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens (see, among many other authorities, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 67, Series A no. 94; *Boujlifa v. France*, 21 October 1997, § 42, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI; *Hirsi Jamaa and Others*, cited above, § 113; and *Kurić and Others v. Slovenia* [GC], no. 26828/06, § 355, ECHR 2012). The Court also notes that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols (see, again among many other authorities, *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 102, Series A no. 215; *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 73, *Reports* 1996-V; and *Hirsi Jamaa and Others*, cited above). Furthermore, the Convention does not guarantee, as such, any right to enter, reside or remain in a State of which one is not a national (see, as recent authorities, *Kane v. Cyprus* (dec.), no. 33655/06, 13 September 2011;

H. v. the Netherlands (dec.), no. 37833/10, 18 October 2011; and *Kurić and Others*, cited above). Finally, States are, in principle, under no obligation to allow foreign nationals to await the outcome of immigration proceedings on their territory (see, *mutatis mutandis*, *Nsona v. the Netherlands*, 28 November 1996, § 93, *Reports* 1996-V; *Chandra and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 53102/99, 13 May 2003; *Benamar and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 43786/04, 5 April 2005; and *Haydarie and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 8876/04, 20 October 2005).

82. The applicant's argument is that, since the Netherlands has agreed to examine his asylum request, it necessarily follows that the Netherlands has taken it upon itself to review the lawfulness of his detention on the premises of the International Criminal Court – and to order his release, presumably onto its territory, if it finds his detention unlawful.

83. In view of the above-cited case-law, the Court, for its part, fails to see any such connection.

(iv) *Conclusion*

84. It follows that the application is incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 (a) and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.

For these reasons, the Court unanimously

Declares the application inadmissible.

DJOKABA LAMBI LONGA c. PAYS-BAS
(Requête n° 33917/12)

TROISIÈME SECTION¹

DÉCISION DU 9 OCTOBRE 2012²

1. Siégeant en une chambre composée de Josep Casadevall, *président*, Egbert Myjer, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Luis López Guerra, Nona Tsotsoria, Kristina Pardalos, *juges*, et de Santiago Quesada, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais.

SOMMAIRE¹**Juridiction quant à la détention dans le quartier pénitentiaire des Nations unies (La Haye) d'un ressortissant congolais en détention provisoire transféré sous la garde de la Cour pénale internationale****Article 1**

Juridiction des Etats – Juridiction quant à la détention dans le quartier pénitentiaire des Nations unies (La Haye) d'un ressortissant congolais en détention provisoire transféré sous la garde de la Cour pénale internationale – Pouvoirs d'une juridiction pénale internationale d'assurer la comparution de témoins et de les mettre en détention – Base en droit international de la détention du requérant – Garanties procédurales devant la Cour pénale internationale – Absence d'obligation pour un Etat accueillant sur son sol une juridiction pénale internationale de contrôler la légalité de la détention dans les locaux de celle-ci – Examen de la demande d'asile d'un détenu sous la garde de la Cour pénale internationale ne suffisant pas à faire relever sa détention de la juridiction de l'Etat d'accueil

*

* *

En 2005, le requérant, un ressortissant congolais, fut arrêté à Kinshasa et accusé de meurtre ou de complicité de meurtre. Sa détention provisoire fut prorogée à plusieurs reprises. En mars 2011, le requérant fut transféré de son lieu de détention en République démocratique du Congo sous la garde de la Cour pénale internationale (CPI) à La Haye en vue de comparaître devant la CPI en tant que témoin à décharge, ce qu'il fit en mars et en avril 2011. En juin 2011, il présenta une demande d'asile aux autorités néerlandaises, et demanda à la CPI d'ordonner le report de son renvoi vers la République démocratique du Congo. En juillet 2011, la Chambre de première instance I de la CPI décida que la CPI devait offrir une possibilité adéquate aux autorités néerlandaises d'examiner la demande d'asile du requérant et à celui-ci de présenter ses arguments. En septembre 2011, le service de l'immigration et des naturalisations néerlandais informa le requérant que, étant donné qu'il ne relevait pas de la juridiction des Pays-Bas, il ne pouvait pas demander l'asile et que sa demande serait en conséquence traitée comme une demande de protection, à examiner à la lumière de l'interdiction du refoulement découlant de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de l'article 3 de la Convention

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

européenne des droits de l'homme. Par la suite, le requérant contesta la légalité de sa détention devant les tribunaux néerlandais. Ceux-ci relevèrent que le fait que les Pays-Bas étaient disposés à considérer la demande de protection du requérant et avaient demandé à la CPI de maintenir l'intéressé en détention ne suffisait pas à faire relever la détention du requérant de l'autorité ou du contrôle des instances néerlandaises. Devant la Cour, le requérant dénonçait sous l'angle de l'article 5 § 1 de la Convention l'illégalité de son maintien en détention dans le quartier pénitentiaire des Nations unies, expliquant que tout titre de détention congolais le concernant avait expiré le 2 juillet 2007 et n'avait pas été renouvelé. Selon lui, la CPI n'avait plus aucun motif légal de le maintenir en détention après qu'il eut témoigné devant elle. De plus, les autorités néerlandaises n'auraient jamais prétendu qu'il existât en droit néerlandais un titre permettant de l'incarcérer. Le requérant alléguait également la violation de l'article 13 de la Convention en ce qu'il n'avait disposé d'aucun recours effectif au sein de l'ordre juridique interne qui lui aurait permis de contester la légalité de sa détention. En septembre 2012, le requérant retira sa demande d'asile. Il est actuellement toujours détenu dans le quartier pénitentiaire des Nations unies au sein de la prison de Scheveningen (La Haye).

1. Article 37 § 1 : bien que le requérant ait retiré sa demande d'asile, ce qui indique sans équivoque qu'il a renoncé à toute démarche en vue de demander sa libération aux autorités néerlandaises, il n'en a pas informé la Cour lui-même (article 47 § 6 du règlement de celle-ci) ni n'a retiré sa requête. La Cour ne sait donc pas avec certitude si l'intéressé souhaite qu'elle examine malgré tout sa requête au fond. Cependant, la requête soulève d'importantes questions concernant l'application de l'article 1 de la Convention. En particulier, elle touche à des aspects essentiels du fonctionnement d'une juridiction pénale internationale ayant son siège sur le territoire d'un Etat contractant et investie du pouvoir de détenir des personnes. De plus, il est urgent de répondre aux questions soulevées en l'espèce, eu égard à l'incertitude générée par un jugement récemment rendu par un tribunal national dans une affaire similaire. La Cour décide donc de ne pas rayer la requête de son rôle.

2. Article 1 : dans la mesure où le requérant invoque le principe de territorialité, la Cour juge qu'il est inconcevable qu'une juridiction pénale, nationale ou internationale n'ait pas le pouvoir de s'assurer de la comparution de témoins, à charge ou à décharge selon le cas, et le pouvoir nécessairement corollaire de les mettre en détention, soit parce qu'ils ne sont pas disposés à témoigner soit parce qu'ils sont déjà détenus pour d'autres raisons. Ce pouvoir est implicitement prévu par la Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, qui en son article VII accorde à l'Etat d'origine des pouvoirs extraterritoriaux de juridiction pénale et disciplinaire; quant au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, l'article 90 bis de son Règlement de procédure et de preuve y fait explicitement référence. Le requérant a été transféré aux Pays-Bas en qualité de témoin à décharge dans le cadre d'un procès pénal devant la CPI. Il était déjà détenu dans son pays d'origine et est demeuré en détention sous la garde

de la CPI. Le fait que le requérant soit privé de sa liberté sur le sol néerlandais ne suffit pas en soi à faire relever les questions touchant à la légalité de sa détention de la «juridiction» des Pays-Bas, au sens qu'il convient de donner à cette expression aux fins de l'article 1 de la Convention. Dès lors que l'intéressé n'a pas été renvoyé dans son pays ni remis aux autorités néerlandaises, la base légale de sa détention demeure l'accord conclu entre la CPI et les autorités congolaises en vertu de l'article 93 § 7 du Statut de la CPI. En somme, la détention du requérant trouve un fondement dans les dispositions du droit international régissant le fonctionnement de la CPI, lesquelles sont également contraignantes pour les Pays-Bas.

Quant à l'insuffisance alléguée des garanties en matière de droits de l'homme offertes par la CPI, celle-ci a le pouvoir, en vertu des articles 87 et 88 de son Règlement de procédure et de preuve, d'ordonner des mesures de protection ou d'autres mesures spéciales pour veiller à ce que les droits fondamentaux des témoins ne soient pas méconnus. Contrairement à ce que semble suggérer le requérant, la Cour ne juge pas déterminant le fait que les ordonnances prises par la Chambre de première instance I dans le cadre de l'usage de ces pouvoirs n'entraîneront pas nécessairement la libération du requérant par les autorités de la République démocratique du Congo. La Convention n'impose pas à un Etat qui a accepté d'accueillir une juridiction pénale internationale sur son sol la charge de contrôler la légalité d'une privation de liberté fondée sur des dispositions légalement convenues entre ce tribunal et des Etats qui n'y sont pas parties. Enfin, le requérant explique que, puisque les Pays-Bas ont accepté d'examiner sa demande d'asile, il s'ensuit nécessairement qu'ils ont pris sur eux de contrôler la légalité de sa détention dans les locaux de la CPI – et d'ordonner sa libération, probablement sur leur territoire, s'ils devaient juger cette détention illégale. Pour sa part, la Cour ne voit aucun rapport de la sorte, eu égard à sa jurisprudence établie selon laquelle ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent un droit à l'asile politique; la Convention ne garantit pas en soi le droit d'entrer, de résider ou de demeurer dans un Etat dont on n'est pas le ressortissant; et enfin les Etats n'ont, en principe, aucune obligation d'autoriser les ressortissants étrangers à attendre le résultat d'une procédure d'immigration sur leur territoire. Dès lors, la requête est déclarée irrecevable pour incompatibilité *ratione personae*.

Jurisprudence citée par la Cour

- Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26
Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 94
Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215
Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V
Nsona c. Pays-Bas, 28 novembre 1996, *Recueil* 1996-V
Boujlifa c. France, 21 octobre 1997, *Recueil* 1997-VI
Waite et Kennedy c. Allemagne [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I
McElhinney c. Irlande [GC], n° 31253/96, CEDH 2001-XI
Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI

Fogarty c. Royaume-Uni [GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI
Chandra et autres c. Pays-Bas (déc.), n° 53102/99, 13 mai 2003
Karner c. Autriche, n° 40016/98, CEDH 2003-IX
Benamar et autres c. Pays-Bas (déc.), n° 43786/04, 5 avril 2005
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande [GC],
n° 45036/98, CEDH 2005-VI
Haydarie et autres c. Pays-Bas (déc.), n° 8876/04, 20 octobre 2005
*Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-
Bas* (déc.), n° 13645/05, CEDH 2009
Galić c. Pays-Bas (déc.), n° 22617/07, 9 juin 2009
Blagojević c. Pays-Bas (déc.), n° 49032/07, 9 juin 2009
Kane c. Chypre (déc.), n° 33655/06, 13 septembre 2011
H. c. Pays-Bas (déc.), n° 37833/10, 18 octobre 2011
Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], n° 27765/09, CEDH 2012
Kurić et autres c. Slovénie [GC], n° 26828/06, CEDH 2012

(...)

EN FAIT

1. Le requérant, M. Bède Djokaba Lambi Longa, est un ressortissant congolais né en 1966. Il est actuellement détenu dans le quartier pénitentiaire des Nations unies au sein de la prison de Scheveningen, à La Haye (Pays-Bas). Il a été représenté devant la Cour par M^e W. Eikelboom, M^e F. Schüller et M^e G. Sluiter, avocats à Amsterdam.

A. Les circonstances de l'espèce

1. La détention du requérant en République démocratique du Congo

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

3. Le requérant était l'un des principaux dirigeants de l'Union des patriotes congolais (« UPC »), un mouvement politique créé dans la région d'Ituri, en République démocratique du Congo. Le bras armé de l'UPC, les Forces patriotiques pour la libération du Congo (« FPLC »), était l'une des factions armées actives dans cette région ces dernières années.

4. Le 19 mars 2005, le requérant fut arrêté à Kinshasa en même temps que d'autres membres de l'UPC ou des FPLC, notamment Thomas Lubanga Dyilo, président de l'UPC et commandant en chef des FPLC.

5. Le requérant fut apparemment accusé d'implication ou de complicité dans le meurtre de neuf membres, de nationalité bangladais, de la Mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo (« MONUC »). L'intéressé a toujours nié avoir commis ces actes.

6. La détention provisoire du requérant fut prorogée à plusieurs reprises. La dernière ordonnance de détention versée au dossier de la Cour a expiré le 2 juillet 2007. Selon le requérant, il est depuis cette date détenu sans titre, aucune des prorogations ultérieures n'ayant jamais été autorisée.

2. Le transfert du requérant sous la garde de la Cour pénale internationale

7. Le 17 mars 2006, Thomas Lubanga Dyilo fut arrêté en vertu d'un mandat d'arrêt sous scellés de la Cour pénale internationale et transféré à La Haye. Il fut annoncé le 28 août 2006 que M. Lubanga Dyilo avait été inculqué par le procureur de la Cour pénale internationale pour avoir procédé à l'enrôlement, la conscription et l'utilisation d'enfants de moins de quinze ans en vue de les faire participer activement à des hostilités.

8. Le 27 mars 2011, le requérant fut transféré de son lieu de détention en République démocratique du Congo dans les locaux de la Cour pénale internationale à La Haye en vue de déposer en tant que témoin à décharge dans le cadre du procès de M. Lubanga Dyilo. Il apparaît que le transfert fut effectué avec le consentement de l'intéressé. Selon la décision rendue le 5 août 2011 par la Chambre de première instance I (voir ci-dessous), les autorités de la République démocratique du Congo s'engagèrent à respecter le droit du requérant de ne pas s'auto-incriminer.

9. Le requérant déposa à diverses dates entre le 30 mars et le 7 avril 2011.

3. La procédure devant la Cour pénale internationale

a) Les observations et arguments du requérant devant la chambre de première instance

10. Le 7 avril 2011, le requérant saisit la Chambre de première instance I d'une demande de « mesures spéciales relatives à sa demande d'asile ». Il déclara qu'il craignait des représailles à son retour en République démocratique du Congo s'il tombait aux mains de membres du gouvernement de ce pays, notamment du président Kabila lui-même. Il affirma en outre avoir des problèmes de santé nécessitant des soins médicaux indisponibles en République démocratique du Congo.

11. Le 1^{er} juin 2011, le requérant soumit une demande d'asile aux autorités néerlandaises (voir ci-dessous). Le même jour, il demanda à la Cour pénale internationale d'ordonner des « mesures spéciales » conformément à l'article 88 § 1 de son Règlement de procédure et de preuve (voir ci-dessous) à savoir, pour ce qui concerne la présente affaire, une suspension de son renvoi en République démocratique du Congo.

12. La Chambre de première instance I invita les autorités de la République démocratique du Congo à soumettre des observations; celles-ci affirmèrent qu'elles continuaient à détenir le requérant pendant toute la procédure, et qu'elles en avaient uniquement transféré la garde effective à titre temporaire. De leur point de vue, la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole du 31 janvier 1967 ne primaient pas le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en particulier son article 93 (voir ci-dessous).

13. Dans ses observations reçues le 7 juin 2011 par le greffe de la Cour pénale internationale, le gouvernement néerlandais soutint que le requérant se trouvait provisoirement sous la garde de la Cour pénale internationale, et ne relevait donc pas de la juridiction de l'Etat hôte. Il ajouta que, toutefois,

si une demande d'asile était reçue, il l'examinerait et prendrait une décision, « quel qu'en soit le résultat ». L'Etat hôte déclara qu'il s'en remettrait cependant à l'appréciation de la Cour pénale internationale quant à savoir s'il était possible de renvoyer le requérant en toute sécurité en République démocratique du Congo, et que tout risque pour la sécurité de l'intéressé qui serait identifié par la Cour pénale internationale devrait être résolu par celle-ci dans le cadre de son programme de protection des témoins. Pour le gouvernement néerlandais, le requérant devait dans l'intervalle demeurer sous la garde de la Cour pénale internationale.

14. En réponse à une ordonnance émise par la Chambre de première instance, l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins de la Cour pénale internationale se livra à une évaluation des risques concernant la question des mesures de protection à mettre en place pour le requérant et certains autres témoins dans une autre affaire qui donnait lieu à des préoccupations similaires. Cette évaluation comprenait un examen des transcriptions des dépositions du requérant, l'appréciation de la situation politique d'alors en République démocratique du Congo, et une rencontre avec le directeur du centre de détention de ce pays où le requérant avait été incarcéré (à savoir le centre de détention de Makala à Kinshasa). L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins conclut qu'après son retour en République démocratique du Congo le requérant ne serait pas exposé à un risque supplémentaire pour sa sécurité ou son bien-être physique ou psychologique en raison de sa comparution devant la Cour pénale internationale. Quant aux craintes spécifiques que le requérant avait exprimées selon lesquelles son témoignage relatif à des personnages influents du gouvernement congolais lui faisait courir un risque s'il était renvoyé en République démocratique du Congo, l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins exprima l'avis que la déposition de l'intéressé ne révélait rien que les autorités congolaises ne savaient déjà. De plus, « le souhait [du requérant] d'impliquer les autorités congolaises, et particulièrement le président Kabila, [était] de notoriété publique ». L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins jugea donc improbable que le témoignage du requérant ait des conséquences telles sur les politiques menées au sein de la République démocratique du Congo qu'elles pourraient lui valoir des représailles. Elle ajouta que des assurances avaient été reçues des autorités congolaises selon lesquelles le requérant bénéficierait d'une protection adéquate et la sécurité de l'intéressé serait suffisamment assurée par une surveillance continue après son renvoi au centre de détention de Makala.

15. Selon les informations médicales disponibles, le requérant avait bénéficié de soins appropriés à sa condition et était en état de voyager.

b) La décision de la chambre de jugement

16. Le 4 juillet 2011, la Chambre de première instance I rendit sa décision. Elle reconnut que la Cour pénale internationale avait l'obligation, au titre de l'article 93 § 7 b) de son Statut et de l'article 192 § 4 de son Règlement de procédure et de preuve, ainsi qu'en vertu des procédures opérationnelles standards qui avaient été négociées entre le greffe et la République démocratique du Congo, de renvoyer le requérant vers la République démocratique du Congo une fois le but de son transfert atteint – ce qui était le cas, puisque l'intéressé avait livré son témoignage. Toutefois, selon la Chambre de première instance I, l'article 21 § 3 du Statut de Rome exigeait que le droit applicable fût appliqué et interprété conformément aux normes internationalement reconnues en matière de droits de l'homme. La Chambre de première instance I estima donc qu'elle devait d'abord examiner les implications de la demande d'asile du requérant.

17. La Chambre de première instance I déclara qu'il revenait aux autorités néerlandaises, et non à la Cour pénale internationale, d'examiner la demande d'asile du requérant. La Cour pénale internationale devait cependant fournir une possibilité adéquate aux autorités néerlandaises de se livrer à cet examen et au requérant de présenter sa défense. Il revenait aux autorités néerlandaises de décider s'il était nécessaire qu'elles interviennent et placent le requérant sous leur contrôle jusqu'à la conclusion de la procédure d'asile et de toute phase d'appel dans le cadre de cette procédure.

18. La Chambre de première instance I ordonna au greffe d'autoriser le requérant à avoir un accès raisonnable aux avocats qui le représentaient dans le cadre de la demande d'asile; de soumettre un rapport sur la procédure nationale à suivre afin que les Pays-Bas fussent en mesure de s'acquitter de leurs obligations relatives à la demande d'asile avant que requérant ne fût renvoyé en République démocratique du Congo (sauf si l'asile lui était accordé); d'assurer la liaison avec les autorités congolaises, avant le renvoi du requérant en République démocratique du Congo, pour identifier et mettre en œuvre toute mesure de protection que le greffe estimerait nécessaire, et de lui faire rapport en conséquence; et, enfin, de surveiller la situation du requérant après son retour en République démocratique du Congo.

c) Les autres procédures devant la Cour pénale internationale

19. Le 2 août 2011, le ministre néerlandais des Affaires étrangères informa la Chambre de première instance I par une note verbale de la nécessité d'organiser des entretiens avec le requérant et de la probabilité que d'autres investigations fussent menées et que l'affaire ne devînt litigieuse. La note contenait le passage suivant :

«La procédure administrative et judiciaire en cours peut s'étendre sur une durée considérable, et les Pays-Bas demandent à ce que le témoin incarcéré reste pendant toute la période au quartier pénitentiaire de la Cour pénale internationale.»

20. Le 13 juillet 2011, le gouvernement néerlandais demanda l'autorisation d'interjeter appel contre la décision de la Chambre de première instance I. La République démocratique du Congo soumit un document indiquant qu'elle contestait la décision, ce que la Chambre de première instance I décida de considérer comme une demande d'autorisation de faire appel. Le 4 août 2011, la Chambre de première instance I accueillit les deux demandes. A une date ultérieure non précisée, la Chambre d'appel décida que l'autorisation de faire appel accordée aux Pays-Bas était *ultra vires* et donc mal fondée.

21. Dans une ordonnance du 15 août 2011, la Chambre de première instance I rappela qu'il appartenait aux autorités néerlandaises :

«de décider si, au vu des obligations qui sont les leurs au titre de leur législation nationale et du droit international, elles placeraient le témoin sous leur contrôle en attendant qu'il soit statué sur sa demande d'asile et que soient épuisées toutes les voies de recours dans ce cadre.»

En outre :

«Il [a été] instamment demandé à l'Etat hôte d'indiquer sans délai s'il entend[ait] différer le départ des Pays-Bas du [requérant]. Le greffe [devait] consulter les autorités néerlandaises au sujet du transfert du témoin sous le «contrôle» des Pays-Bas si l'Etat hôte entend[ait] différer le départ de l'intéressé en attendant qu'il soit statué sur sa demande d'asile. Un calendrier raisonnable devra[it] être conjointement mis en place pour ce transfert.»

22. Le 26 août 2011, le ministre néerlandais des Affaires étrangères adressa une note verbale à la Cour pénale internationale, libellée dans les termes suivants :

«La position des Pays-Bas a toujours été que le [requérant] doit rester sous la garde de la [Cour pénale internationale] pendant la procédure de demande d'asile. A ce sujet, les Pays-Bas appellent l'attention sur leur note verbale du 2 août 2011, dans laquelle est exposée la procédure qu'ils doivent suivre, notamment en matière administrative et judiciaire, pour pouvoir s'acquitter de leurs obligations relativement à la demande d'asile. Les Pays-Bas indiquent dans cette note qu'ils «demandent à ce que le témoin reste détenu au quartier pénitentiaire de la [Cour pénale internationale] pendant toute [la] durée [de la procédure]».

Le témoin a été temporairement placé sous la garde de la [Cour pénale internationale] par la [République démocratique du Congo] dans le cadre d'un accord passé en vertu de l'article 93 § 7 du Statut. Cet accord dispose que le témoin reste détenu et est renvoyé en [République démocratique du Congo] une fois l'objectif du transfèrement atteint. Il a été conclu par la [Cour pénale internationale] et la [République démocratique du Congo] pour faciliter les poursuites engagées devant la [Cour pénale

internationale]. Les Pays-Bas ne comprennent pas comment une obligation d'accepter sur leur territoire des étrangers sans papiers ou en situation irrégulière pourrait naître d'un accord bilatéral auquel ils ne sont pas partie. La [Cour pénale internationale] ne peut se prévaloir du Statut ou de l'Accord de siège pour transférer la garde du témoin aux Pays-Bas, et elle n'a pas le pouvoir d'imposer pareil transfert à l'Etat hôte. Les Pays-Bas ne sont pas non plus tenus, comme la [Cour pénale internationale] l'a reconnu, d'accepter que le témoin soit placé sous son contrôle.

A cet égard, les Pays-Bas souhaitent en outre faire observer que, dans les présentes circonstances, ils n'ont pas compétence pour maintenir le témoin en détention pendant la durée de l'examen de la demande d'asile.

De plus, le départ du témoin n'a pas été différé à l'initiative des Pays-Bas. Les Pays-Bas relèvent que l'Ordonnance réaffirme qu'il est de la responsabilité de la [Cour pénale internationale] de faire en sorte que le témoin se voie offrir une possibilité véritable – plutôt que simplement théorique – de présenter sa demande d'asile aux autorités néerlandaises avant d'être renvoyé en [République démocratique du Congo]. Pour les Pays-Bas, il découle de ce qui précède que la Cour ne procédera pas au transfert du témoin vers la [République démocratique du Congo] pendant la procédure relative à la demande d'asile.

En conséquence, la position des Pays-Bas reste que le témoin doit demeurer sous la garde de la [Cour pénale internationale] pendant l'examen de la demande d'asile. Les Pays-Bas ne jugent donc pas nécessaire, pour l'instant, de tenir des consultations avec le greffe de la [Cour pénale internationale].»

23. Invitée par le requérant à reconsidérer sa décision du 4 juillet 2011, la Chambre de première instance rendit une ordonnance le 1^{er} septembre 2011 dans laquelle elle formulait les considérations suivantes :

« Puisque l'Etat hôte a désormais informé la Chambre qu'il n'a[vait] pas l'intention de différer le renvoi du [requérant] en [République démocratique du Congo] et qu'il a refusé de se concerter avec le greffe sur le transfert de la garde à l'Etat hôte, la requête aux fins de réexamen de l'ordonnance d'exécution est sans objet.

Les juges sont d'avis que la Chambre a donné des orientations claires au greffe, à savoir que le renvoi du [requérant] p[ouvait] être différé sous réserve que sa garde soit transférée à l'Etat hôte en attendant que celui-ci statue sur sa demande d'asile. La Chambre s'est acquittée des obligations que lui impose l'article 21 § 3 du Statut ; il appartient désormais à l'Etat hôte à qui la demande d'asile a été adressée de se prononcer sur la nécessité de placer [le requérant] sous son contrôle en attendant qu'il soit statué sur sa demande et que soient épuisées toutes les voies de recours dans ce cadre.

Il s'ensuit que le greffe devrait agir à l'égard du [requérant] de la manière spécifiée à l'article 93 § 7 b) du Statut et à l'article 192 § 4 du Règlement. (...)

Au cas où (...) le voyage [serait possible], le greffier informera[it] l'Etat hôte de la date envisagée pour le retour du [requérant] en [République démocratique du Congo]. Si, à tout moment précédant son départ, les autorités néerlandaises manifestaient leur

intention de placer le témoin sous leur contrôle, le greffier collaborera[it] au transfert de sa garde à l'Etat hôte.»

24. Par une décision du 15 décembre 2011, la Chambre de première instance I rejeta la demande du requérant tendant à la révocation de l'ordonnance de renvoi en République démocratique du Congo et à sa libération, sous conditions si besoin était. Elle ajouta :

«L'ordonnance de la [Cour pénale internationale] [du 1^{er} septembre 2011] reste en vigueur. La Chambre réitère l'ordre qu'elle a donné au greffe de préparer le retour du [requérant] une fois qu'il sera en état de voyager, conformément à l'article 93 § 7 b) du Statut et à l'article 192 § 4 du Règlement. C'est aux autorités néerlandaises qu'il appartient de se prononcer sur la nécessité de placer le témoin sous leur contrôle en vue de mener à bien toute procédure nationale qui serait en cours.

En attendant que le [requérant] retourne en [République démocratique du Congo], il doit rester détenu en vertu de l'article 93 § 7 b) du Statut, à moins que sa garde ne soit transférée aux autorités néerlandaises à la demande de celles-ci. La Chambre n'est pas compétente pour examiner la décision que la [République démocratique du Congo] pourrait prendre de placer le témoin en détention une fois celui-ci revenu dans ce pays, et il convient de noter que dans sa décision du 4 juillet 2011, la Chambre avait déjà examiné les responsabilités que lui confère l'article 68 § 1 du Statut au regard du retour du [requérant] en [République démocratique du Congo].»

4. La demande d'asile du requérant

25. Comme mentionné plus haut, le requérant présenta le 1^{er} juin 2011 une demande d'asile aux autorités néerlandaises par l'intermédiaire de son avocat, M^e Schüller. La demande énonçait que le requérant craignait de subir des persécutions s'il était renvoyé en République démocratique du Congo, étant donné que ses déclarations devant la Cour pénale internationale établissaient un lien entre le président de ce pays et des crimes de guerre.

26. A une date non précisée, mais en réponse à une lettre datée du 28 septembre 2011 envoyée par le représentant du requérant, M^e Schüller, le service de l'immigration et des naturalisations (*Immigratie- en Naturalisatiedienst*) déclara que, étant donné qu'il ne relevait pas de la juridiction des Pays-Bas, le requérant n'était pas en mesure de demander l'asile. Cela étant, sa demande serait traitée comme une demande de protection (*bescherming*), à examiner à la lumière de l'interdiction de refoulement découlant de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de l'article 3 de la Convention; il convenait bien entendu de garder à l'esprit que le requérant ne se trouvait pas sous la juridiction des Pays-Bas. Il était annoncé que le requérant serait interrogé.

5. La procédure aux Pays-Bas en vue de la libération du requérant

a) La procédure devant le tribunal d'arrondissement

27. Fondant son argumentation sur l'idée que sa détention constituait une mesure prise en vertu de l'article 59 de la loi de 2000 sur les étrangers (*Vreemdelingenwet 2000*, voir ci-dessous), le requérant interjeta appel devant le tribunal d'arrondissement (*rechtbank*) de La Haye.

28. Le tribunal d'arrondissement rendit sa décision le 27 octobre 2011 à l'issue d'une procédure contradictoire. Selon lui, le fait que les Pays-Bas étaient prêts à prendre en considération la demande de protection du requérant et avaient demandé à la Cour pénale internationale de maintenir l'intéressé en détention ne suffisait pas à faire relever la détention du requérant de l'autorité ou du contrôle des instances néerlandaises.

b) La procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*)

29. Le requérant interjeta appel devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, qui rendit sa décision (*Landelijk Jurisprudentie Nummer* [Numéro de jurisprudence nationale] («LJN») BW0617) le 22 mars 2012 à l'issue d'une procédure contradictoire.

30. La section du contentieux administratif cita le passage suivant d'une lettre adressée le 19 octobre 2011 par le greffier de la Cour pénale internationale au ministère des Affaires étrangères :

«[...] S'agissant des témoins détenus, l'un relevant de l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06) [le requérant] et les trois autres de l'affaire Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), le greffier confirme que tous les quatre sont actuellement détenus sous l'autorité exclusive de la République démocratique du Congo (RDC) comme suite aux demandes présentées respectivement par la Chambre de première instance I et par la Chambre de première instance II pour faciliter leur déposition orale au siège de la [Cour pénale internationale], conformément à l'article 93 § 7 du Statut de Rome. Ces personnes sont actuellement sous la garde de la [Cour pénale internationale], conformément à [l'article] 192 § 2 du Règlement de procédure et de preuve et à un accord conclu entre les autorités congolaises et la [Cour pénale internationale].

(...)

La Chambre de première instance I a, pour sa part, enjoint au greffe de consulter les autorités néerlandaises au sujet du transfert du témoin sous le contrôle de l'Etat hôte en attendant qu'il soit statué sur sa demande d'asile. Compte tenu de ce qui précède, le greffier confirme que les juges de la [Cour pénale internationale] n'ont à aucun moment rendu de décision demandant à l'Etat hôte d'assumer la garde des quatre témoins détenus. (...)

Le raisonnement de la section du contentieux administratif comprenait le passage suivant :

« 2.1.6. Il découle de ce qui précède que le ressortissant étranger [le requérant] est détenu en vertu d'une ordonnance des autorités congolaises, et que cette détention se déroule à présent dans un centre de détention se trouvant sous le contrôle et l'autorité de la Cour pénale internationale, à la demande et sous la responsabilité de celle-ci conformément à l'article 93 § 7 de son Statut, à l'article 192 du [Règlement de procédure et de preuve] et à l'accord conclu entre les autorités congolaises et la Cour pénale internationale.

2.1.7. En vertu de l'article 88 de la loi néerlandaise portant mise en œuvre de la Cour pénale internationale, le droit néerlandais ne s'applique pas aux privations de liberté découlant des ordonnances de la Cour pénale internationale dans les espaces aux Pays-Bas soumis à l'autorité de celle-ci. Ne serait-ce que pour cette raison, la détention de l'étranger ne peut se fonder sur l'exercice, ou l'exercice présumé, d'une autorité quelconque qui serait déléguée au ministre par la loi de 2000 sur les étrangers. C'est donc à bon droit que le tribunal régional a estimé que les tribunaux compétents pour connaître des affaires concernant des étrangers [*vreemdelingenrechter*] n'avaient pas compétence pour examiner la légalité de cette détention.

(...)»

6. *Événements ultérieurs*

31. Le 27 septembre 2012, le greffier, dûment autorisé par le président, porta la présente requête en urgence à la connaissance du gouvernement néerlandais (article 40 du règlement de la Cour). En réponse, le Gouvernement informa la Cour que le requérant, après avoir consulté son représentant, M^e Schüller, avait retiré sa demande d'asile le 4 septembre 2012. Des copies de la lettre manuscrite de retrait du requérant, en français, et de l'enregistrement officiel de ce retrait, étaient jointes à la réponse du Gouvernement.

7. *Les affaires parallèles de [A], [B] et [C]*

a) **La procédure d'asile**

32. Le 12 mai 2011, trois témoins qui comparaissaient devant la Cour pénale internationale dans le cadre d'un autre procès (Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07)) saisirent les autorités néerlandaises de demandes d'asile. Etant donné qu'une décision ne fut pas rendue dans le délai imparti à cet effet par la loi, ils firent opposition à ce rejet tacite (*fictieve weigering*); leur action fut déclarée irrecevable le 6 juin 2011. Ils interjetèrent appel devant le tribunal d'arrondissement de La Haye.

33. Celui-ci rendit sa décision le 28 décembre 2011. Il rejeta l'argument du ministre de l'Immigration et du Droit d'asile selon lequel la loi de 2000 sur les étrangers ne s'appliquait pas aux demandes d'asile présentées par les demandeurs. Selon le tribunal, pareil argument ne pouvait pas être fondé sur l'Accord de siège, dont l'article 8 déclarait le droit de l'Etat hôte applicable sauf dispositions contraires, ni sur la loi portant mise en œuvre de la Cour pénale internationale, dont l'article 88 contenait une disposition déclarant le droit néerlandais inapplicable aux privations de liberté opérées dans des espaces sous l'autorité de la Cour pénale internationale, ni sur le Statut de la Cour pénale internationale, sauf dans les cas où l'application de la loi de 2000 sur les étrangers pouvait entraver l'exercice par celle-ci de ses obligations – ce qui, eu égard à la primauté des autorités néerlandaises sur la Cour pénale internationale s'agissant de décider d'une demande d'asile, n'était clairement pas le cas en l'espèce, de l'avis de la Cour pénale internationale elle-même –, et ni même sur la loi de 2000 sur les étrangers ou sur sa législation dérivée, étant donné que les trois témoins se trouvaient sur le sol néerlandais et ne pouvaient donc pas rechercher la protection d'un autre Etat sur son territoire – sur lequel ils ne se trouvaient pas – ni celle de la Cour pénale internationale – qui n'a pas de territoire. Le ministre se vit en conséquence ordonner de rendre une décision dans les six mois sur les demandes d'asile des requérants.

34. Aucun appel ne fut interjeté contre cette décision, qui devint donc définitive.

35. Le 11 juin 2012, le ministre de l'Immigration et du Droit d'asile fit connaître son intention (*voornemen*) de refuser l'asile à [B] et à [C] au motif que les intéressés étaient soupçonnés d'avoir commis des crimes contre l'humanité au sens de l'article 1F de la Convention de 1951 des Nations unies relative au statut des réfugiés. [A] ne fit pas l'objet d'une telle notification pour des raisons de santé.

36. [B] et [C] ont présenté des observations écrites (*zienswijze*). Une décision dans leurs affaires était prévue pour octobre 2012.

b) La procédure civile

37. A une date non précisée, [A], [B] et [C] demandèrent la comparution de l'Etat néerlandais devant le juge des mesures provisoires (*voorzieningenrechter*) du tribunal d'arrondissement de La Haye (division civile) dans le cadre d'une procédure en référé (*kort geding*), en vue de faire ordonner à l'Etat de déclarer à la Cour pénale internationale qu'il était disposé à prendre en charge les requérants et, à cette fin, à entrer dans un processus de consultation (*overleg*) de la manière appropriée et habituelle.

38. Le 26 septembre 2012, le juge des mesures provisoires rendit sa décision dans laquelle il s'exprimait ainsi :

« 3.1. Les demandeurs [c'est-à-dire [A], [B] et [C]] ont fondé leur plainte sur le fait que l'Etat les aurait traités de manière injuste [*jegens hen onrechtmatig handelt*]. Cela étant, la compétence des juridictions civiles – en l'espèce le juge des mesures provisoires dans le cadre de la procédure en référé – pour connaître de l'affaire est établie. Le grief des plaignants est également recevable, étant donné qu'aucune autre voie judiciaire n'est susceptible de leur offrir des garanties adéquates pour ce qu'ils veulent obtenir.

3.2. Les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'Etat a l'obligation de faire savoir à la Cour pénale internationale s'il est disposé à prendre en charge les demandeurs et à entrer dans un processus de consultation avec la Cour pénale internationale à cette fin.

3.3. L'Etat a déclaré pour sa défense que le titre de détention des demandeurs découle des accords conclus entre la Cour pénale internationale et la République démocratique du Congo, et qu'il ne peut ni ne veut exercer sa juridiction sur les demandeurs. Selon l'Etat, l'Accord de siège exige seulement qu'il assure le transfèrement des demandeurs à travers le territoire néerlandais à la demande de la Cour pénale internationale. A l'appui de sa position, il invoque notamment la décision de la section du contentieux administratif [du 22 mars 2012, paragraphes 29 et 30 ci-dessus] et la décision rendue le 9 juin 2009 par la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») en l'affaire *Galić* (n° 22617/07 ; *Nederlandse Jurisprudentie – Recueil de droit néerlandais – 2010, n° 267*). D'après l'Etat, le fait que les demandeurs ont introduit une demande d'asile n'entraîne pas d'obligation pour les Pays-Bas de les prendre en charge, étant donné que l'introduction d'une demande d'asile n'implique aucun droit de demeurer sur le territoire néerlandais si le demandeur d'asile [*verzoeker*] ne se trouve pas réellement, d'un point de vue juridique, aux Pays-Bas [*juridisch gezien niet in Nederland verblijft*]. Pour l'Etat, les demandeurs vont devoir attendre l'issue de la demande d'asile. Ce n'est qu'ensuite, de l'avis de l'Etat, qu'il faudra examiner si l'article 3 constitue un obstacle au renvoi des demandeurs en République démocratique du Congo. L'Etat souligne à cet égard que la demande d'asile est traitée avec la diligence requise et que, vu les intentions évoquées (...) [paragraphe 35 ci-dessus], il est probable que les demandes d'asile de [B] et de [C] soient rejetées. L'Etat signale qu'au vu de cette situation des consultations diplomatiques sont en cours et sont sur le point d'aboutir.

Le juge des mesures provisoires répondit ainsi à ces moyens de défense :

3.4. S'il est vrai que, formellement, les demandeurs se trouvent sous la garde de la République démocratique du Congo, mise en œuvre par la Cour pénale internationale, on ne saurait nier, eu égard également à la position de la Cour pénale internationale, que les demandeurs se retrouvent dans une situation (de détention) sans issue. Depuis sa décision du 24 août 2011 [dans laquelle elle a ordonné au greffe d'entrer en discussion avec le gouvernement néerlandais], la Cour pénale internationale s'estime tenue par son Statut de renvoyer les plaignants en République démocratique du Congo, mais la procédure d'asile, toujours pendante, l'empêche de rendre une ordonnance de renvoi en vertu de l'article 93 § 7 du Statut. Indépendamment du fait de savoir s'il est même possible que les demandeurs – quelle que soit l'issue de la procédure d'asile – soient

renvoyés en toute sécurité vers la République démocratique du Congo, il reste que, vu également les possibilités de recours dans le cadre de la procédure d'asile, il n'y a aucune chance que cette procédure se termine rapidement. Cela signifie que, au 24 août 2011, les demandeurs ne seront plus légalement détenus [*zich niet meer in een rechtmatige vorm van detentie bevinden*]. Ils n'ont aucune chance d'être libérés ou d'être jugés dans un délai raisonnable, et on ne sait pas s'ils ont la possibilité de faire examiner la légalité de leur détention par une juridiction compétente. Ni la Cour pénale internationale ni la République démocratique du Congo ne sont en mesure de mettre fin à la situation qui s'est à présent mise en place.

3.5. Le moyen de défense selon lequel les demandeurs ne se trouvent pas sous la juridiction de l'Etat ne peut être accueilli. On peut seulement déduire de la décision de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat citée par l'Etat que la détention des demandeurs ne se fonde pas sur l'exercice, ou l'exercice présumé, de pouvoirs découlant de la loi de 2000 sur les étrangers, ce qui est vrai. Cela n'a aucune influence sur la question de savoir si l'Etat est légalement tenu de prendre en charge les demandeurs.

3.6. La comparaison avec l'affaire *Galić* n'est pas plus juste. La Cour a conclu dans cette affaire que le fait que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après le « TPIY ») ait son siège aux Pays-Bas ne suffisait pas à imputer à l'Etat néerlandais les violations alléguées des droits de l'homme du requérant. Sur ce point, la Cour s'est exprimée ainsi :

« Eu égard à ce qui précède, la Cour ne saurait conclure que le simple fait que le siège et les locaux du TPIY se situent à La Haye suffise à faire relever les questions litigieuses de la responsabilité du Royaume des Pays-Bas. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a égard au contexte particulier de la question dont elle est saisie. La Cour souligne que la présente affaire implique un tribunal international établi par le Conseil de sécurité des Nations unies, une organisation internationale basée sur le principe du respect des droits de l'homme fondamentaux ; de plus, les dispositions juridiques de base régissant l'organisation et la procédure de ce tribunal sont précisément conçues pour offrir aux accusés comparaisant devant lui toutes les garanties appropriées. »

Contrairement à l'affaire *Galić*, qui concernait un suspect qui était jugé selon les règles applicables à un tribunal international établi par les Nations unies et qui pouvait se prévaloir des garanties (procédurales) dudit tribunal, la présente espèce concerne des témoins dans le cadre d'une procédure devant une autre juridiction des Nations unies qui, quant à leur détention, ne peuvent en réalité invoquer les garanties de cette juridiction, comme cela ressort également de la position adoptée par la Cour pénale internationale. Dans ces conditions, on ne saurait exclure que le siège de la Cour pénale internationale sur le territoire néerlandais implique des liens suffisants pour que la juridiction des Pays-Bas puisse être présumée.

3.7. Les considérations ci-dessus s'appliquent notamment parce que c'est la procédure d'asile aux Pays-Bas qui fait obstacle au renvoi des demandeurs en République démocratique du Congo. Il se peut que les demandes d'asile puissent nuire

[*doorkruisen*] à l'ordre juridique international, mais en tout état de cause l'Etat est tenu, en vertu de la décision [du 28 décembre 2011, paragraphe 33 ci-dessus] de cette Cour (qui siège à Amsterdam) – d'examiner les demandes d'asile des demandeurs. On ne saurait reprocher à ceux-ci d'introduire des demandes d'asile.

3.8. Sans examiner le bien-fondé du moyen selon lequel une demande d'asile introduite par des personnes qui ne relèvent pas (de la juridiction) des Pays-Bas ne génère pas un droit de demeurer aux Pays-Bas, il n'en reste pas moins que l'Etat doit se préoccuper du sort des demandeurs et ne peut les laisser à la garde de la Cour pénale internationale jusqu'à l'issue de la procédure d'asile conformément à la loi de 2000 sur les étrangers, qui n'est pas encore en vue. L'Etat doit donc entrer en consultation avec la Cour pénale internationale pour mettre un terme à la détention illégale des plaignants.

3.9. Il découle de ce qui précède que le grief des demandeurs sera accueilli comme suit. Le délai imparti à l'Etat pour entrer en discussion avec la Cour pénale internationale est de quatre semaines, pour lui permettre de prendre les dispositions nécessaires. Dans la mesure où l'Etat craint que les demandeurs ne disparaissent illégalement [*in de illegaliteit zullen verdwijnen*], il est de sa responsabilité de prendre les mesures appropriées.»

39. On ne sait pas encore si l'Etat a interjeté appel contre ce jugement.

B. Le droit interne pertinent

40. Les dispositions du droit interne qui sont pertinentes en l'espèce sont les suivantes.

1. La Constitution du Royaume des Pays-Bas (Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden)

Article 93

«Les dispositions de traités et de décisions adoptées par des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun à raison de leur contenu ont force obligatoire une fois publiées.»

Article 94

«Les textes de loi en vigueur dans le Royaume cessent d'être applicables dès lors qu'ils sont en conflit avec les dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun.»

2. La loi générale sur le droit administratif (Algemene wet bestuursrecht)

Article 8.1

1. Toute partie intéressée [*belanghebbende*] peut introduire un recours visant une décision administrative [*besluit*] devant le tribunal d'arrondissement. (...)

3. *La loi de 2000 sur les étrangers*

Article 59

« En cas de nécessité dans l'intérêt de l'ordre public ou de la sécurité nationale, [le ministre compétent] peut, à des fins d'expulsion [*uitzetting*], ordonner la détention d'un étranger qui :

- a) ne réside pas légalement dans le pays ; (...) »

Article 93

« 1. (...) [Toute] mesure prise conformément au chapitre 5 de la présente loi [notamment à l'article 59] en vue de restreindre ou de priver quelqu'un de sa liberté est considérée comme une décision administrative aux fins de l'application de l'article 8.1 de la loi générale sur le droit administratif. (...) »

4. *La loi portant mise en œuvre de la Cour pénale internationale* (*Uitvoeringswet Internationaal Strafhof*)

Article 45

« 1. Il est fait droit, dans la mesure du possible, à toute demande d'assistance de la Cour pénale internationale en vertu de l'article 93 de son Statut, quelle que soit sa forme. »

Article 85

« (...) »

2. Le transit des personnes [autres que les suspects] transférées ou venant aux Pays-Bas à la demande de la Cour pénale internationale s'effectue selon les instructions [*in opdracht*] de celle-ci et sous la surveillance de fonctionnaires nommés par le ministre [de la Justice (*Minister van Justitie*)].

3. Le transfèrement en dehors des espaces sous l'autorité de la Cour pénale internationale [*buiten de onder het gezag van het Strafhof staande ruimten*] de personnes privées de leur liberté sur les ordres de la Cour pénale internationale s'effectue selon les instructions de celle-ci et sous la surveillance de fonctionnaires néerlandais nommés par le ministre [de la Justice].

4. Les fonctionnaires visés par le présent article sont autorisés à prendre toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires pour garantir la sûreté des personnes concernées et pour les empêcher de s'enfuir. »

Article 86

« 1. Le transit de personnes devant être remises aux autorités d'un Etat étranger par la Cour pénale internationale s'effectue selon les instructions de celle-ci et sous la surveillance de fonctionnaires néerlandais nommés par le ministre [de la Justice]. »

2. Les fonctionnaires visés par le présent article sont autorisés à prendre toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires pour garantir la sûreté des personnes concernées et pour les empêcher de s'enfuir.»

Article 87

« 1. Aucune personne convoquée en tant que témoin, expert, victime ou autre et dont la présence est requise au siège de la Cour pénale internationale, quelle que soit sa nationalité, et qui arrive aux Pays-Bas en vertu d'une convocation, d'une assignation à comparaître [*dagvaarding of oproeping*], ou d'un mandat d'arrêt émis par la Cour pénale internationale, ou en réponse à une demande d'admission présentée aux Pays-Bas par celle-ci (...) ne peut faire l'objet de poursuites, d'une arrestation ou de tout autre mesure limitant sa liberté relativement à des faits ou à des condamnations antérieurs à son arrivée aux Pays-Bas.

2. L'immunité visée au paragraphe 1 est perdue si la personne en question, après avoir eu la possibilité de quitter les Pays-Bas pendant quinze jours consécutifs à partir du moment où sa présence n'est plus requise par la Cour pénale internationale, demeure sur le territoire néerlandais ou y revient après l'avoir quitté.

Article 88

«Le droit néerlandais ne s'applique pas aux privations de liberté ordonnées par la Cour pénale internationale dans les espaces aux Pays-Bas soumis à l'autorité de celle-ci.»

C. Le droit international pertinent concernant la Cour pénale internationale

41. Dans ce chapitre, le terme «Cour» renvoie à la Cour pénale internationale.

1. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale

Article 3

Siège de la Cour

« 1. La Cour a son siège à La Haye, aux Pays-Bas («l'Etat hôte»).

2. La Cour et l'Etat hôte conviennent d'un Accord de siège qui doit être approuvé par l'Assemblée des Etats Parties, puis conclu par le président de la Cour au nom de celle-ci.

3. Si elle le juge souhaitable, la Cour siège ailleurs selon les dispositions du présent Statut.»

Article 4

Régime et pouvoirs juridiques de la Cour

« 1. La Cour a la personnalité juridique internationale. Elle a aussi la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission.

2. La Cour peut exercer ses fonctions et ses pouvoirs, comme prévu dans le présent Statut, sur le territoire de tout Etat Partie et, par une convention à cet effet, sur le territoire de tout autre Etat.»

Article 21 **Droit applicable**

«1. La Cour applique :

a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;

b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;

c) A défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des Etats sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.

2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

3. L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité.»

Article 43 **Le greffe**

«(...)

6. Le greffier crée, au sein du greffe, une division d'aide aux victimes et aux témoins. Cette division est chargée, en consultation avec le Bureau du Procureur, de conseiller et d'aider de toute manière appropriée les témoins, les victimes qui comparaissent devant la Cour et les autres personnes auxquelles les dépositions de ces témoins peuvent faire courir un risque (...).»

Article 68 **Protection et participation au procès des victimes et des témoins**

«1. La Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins. Ce faisant, elle tient compte de tous les facteurs pertinents, notamment l'âge, le sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et l'état de santé, ainsi que la nature du crime, en particulier, mais sans s'y limiter, lorsque celui-ci s'accompagne de violences à caractère sexuel, de violences à caractère sexiste ou de violences contre des enfants. Le Procureur

prend ces mesures en particulier au stade de l'enquête et des poursuites. Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.

(...)

3. Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve.

4. La division d'aide aux victimes et aux témoins peut conseiller le Procureur et la Cour sur les mesures de protection, les dispositions de sécurité et les activités de conseil et d'aide visées à l'article 43, paragraphe 6.

(...)

Article 93

Autres formes de coopération

« 1. Les Etats Parties font droit, conformément aux dispositions du présent chapitre et aux procédures prévues par leur législation nationale, aux demandes d'assistance de la Cour liées à une enquête ou à des poursuites et concernant :

(...)

e) Les mesures propres à faciliter la comparution volontaire devant la Cour de personnes déposant comme témoins ou experts ;

f) Le transfèrement temporaire de personnes en vertu du paragraphe 7 ;

(...)

j) La protection des victimes et des témoins et la préservation des éléments de preuve ;

(...)

l) Toute autre forme d'assistance non interdite par la législation de l'Etat requis propre à faciliter l'enquête et les poursuites relatives aux crimes relevant de la compétence de la Cour.

(...)

7. a) La Cour peut demander le transfèrement temporaire d'une personne détenue aux fins d'identification ou pour obtenir un témoignage ou d'autres formes d'assistance. Cette personne peut être transférée si les conditions suivantes sont remplies :

i) La personne donne librement et en connaissance de cause son consentement au transfèrement ; et

ii) L'Etat requis donne son accord au transfèrement, sous réserve des conditions dont cet Etat et la Cour peuvent convenir.

b) La personne transférée reste détenue. Une fois l'objectif du transfèrement atteint, la Cour renvoie sans délai cette personne dans l'Etat requis.

(...)»

Article 119 **Règlement des différends**

« 1. Tout différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour.

2. Tout autre différend entre deux ou plusieurs Etats Parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Statut qui n'est pas résolu par la voie de négociations dans les trois mois après le début de celles-ci est renvoyé à l'Assemblée des Etats Parties. L'Assemblée peut chercher à résoudre elle-même le différend ou faire des recommandations sur d'autres moyens de le régler, y compris le renvoi à la Cour internationale de Justice en conformité avec le Statut de celle-ci. »

2. L'Accord de siège entre la Cour pénale internationale et l'Etat hôte

Article 8

Droit applicable et autorités compétentes dans les locaux de la Cour

« 1. Les locaux de la Cour sont placés sous le contrôle et l'autorité de la Cour, conformément aux dispositions du présent Accord.

2. Sauf disposition contraire du présent Accord, les lois et règlements de l'Etat hôte sont applicables dans les locaux de la Cour.

(...)»

Article 26 **Témoins**

« 1. Les témoins jouissent des privilèges, immunités et facilités ci-après, dans la mesure nécessaire à leur comparution devant la Cour à des fins de témoignage (...):

a) l'immunité d'arrestation personnelle ou de détention ou de toute autre atteinte à leur liberté du fait d'actes ou de condamnations antérieurs à leur entrée sur le territoire de l'Etat hôte;

(...)

e) le droit, à l'occasion de leur témoignage, de recevoir et d'expédier des papiers et documents quelle qu'en soit la forme aux fins de leurs communications avec la Cour et les conseils;

f) l'exemption des restrictions à l'immigration et des formalités d'immatriculation applicables aux étrangers, lorsqu'ils se déplacent à l'occasion de leur témoignage;

g) les mêmes facilités de rapatriement en période de crise internationale que celles qui sont accordées aux agents diplomatiques conformément à la Convention de Vienne.

(...)

5. Les témoins ne font l'objet de la part de l'Etat hôte d'aucune mesure susceptible de compromettre leur comparution ou leur témoignage devant la Cour.»

Article 34

Coopération avec les autorités compétentes

« 1. La Cour collabore avec les autorités compétentes pour faciliter l'application des lois de l'Etat hôte, garantir le respect des règlements de police et prévenir tout abus auquel pourraient donner lieu les privilèges, immunités et facilités accordés dans le présent Accord.

2. La Cour et l'Etat hôte coopèrent en matière de sécurité en tenant compte des impératifs de l'Etat hôte sur le plan de l'ordre public et de la sécurité nationale.

3. Sans préjudice des privilèges, immunités et facilités qui leur sont accordés, toutes les personnes qui en jouissent sont tenues de respecter les lois et règlements de l'Etat hôte. Elles sont également tenues de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures dudit Etat.

4. La Cour coopère avec les autorités compétentes chargées de la santé, de la sécurité au travail, des communications par voie électronique et de la prévention des incendies.

5. La Cour se conforme à toutes les directives en matière de sécurité, comme convenu avec l'Etat hôte, ainsi qu'à toutes les directives émises par les autorités compétentes chargées de la réglementation relative à la prévention des incendies.

6. L'Etat hôte met tout en œuvre pour notifier à la Cour toute loi ou tout règlement proposés ou promulgués qui aurait une incidence directe sur les privilèges, immunités, facilités, droits et obligations de la Cour et de ses fonctionnaires. La Cour a le droit de formuler des observations concernant les propositions de lois et de règlements nationaux.»

Article 44

Transfèrement de détenus

« 1. Le transfèrement d'un détenu, conformément au Statut et au Règlement de procédure et de preuve, du point d'arrivée sur le territoire de l'Etat hôte aux locaux de la Cour est effectué, à la demande de celle-ci, par les autorités compétentes en consultation avec elle.

2. Le transfèrement d'un détenu, conformément au Statut et au Règlement de procédure et de preuve, des locaux de la Cour au point de départ de l'Etat hôte est effectué, à la demande de la Cour, par les autorités compétentes en consultation avec elle.

3. Tout transfèrement de personnes détenues dans l'Etat hôte en dehors des locaux de la Cour est, à la demande de la Cour, effectué par les autorités compétentes en consultation avec elle.

(...)»

3. Le Règlement de procédure et de preuve

Règle 16

Responsabilités du greffier à l'égard des victimes et des témoins

«(...)

2. En ce qui concerne les victimes, les témoins et toute personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque, le greffier assume les fonctions suivantes conformément au Statut et au Règlement :

a) Les informer des droits que leur reconnaissent le Statut et le Règlement, et de l'existence, des fonctions et de la disponibilité de la division d'aide aux victimes et aux témoins ;

b) S'assurer qu'ils sont informés en temps utile des décisions de la Cour qui peuvent affecter leurs intérêts, sans préjudice des règles de confidentialité.

(...)

4. Des accords concernant la réinstallation et le soutien sur le territoire d'un Etat de personnes traumatisées ou menacées, qu'il s'agisse de victimes, de témoins ou de toute autre personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque, peuvent être négociés avec les Etats par le greffier au nom de la Cour. Ces accords peuvent rester confidentiels.»

Règle 17

Fonctions de la division

1. La division d'aide aux victimes et aux témoins exerce ses fonctions conformément au paragraphe 6 de l'article 43.

2. La division exerce notamment les fonctions suivantes, conformément au Statut et au Règlement et, s'il y a lieu, en consultation avec la Chambre, le Procureur et la défense :

a) Dans le cas de tous les témoins, des victimes qui comparaissent devant la Cour et de toute autre personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque, et compte tenu de leurs besoins propres et de leur situation particulière :

i) Assurer leur protection et leur sécurité par des mesures adéquates et établir des plans de protection à court et à long terme ;

ii) Recommander aux organes de la Cour d'adopter des mesures de protection et en aviser les Etats concernés ;

iii) Les aider à obtenir les soins médicaux, psychologiques ou autres dont ils ont besoin ;

iv) Mettre à la disposition de la Cour et des parties une formation en matière de traumatismes, de violences sexuelles, de sécurité et de confidentialité ;

v) Recommander, en consultation avec le Bureau du Procureur, l'élaboration d'un code de conduite insistant sur l'importance vitale de la sécurité et du secret professionnel à l'intention des enquêteurs de la Cour et de la défense, et de toutes les organisations intergouvernementales et non gouvernementales agissant au nom de la Cour, le cas échéant ;

vi) Coopérer au besoin avec les Etats pour prendre les mesures visées par la présente règle ;

b) Dans le cas des témoins :

i) Les conseiller sur les moyens d'obtenir un avis juridique pour protéger leurs droits, notamment à l'occasion de leur déposition ;

ii) Les aider quand ils sont appelés à déposer devant la Cour ;

(...)»

Règle 87

Mesures de protection

« 1. Les Chambres peuvent, soit sur requête du Procureur ou de la défense soit à la demande d'un témoin, d'une victime ou, le cas échéant, du représentant légal de celle-ci, soit d'office et après avoir consulté, selon que de besoin, la division d'aide aux victimes et aux témoins, ordonner des mesures destinées à assurer la protection d'une victime, d'un témoin ou d'une autre personne à laquelle la déposition d'un témoin peut faire courir un risque, conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 68. Avant d'ordonner une mesure de protection, la Chambre cherche autant que possible à obtenir le consentement de la personne qui en fera l'objet.

(...)»

Règle 88

Mesures spéciales

« 1. Les Chambres peuvent soit d'office, soit sur requête du Procureur ou de la défense, soit à la demande d'un témoin, d'une victime ou, le cas échéant, du représentant légal de celle-ci, et après avoir consulté, selon que de besoin, la division d'aide aux victimes et aux témoins, ordonner, en tenant compte des vues de l'intéressé, des mesures spéciales, notamment des mesures visant à faciliter la déposition d'une victime ou d'un témoin traumatisé, d'un enfant, d'une personne âgée ou d'une victime de violences sexuelles, conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 68. Avant d'ordonner une mesure spéciale, elles cherchent autant que possible à obtenir le consentement de la personne qui en fait l'objet.

2. Les Chambres peuvent, sur requête ou sur demande comme prévu par la disposition 1 ci-dessus, tenir une audience, au besoin à huis clos ou *ex parte*, pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner une mesure spéciale, notamment la présence d'un conseil, d'un représentant, d'un psychologue ou d'un membre de la famille de l'intéressé pendant la déposition d'une victime ou d'un témoin.

(...)»

Règle 192

Transfèrement des détenus

«1. Le transfèrement des détenus à la Cour en application du paragraphe 7 de l'article 93 est organisé par les autorités nationales concernées en liaison avec le greffier et les autorités de l'Etat hôte.

2. Le greffier veille au bon déroulement du transfèrement, y compris la surveillance du détenu lorsqu'il est sous la garde de la Cour.

3. Une personne détenue par la Cour a le droit de soulever devant la Chambre compétente des questions relatives aux conditions de sa détention.

4. Conformément à l'alinéa b) du paragraphe 7 de l'article 93, une fois réalisées les fins du transfèrement, le greffier organise le retour des intéressés à la garde de l'Etat requis.»

4. Le Règlement du greffe

Norme 96

Programme de protection

«1. Le greffe prend toutes les mesures nécessaires pour offrir un programme de protection aux témoins, mais aussi aux personnes accompagnatrices et aux autres personnes risquant de subir un préjudice et/ou exposées à un danger de mort en raison de la déposition de ces témoins, ou de leurs contacts avec la Cour.

2. Une demande de participation au programme de protection peut être déposée par le Procureur ou par le conseil.

3. Pour évaluer l'admissibilité d'une personne au programme de protection, le greffe prend notamment en compte, outre les facteurs définis à l'article 68, les éléments suivants :

- a) le rôle de la personne comparissant devant la Cour ;
- b) le fait que la personne elle-même ou les membres de sa famille proche sont ou non en danger en raison de leurs contacts avec la Cour ; et
- c) le fait que la personne accepte ou non de faire partie du programme de protection.

4. La participation au programme de protection est assujettie à la décision du greffier après l'évaluation faite conformément à la disposition 3.

5. Avant de pouvoir participer au programme de protection, la personne, ou son représentant lorsqu'elle est âgée de moins de 18 ans ou est autrement légalement incapable de ce faire, signe un accord avec le greffe.»

5. *La jurisprudence pertinente de la Cour pénale internationale*

42. Dans une décision du 2 décembre 2009 en l'affaire Jean-Pierre Bemba Gombo («Arrêt sur l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue par la Chambre préliminaire II et intitulée «Décision relative à la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo et invitant les autorités du Royaume de Belgique, de la République portugaise, de la République française, de la République fédérale d'Allemagne, de la République italienne et de la République sud-africaine à participer à des audiences»), la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale s'exprima ainsi (renvois aux notes de bas de page omis) :

« 104. La Chambre d'appel, pour les raisons exposées ci-dessous, estime que c'est à tort que la Chambre préliminaire a décidé de libérer sous conditions M. Bemba sans par ailleurs préciser les conditions à imposer ou identifier un Etat disposé à accepter M. Bemba et mettre en œuvre les modalités de sa libération.

105. De l'avis de la Chambre d'appel, ainsi qu'elle l'a déjà expliqué au paragraphe 59 ci-dessus, la décision sur une libération provisoire n'est pas discrétionnaire. Si la Chambre préliminaire estime que les conditions énoncées à l'article 58 § 1 du Statut ne sont pas remplies, elle doit libérer la personne, avec ou sans conditions. Si toutefois la libération implique un des risques décrits à l'article 58 § 1 b) du Statut, la Chambre peut, conformément à l'article 119 du Règlement de procédure et de preuve, envisager des modalités appropriées en vue d'atténuer ou d'annihiler le risque. Comme indiqué dans la liste de conditions énumérées à l'article 119 § 1 du Règlement de procédure et de preuve, la Chambre peut également, lorsque les circonstances le permettent, imposer des conditions qui ne sont pas de nature, en soi, à atténuer les risques décrits à l'article 58 § 1 b) du Statut. Le résultat de cet examen à deux niveaux est une décision unique et insécable qui accorde la mise en liberté sur la base de conditions spécifiques et exécutoires. En d'autres termes, en de telles circonstances, la libération n'est possible que si des conditions spécifiques sont imposées.

106. De plus, la Chambre d'appel estime que pour accorder une libération conditionnelle il est indispensable d'identifier un Etat disposé à accepter la personne concernée et à mettre en œuvre les modalités de libération. L'article 119 § 3 du Règlement de procédure et de preuve oblige la Cour à rechercher notamment l'avis des Etats concernés avant d'imposer ou de modifier des mesures restrictives de liberté. Il s'ensuit qu'un Etat disposé et habilité à accepter la personne concernée doit être identifié préalablement à toute décision sur une libération conditionnelle.

107. Par ailleurs, la Chambre d'appel relève que la Cour pénale internationale exerce ses fonctions et pouvoirs sur le territoire des Etats parties et dépend de la coopération des Etats s'agissant d'accepter une personne qui a été libérée sous conditions et de garantir que les conditions imposées par la Cour soient mises en œuvre. En l'absence d'une

telle coopération, toute décision de la Cour accordant une libération conditionnelle serait inefficace.

108. Dans les circonstances de l'affaire, la Chambre d'appel relève que la Chambre préliminaire, après la conclusion de son examen des conditions prévues à l'article 58 § 1 du Statut, a décidé de « mettre Jean-Pierre Bemba en liberté, quoique sous certaines conditions ». La Chambre a ensuite précisé que les conditions à imposer seraient fixées ultérieurement. De plus, au paragraphe 83 de la décision litigieuse, la Chambre a réitéré qu'« il n'est pas statué sur la question du nombre ou du type de conditions restrictives de liberté qu'il conviendrait d'imposer à Jean-Pierre Bemba, ni sur celle de l'Etat où il sera mis en liberté sous conditions ». Enfin, dans le dispositif de la décision contestée, au paragraphe a), la Chambre préliminaire a décidé, jusqu'à nouvel ordre, d'accorder à Jean-Pierre Bemba Gombo, la mise en liberté sous conditions. Ainsi, en l'espèce, la décision contestée est viciée en ce que la Chambre préliminaire n'a pas précisé les modalités appropriées qui auraient rendu la libération conditionnelle de M. Bemba réalisable.

109. Pour ces raisons, la Chambre d'appel estime que c'est à tort que la Chambre préliminaire a accordé à M. Bemba la mise en liberté sous conditions en omettant de préciser les conditions qui auraient rendu la libération conditionnelle réalisable, ainsi que d'identifier un Etat vers lequel M. Bemba aurait pu être libéré et d'examiner si cet Etat aurait été en mesure de mettre en œuvre les conditions imposées par la Cour. »

43. Dans sa décision du 9 juin 2011 concernant les trois témoins à décharge (les témoins précités [A], [B] et [C]) en l'affaire Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui (« Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (articles 68 et 93-7 du Statut) »), la Chambre de première instance II formula les considérations suivantes (renvois aux notes de bas de page omis) :

« 1. Quelle est la portée exacte du devoir de protection des témoins, tel que consacré, notamment, à l'article 68 du Statut ?

a) Distinctions nécessaires

59. Lors de la conférence de mise en état, la Chambre a souligné la distinction qu'il convient de faire entre les mesures que la Cour est susceptible de prendre sur le fondement de l'article 68 du Statut afin de protéger les témoins du fait de leur collaboration avec elle et celles qu'il lui est demandé de prendre afin de les protéger contre des violations, potentielles ou avérées, de droits de l'homme, entendus au sens large du terme. La Chambre ajoute qu'il convient également de ne pas confondre les deux types de mesures précités avec celles qui consistent, plus spécifiquement, à protéger un demandeur d'asile contre les risques de persécutions dont il pourrait être victime en cas de retour dans son pays d'origine.

60. Ces distinctions constituent le fondement théorique de la présente décision. Même si la Chambre n'ignore pas l'influence que peut avoir la situation générale

des droits de l'homme, entendus au sens large, dans un pays donné, sur l'évaluation des risques encourus par les témoins du fait de leur collaboration avec la Cour, il convient de ne pas confondre les trois sortes de risques énoncés ci-dessus, afin de ne pas dénaturer le mandat de la Cour en ce qui concerne la protection des témoins.

61. En effet, selon la Chambre, le Statut oblige indiscutablement la Cour à prendre toutes les mesures de protection nécessaires pour prévenir les risques encourus par les témoins du fait de leur collaboration avec elle. C'est le sens, et le seul, qu'il convient de donner à l'article 68 du Statut, disposition-cadre en la matière. En outre, même si la règle 87 du Règlement ou la norme 96 du Règlement du greffe ne l'indiquent pas explicitement, une lecture, logique et combinée, de ces deux textes permet de conclure que le rôle de la Cour se limite à la protection des témoins en raison du risque encouru du fait de leur témoignage.

62. Contrairement à ce qu'ont affirmé tant le Conseil de permanence que la Défense de Germain Katanga, la Chambre estime qu'elle n'est pas tenue d'assurer la protection des témoins contre les risques qu'ils seraient susceptibles d'encourir, non pas seulement du fait de leur témoignage mais en raison également de la méconnaissance de droits de l'homme par la [République démocratique du Congo]. Le mandat de la Cour la conduit à protéger les témoins des risques précisément liés à la collaboration qu'ils entretiennent avec elle et non de ceux qui seraient liés à la méconnaissance de droits de l'homme par les autorités de leur pays d'origine. L'article 21 § 3 du Statut ne fait pas obligation à la Cour de veiller à la bonne application, par les Etats parties et dans le cadre de leurs procédures nationales, des droits de l'homme internationalement reconnus. Il exige seulement des Chambres qu'elles veillent à appliquer le Statut ainsi que les autres sources du droit mentionnées à l'article 21 § 1 et 21 § 2, d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus ou qui ne les violent pas.

63. La Cour n'est pas non plus tenue d'évaluer les risques de persécution encourus par des témoins demandeurs d'asile. A cet égard, la Chambre rappelle, comme elle l'a répété lors de la conférence de mise en état, que les critères d'examen d'une demande d'asile, notamment ceux qui sont applicables à l'évaluation du risque de persécution encouru par des demandeurs, ne sont pas identiques à ceux qui sont utilisés, par la Cour, pour évaluer les risques encourus par des témoins du fait de leur témoignage devant elle.

64. L'argument de l'Etat hôte consistant à soutenir que la Chambre devrait procéder à l'évaluation des risques encourus par les témoins à la lumière du principe dit « du non-refoulement » [interdiction de l'expulsion ou du renvoi], consacré dans plusieurs instruments internationaux, notamment à l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, ne saurait dès lors être retenu. Certes, la Cour, en tant qu'organisation internationale, dotée de la personnalité juridique, ne peut ignorer la règle coutumière du non-refoulement. Il demeure que, ne possédant pas de territoire, elle se trouve dans l'incapacité de la mettre en œuvre, au sens où on l'entend d'ordinaire, et elle n'est donc pas susceptible de maintenir durablement, sous sa juridiction, des personnes qui encourraient des risques de persécution ou de torture en cas de retour dans leur pays d'origine. Pour la Chambre en effet, seul un Etat, doté d'un territoire, est véritablement

en mesure d'appliquer la règle du non-refoulement. Au surplus, la Cour ne peut pas user des mécanismes de la coopération prévus par le Statut afin de contraindre un État partie à accueillir sur son territoire un individu se prévalant de cette règle. Elle ne saurait en outre préjuger, en lieu et place de l'État hôte, des obligations imposées à ce dernier en vertu dudit principe de « non-refoulement ». En l'espèce, c'est donc aux autorités néerlandaises, et à elles seules, qu'il revient d'apprécier, le cas échéant, l'étendue des obligations qui leur incombent en vertu dudit principe de non-refoulement.

b) Rôle de la Chambre

65. La Chambre, aujourd'hui confrontée aux désaccords existant entre l'Unité [d'aide aux victimes et aux témoins] et le Conseil de permanence, ne s'est, en l'état, pas encore prononcée sur la nécessité de mettre en œuvre au bénéfice des trois témoins détenus, des mesures opérationnelles de protection, au sens de l'article 68 du Statut, pour les risques qu'ils encourent du fait de leur témoignage. Elle rappelle que, le 24 mai 2011, elle a ordonné à l'Unité de procéder à une ultime évaluation des risques auxquels ils pourraient être exposés ainsi que des mesures de protection susceptibles d'être prises en leur faveur, et ce au vu, notamment, de discussions engagées avec les autorités de la [République démocratique du Congo]. Un rapport sur les discussions ainsi conduites et sur les propositions qui pourraient en résulter a été déposé par le greffier le 7 juin 2011. Une fois les observations des parties et des participants recueillies et en cas de désaccord entre la partie qui appelle le témoin et le greffe, la Chambre, conformément à la jurisprudence de la Chambre d'appel, rendra une décision sur les mesures de protection opérationnelles qu'il lui paraîtra possible d'adopter dans le cadre de son mandat.

66. Cette décision ne saurait cependant, compte tenu de la distinction précédemment opérée, préjudicier au déroulement de la procédure d'asile en cours devant les autorités néerlandaises et sur laquelle il convient à présent de se pencher.

2. L'application immédiate de l'article 93 § 7 du Statut est-elle compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus ?

67. Les trois témoins en cause, comme toute autre personne, détenue ou non détenue, bénéficient du droit de présenter une demande d'asile. Outre la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le Protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre en effet, dans son article 14, le droit pour toute personne, devant la persécution, de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. En outre, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté une Déclaration sur l'asile territorial consacrant le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile. La Chambre relève aussi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000, dispose, dans son article 18, que le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne et, dans son article 19 § 2, rappelle que nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. Elle note également que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou

dégradants du 10 décembre 1984 énonce une règle similaire à celle qui est contenue dans la Convention de Genève de 1951 et, quoique d'application plus étroite, a désormais une valeur coutumière. Elle interdit à un Etat d'expulser, de refouler, ou d'extrader une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

68. Le principe dit « du non-refoulement » est considéré comme une norme du droit international coutumier et il fait partie intégrante de la protection internationale des droits de l'homme. Tout individu a droit à bénéficier de son application par un Etat.

69. La Chambre ne peut donc ignorer l'importance des droits invoqués dans la Requête du Conseil de permanence. Outre le droit, qui vient d'être rappelé, de présenter une demande d'asile, elle doit également, et surtout, prêter une attention toute particulière au droit à un recours effectif, que consacrent, notamment, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 13 de la CEDH, l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que l'article 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. La Chambre, qui ne saurait méconnaître cette règle fondamentale, souligne que, pour être effectif, le recours à la procédure d'asile doit être ouvert, en droit comme en pratique, et que son exercice ne doit pas être entravé par des actes ou des omissions imputables à la Cour.

70. Comme le prescrit le paragraphe 3 de l'article 21 du Statut, la Chambre doit appliquer toutes les dispositions statutaires ou réglementaires pertinentes d'une manière telle que le droit à un recours effectif puisse pleinement s'exercer, un tel droit relevant, à l'évidence, des droits de l'homme internationalement reconnus.

71. En l'espèce, les trois témoins détenus ont été transférés à la Cour sur le fondement de l'article 93 § 7 du Statut aux fins de témoigner devant elle. Cette même disposition prévoit que la personne transférée reste détenue et qu'une fois l'objectif du transfèrement atteint, la Cour doit la renvoyer sans délai dans l'Etat requis, en l'occurrence la [République démocratique du Congo].

72. Les témoins ont achevé leur témoignage le mardi 3 mai 2011. A ce stade, la Chambre estime ne devoir résoudre que la question de savoir si une application immédiate de l'article 93 § 7 du Statut ne constituerait pas une violation des droits reconnus aux témoins détenus de présenter une demande d'asile.

73. En l'état, la Chambre ne se trouve pas en mesure d'appliquer l'article 93 § 7 du Statut dans des conditions qui soient compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus, comme l'exige pourtant l'article 21 § 3 du Statut. En effet, si les témoins étaient immédiatement renvoyés en [République démocratique du Congo], ils se trouveraient alors dans l'impossibilité d'exercer leur droit de demander l'asile et ils se trouveraient privés du droit fondamental à l'exercice d'un recours effectif. De plus, si la Chambre décidait d'imposer à l'Etat hôte de coopérer avec la Cour afin de renvoyer immédiatement les témoins en [République démocratique du Congo], en assurant leur transport à l'aéroport, elle contraindrait les Pays-Bas à méconnaître les droits reconnus aux témoins d'invoquer le principe du non-refoulement.

74. Par ailleurs, la Chambre estime qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur la question longuement débattue du statut juridique des témoins. A cet égard, les autorités néerlandaises ont, à plusieurs reprises, clairement indiqué que, dans l'hypothèse où une demande d'asile leur serait présentée, ce qui est désormais déjà le cas en l'espèce, elles se trouveraient dans l'obligation de l'examiner. Elles ont d'ailleurs confirmé, tout comme le greffe, que l'article 44 de l'Accord de siège s'applique dans la présente affaire. La Chambre considère qu'il n'est pas non plus nécessaire de statuer sur les effets juridiques supposés des immunités dont bénéficient les témoins car cet argument est, selon elle, sans fondement.

(...)

I. Conclusion et conséquences

79. Pour l'ensemble des raisons qui viennent d'être évoquées, la Chambre décide de différer, en l'état, le retour des trois témoins détenus dans la mesure où la question de leur protection, au sens prédéfini de l'article 68 du Statut, n'a pu être encore résolue et au motif qu'un retour « sans délai » ne pourrait que s'analyser comme une violation des droits de l'homme internationalement reconnus. Elle enjoint donc au greffe d'informer le Conseil de sécurité des Nations unies de la situation du témoin DRC-D02-P-0236 et de lui notifier la présente décision.

80. Dans l'immédiat, les témoins, qui font l'objet d'un titre de détention délivré par les autorités congolaises, restent détenus, sous la garde de la Cour, sur la base de l'article 93 § 7 du Statut et de la règle 192 du Règlement. La Chambre n'entend pas faire sien l'argument du greffe selon lequel leur maintien en détention serait désormais privé de toute base légale dès lors qu'ils ont achevé leur déposition devant la Cour.

81. Pour la Chambre, les bases juridiques précitées autorisent la Cour à conserver les témoins sous sa garde. Ces dispositions continuent à s'appliquer jusqu'à ce que la Chambre se soit prononcée sur la question décisive de savoir si l'obligation de renvoyer les témoins, énoncée à l'article 93 § 7 du Statut, peut être mise en œuvre sans méconnaître les autres obligations que la Cour tient de l'article 68 du Statut et sans violer les droits de l'homme internationalement reconnus à ces trois témoins.»

D. Autres dispositions pertinentes du droit international

1. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

44. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été établi par la Résolution S/RES/827 adoptée le 25 mai 1993 par le Conseil de sécurité des Nations unies. En annexe à cette résolution figure le Statut de ce tribunal, qui contient la disposition suivante :

Article 15
Règlement du Tribunal

« Les juges du Tribunal international adopteront un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées. »

45. Le passage pertinent du règlement adopté en application de cette disposition, se lit ainsi :

Article 90 bis
Transfert d'un témoin détenu

A) Toute personne détenue dont la comparution personnelle en qualité de témoin est ordonnée par le tribunal sera transférée temporairement au quartier pénitentiaire relevant du Tribunal, sous condition de son retour au terme du délai fixé par le Tribunal.

B) L'ordre de transfert ne peut être délivré par un juge permanent ou une Chambre qu'après vérification préalable de la réunion des conditions suivantes :

i) la présence du témoin détenu n'est pas nécessaire dans une procédure pénale en cours sur le territoire de l'Etat requis pour la période durant laquelle elle est sollicitée par le Tribunal ;

ii) son transfert n'est pas susceptible de prolonger la durée de sa détention telle que prévue par l'Etat requis.

C) Le greffier transmet l'ordre de transfert aux autorités nationales de l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel le témoin est détenu. Le transfert est organisé par les autorités nationales intéressées en liaison avec les autorités du pays hôte et le greffier.

D) Il incombe au greffier de s'assurer du bon déroulement dudit transfert, y compris le suivi de la détention du témoin au quartier pénitentiaire relevant du tribunal ; de s'informer de toutes modifications pouvant intervenir dans les modalités de la détention telles que prévues par l'Etat requis et pouvant affecter la durée de détention du témoin audit quartier pénitentiaire et d'en faire part, dans les plus brefs délais, au juge ou à la Chambre concerné(e).

E) A l'expiration du délai fixé par le Tribunal pour le transfert temporaire, le témoin détenu sera remis aux autorités de l'Etat requis, à moins que l'Etat n'ait transmis, pendant cette même période, un ordre de mise en liberté du témoin auquel il devra être immédiatement fait suite.

F) Si, au cours du délai fixé par le Tribunal, la présence du témoin détenu demeure nécessaire, un juge permanent ou une Chambre peut proroger le délai, dans le respect des conditions fixées au paragraphe B). »

2. La Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces

46. Les Etats membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) ont conclu un accord (Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, Londres, 19 juin 1951), complété ensuite par l'accord supplémentaire de 1959, lui-même modifié en 1971, 1981 et 1993. Cette convention régit notamment la juridiction pénale des Etats parties sur les membres de leurs forces armées opérant sur les territoires des autres Etats parties. L'article VII de cet instrument, en ses passages pertinents, est ainsi libellé :

« 1. Sous réserve des dispositions du présent article :

a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'Etat de séjour les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'Etat d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet Etat ;

b) Les autorités de l'Etat de séjour ont le droit d'exercer leur juridiction sur les membres d'une force ou d'un élément civil et les personnes à leur charge en ce qui concerne les infractions commises sur le territoire de l'Etat de séjour et punies par la législation de cet Etat.

2. a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les personnes soumises aux lois militaires de cet Etat, en ce qui concerne les infractions punies par la législation de l'Etat d'origine, notamment les infractions portent atteinte à la sûreté de cet Etat mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat de séjour ;

(...)

3. Dans le cas de juridiction concurrente, les règles suivantes sont applicables :

a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer par priorité leur juridiction sur le membre d'une force ou d'un élément civil en ce qui concerne :

i. les infractions portant atteinte uniquement à la sûreté ou à la propriété de cet Etat ou les infractions portant atteinte uniquement à la personne ou à la propriété d'un membre de la force, ou d'un élément civil de cet Etat ainsi que d'une personne à charge ;

ii. les infractions résultant de tout acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service.

b) Dans le cas de toute autre infraction, les autorités de l'Etat de séjour exercent par priorité leur juridiction.

c) Si l'Etat qui a le droit d'exercer par priorité sa juridiction décide d'y renoncer, il le notifiera aussitôt que possible aux autorités de l'autre Etat. Les autorités de l'Etat qui a le droit d'exercer par priorité sa juridiction examineront avec bienveillance les demandes

de renonciation à ce droit, présentées par les autorités de l'autre Etat, lorsque celles-ci estiment que des considérations particulièrement importantes le justifient.

4. Les dispositions du présent article ne comportent pour les autorités militaires de l'Etat d'origine aucun droit d'exercer une juridiction sur les nationaux de l'Etat de séjour ou sur les personnes qui y ont leur résidence habituelle, à moins que ceux-ci soient membres des forces armées de l'Etat d'origine.

5. a) Les autorités des Etats de séjour et d'origine se prêtent mutuellement assistance pour l'arrestation des membres d'une force de l'Etat d'origine ou d'un élément civil ou des personnes à charge sur le territoire de l'Etat de séjour et pour leur remise à l'autorité qui a à exercer sa juridiction conformément aux dispositions ci-dessus.

b) Les autorités de l'Etat de séjour notifient dans les délais les plus brefs aux autorités militaires de l'Etat d'origine l'arrestation de tout membre d'une force ou d'un élément civil ou d'une personne à charge.

c) La garde d'un membre d'une force ou d'un élément civil sur lequel l'Etat de séjour a à exercer son droit de juridiction et qui est entre les mains des autorités de l'Etat d'origine demeurera assurée par celles-ci jusqu'à ce que des poursuites aient été engagées contre lui par l'Etat de séjour.

6. a) Les autorités des Etats de séjour et d'origine se prêtent mutuellement assistance pour la conduite des enquêtes, pour la recherche de preuves, y compris la saisie, et s'il y a lieu, la remise des pièces à conviction et des objets de l'infraction. La remise des pièces et objets saisis peut toutefois être subordonnée à leur restitution dans un délai déterminé par l'autorité qui procède à cette remise.

(...)

10. a) Les unités ou formations militaires régulièrement constituées d'une force ont le droit de police sur tous les camps, établissements ou autres installations occupés par elle en vertu d'un accord avec l'Etat de séjour. La police militaire des unités ou formations peut prendre toutes les mesures utiles pour assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité dans ces installations.

b) L'emploi de ladite police militaire hors de ces installations est subordonné à un accord avec les autorités de l'Etat de séjour, se fait en liaison avec celles-ci et n'intervient que pour autant que cela est nécessaire pour maintenir l'ordre et la discipline parmi les membres de ces unités ou formations.

(...)

47. Un accord additionnel conclu en 1995 (Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord et les autres Etats participant au Partenariat pour la paix sur le statut de leurs forces, Bruxelles, 19 juin 1995) étend l'application territoriale de cette disposition aux Etats non membres de l'OTAN qui participent au partenariat pour la paix.

3. *La Cour écossaise aux Pays-Bas*

48. Le 18 septembre 1998, le gouvernement britannique et le gouvernement néerlandais, conformément à une résolution du Conseil de sécurité adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies (Résolution 1192 du 27 août 1998), conclurent un accord en vertu duquel le gouvernement néerlandais s'engageait à accueillir sur son sol une Cour écossaise aux fins et pour la durée d'un procès pour juger selon la procédure et le droit écossais deux ressortissants libanais accusés d'avoir bombardé un avion civil au-dessus de Lockerbie (Ecosse) en 1988 (Accord du 18 septembre 1998 entre le gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le gouvernement du Royaume de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la tenue aux Pays-Bas d'un procès selon la procédure écossaise (avec annexes), [2002] 2062 Série des traités des Nations unies – STNU – pp. 81 et suiv.). La Cour écossaise aux Pays-Bas a fonctionné jusqu'en 2002.

49. L'article 6 de cet accord, intitulé «Droit applicable et autorités compétentes dans les locaux de la Cour écossaise», se lit ainsi :

«1. Les locaux de la Cour écossaise sont placés sous le contrôle et l'autorité de la Cour écossaise, conformément aux dispositions du présent accord.

2. Sauf disposition contraire du présent accord, les lois et règlements de l'Etat hôte sont applicables dans les locaux de la Cour écossaise.

3. La Cour écossaise a le pouvoir de réglementation au sein de ses locaux aux fins d'y établir les conditions à tous égards nécessaires pour remplir pleinement ses fonctions. La Cour écossaise informe à bref délai les autorités compétentes des règles ainsi édictées en vertu du présent paragraphe. Aucune loi ou règlement de l'Etat hôte incompatible avec une règle édictée par la Cour écossaise n'est applicable dans les locaux de la Cour écossaise dans la mesure où celle-ci la juge incompatible avec son règlement.

4. Tout différend entre la Cour écossaise et l'Etat hôte sur la question de savoir si les règles édictées par la Cour écossaise relèvent des présentes dispositions, ou si une loi ou un règlement de l'Etat hôte est incompatible avec une règle édictée par la Cour écossaise en vertu desdites dispositions, doit être promptement réglé selon la procédure énoncée à l'article 28 du présent accord [c'est-à-dire la disposition régissant les procédures de négociation et de consultation entre les parties]. Dans l'attente de la résolution du différend, le règlement de la Cour écossaise reste applicable et ladite loi et/ou ledit règlement de l'Etat hôte est inapplicable dans les locaux de la Cour écossaise dans la mesure où celle-ci la juge incompatible avec son règlement.»

50. Le Royaume-Uni donna effet à cet accord par une ordonnance émise en 1998 sur la procédure aux Pays-Bas de la *High Court of Justiciary* (Nations unies) (*High Court of Justiciary (Proceedings in the Netherlands)*)

(*United Nations*) Order 1998 (Statutory Instruments 1998, n° 2251)). Les passages pertinents de cet instrument se lisent ainsi :

Témoins

« 12. 1) Les témoins au Royaume-Uni cités à comparaître aux fins de la procédure menée en vertu de la présente ordonnance peuvent être convoqués dans les locaux de la Cour.

2) Tout mandat d'arrêt concernant un témoin entraînera automatiquement son transfert, selon des dispositions prises à cet égard par le ministre compétent, dans les locaux de la Cour.

3) Des témoins ne se trouvant pas sur le territoire britannique pourront être cités à comparaître devant la *High Court of Judiciary* siégeant aux Pays-Bas de la même façon que si la Cour siégeait en Ecosse et, en conséquence, le paragraphe 1 b) de l'article 2 de la loi de 1990 sur la justice pénale (coopération internationale – notification des procédures britanniques à l'extérieur) prendra effet comme si la référence à un tribunal au Royaume-Uni comprenait la *High Court of Judiciary* siégeant, en vertu de la présente ordonnance, aux Pays-Bas. »

GRIEFS

51. Le requérant dénonce sous l'angle de l'article 5 § 1 de la Convention l'illégalité de son maintien en détention dans le quartier pénitentiaire des Nations unies. Il explique que tout titre de détention congolais le concernant a expiré le 2 juillet 2007 et n'a pas été renouvelé. Selon lui, la Cour pénale internationale n'avait plus aucun motif légal de le maintenir en détention après qu'il eut témoigné devant elle. De plus, les autorités néerlandaises n'auraient jamais prétendu qu'il existât en droit néerlandais un titre permettant de l'incarcérer.

52. A supposer que sa détention soit justifiée en vertu de l'article 5 § 1 c) de la Convention, le requérant allègue en outre une violation de l'article 5 § 3 au motif qu'il n'a pas été jugé dans un délai raisonnable.

53. Le requérant voit dans le refus des Pays-Bas d'envisager de contrôler la légalité de sa détention une violation de l'article 5 § 4 de la Convention. Il allègue également une violation de l'article 5 § 5.

54. Enfin, le requérant soutient que l'article 13 de la Convention a été enfreint en ce qu'il n'a disposé dans l'ordre juridique interne d'aucun recours qui lui aurait permis de contester la légalité de sa détention. Il estime qu'il n'existait par ailleurs au sein de la Cour pénale internationale aucune procédure assortie des garanties adéquates.

EN DROIT

A. Sur la question de savoir s'il convient de rayer la requête du rôle

55. Le Gouvernement a fait savoir à la Cour que le requérant avait retiré sa demande d'asile le 4 septembre 2012, ce qui indique sans équivoque que le requérant a renoncé à toute démarche en vue de demander sa libération aux autorités néerlandaises. Or le requérant n'en a pas informé la Cour lui-même (article 47 § 6 du règlement de celle-ci) ni n'a retiré sa requête. La Cour ne sait donc pas avec certitude si l'intéressé souhaite qu'elle examine malgré tout sa requête au fond.

56. Dans ces conditions, il appartient à la Cour elle-même de décider si elle doit rayer la requête du rôle, conformément à l'article 37 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

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

- a) que le requérant n'entend plus la maintenir ; ou
- b) que le litige a été résolu ; ou
- c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête.

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

57. La Cour observe que la requête soulève d'importantes questions concernant l'application de l'article 1 de la Convention. En particulier, elle considère que la requête touche à des aspects essentiels du fonctionnement d'une juridiction pénale internationale ayant son siège sur le territoire d'un Etat contractant et investie du pouvoir de détenir des personnes. Elle estime urgent de répondre aux questions soulevées en l'espèce, eu égard à l'incertitude générée par la décision rendue le 26 septembre 2012 par le juge des mesures provisoires (paragraphe 38 ci-dessus).

58. La Cour a déclaré à plusieurs reprises que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes » (*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 26, CEDH 2003-IX). Eu égard à sa tâche consistant à « assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles » (article 19 de la Convention), qu'elle accomplit essentiellement en offrant un recours aux particuliers, la Cour observe qu'elle a également pour mission de trancher, dans l'intérêt

général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des Etats parties à la Convention.

59. La Cour estime dès lors qu'il ne convient pas de rayer la requête de son rôle (voir, *mutatis mutandis*, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, §§ 26-27, série A n° 26, et *Karner*, précité).

B. Sur la violation alléguée des articles 5 et 13 de la Convention

60. Le requérant se plaint d'avoir été détenu illégalement aux Pays-Bas et de n'avoir eu aucune possibilité de présenter une demande de libération. Il invoque les articles 5 et 13 de la Convention, lesquels, en leurs passages pertinents, se lisent ainsi :

Article 5

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

(...)

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 ;

(...)

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

(...)

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.»

Article 13

« 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.»

Jurisdiction

61. L'article 1 de la Convention se lit ainsi :

«Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention.»

Aux termes de cette disposition, l'engagement des Etats contractants se borne à «reconnaître» (en anglais «to secure») aux personnes relevant de leur «jurisdiction» les droits et libertés énumérés. La «jurisdiction», au sens de l'article 1, est une condition *sine qua non*. Elle doit avoir été exercée pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions à lui imputables qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention (voir, récemment, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 70, CEDH 2012, et *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, § 74, CEDH 2011).

a) Thèse du requérant

62. Le requérant estime que les Pays-Bas pourraient et devraient exercer leur juridiction quant à sa détention. Il souligne que les autorités néerlandaises ont accepté leur compétence pour examiner sa demande d'asile. Selon lui, les Pays-Bas ne devraient pas être autorisés à accepter de manière arbitraire d'exercer ce qu'il appelle «une juridiction à la carte».

63. Le requérant explique qu'il est détenu sur le territoire néerlandais. L'application du droit néerlandais dans les locaux de la Cour pénale internationale ne serait pas exclue ; au contraire, l'article 8 de l'Accord de siège (paragraphe 41 ci-dessus) partirait du principe que ce droit est applicable. La Convention serait d'application directe en tant que disposition du droit néerlandais, en vertu des articles 93 et 94 de la Constitution néerlandaise (paragraphe 40 ci-dessus), et s'appliquerait au requérant *ratione loci*. Elle primerait donc l'article 88 de la loi portant mise en œuvre de la Cour pénale internationale.

64. Contrairement au requérant dans l'affaire *Galić c. Pays-Bas* ((déc.), n° 22617/07, 9 juin 2009), le requérant en l'espèce ne se plaint pas d'une action ou omission imputable à un organisme international. Selon lui, la Cour pénale internationale a reconnu qu'elle n'avait plus de titre valable justifiant sa détention, et qu'elle continuait à le détenir uniquement aux fins de la procédure d'asile pendante aux Pays-Bas. Ce serait le gouvernement néerlandais qui aurait jusqu'ici empêché qu'il soit transféré sous sa garde, en envoyant à la Cour pénale internationale des notes verbales exigeant son

maintien en détention dans ses locaux, en refusant même d'envisager de le transférer sous sa garde et en refusant d'intervenir pour son compte en vue de mettre fin à sa détention. Cela confirmerait cependant que son maintien en détention résulte directement et sans équivoque d'actions et d'omissions imputables aux Pays-Bas.

65. Dans le cas où la Cour estimerait qu'il a été détenu sous l'autorité de la Cour pénale internationale, le requérant soutient à titre subsidiaire que les Pays-Bas n'en sont pas pour autant dispensés des obligations qui leur incombent à son égard en vertu de la Convention.

66. Renvoyant à la pratique de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, en particulier aux décisions en l'affaire *M. et Co. c. Allemagne* (n° 13258/87, décision de la Commission du 9 février 1990, Décisions et rapports (DR) 64), et en l'affaire *Heinz c. Etats contractants également parties à la Convention sur le brevet européen* (n° 21090/92, décision de la Commission du 10 janvier 1994, DR 76-B), ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour, notamment les arrêts *Matthews c. Royaume-Uni* ([GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I), *Waite et Kennedy c. Allemagne* ([GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I) et *Prince Hans-Adam II du Liechtenstein c. Allemagne* ([GC], n° 42527/98, CEDH 2001-VIII), le requérant soutient que le niveau de protection en matière de droits de l'homme offert par la Cour pénale internationale est insuffisant par rapport à ses besoins, étant donné que rien dans les traités et règles régissant le fonctionnement de la Cour pénale internationale ne s'applique à sa situation unique de détention. De plus, le niveau de protection serait insuffisant même à l'égard des suspects convoqués devant la Cour pénale internationale: il ressortirait clairement du jugement du 2 décembre 2009 dans l'affaire Jean-Pierre Bemba Gombo (paragraphe 42 ci-dessus) que même la mise en liberté sous conditions d'un suspect est impossible si l'on ne peut trouver aucun Etat disposé à l'accepter et pouvant assurer le respect de toutes les conditions de libération.

67. En somme, l'argument présenté à titre subsidiaire par le requérant consiste à dire que la présomption énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* ([GC], n° 45036/98, § 156, CEDH 2005-VI) – c'est-à-dire que, sous réserve que les droits fondamentaux se voient offrir une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention, un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à une organisation internationale – a été renversée et qu'il incombait donc aux Pays-Bas d'intervenir.

b) Appréciation de la Cour

68. La Cour examinera tour à tour les trois piliers sur lesquels repose la thèse du requérant.

i. Le principe territorial

69. La notion de «juridiction», au sens donné à ce terme par le droit international public comme par l'article 1 de la Convention, est principalement territoriale. La responsabilité au titre de la Convention survient normalement pour une personne se trouvant «sous la juridiction» d'un Etat contractant, dans le sens de se trouver physiquement sur son territoire. Toutefois, la Cour a ménagé des exceptions à ce principe dans sa jurisprudence. En particulier, elle a admis des restrictions au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 résultant des règles de droit international public généralement reconnues en matière d'immunité des Etats (*McElhinney c. Irlande* [GC], n° 31253/96, § 38, CEDH 2001-XI, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 56, CEDH 2001-XI, *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97, § 38, CEDH 2001-XI). La Cour a également admis que, lorsque des Etats créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renforcer leur coopération, et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée (*Waite et Kennedy*, précité, § 67).

70. Dans ses décisions dans les affaires *Galić* (décision précitée, § 44), et *Blagojević c. Pays-Bas* ((déc.), n° 49032/07, § 44, 9 juin 2009), la Cour a estimé que la responsabilité en droit international d'un Etat n'était pas nécessairement engagée du seul fait qu'un procès pénal se déroulait sur son territoire. Elle a cité en exemple l'article VII de la Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces («la Convention sur le statut des forces de l'OTAN»), qui prévoit que l'Etat d'origine peut exercer les pouvoirs de juridiction pénale sur ses propres forces armées opérant sur le territoire de l'Etat de séjour, et la Cour écossaise aux Pays-Bas qui, entre 1998 et 2002, a mené un procès selon le droit écossais sur le territoire néerlandais.

71. Eu égard à ce qui précède, la Cour ne saurait conclure que le simple fait que le siège et les locaux du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) se situent à La Haye suffise à faire relever les questions litigieuses de la responsabilité du Royaume des Pays-Bas. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a égard au contexte particulier de la question dont elle est saisie. La Cour souligne que les affaires *Galić* et *Blagojević* impliquaient un tribunal international établi par le Conseil de sécurité

des Nations unies, une organisation internationale basée sur le principe du respect des droits de l'homme fondamentaux; de plus, les dispositions juridiques de base régissant l'organisation et la procédure de ce tribunal étaient précisément conçues pour offrir aux accusés comparissant devant lui toutes les garanties appropriées

72. Pour la Cour, il est inconcevable qu'une juridiction pénale, nationale ou internationale, n'ait pas le pouvoir de s'assurer de la comparution de témoins, à charge ou à décharge selon le cas, et le pouvoir nécessairement corollaire de les mettre en détention, soit parce qu'ils ne sont pas disposés à témoigner soit parce qu'ils sont déjà détenus pour d'autres raisons. Ce pouvoir est implicitement prévu par la Convention sur le statut des forces de l'OTAN, qui en son article VII accorde à l'Etat d'origine des pouvoirs extraterritoriaux de juridiction pénale et disciplinaire (paragraphe 46 ci-dessus); quant au TPIY, l'article 90 *bis* de son Règlement de procédure et de preuve y fait explicitement référence (paragraphe 45 ci-dessus), comme l'article 12 de l'ordonnance émise en 1998 sur la procédure aux Pays-Bas de la *High Court of Justiciary* (Nations unies) pour ce qui concerne la Cour écossaise siégeant aux Pays-Bas (paragraphe 50 ci-dessus).

73. Le requérant a été transféré aux Pays-Bas en qualité de témoin à décharge dans le cadre d'un procès pénal devant la Cour pénale internationale. Il était déjà détenu dans son pays d'origine et est demeuré en détention sous la garde de la Cour pénale internationale. Le fait que le requérant soit privé de sa liberté sur le sol néerlandais ne suffit pas en soi à faire relever les questions touchant à la légalité de sa détention de la «juridiction» des Pays-Bas, au sens qu'il convient de donner à cette expression aux fins de l'article 1 de la Convention.

74. Cependant, le requérant soutient que, dès lors qu'il a livré son témoignage, son maintien en détention par la Cour pénale internationale n'a plus de base légale. Le vide ainsi créé ne peut selon lui être comblé que par l'ordre juridique néerlandais, dans lequel la Convention est d'application directe.

75. La Cour estime que, dès lors que l'intéressé n'a pas été renvoyé en République démocratique du Congo ni remis aux autorités néerlandaises, la base légale de sa détention demeure l'accord conclu entre la Cour pénale internationale et les autorités congolaises en vertu de l'article 93 § 7 du Statut de la Cour pénale internationale. C'est ce qu'il ressort de l'ordonnance prise le 1^{er} septembre 2011 par la Chambre de première instance I et de sa décision du 15 décembre 2011 (paragraphe 23 et 24 ci-dessus), qui énonce clairement que la Cour pénale internationale a l'intention de se conformer à son obligation en vertu de l'article 93 § 7 b) de renvoyer le requérant en République démocratique du Congo une fois que la raison de sa présence

dans ses locaux aura cessé d'exister. Partant, la Cour ne voit aucun vide juridique.

ii. *L'insuffisance alléguée des garanties en matière de droits de l'homme offertes par la Cour pénale internationale*

76. Dans son arrêt en l'affaire *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* (précité, §§ 152-156), puis dans la décision *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas* ((déc), n° 13645/05, CEDH 2009), la Cour a formulé les considérations suivantes :

« 152. D'une part, la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale (y compris supranationale) à des fins de coopération dans certains domaines d'activité (*M. & Co.*, [c. *République fédérale d'Allemagne*, n° 13258/87, décision de la Commission du 9 février 1990, Décisions et rapports (DR) 64], p.152, et *Matthews* [c. *Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94], § 32[, CEDH 1999-I]). En outre, même en tant que détentrice des pouvoirs souverains ainsi transférés, l'organisation internationale concernée ne peut, tant qu'elle n'est pas partie à la Convention, voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux (*Confédération française démocratique du travail c. Communautés européennes*, n° 8030/77, décision de la Commission du 10 juillet 1978, DR 13, p. 231, *Dufay c. Communautés européennes*, n° 13539/88, décision de la Commission du 19 janvier 1989, non publiée, *M. & Co.*, décision précitée, p. 152, et *Matthews*, arrêt précité, § 32).

153. D'autre part, la Cour a également jugé que les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. Ledit texte ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention (*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 17-18, § 29).

154. Lorsqu'elle tente de concilier ces deux aspects et d'établir, ce faisant, dans quelle mesure il est possible de justifier l'acte d'un Etat par le respect des obligations découlant pour lui de son appartenance à une organisation internationale à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, la Cour reconnaît qu'il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné : les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective (*M. & Co.*, décision précitée, pp. 152-153, et *Waite et Kennedy* [c. *Allemagne* [GC], n° 26083/94], § 67[, CEDH 1999-I]). L'Etat demeure responsable au regard de

la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Mattheus* précité, §§ 29 et 32-34, et *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, § 47, CEDH 2001-VIII).

155. De l'avis de la Cour, une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention (*M. & Co.*, décision précitée, p. 152, démarche à laquelle les parties et la Commission européenne souscrivent). Par «équivalente», la Cour entend «comparable»: toute exigence de protection «identique» de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (paragraphe 150 ci-dessus). Toutefois, un constat de «protection équivalente» de ce type ne saurait être définitif: il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux.

156. Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation.

Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'«instrument constitutionnel de l'ordre public européen» dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale (*Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A n° 310, pp. 27-28, § 75).»

77. Le requérant estime ne pas bénéficier d'une protection de ses droits fondamentaux appropriée à sa situation de détention.

78. La Cour a déjà conclu, à l'instar de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, que la détention du requérant trouvait un fondement dans les dispositions du droit international régissant le fonctionnement de la Cour pénale internationale, lesquelles sont également contraignantes pour les Pays-Bas.

79. La Cour observe que la Cour pénale internationale a le pouvoir, en vertu des articles 87 et 88 de son Règlement de procédure et de preuve, d'ordonner des mesures de protection ou d'autres mesures spéciales pour veiller à ce que les droits fondamentaux des témoins ne soient pas méconnus. Elle souligne que la Chambre de première instance I a du reste fait usage de ces pouvoirs dans sa décision du 4 juillet 2011 (paragraphe 18 ci-dessus).

80. Contrairement à ce que semble suggérer le requérant, la Cour ne juge pas déterminant le fait que les ordonnances prises par la Chambre de première instance I dans le cadre de l'usage de ces pouvoirs n'entraîneront

pas nécessairement la libération du requérant par les autorités de la République démocratique du Congo. La Convention n'impose pas à un Etat qui a accepté d'accueillir une juridiction pénale internationale sur son sol la charge de contrôler la légalité d'une privation de liberté fondée sur des dispositions légalement convenues entre ce tribunal et des Etats qui n'y sont pas parties.

iii. L'acceptation par les Pays-Bas de leur compétence pour examiner la demande d'asile du requérant

81. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (voir, parmi d'autres, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67, série A n° 94, *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 113, et *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], n° 26828/06, § 355, CEDH 2012). La Cour rappelle aussi que ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent un droit à l'asile politique (voir, parmi beaucoup d'autres, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 102, série A n° 215, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 73, *Recueil* 1996-V, et *Hirsi Jamaa et autres*, précité). En outre, la Convention ne garantit pas en soi le droit d'entrer, de résider ou de demeurer dans un Etat dont on n'est pas le ressortissant (voir, récemment, *Kane c. Chypre* (déc.), n° 33655/06, 13 septembre 2011, *H. c. Pays-Bas* (déc.), n° 37833/10, 18 octobre 2011, et *Kurić et autres*, précité). Enfin, les Etats n'ont, en principe, aucune obligation d'autoriser les ressortissants étrangers à attendre le résultat d'une procédure d'immigration sur leur territoire (voir, *mutatis mutandis*, *Nsona c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996, § 93, *Recueil* 1996-V, *Chandra et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 53102/99, 13 mai 2003, *Benamar et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 43786/04, 5 avril 2005, et *Haydarie et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 8876/04, 20 octobre 2005).

82. Le requérant explique que, puisque les Pays-Bas ont accepté d'examiner sa demande d'asile, il s'ensuit nécessairement qu'ils ont pris sur eux de contrôler la légalité de sa détention dans les locaux de la Cour pénale internationale – et d'ordonner sa libération, probablement sur leur territoire, s'ils devaient juger cette détention illégale.

83. Eu égard à la jurisprudence précitée, la Cour, pour sa part, n'aperçoit aucun rapport de la sorte.

iv. Conclusion

84. Il découle de ce qui précède que la requête est incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 a) et doit être rejetée en application de l'article 35 § 4.

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

Déclare la requête irrecevable.