

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2012-V



COUNCIL OF EUROPE



WOLF LEGAL PUBLISHERS

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

Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40155-6

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

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

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

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

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

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

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

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

Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>Dorđević v. Croatia</i> , no. 41526/10, judgment of 24 July 2012	1
<i>Dorđević c. Croatie</i> , n° 41526/10, arrêt du 24 juillet 2012	57
<i>Nada c. Suisse</i> [GC], n° 10593/08, arrêt du 12 septembre 2012	115
<i>Nada v. Switzerland</i> [GC], no. 10593/08, judgment of 12 September 2012	213
<i>Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia</i> [GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, judgment of 19 October 2012 (extracts)	309
<i>Catan et autres c. République de Moldova et Russie</i> [GC], n ^{os} 43370/04, 8252/05 et 18454/06, arrêt du 19 octobre 2012 (extraits)	381
<i>Hristozov and Others v. Bulgaria</i> , nos. 47039/11 and 358/12, judgment of 13 November 2012 (extracts)	457
<i>Hristozov et autres c. Bulgarie</i> , n ^{os} 47039/11 et 358/12, arrêt du 13 novembre 2012 (extraits)	505

Subject matter/Objet des affaires

Article 1

Jurisdiction in relation to resident of enclaved area effectively prevented from travelling as a result of respondent State's implementation of United Nations Security Council resolutions

Nada v. Switzerland [GC], p. 213

Jurisdiction à l'égard du résident d'une zone enclavée se trouvant en pratique dans l'impossibilité de voyager du fait des mesures prises par l'Etat défendeur pour appliquer les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies

Nada c. Suisse [GC], p. 115

Jurisdiction of Moldovan and Russian Governments in relation to educational policy within separatist region of the Republic of Moldova

Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia [GC], p. 309

Jurisdiction des Etats moldave et russe concernant la politique éducative au sein d'une région séparatiste de la République de Moldova

Catan et autres c. République de Moldova et Russie [GC], p. 381

Article 2

Refusal to allow the use of an unauthorised experimental drug for medical treatment

Hristozov and Others v. Bulgaria, p. 457

Refus d'autoriser l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé à des fins de traitement médical

Hristozov et autres c. Bulgarie, p. 505

Article 3

Failure by the authorities to protect a disabled person from violent and persistent harassment by children

Dorđević v. Croatia, p. 1

Manquement des autorités à protéger une personne handicapée harcelée de façon violente et persistante par des mineurs

Dorđević c. Croatie, p. 57

Refusal to allow the use of an unauthorised experimental drug for medical treatment

Hristozov and Others v. Bulgaria, p. 1

Refus d'autoriser l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé à des fins de traitement médical

Hristozov et autres c. Bulgarie, p. 57

Article 5

Article 5 § 1

Prohibition on travel through country surrounding enclave

Nada v. Switzerland [GC], p. 213

Interdiction de traverser un pays entourant une enclave

Nada c. Suisse [GC], p. 115

Article 8

Prohibition, under legislation implementing United Nations Security Council resolutions, on travel through country surrounding enclave

Nada v. Switzerland [GC], p. 213

Interdiction, en vertu d'une loi mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies, de traverser un pays entourant une enclave

Nada c. Suisse [GC], p. 115

Refusal to allow the use of an unauthorised experimental drug for medical treatment

Hristozov and Others v. Bulgaria, p. 457

Refus d'autoriser l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé à des fins de traitement médical

Hristozov et autres c. Bulgarie, p. 505

Article 13

Lack of remedy enabling Security Council sanctions to be lifted for failure to respect human rights

Nada v. Switzerland [GC], p. 213

Absence de recours permettant la levée des sanctions du Conseil de sécurité en cas de non-respect des droits de l'homme

Nada c. Suisse [GC], p. 115

Article 2 of Protocol No. 1/Article 2 du Protocole n° 1

Closure of schools teaching in Latin script and harassment of pupils wishing to be educated in their national language

Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia [GC], p. 309

Fermeture d'établissements scolaires utilisant l'alphabet latin et actes de harcèlement contre des élèves souhaitant une instruction dans leur langue nationale

Catan et autres c. République de Moldova et Russie [GC], p. 381

DORĐEVIĆ v. CROATIA
(Application no. 41526/10)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 24 JULY 2012¹

1. English original.

SUMMARY¹**Failure by the authorities to protect a disabled person from violent and persistent harassment by children****Article 3**

Positive obligations – Failure by the authorities to protect a disabled person from violent and persistent harassment by children – Inhuman and degrading treatment – Harassment – Combined effect of incidents of harassment – Positive obligations outside the sphere of criminal law – Below age of criminal responsibility – Lack of a systematic approach

*

* *

The first applicant, who is mentally and physically disabled, lived with his mother, the second applicant, in a ground-floor flat. Both applicants complained that they had been continually harassed between July 2008 and February 2011 by pupils from a nearby primary school and that the authorities had not afforded them adequate protection. A series of incidents took place during that period, with children ringing the applicants' doorbell at all times of the day, spitting at the first applicant, hitting and pushing him, burning his hands with cigarettes, vandalising the applicants' balcony and shouting obscenities at them. The attacks left the first applicant deeply disturbed, afraid and anxious. Both applicants complained on numerous occasions to various authorities, including the social services and the Ombudswoman. They also rang the police several times to report the incidents and seek help. Following each call, the police arrived at the scene, sometimes too late, and sometimes only to tell the children to go away or to stop making noise. The police also interviewed several pupils and concluded that, although they had admitted to having behaved violently towards the first applicant, they were too young to be held criminally responsible.

Held

(1) Article 3 (first applicant): The first applicant had been continually harassed and, as a result, had felt helpless and afraid for prolonged periods of time. He had also been physically injured on one occasion. Such ill-treatment had been sufficiently serious to fall within the scope of Article 3. Acts of violence contrary to Article 3 would normally require recourse to criminal-law measures against the

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

perpetrators. However, in the present case most of the alleged perpetrators were children under 14, who could not be held criminally responsible under domestic law. Furthermore, the individual acts complained of had not necessarily amounted to criminal offences, despite being incompatible with Article 3 when viewed as a whole. The case therefore concerned the State's positive obligations in a situation outside the sphere of criminal law where the competent State authorities were aware of serious harassment directed at a person with physical and mental disabilities. The authorities had known of the harassment from the outset and had thus been under an obligation to take all reasonable steps to protect the first applicant. Although the police had interviewed some of the children allegedly involved and the school authorities had discussed the problem with the pupils and their parents, no serious attempt had been made to assess the true nature of the situation or to address the lack of a systematic approach which had resulted in the absence of adequate and comprehensive measures. The findings of the police had never been followed by concrete action: no policy decisions had been adopted or monitoring mechanisms put in place in order to prevent further harassment. The Court was particularly struck by the lack of any real involvement of the social services and the absence of any indication that relevant experts had been consulted who could have given recommendations and worked with the children concerned. Nor had the first applicant ever been given counselling. The competent authorities had thus failed to take all reasonable steps to protect the first applicant, even though there was a foreseeable risk that he would continue to suffer harassment.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 8 (second applicant): The harassment of the first applicant had inevitably affected his mother's private and family life. In view of its finding that the authorities had failed to prevent further harassment of the first applicant, the Court was obliged to conclude that they had likewise failed to afford adequate protection to the second applicant.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 13: The applicants had not had an effective remedy in respect of their complaints under Articles 3 and 8.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded a sum to both applicants jointly in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Van Oosterwijck v. Belgium, 6 November 1980, Series A no. 40

X and Y v. the Netherlands, 26 March 1985, Series A no. 91

Cardot v. France, 19 March 1991, Series A no. 200

Costello-Roberts v. the United Kingdom, 25 March 1993, Series A no. 247-C

Hurtado v. Switzerland, 28 January 1994, opinion of the Commission, Series A no. 280-A

- Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV
- Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports* 1996-V
- H.L.R. v. France*, 29 April 1997, *Reports* 1997-III
- Botta v. Italy*, 24 February 1998, *Reports* 1998-I
- A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VI
- Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
- Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I
- Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V
- Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV
- Price v. the United Kingdom*, no. 33394/96, ECHR 2001-VII
- Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, ECHR 2002-I
- Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III
- E. and Others v. the United Kingdom*, no. 33218/96, 26 November 2002
- Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, ECHR 2006-XI
- Wieser v. Austria*, no. 2293/03, 22 February 2007
- Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, 3 May 2007
- L. v. Lithuania*, no. 27527/03, ECHR 2007-IV
- Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, 5 March 2009
- Beganović v. Croatia*, no. 46423/06, 25 June 2009
- Milanović v. Serbia*, no. 44614/07, 14 December 2010

In the case of Đorđević v. Croatia,

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

Anatoly Kovler, *President*,
Nina Vajić,
Peer Lorenzen,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Linós-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 3 July 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 41526/10) against the Republic of Croatia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Croatian nationals, Mr Dalibor Đorđević and Ms Radmila Đorđević (“the applicants”), on 12 July 2010.

2. The applicants, who were granted legal aid, were represented by Ms I. Bojić, a lawyer practising in Zagreb. The Croatian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms Š. Stažnik.

3. On 10 September 2010 the President of the First 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).

4. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the case. In addition, third-party comments were received from the European Disability Forum, which had been given leave to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3 of the Rules of Court). The respondent Government replied to those comments (Rule 44 § 6).

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

5. The applicants were born in 1977 and 1956 respectively and live in Zagreb.

6. The first applicant is a person divested of legal capacity owing to his mental and physical retardation. He goes to a workshop for adults at the V.B. primary school in Zagreb for twelve hours a week. He is taken care of by his mother, the second applicant. The medical documentation of 16 June 2008 submitted in respect of the first applicant describes his health as follows:

“... in his very early childhood he suffered from purulent meningitis, which resulted in permanent consequences and epilepsy. He is retarded in his mental and physical development and is under the constant supervision of a neurologist and psychiatrist. Owing to hydrocephalus he has had a Pudenz valve [a type of cerebrospinal fluid shunt] implanted. ... his eyesight is very poor ... and he is dependent on his mother as regards feeding, dressing, personal hygiene and moving about. His spine is mobile but painful in the lower region. ... he suffers from severe foot deformation, ... has difficulty walking; walking on his toes and heels is not possible. Mentally he is emotionally distant, fearful and he has a poor vocabulary. ...”

7. The applicants live in a ground-floor flat in a block of flats in Špansko, a part of Zagreb. The A.K. primary school is nearby in their neighbourhood.

8. It appears that the applicants were subjected to harassment between July 2008 and February 2011. They alleged that pupils from the A.K. primary school, all minors, frequently harassed them, and in particular the first applicant, at all times of the day, especially when the pupils returned home from school in groups and in the late afternoon and evening when they gathered without parental supervision on and around a wooden bench in front of the balcony of the applicants' flat. The harassment, in their submission, was motivated by the first applicant's health and both applicants' Serbian origin. A larger group of children, also minors, came daily to a park in front of the applicants' flat, shouted obscenities at the first applicant, called him names and wrote insulting messages on the pavement. The children often rang the applicants' bell, asking when the first applicant was going out. They often spat at him.

9. A police report of 31 July 2008 shows that the second applicant called the police at 9.12 p.m. and complained that unknown young persons were harassing her son and had smashed some objects on her balcony. The police arrived at the applicants' home at 9.30 p.m. and the second applicant told them that at about 6 p.m. she and the first applicant had left the flat and that when they had returned at about 9 p.m. she had found the balcony ruined and all the flower beds torn up. She also told the police that the first applicant had been harassed for a longer period of time by children in the neighbourhood on account of his mental retardation. She named two of the children.

10. On 2 March 2009 the Susedgrad Social Welfare Centre ordered the supervision of the parental care of D.K., a pupil at A.K. primary school, on account of his poor school results, problematic behaviour and tendency to commit criminal offences. There was no mention of his involvement in the harassment of the applicants.

11. A medical report drawn up on 6 April 2009 shows that the first applicant had been psychologically and physically harassed in the street and that he had cigarette burns on both hands. The doctor asked the social authorities to institute proceedings for the protection of the first applicant as a person with serious mental disorders and described him as a peaceful and benign person who could not and did not know how to defend himself from the abusers.

12. In a letter of 20 April 2009 to the Ombudswoman for Persons with Disabilities, the second applicant complained that on 4 April 2009 two children, D.K. and I.M., had harassed the first applicant. She alleged that while riding their bicycles they had approached the first applicant and burned his hands with cigarettes. She also complained that the first applicant had been continually harassed by children attending a nearby school on the basis of his mental retardation and added that she had on numerous occasions complained to the Susedgrad Social Welfare Centre and the authorities of the A.K. primary school, but to no avail.

13. On the same day the applicants' lawyer complained to the police about the incident of 4 April 2009.

14. A police report of 5 May 2009 records that on that day on the premises of the II Zagreb Police Station the police interviewed D.K., born in 1997, and P.B., born in 1995. The relevant part of the report in respect of D.K. reads:

“When asked whether he remembers the event of 4 April 2009 in ... Zagreb, [D.K.] said that at about 12 noon he was there with his friend I.M., who is in the seventh grade at A.K. primary school, and that P.B., an older boy from the seventh grade of the same school, arrived together with two men, unknown to him, who were playing with a ball. A person who is disabled and has had problems from birth and who lives in a block of flats in ... Street was playing between the buildings. At one point, P.B. lit a cigarette, approached Dalibor and burned his right hand several times, after which they all ran away because that person started to shout.”

The relevant part of the report in respect of P.B. reads:

“When asked whether he remembers the event of 4 April 2009 in ... Zagreb, concerning the harassment of a disabled person, Dalibor Đorđević, [P.B.] says that he was not present on that occasion but that at the beginning of that week during the morning break he had met D.K., who is in the fifth grade at the same school and who told him that he [D.K.] and I.M. at about 12 noon on Saturday had burned with a

cigarette the hand of a person named Dalibor in ... Street who lives on that street and is disabled.

When asked a further question as to whether he knew what that person looks like, he answered that he used to go to play on that street with other boys from the neighbourhood and he saw that person, who is about thirty, strongly built, has short salt-and-pepper hair and a pale complexion and has difficulty speaking. That person plays with other children who tease him and he runs after them and beats them.”

15. A police report of 7 May 2009 records that on that day on the premises of the II Zagreb Police Station the police interviewed I.M., born in 1994. The relevant part of the report reads:

“When asked whether he remembers the event of 4 April 2009 in ... Zagreb, concerning the harassment of a disabled person, Dalibor Đorđević, between thirty and forty years old, [I.M.] said that he remembered that occasion, that it was a Saturday ... and that he took his bicycle and went ... with D.K. to ... Street, where they saw Dalibor, a person disabled from birth, between the buildings, playing with a ball with some children who took the ball and did not want to return it to him. When he saw this, he [I.M.] asked the children why they did not give the ball back to Dalibor, and Dalibor started to shout and wave his hands. The children then threw the ball and he took it. He [I.M.] was holding a cigarette in his left hand ... and as he was passing Dalibor on his bicycle he [Dalibor] started to wave his hands and slapped him a few times on the hand in which he was holding the cigarette and thus Dalibor burned his hand. He was sure that he burned Dalibor only once and he was sorry for it. He did not understand why Dalibor reacted in such a manner because it was not his [I.M.’s] fault that some children took his ball. The pupil P.B. was not with them.

...

When asked a further question as to whether Dalibor had problems with other children, [I.M.] answered that he is often on that street where Dalibor plays ball with other boys and that these children tease Dalibor because of his illness ... and then he runs after them and catches them.

In the end [I.M.’s] mother R. was advised to keep an eye on I.M.’s behaviour. She said that she had no problems with him and she did not know why he had done this.”

16. On 19 May 2009 the II Zagreb Police Station sent a report to the Zagreb State Attorney’s Juvenile Office stating that

(a) on 16 April 2009 they had received a letter from the Susedgrad Social Welfare Centre stating that it had received a letter from the second applicant in which she had alleged that her son had been ill-treated by D.K. and others and enclosed medical documentation; and

(b) on 30 April 2009 they had received a letter from the Ombudswoman for Persons with Disabilities stating that she had also received a letter from the second applicant who was seeking help in connection with the frequent harassment of the first applicant.

The police also informed the Zagreb State Attorney's Juvenile Office about the interviews they had conducted with the children D.K., I.M. and P.B.

17. In a letter of 20 May 2009 the II Zagreb Police Station informed the Ombudswoman that they had interviewed the children I.M. and D.K., that they had contacted the headmaster of A.K. primary school, that the police officers from the station had been informed about the problems and that they had regularly patrolled the streets in question.

18. On 17 July 2009 the police informed the Susedgrad Social Welfare Centre that they had established that on 4 April 2009 at about 12 noon the first applicant had been playing with a ball in the street with some boys from the neighbourhood who had taken his ball away, which had upset him. When the boys I.M. and D.K. had gone past the first applicant he had waved his hands and I.M. had unintentionally burned them.

19. On 16 July 2009 the Susedgrad Social Welfare Centre drew up a report on the first applicant. The relevant part of the report reads:

“ ...

On 6 August 2008 [the first applicant's] mother, Radmila, complained to us about harassment of Dalibor, alleging that the children ... were visiting the girls V.K. and I.K., who lived in their block of flats. The K. girls said that they had not harassed Dalibor and that the leader of the group had been H.B.

An agreement has been reached with the K. girls and their mother, J.F., that the girls will stop hanging around in front of the block of flats and will find another place to do so in order to avoid conflicts.

H. and her parents were summoned to this office. H. said that she would no longer hang around in front of that block of flats and that there had been peace for a time.

After that the boys started to come, in different groups, so that Mrs Đorđević could not tell their names, but she knew that they attended A.K. primary school.

Mrs Đorđević again complained of harassment on 8 April 2009, when Dalibor had been burned with cigarettes and [she said that] the harassment had continued.

On 17 June 2009 an interview with Mrs Đorđević was carried out. [She said] that the problems had continued. There were constantly new children who provoked Dalibor, mostly acquainted with the K. girls. There would be peace for two or three days and then the problems would start again. She had good relations with the school counsellor, the defectologist and the headmaster.

Mrs Đorđević stated: 'On 16 June 2009 first the girls came and stood next to the bench. Mrs Đorđević told Dalibor to come inside because she knew how afraid he was of them. They said that he did not need to be afraid because they would soon leave. Then a group of boys came and sprayed Dalibor with water from a balloon.'

Mrs Đorđević also said that lately V.K. had again started to get children to meet up in front of the building, which upset Dalibor.

The police and the school were informed about the above events.

The school [authorities] talked to all the children who had been reported and to their parents.

The police carried out an inquiry [and interviewed] the children who had been present when Dalibor was burned.

In order to prevent further harassment we wrote to the school [authorities, asking them] to hold meetings with all children and parents at the beginning of the school year, in all classes, to inform everyone of the problem and to make it clear that they were all responsible for the ill-treatment until the perpetrators were identified. It was also suggested that lectures and workshops with children be held in order for them to understand that there were persons with disabilities who had the same rights as everybody else – to walk about and live their lives outside their flats without being harassed by anyone.

It was agreed with police officer I.M. from the II Police Station that the police in charge of that neighbourhood would keep a closer eye on and patrol more frequently the street in order to identify the perpetrators of the harassment.

On 14 July 2009 a visit to the family was carried out and only Dalibor was found; he did not know where his mother was and also said that the children had not teased him lately. Dalibor was in the flat and there were no children around the building.

...”

20. On 27 July 2009 the Zagreb Municipality State Attorney’s Office informed the second applicant that the perpetrators of the criminal offence of violent behaviour under Article 331 § 1 of the Criminal Code were D.K. and I.M., who were children below 14 years of age, and that therefore no criminal proceedings could be instituted against them. The second applicant was instructed that she could bring a claim for compensation in civil proceedings.

21. A police report of 5 September 2009 states that on that day the second applicant called the police at 8.40 p.m. complaining about noise in the park. When the police arrived at 8.45, the second applicant told them that in the meantime the children had left.

22. A medical report in respect of the first applicant drawn up on 8 September 2009 indicates that he had constantly been harassed by children, who had burned his hands, shouted at him and made noise in front of the applicants’ balcony. It stated that it was necessary for the first applicant to spend time outdoors.

23. A report drawn up on 17 September 2009 by the Susedgrad Social Welfare Centre indicates that they had interviewed I.M. and his mother.

Since I.M. expressed regret about the incident of 4 April 2009, there was no need for any further measures.

24. On an unspecified date in September 2009 the headmaster of A.K. primary school sent a letter to the parents informing them that in their neighbourhood lived a young man with disabilities named Dalibor who had been frequently harassed by schoolchildren. The headmaster expressly stated that the children had admitted to “a number of brutal acts” against Dalibor, such as making derogatory remarks, using insulting language and swearing, behaving provocatively, taking his ball and burning his hands with cigarettes. The parents were asked to talk to their children and warn them about the possible consequences of such behaviour.

25. The relevant part of the written record of a parent-teacher meeting held on 30 September 2009 at A.K. primary school reads as follows:

“ ...

At all parent-teacher meetings in the new school year we have drawn the parents’ attention to a young man with special needs who lives in the school’s neighbourhood and who has been harassed by pupils from our school, mostly verbally and sometimes physically. His mother often seeks help from the school employees, and a social welfare centre and the Ombudswoman for Persons with Disabilities have also been involved. The parents were asked to talk to their children and raise their awareness about the problem of accepting differences and the need for peaceful coexistence.

The parents present commented on the matter. Some of them mentioned that the young man in question had sometimes also been aggressive, that he had approached young girls in an inappropriate manner and that they had expressed a fear of him and tended to avoid the area where he usually was. Some also commented that he should not be out in public and that he should spend time in conditions appropriate for him or in the park under the constant supervision of a guardian. The headmaster noted all the comments and promised to contact the competent social welfare centre.

...”

26. On 1 October 2009 the applicants’ lawyer sent a written complaint to the Zagreb Municipality State Attorney’s Office. She stated that her clients were two Croatian nationals of Serbian origin, a mother and her son who suffered from mental and physical retardation. She explained that her clients lived about seventy metres away from A.K. primary school and that they had been constantly harassed by schoolchildren, at all times of the day and mainly when the children went home from school in groups and in the late afternoon and evening when they gathered around a bench in front of the applicants’ balcony without parental supervision. She alleged that the harassment had already been going on for about four years and was motivated by the applicants’ Serbian origin and the first applicant’s disability. A group of children aged from 10 to 14 hung around daily in

front of the block of flats where the applicants lived, shouting insults and obscenities and calling them names. They also wrote insulting remarks on the pavement in front of the building.

The lawyer further described the incident of 4 April 2009. Relying on Articles 8 and 13 of the Convention, she complained that there was no effective remedy in the Croatian legal system affording protection from violent acts by children.

She also described the events of 5 and 7 September 2009, when a group of children had insulted the first applicant and, on the latter date, taken a ball from him. On 10 September 2009 a group of boys had urinated in front of the applicants' door. On 14 September 2009 about fourteen pupils from the fourth and fifth grades had pushed the first applicant, insulted him and taken a ball from him. The day after a boy had shouted insults at him.

She also alleged that the children had physically attacked the first applicant on at least ten different occasions and had often spat at him. On 31 July 2008 the children had ruined the applicants' balcony by tearing up all the flower beds and by throwing stones and mud onto the balcony. A few days later they had thrown a carton of chocolate milk onto the balcony.

The second applicant had reported the harassment to the social services, the police, the Ombudswoman for Persons with Disabilities and the school authorities. Despite the good will of all those concerned, the harassment of the applicants had continued.

27. A medical report in respect of the first applicant drawn up on 7 October 2009 indicates that he had constantly been harassed by children.

28. A medical report in respect of the first applicant drawn up on 9 November 2009 indicates that he had been attacked by children a few days before, which had greatly upset him. Psychotherapy was recommended.

29. A medical report in respect of the first applicant drawn up on 14 December 2009 states that "everyone hit him mercilessly with snowballs", which had scared him.

30. A medical report in respect of the first applicant drawn up on 14 January 2010 indicates that the first applicant suffered from constant anxiety and a feeling of being persecuted because "nothing ha[d] been done to resolve his situation".

31. A police report of 19 March 2010 states that the second applicant called the police that day at 9.18 p.m. because of "problems with children". When the police arrived at 9.25 p.m. the second applicant told them that the children had been playing with a ball in the park and had then hit her window with the ball and run away.

32. A medical report in respect of the first applicant drawn up on 11 April 2010 indicates that the first applicant was attacked by a group of children and was hit by a ball on the nose.

33. The applicants alleged that on 13 May 2010 a group of children, including a boy, P., pushed the first applicant against an iron fence in the park. He fell and hit his head and right leg. He was disoriented and uncommunicative for three days. Medical documents drawn up on the same day show that the first applicant suffered from swelling in his right leg and skin abrasion on the left side of his forehead. He was unable to walk for five days and the second applicant had to borrow a wheelchair for him. The medical report also indicates that the first applicant had stumbled and sprained his ankle and had also hit his head.

34. On 14 May 2010 the second applicant complained to the police that on 13 May 2010 a boy, P.B., had pushed the first applicant against a wall and had also taken his ball.

35. On 20 May 2010 the applicants' lawyer wrote to the Zagreb Municipality State Attorney's Office complaining that since her last letter of October 2009, there had been further incidents of violence and harassment against the applicants. The relevant part of the letter reads:

“ ...

On 5 November 2009 two boys, one of whom was P., verbally abused the first applicant, which scared him.

The second applicant informed the school counsellor about the incident but has not received a reply.

On 14, 18 and 21 December 2009 a group of children threw snow at the applicants' window and on one of those occasions covered their balcony with snow.

On 15 December 2009 a group of children verbally insulted the first applicant in the street. On 22 February 2010 the second applicant was called by a social worker from the Susedgrad Social Welfare Centre, J.S., who told her that the only way to resolve the situation was to bring a civil action.

On 19 March 2010 the children kept throwing a ball at the applicants' windows, about which the police were informed. On 20 March 2010, while the first applicant was riding on a bus, a group of children shouted his name, which upset him.

On 10 April 2010 a boy whose first name was R. hit the first applicant on the nose with a ball, which disoriented him and caused him pain. The second applicant informed the police about it. The police conducted a two-hour interview with her and expressed their regret but informed the second applicant that nothing could be done because any kind of inquiry would show that the children had only been joking.

On 13 May 2010 a group of children, including P., pushed the first applicant against an iron fence in the park. He fell and hit his head and right leg. He was disoriented and uncommunicative for three days.

On 18 May 2010, when the first applicant was sitting on a swing, a group of children approached him and made obscene gestures and told him that he was stupid.”

36. On the same day the lawyer complained about the harassment of the applicants to the Ombudswoman for Children and asked for advice.

37. The applicants alleged that on 24 May 2010 a group of boys hit the first applicant’s head against an iron fence in the park and said that they enjoyed it. A medical report in respect of the first applicant drawn up on the same day indicates that he had been pushed against an iron fence and had hit his head on it.

38. On 25 May 2010 the Zagreb Municipality State Attorney’s Office informed the applicants’ lawyer that it had no jurisdiction in the matter since the complaints concerned children who were not criminally responsible.

39. On 26 May 2010 the headmaster of A.K. primary school informed the applicants’ lawyer that the school authorities had taken all measures they deemed appropriate, such as discussion with the pupils concerned and the provision of information to all parents at parent-teacher meetings about the problems the applicants had encountered with the pupils.

40. On 31 May 2010 the Ombudswoman for Children informed the applicants’ counsel that she had no jurisdiction in the matter.

41. A medical report in respect of the first applicant drawn up on 29 June 2010 indicates that he had continually been attacked by children in the neighbourhood.

42. Medical reports in respect of the first applicant drawn up on 29 June, 25 October and 24 November 2010 and 9 February 2011 indicate that the first applicant had continually been attacked by children in the neighbourhood.

43. On 1 July 2010 the police interviewed P.B., a pupil attending A.K. primary school, about the incidents of 13 and 14 May 2010, in which he denied his involvement.

44. The applicants alleged that on 13 July 2010 at 9 p.m. four boys and a girl made repeated lewd comments in a loud voice under the applicants’ window. When the second applicant asked them to be quiet they replied provocatively, using the Serbian dialect in direct allusion to the applicants’ Serbian origin, telling her: “Call the police, we are not afraid [*zovi bre policiju, mi se ne bojimo*]”. The second applicant reported this incident on 14 July 2010 to a social worker from the Susedgrad Social Welfare Centre, Ms J.S.

45. On 19 July 2010 the Susedgrad Social Welfare Centre interviewed V.K., who lived in the same block of flats as the applicants. She denied her involvement in the harassment of the applicants. She also said that children and alcoholics frequently gathered at the bench in front of the block of flats where she lived and made screaming noises, which irritated her family as well.

46. On 2 August 2010 the Susedgrad Social Welfare Centre informed the police that the second applicant had complained of continued harassment and violence against the first applicant. The police were asked to take appropriate measures.

47. On 26 August 2010 the police interviewed Z.B., a pupil attending A.K. primary school, who denied any involvement in the harassment of the first applicant.

48. On 27 August 2010 the second applicant asked the Zagreb Municipality for the wooden bench beneath the applicants' window to be removed.

49. The applicants alleged that on 31 August 2010 at around 3 p.m., when they were returning home from a shop, a boy known to them as M. rode past them on a bicycle and shouted insults at the first applicant, saying, *inter alia*: "Dalibor is a fag". The first applicant felt extremely anxious and stressed.

50. The applicants alleged that on 1 September 2010 at 6.45 p.m. three boys on bicycles rode up in front of their window and threw rubbish and screamed. At 7.20 p.m. more children gathered around the wooden bench in front of the applicants' window and repeatedly hit a nearby metal fence, thus making a lot of noise. They also threw a stone at the applicants' window and made lewd comments in loud voices. At 10.03 p.m. the second applicant called the police. Since the police did not come, she called them again at 10.28 p.m. The police said that they would come but that they had other calls to answer as well. The police arrived at 10.32 p.m. and told the children to move a few metres away from the applicants' window. They made no attempt to identify the children. A police report of the same day indicates that at 9.21 p.m. the second applicant had called the police and complained about noise in the park. When the police arrived at 10.35 p.m. they had not found anyone in front of the building.

51. The applicants alleged that on 3 September 2010 a group of about ten children gathered around the bench and made an unbearable amount of noise. At 10.15 p.m. the second applicant called the police, who arrived at 10.40 p.m. and ordered the children to go away, without, however, making any attempt to identify them. A police report of the same day indicates that at 10.20 p.m. the second applicant had called the police and complained

about noise in the park. When the police arrived at 10.25 p.m. they had not found anyone.

52. The applicants alleged that on 5 September 2010 at about 9 p.m. they noticed, on returning from church, that an unidentified white substance had been thrown at their window in their absence. There were also some children screaming under their window. At 10 p.m. the second applicant called the police. The applicants further alleged that on 7, 8, 14, 23 and 27 September 2010, children gathered around the bench and made an unbearable amount of noise.

53. On 23 September 2010 the police interviewed I.S., a pupil attending A.K. primary school, who denied any involvement in the harassment of the first applicant.

54. The applicants alleged that on 2 October 2010 five boys gathered around the bench and made loud noises. At 7.40 p.m. seven boys threw balls at the applicants' window and made noise until late at night. At 11.38 p.m. the second applicant called the police, who arrived at a quarter past midnight and told the boys to leave without asking them any questions or making any attempt to identify them. A police report of the same day indicates that the second applicant had called the police at 11.40 p.m. and complained about noise. When the police had arrived at a quarter past midnight they had not found anyone.

55. The applicants further alleged that on 4 October 2010 at 4 a.m. they were awakened by a car alarm outside their window. Some children were banging on the outer wall of their flat, making a very loud noise. The first applicant's pet rabbit died that night and he attributed the rabbit's death to the events of that night, which made him extremely upset. On 15 October 2010, while the applicants were not at home, someone spat on their living-room window until it was completely covered in saliva. On 23 October and 7, 14 and 19 November 2010 groups of children gathered around the bench, making a lot of noise.

56. On 17 November 2010 the Zagreb Municipality informed the second applicant that her request for the removal of the bench situated beneath the balcony of the applicants' flat had been denied.

57. The applicants alleged that on 22 November 2010, while they were coming home from a shop, a group of children shouted after them: "Dalibor, Dalibor!" The first applicant was paralysed with fear and asked his mother why they would not leave him alone. The second applicant wrote to the Office of the President of Croatia and the Ombudswoman for Persons with Disabilities about the harassment of her son, seeking their assistance in connection with the removal of the bench. On 5 December 2010 at around

midnight some children threw snowballs at the applicants' window, which terrified the first applicant.

58. On 14 December 2010 the Ombudswoman for Persons with Disabilities recommended to the Zagreb Municipality that the bench be removed. The bench was removed in February 2011. The applicants alleged that on the same day, some children destroyed a metal container under their window where the gas meters were located.

59. The applicants alleged that further incidents occurred as follows. On 5 February 2011 a group of children shouted provocatively at the second applicant on the street, using the Serbian dialect (*"De si bre?"*). On 8 February 2011 at 6.40 p.m. some children rang the applicants' doorbell and then ran away. On 10 February 2011 the applicants went to a hairdresser, taking a detour in order to avoid the children. However, they met a group of children who shouted *"Dalibor!"* in a provocative manner. On 13 February 2011 at 12.30 p.m. seven boys ran around the applicants' flat, banged on the walls, climbed onto their balcony, peered into the flat and laughed loudly. At 9.45 p.m. a group of boys sang the song *"We are Croats"* beneath the applicants' window.

60. A medical report of 9 March 2011 in respect of the first applicant indicates that owing to stress he often bit his lips and fists, and that he had a twitch in his left eye and symptoms of psoriasis. It also mentioned that he had frequently been attacked and ridiculed and that it was necessary to ensure a calm and friendly environment for him.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Constitution

1. *Relevant provisions*

61. The relevant provisions of the Constitution of the Republic of Croatia (*Ustav Republike Hrvatske*, Official Gazette nos. 56/1990, 135/1997, 8/1998 (consolidated text), 113/2000, 124/2000 (consolidated text), 28/2001 and 41/2001 (consolidated text), 55/2001 (corrigendum) and 76/2010) read as follows.

Article 14

"Everyone in the Republic of Croatia shall enjoy rights and freedoms regardless of their race, colour, sex, language, religion, political or other belief, national or social origin, property, birth, education, social status or other characteristics.

All shall be equal before the law."

Article 21

“Every human being has the right to life.

...”

Article 23

“No one shall be subjected to any form of ill-treatment ...

...”

Article 35

“Everyone has the right to respect for and legal protection of his or her private and family life, dignity, reputation and honour.”

Article 140

“International agreements in force which were concluded and ratified in accordance with the Constitution and made public shall be part of the internal legal order of the Republic of Croatia and shall have precedence in terms of their legal effects over the [domestic] statutes. ...”

2. *The Constitutional Court's jurisprudence*

62. In its decisions nos. U-I-892/1994 of 14 November 1994 (Official Gazette no. 83/1994) and U-I-130/1995 of 20 February 1995 (Official Gazette no. 112/1995) the Constitutional Court held that all rights guaranteed in the Convention and its Protocols were also to be considered constitutional rights having equal legal force to the provisions of the Constitution.

B. The Criminal Code

63. The relevant part of the Criminal Code (*Kazneni zakon*, Official Gazette no. 110/1997) reads as follows:

Article 10

“Criminal legislation is not applicable in respect of a child who at the time when he or she committed a criminal offence was not yet 14.”

C. The Minor Offences Act

64. The relevant part of the Minor Offences Act (*Prekršajni zakon*, Official Gazette no 107/2007) reads as follows:

Section 9

“(1) A person who at the time when a minor offence was committed was not yet 14 is not liable for the minor offence.

(2) When a person under subsection 1 of this section frequently behaves in a manner which amounts to serious minor offences, the State body competent to act shall inform that person's parents or guardians and the competent social welfare centre of the person's behaviour.

(3) A parent of ... a person to whom subsection 1 of this section applies shall be punished for a minor offence committed by that person where the minor offence committed is directly connected to failure to supervise that person ..."

D. The Administrative Disputes Act

65. The Administrative Disputes Act (*Zakon o upravnim sporovima*, Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia no. 4/1977, and Official Gazette of the Republic of Croatia nos. 53/1991, 9/1992 and 77/1992 – in force until 31 December 2011) in its relevant part provided as follows:

Section 66

"A request for the protection of a constitutionally guaranteed right or freedom ... if such a right or freedom has been violated by a final individual act [that is, decision], and no other judicial protection is secured, shall be decided by the [Administrative Court], by applying, *mutatis mutandis*, the provisions of this Act."

66. Sections 67 to 76 provide for special proceedings for the protection of constitutionally guaranteed rights and freedoms from unlawful factual (physical) acts of public officials where no other judicial remedy is available. Under the case-law of the domestic courts, the protection against unlawful "acts" also includes omissions (for example, the Administrative Court, in its decision no. Us-2099/89 of 21 September 1989, and the Supreme Court, in its decision no. Gž-9/1993 of 6 April 1993, held that failure of the administrative authorities to carry out their own enforcement order constituted an "unlawful act" within the meaning of section 67 of the Administrative Disputes Act).

67. Under section 67 such proceedings are to be instituted by bringing an "action against an unlawful act" (*tužba za zaštitu od nezakonite radnje*) in the competent municipal court. The action must be brought against the public authority to which the factual act (or omission) is imputable (the defendant).

68. Under section 72 the action is to be forwarded to the public authority concerned for a reply within the time-limit set by the court conducting the proceedings. However, a decision may be adopted even without such a reply where the submissions made in the action provide a reliable basis for the decision.

69. Section 73 provides that the court decides on the merits of the case by a judgment. If it finds in favour of the plaintiff, the court orders the defendant to desist from the unlawful activity and, if necessary, orders *restitutio in integrum*.

70. Section 74 provides that in proceedings following an “action against an unlawful act” the court is to apply, *mutatis mutandis*, the provisions of the Civil Procedure Act.

E. The Civil Obligations Act

71. The relevant part of the Civil Obligations Act (*Zakon o obveznim odnosima*, Official Gazette nos. 35/2005 and 41/2008), which came into force on 1 January 2006 and abrogated the former 1978 Obligations Act, reads as follows:

Rights of personality

Section 19

“(1) All natural persons or legal entities are entitled to the protection of their rights of personality [*prava osobnosti*] under the conditions provided by law.

(2) Rights of personality within the meaning of this Act are the right to life, to physical and mental health, reputation, honour, dignity, name, privacy of personal and family life, liberty, etc.

(3) A legal entity shall have all the above-mentioned rights of personality – apart from those related to the biological character of a natural person – and, in particular, the right to a reputation and good name, honour, name or company name, business secrecy, entrepreneurial freedom, etc.”

Section 1046

“Damage is ... an infringement of rights of personality (non-pecuniary damage).”

Request to desist from violating rights of personality

Section 1048

“Anyone may request a court or other competent authority to order the cessation of an activity which violates his or her rights of personality and the elimination of its consequences.”

The relevant case-law

72. As to which rights of natural persons, apart from those enumerated in section 19 of the Civil Obligations Act, are to be considered rights of personality, it should be noted that only the following have so far been interpreted as rights of personality by the Croatian courts: the right to life, the right to physical and mental integrity (health), the right to liberty, the right to reputation and honour, the right to privacy of personal and family

life, the right to secrecy of letters and personal manuscripts, the right to personal identity (in particular, the rights to one's image, voice and name) and the moral rights of authors.

73. The relevant part of the Constitutional Court's decision no. U-III-1437/2007 of 23 April 2008, concerning the right to compensation in respect of rights of personality, reads as follows:

“ ...

Section 1046 of the Civil Obligations Act defines non-pecuniary damage as an infringement of rights of personality. In other words, any infringement of rights of personality amounts to non-pecuniary damage.

Section 19(2) of the Civil Obligations Act defines rights of personality for the purposes of that Act as: the right to life, physical and mental health, reputation, honour, respect for one's dignity and name, privacy of personal and family life, freedom and other aspects.

... [I]t is to be concluded that in this case there has been a violation of human, constitutional and personal values because the applicant was in prison conditions which were incompatible with the standards prescribed by the Enforcement of Prison Sentences Act and also with the legal standards under Article 25 § 1 of the Constitution. For that reason the courts are obliged to award compensation for the infringement of the applicant's dignity.

...”

F. The Prevention of Discrimination Act

74. The relevant part of the Prevention of Discrimination Act (*Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Official Gazette no. 85/2008) reads as follows.

Section 1

“(1) This Act ensures protection and promotion of equality as the highest value of the constitutional order of the Republic of Croatia; creates conditions for equal opportunities and regulates protection against discrimination on the basis of race or ethnic origin or skin colour, gender, language, religion, political or other conviction, national or social origin, state of wealth, membership of a trade union, education, social status, marital or family status, age, health, invalidity, genetic inheritance, gender identity, expression or sexual orientation.

(2) Discrimination within the meaning of this Act means putting any person in a disadvantageous position on any of the grounds under subsection 1 of this section, as well as his or her close relatives.

...”

Section 8

“This Act shall be applied in respect of all State bodies ... legal entities and natural persons ...”

Section 16

“Anyone who considers that, owing to discrimination, any of his or her rights has been violated may seek protection of that right in proceedings in which the determination of that right is the main issue, and may also seek protection in separate proceedings under section 17 of this Act.”

Section 17

“A person who claims that he or she has been a victim of discrimination in accordance with the provisions of this Act may bring a claim and seek:

- (1) a ruling that the defendant has violated the plaintiff’s right to equal treatment or that an act or omission by the defendant may lead to the violation of the plaintiff’s right to equal treatment (claim for an acknowledgment of discrimination);
- (2) a ban on (the defendant’s) undertaking acts which violate or may violate the plaintiff’s right to equal treatment or an order for measures aimed at removing discrimination or its consequences to be taken (claim for a ban or for removal of discrimination);
- (3) compensation for pecuniary and non-pecuniary damage caused by the violation of the rights protected by this Act (claim for damages);
- (4) an order for a judgment finding a violation of the right to equal treatment to be published in the media at the defendant’s expense.

...”

III. RELEVANT COUNCIL OF EUROPE DOCUMENTS

A. Committee of Ministers

75. The relevant parts of Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder (adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers’ Deputies) read as follows.

“...

Having regard, in particular:

- to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 and to its application by the organs established under that Convention;

...

Chapter II – General provisions

Article 3 – Non-discrimination

1. Any form of discrimination on grounds of mental disorder should be prohibited.
2. Member States should take appropriate measures to eliminate discrimination on grounds of mental disorder.

Article 4 – Civil and political rights

1. Persons with mental disorder should be entitled to exercise all their civil and political rights.
2. Any restrictions to the exercise of those rights should be in conformity with the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and should not be based on the mere fact that a person has a mental disorder.

...

Article 7 – Protection of vulnerable persons with mental disorders

1. Member States should ensure that there are mechanisms to protect vulnerable persons with mental disorders, in particular those who do not have the capacity to consent or who may not be able to resist infringements of their human rights.
2. The law should provide measures to protect, where appropriate, the economic interests of persons with mental disorder.

...”

76. The relevant parts of Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member States on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015 (adopted by the Committee of Ministers on 5 April 2006 at the 961st meeting of the Ministers’ Deputies) read as follows.

“...

Bearing in mind the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5);

...

3.12. Action line No. 12: Legal protection

3.12.1. Introduction

People with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law. When assistance is needed to exercise that legal capacity, member States must ensure that this is appropriately safeguarded by law.

Persons with disabilities constitute a varied population group, but all have in common, to a greater or lesser extent, the need for additional safeguards in order to

enjoy their rights to the full and to participate in society on an equal basis with other members.

The need to focus particular attention on the situation of persons with disabilities, in terms of the exercise of their rights on an equal basis with others, is confirmed by the initiatives taken in this area at national and international level.

The principle of non-discrimination should be the basis of government policies designed to deliver equality of opportunity for people with disabilities.

Access to the legal system is a fundamental right in a democratic society but people with disabilities can often face a number of barriers, including physical access difficulties. This requires a range of measures and positive actions, including general awareness raising among the legal professions about disability issues.

3.12.2. Objectives

- i. to ensure effective access to justice for persons with disabilities on an equal basis with others;
- ii. to protect and promote the enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by persons with disabilities on an equal basis with others.

3.12.3. Specific actions by member States

- i. to provide protection against discrimination through the setting up of specific legislative measures, bodies, reporting procedures and redress mechanisms;
- ii. to ensure that provisions which discriminate against disabled people are eradicated from mainstream legislation;
- iii. to promote training on human rights and disability (both national and international) for law enforcement personnel, public officials, judiciary and medical staff;
- iv. to encourage non-governmental advocacy networks working in defence of people with disabilities' human rights;
- v. to ensure people with disabilities have equal access to the judicial system by securing their right to information and communication that are accessible to them;
- vi. to provide appropriate assistance to those people who experience difficulty in exercising their legal capacity and ensure that it is commensurate with the required level of support;

...

3.13. Action line No. 13: Protection against violence and abuse

3.13.1. Introduction

Acts of abuse or violence against any person are unacceptable and society has a duty to ensure that individuals, particularly the most vulnerable, are protected against such abuse.

There are indications that the rate of abuse and violence committed against persons with disabilities is considerably higher than the rate for the general population, and higher in women with disabilities, particularly women with severe disabilities, where the percentages of abuse far exceed those of non-disabled women. Such abuse can occur in institutions or other types of care and situations, including the family environment. It can be inflicted by strangers or persons known to the individual and can take many forms, for instance verbal abuse, violent actions, or the refusal to meet basic needs.

While governments cannot guarantee that abuse will not happen they must do their utmost to establish protection and the strongest possible safeguards. Prevention can be assisted in many ways, particularly through education to appreciate the rights of individuals to protection and to recognise and reduce the risk of abuse. Persons with disabilities who experience abuse or violence should have access to appropriate supports. They must have a system in which they can have sufficient confidence to report abuse and expect follow-up action, including individual support. Such systems require personnel who are skilled and qualified to detect and respond to situations of abuse.

While there has been some research undertaken in recent years, it is clear that further knowledge is required to inform future strategies and best practice.

3.13.2. Objectives

- i. to work within anti-discriminatory and human rights frameworks towards safeguarding people with disabilities against all forms of violence and abuse;
- ii. to ensure access for people with disabilities to services and support systems for victims of violence and abuse.

3.13.3. Specific actions by member States

- i. to establish safeguards to protect people with disabilities from violence and abuse through the effective implementation of policies and legislation, where necessary;
- ii. to promote the availability of and access to training courses for people with disabilities to reduce the risk of violence and abuse, for example courses in self-confidence and empowerment;
- iii. to develop processes, measures and protocols adapted to people with disabilities, to improve detection of violence and abuse, and to ensure that the necessary action is taken against perpetrators, including redress and adequate professional counselling in case of emotional problems;
- iv. to ensure that disabled victims of violence and abuse, including domestic, have access to the relevant support services, including redress;
- v. to prevent and combat violence, ill-treatment and abuse in all situations by supporting families, raising public awareness and education, promoting discussion and co-operation among relevant parties;
- vi. to support people with disabilities, in particular women, and their families, in situations of abuse through the provision of information and access to services;

vii. to ensure that systems are in place for the protection against abuse of persons with disabilities in psychiatric facilities, social care homes and institutions, orphanages, and other institutional settings;

viii. to ensure that relevant training is provided to all staff working in disability-specific institutional settings and mainstream support services;

ix. to train police and judicial authorities so that they can receive testimony from disabled people and treat instances of abuse seriously;

x. to provide people with disabilities with information on how to avoid the occurrence of violence and abuse, how to recognise it, and how to report it;

xi. to take effective legislative, administrative, judicial or other measures with strong sanctions in a transparent manner and to allow for independent review by civil society in order to prevent all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect and negligent treatment, maltreatment, exploitation or abduction of people with disabilities;

...”

77. The relevant parts of Resolution ResAP(2005)1 on safeguarding adults and children with disabilities against abuse (adopted by the Committee of Ministers on 2 February 2005 at the 913th meeting of the Ministers’ Deputies) read as follows.

“...

I. Definition of abuse

1. In this Resolution abuse is defined as any act, or failure to act, which results in a breach of a vulnerable person’s human rights, civil liberties, physical and mental integrity, dignity or general well-being, whether intended or through negligence, including sexual relationships or financial transactions to which the person does not or cannot validly consent, or which are deliberately exploitative. At a basic level abuse may take a variety of forms:

a. physical violence, including corporal punishment, incarceration – including being locked in one’s home or not allowed out –, over- or misuse of medication, medical experimentation or involvement in invasive research without consent, and unlawful detention of psychiatric patients;

b. sexual abuse and exploitation, including rape, sexual aggression, indecent assault, indecent exposure, forced involvement in pornography and prostitution;

c. psychological threats and harm, usually consisting of verbal abuse, constraints, isolation, rejection, intimidation, harassment, humiliation or threats of punishment or abandonment, emotional blackmail, arbitrariness, denial of adult status and infantilising disabled persons, and the denial of individuality, sexuality, education and training, leisure and sport;

...

3. These abuses require a proportional response – one which does not cut across legitimate choices made by individuals with disabilities but one which recognises vulnerability and exploitation. The term ‘abuse’ therefore refers to matters across a wide spectrum, which includes criminal acts, breaches of professional ethics, practices falling outside agreed guidelines or seriously inadequate care. As a consequence, measures to prevent and respond to abuse involve a broad range of authorities and actors, including the police, the criminal justice system, the government bodies regulating service provision and professions, advocacy organisations, user networks and patient councils, as well as service providers and planners.

II. Principles and measures to safeguard adults and children with disabilities against abuse

1. Protection of human rights

Member States have a duty to protect the human rights and fundamental freedoms of all their citizens. They should ensure that people with disabilities are protected at least to the same extent as other citizens.

Member States should recognise that abuse is a violation of human rights. People with disabilities should be safeguarded against deliberate and/or avoidable harm at least to the same extent as other citizens. Where people with disabilities are especially vulnerable, additional measures should be put in place to assure their safety.

2. Inclusion of people with disabilities

Member States should acknowledge that safeguarding the rights of people with disabilities as citizens of their country is a State responsibility.

They should combat discrimination against people with disabilities, promote active measures to counter it and ensure their inclusion in the socio-economic life of their communities.

They should recognise that all people with disabilities are entitled to dignity, equal opportunity, their own income, education, employment, acceptance and integration in social life, including accessibility, health care as well as medical and functional rehabilitation.

They should guarantee that people with disabilities are ensured protection – to at least the same extent as other citizens – in their use of services of all kinds.

3. Prevention of abuse

Member States should increase public awareness, promote open discussion, develop knowledge, and improve education and professional training.

They should encourage cooperation between authorities and organisations in finding measures to prevent abuse, to improve detection and reporting of abuse, and to support the victims.

They should create, implement and monitor legislation concerning the standards and regulation of professionals and care settings, in order to make abuse of people with disabilities less likely through action taken or through failure to act.

4. *Legal protection*

Member States should ensure access to the criminal justice system and provision of redress and/or compensation to people with disabilities who have been victims of abuse at least to the same extent as other citizens. Where necessary additional assistance should be provided to remove physical and other barriers for people with disabilities.

People with disabilities are applicants under civil law whose rights should be safeguarded. Member States should therefore ensure that professionals working within the criminal justice system treat people with disabilities without discrimination and in such a way as to guarantee them equality of opportunity in the exercise of their rights as citizens.

...”

B. Parliamentary Assembly

78. The relevant parts of Resolution 1642 (2009) of the Parliamentary Assembly on access to rights for people with disabilities and their full and active participation in society (adopted on 26 January 2009) read as follows.

“1. More than one person in every 10 suffers from some form of disability, representing a total of 650 million people worldwide, with an even greater ratio of up to 200 million in Europe alone. There is a correlation between age and disability: as the population ages and health care improves, the number of people with disabilities in Europe grows, and it will continue to grow.

2. The Parliamentary Assembly recalls that the Council of Europe’s European Convention on Human Rights (ETS No. 5) protects all people, including those with disabilities, and that Article 15 of the revised European Social Charter (ETS No. 163) explicitly guarantees people with disabilities the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community. A more recent and eagerly awaited text, the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, came into force with effect from 3 May 2008. The Assembly welcomes this text, which gives a detailed description of the rights of people, including children, with disabilities, and will certainly contribute to the change of perception needed to improve the situation of people with physical or mental disabilities.

3. The Assembly notes that, in practice, the access of people with physical or mental disabilities to their rights on an equal basis with those of people without disabilities frequently remains wishful thinking and proves inadequate. It therefore welcomes the preparation by the Council of Europe of the Disability Action Plan to promote the rights and participation of people with disabilities in society for 2006-2015 (Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers), which endeavours to find practical responses to the most serious and most common problems encountered by people with disabilities, to foster equality of opportunities, and which advocates a number of measures to improve the situation of people with disabilities in all aspects of everyday life.

...

18. Whereas the attitude of society, prejudice and fixed mindsets remain the main obstacle to the access to rights for people with disabilities and their full and active participation in society, the Assembly invites member States to:

18.1. step up their campaigns drawing public attention to, and providing information about, disability-related issues;

18.2. take legal action against and penalise discriminatory practices and unacceptable attitudes towards people with disabilities, especially abuse, committed either by isolated individuals or in health-care establishments;

18.3. disseminate examples of good practices in all spheres of everyday life, so as to make clearer – to all, and particularly to young people – the scope of this question in civil society, the working environment and the world of education;

18.4. ensure the full and active participation of people with disabilities in all of these processes.

...”

IV. RELEVANT UNITED NATIONS MATERIALS

79. The relevant parts of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (which was ratified by Croatia in August 2007 and came into force on 3 May 2008) read:

Article 1 – Purpose

“The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.

Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.”

Article 4 – General obligations

“1. States Parties undertake to ensure and promote the full realization of all human rights and fundamental freedoms for all persons with disabilities without discrimination of any kind on the basis of disability. To this end, States Parties undertake:

a. to adopt all appropriate legislative, administrative and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention;

b. to take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices that constitute discrimination against persons with disabilities;

c. to take into account the protection and promotion of the human rights of persons with disabilities in all policies and programmes;

d. to refrain from engaging in any act or practice that is inconsistent with the present Convention and to ensure that public authorities and institutions act in conformity with the present Convention;

e. to take all appropriate measures to eliminate discrimination on the basis of disability by any person, organization or private enterprise;

...”

Article 5 – Equality and non-discrimination

“1. States Parties recognize that all persons are equal before and under the law and are entitled without any discrimination to the equal protection and equal benefit of the law.

2. States Parties shall prohibit all discrimination on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds.

3. In order to promote equality and eliminate discrimination, States Parties shall take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided.

4. Specific measures which are necessary to accelerate or achieve *de facto* equality of persons with disabilities shall not be considered discrimination under the terms of the present Convention.”

Article 8 – Awareness-raising

“1. States Parties undertake to adopt immediate, effective and appropriate measures:

a. to raise awareness throughout society, including at the family level, regarding persons with disabilities, and to foster respect for the rights and dignity of persons with disabilities;

b. to combat stereotypes, prejudices and harmful practices relating to persons with disabilities, including those based on sex and age, in all areas of life;

c. to promote awareness of the capabilities and contributions of persons with disabilities.

Measures to this end include:

a. Initiating and maintaining effective public awareness campaigns designed:

i. to nurture receptiveness to the rights of persons with disabilities;

ii. to promote positive perceptions and greater social awareness towards persons with disabilities;

iii. to promote recognition of the skills, merits and abilities of persons with disabilities, and of their contributions to the workplace and the labour market;

b. Fostering at all levels of the education system, including in all children from an early age, an attitude of respect for the rights of persons with disabilities;

c. Encouraging all organs of the media to portray persons with disabilities in a manner consistent with the purpose of the present Convention;

d. Promoting awareness-training programmes regarding persons with disabilities and the rights of persons with disabilities.”

Article 15 – Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment

“1. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his or her free consent to medical or scientific experimentation.

2. States Parties shall take all effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent persons with disabilities, on an equal basis with others, from being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”

Article 16 – Freedom from exploitation, violence and abuse

“1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social, educational and other measures to protect persons with disabilities, both within and outside the home, from all forms of exploitation, violence and abuse, including their gender-based aspects.

2. States Parties shall also take all appropriate measures to prevent all forms of exploitation, violence and abuse by ensuring, *inter alia*, appropriate forms of gender- and age-sensitive assistance and support for persons with disabilities and their families and caregivers, including through the provision of information and education on how to avoid, recognize and report instances of exploitation, violence and abuse. States Parties shall ensure that protection services are age-, gender- and disability-sensitive.

3. In order to prevent the occurrence of all forms of exploitation, violence and abuse, States Parties shall ensure that all facilities and programmes designed to serve persons with disabilities are effectively monitored by independent authorities.

4. States Parties shall take all appropriate measures to promote the physical, cognitive and psychological recovery, rehabilitation and social reintegration of persons with disabilities who become victims of any form of exploitation, violence or abuse, including through the provision of protection services. Such recovery and reintegration shall take place in an environment that fosters the health, welfare, self-respect, dignity and autonomy of the person and takes into account gender- and age-specific needs.

5. States Parties shall put in place effective legislation and policies, including women- and child-focused legislation and policies, to ensure that instances of exploitation, violence and abuse against persons with disabilities are identified, investigated and, where appropriate, prosecuted.”

Article 17 – Protecting the integrity of the person

“Every person with disabilities has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others.”

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 2, 3 AND 8 OF THE CONVENTION

80. The applicants complained that the State authorities had not given them adequate protection from harassment by children from their neighbourhood. They relied on Articles 2, 3 and 8 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

Article 2

“1. Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

...”

Article 3

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

Article 8

“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

1. The parties’ submissions

(a) The Government’s submissions

81. The Government maintained that Articles 2 and 3 were not applicable to the circumstances of the present case. As regards Article 2, they argued that the applicants’ lives had never been put at risk in any way. As regards Article 3 of the Convention, the Government submitted that the requisite level of severity had not been reached since the harassment complained of had mostly been verbal while the injuries the first applicant had sustained on 4 April 2009 had been of a mild nature. They also submitted that the fact that the first applicant had expressed a wish to walk around showed that he had not been traumatised by the events in issue.

82. The Government also argued that the applicants had not exhausted all available domestic remedies. In the Government's view the applicants should have brought a civil action for damages against the children concerned and their parents and also against the school the children were attending, or other authorities. Furthermore, they could have instituted minor-offences proceedings against the children's parents. They could also have brought an "action against an unlawful act" against the relevant authorities under the Administrative Disputes Act. In the proceedings instituted upon such an action the competent court was obliged to act urgently. In a judgment upholding the action, the court would forbid any further unlawful act. The judgment had to be enforced within three days after it had been served on the parties.

83. As regards the events of 10 April and 13 May 2010, the Government submitted that the alleged perpetrators, P.B. and Z.B., were 14 at the time and that they could be held criminally responsible. Since the criminal inquiry was still ongoing, any complaint relating to these incidents was premature.

(b) The applicants' submissions

84. The applicants maintained in reply that they had been submitted to ongoing harassment which also included acts of physical violence against the first applicant and verbal violence against both applicants. Such harassment had disrupted their daily lives and caused them a significant level of constant stress and suffering, in particular in view of the first applicant's medical condition. They argued that the ongoing pattern of harassment and abuse met the requisite intensity standard under Articles 3 and 8 of the Convention and that Article 2 of the Convention was also applicable given the escalation of violence against the first applicant in view of his extreme vulnerability and also in view of the likelihood, as demonstrated by research on disability hate crime, of low-level harassment turning into full-scale violence if left unchecked, possibly resulting in extreme circumstances in death or severe ill-treatment.

85. As to the exhaustion of domestic remedies, they argued that the domestic legal system did not provide any remedies affording redress in respect of disability hate crime; this was supported by the fact that the Government had not submitted any relevant case-law to support their assertions as to the availability and efficiency of the remedies they relied on.

86. As regards the possibility of bringing an action against the authorities on account of an unlawful act under section 67 of the Administrative Disputes Act, the applicants maintained that the admissibility requirements for that remedy – for example, that the unlawful act had to amount to a

violation of the Constitution, that the remedy should be the last resort, and that the unlawful activity was ongoing at the time when the action was brought – made it ineffective in the case in issue.

87. As regards a possible civil action for damages against the parents of the children involved, the applicants argued that the Court had already held in cases against Croatia that effective deterrence against attacks on the physical integrity of a person required efficient criminal-law mechanisms that would have ensured adequate protection in that respect (they cited *Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, § 36, 5 March 2009).

88. As regards minor-offences proceedings, the applicants submitted that they applied only to minor offences against public peace and order and that therefore such a remedy was clearly inadequate in respect of the harm done to the applicants' physical and psychological integrity.

89. As regards the Government's contention that the application was premature in respect of the events of 10 April and 13 May 2010 since the investigation into those events was still ongoing, the applicants replied that they had never received any official information that any investigation into the matter had been instituted and that in any event there had been unjustified delays in the conduct of the authorities. Furthermore, the investigation concerned isolated incidents and not the applicants' situation as a whole.

2. The Court's assessment

(a) The applicability of Articles 2, 3 and 8 of the Convention to the circumstances of the present case

(i) In respect of the first applicant

90. The Court takes note of repeated incidents of violent behaviour towards the first applicant. The facts in issue concern frequent episodes of harassment in the period between 31 July 2008 and February 2011, amounting to about two and half years. The incidents concerned both verbal and physical harassment, including violent acts such as burning the first applicant's hands with cigarettes, pushing him against an iron fence and hitting him with a ball. In view of the fact that all the incidents in the present case concerned a series of acts by a group of children and occurred over a prolonged period of time, the Court will examine them as a continuing situation.

91. The Court notes further that the incidents of harassment of the first applicant by children living in his neighbourhood and children attending a nearby primary school are well documented by, *inter alia*, police reports

and medical reports. The latter show the adverse impact that these incidents have had on his physical and mental health. The reports concerning the first applicant indicate that he is suffering from serious mental disorders, but is a peaceful and benign individual who cannot and does not know how to defend himself from his abusers. Owing to the continued harassment against him, he has had to undergo psychotherapy, has often been scared and is under stress. His removal from the situation of harassment was recommended.

92. The first applicant made credible assertions that over a prolonged period of time he had been exposed to threats to his physical and mental integrity and had actually been harassed or attacked on a number of occasions.

93. In view of these facts, the Court considers that the State authorities had a positive obligation to protect the first applicant from the violent behaviour of the children involved. This obligation in the circumstances of the present case arises both under Articles 3 and 8 of the Convention. In the circumstances of the case the Court considers, however, that it suffices to analyse the first applicant's complaints from the standpoint of Article 3 of the Convention only.

94. The Court reiterates that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, its duration, its physical and mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim (see *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, § 30, Series A no. 247-C, and *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 20, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI).

95. Treatment has been held by the Court to be "inhuman" because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 120, ECHR 2000-IV). Treatment has been considered "degrading" when it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance (see *Hurtado v. Switzerland*, 28 January 1994, opinion of the Commission, § 67, Series A no. 280-A, and *Wieser v. Austria*, no. 2293/03, § 36, 22 February 2007).

96. The Court considers that the harassment of the first applicant – which on at least one occasion also caused him physical injuries, combined with feelings of fear and helplessness – was sufficiently serious to reach the level of severity required to fall within the scope of Article 3 of the Convention and thus make this provision applicable in the present case (see

Price v. the United Kingdom, no. 33394/96, § 24, ECHR 2001-VII, and *Milanović v. Serbia*, no. 44614/07, § 87, 14 December 2010).

(ii) *In respect of the second applicant*

97. As regards the second applicant, the Court notes that she has not been exposed to any form of violence affecting her physical integrity. However, there is no doubt that the continued harassment of the first applicant – her disabled son, of whom she has been taking care – and the incidents of harassment which also concerned her personally, even in their milder forms, caused disruption to her daily life and her routines, which had an adverse effect on her private and family life. Indeed, the moral integrity of an individual is covered by the concept of private life. The concept of private life extends also to the sphere of the relations of individuals between themselves.

98. It follows that Article 8 is applicable to the circumstances of the present case as regards the complaints concerning the second applicant.

(b) Exhaustion of domestic remedies

99. The Court points out that the purpose of Article 35 is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Convention institutions. Consequently, States are dispensed from answering for their acts before an international body before they have had an opportunity to put matters right through their own legal system. The rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 of the Convention requires that normal recourse should be had by an applicant only to remedies that relate to the breaches alleged and at the same time are available and sufficient. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness; it falls to the respondent State to establish that these various conditions are satisfied (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, §§ 74-75, ECHR 1999-V).

100. Article 35 provides for a distribution of the burden of proof. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was capable of providing redress in respect of the complaints invoked and offered reasonable prospects of success (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, § 68, *Reports* 1996-IV).

101. The Court would emphasise that the application of this rule must make due allowance for the context. Accordingly, it has recognised that

Article 35 must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism (see *Cardot v. France*, 19 March 1991, § 34, Series A no. 200). It has further recognised that the rule of exhaustion of domestic remedies is neither absolute nor capable of being applied automatically; in reviewing whether the rule has been observed, it is essential to have regard to the particular circumstances of the individual case (see *Van Oosterwijck v. Belgium*, 6 November 1980, § 35, Series A no. 40). This means, amongst other things, that the Court must take realistic account not only of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicants (see *Akdivar and Others*, cited above, § 69).

102. As regards the present case, the Court notes that the Government suggested that the applicants should have brought a civil action in damages against the parents of the children implicated in the acts of harassment and violence against the first applicant, adding that they also had the possibility of instituting minor-offences proceedings against the parents of these children.

103. In this connection, the Court notes that what is at stake in the present case is not the individual responsibility of the parents of the children involved but the alleged lack of an adequate response by the competent State authorities to the repeated acts of harassment and violence by children who, on account of their young age, cannot be criminally prosecuted under the national law.

104. As regards the Government's contention that the application was premature because the children P.B., Z.B. and I.S., who had allegedly been involved in the events of 10 April and 13 May 2010, were 14 at the time and were therefore criminally liable, the Court firstly reiterates that individual criminal responsibility is not at issue in the present case. In any event, the incidents concerned took place in April and May 2010 and the Government have failed to show that any further steps were taken in addition to the police interviews conducted in July, August and September 2010 with the children in question.

105. However, some further remedies referred to by the Government call for an assessment of their effectiveness in the particular circumstances of the present case. The Court notes that sections 67 to 76 of the Administrative Disputes Act provide for an "action against an unlawful act" (see paragraphs 66 and 67 above), a judicial remedy open to anyone who considers that his or her rights or freedoms guaranteed by the Constitution have been violated by a public authority and that no other judicial remedy

is available. This remedy and the remedy available under section 66 of the same Act against a “final individual act” (see paragraph 65 above) represent remedies of last resort, to be used in the absence of any other judicial protection, against decisions or other (factual) acts or omissions by public authorities that are capable of violating constitutionally guaranteed rights or freedoms. The rationale behind those remedies is that constitutional rights and freedoms are so precious that they cannot be left unprotected by the courts.

106. The Court also notes that the right not to be ill-treated and the right to respect for one’s private and family life are both guaranteed by the Croatian Constitution. Furthermore, the relevant case-law of the national courts shows that an action of this nature may also be brought in a situation of an omission to act, such as in the present case, where the applicants alleged that the national authorities had failed to take appropriate steps. However, certain issues arise as regards the effectiveness of such an action in the circumstances of the present case.

107. Firstly, the Government did not indicate which authority could be held responsible for a failure to take adequate measures. Since the remedy in issue is an “action against an unlawful act” (or omission), it is necessary to establish which body had a duty to act and on the basis of which law. Furthermore, an action in respect of an omission to act may only be brought against an individual public official who had a duty to act with a basis in law. It would be difficult in the present case to name an individual official who had such a duty. The Government, moreover, made no submissions in that respect. The Court notes in this connection that one aspect of the applicants’ complaint was that no State authority was obliged by law to take any measures in the situation complained of.

108. An action of this nature under the Administrative Disputes Act would entail the institution of proceedings in the ordinary civil courts. The Government have not indicated that the application of any kind of interim measures would be possible in such proceedings. However, the situation complained of by the applicants shows that they were continually harassed, at times almost on a daily basis, and the essence of their complaints lies in the fact that the national authorities, although aware of that situation, failed to take appropriate measures to prevent further harassment. Thus, the situation called for an immediate reaction by the State authorities. The Government have not shown that any of the remedies referred to by them could be capable of leading to such an immediate response to the situation of harassment.

109. Thus, regarding an “action against an unlawful act” and a civil action for damages against the State under the Civil Obligations Act, the Government have not shown that these remedies would have been capable of leading to the prompt and appropriate measures that were necessary in the circumstances of the present case.

110. At this juncture the Court reiterates that the rationale behind the requirement of the exhaustion of domestic remedies is the subsidiary nature of the Convention instruments, that is to say, the principle that the national authorities must first be given the opportunity to remedy the violation complained of. In this connection the Court notes that the second applicant repeatedly complained about the ongoing harassment to various national authorities, such as the police and the State Attorney’s Office, the competent social welfare centre and the school the children concerned attended. The Court considers that she thus gave the relevant authorities adequate opportunity to react to her allegations and put an end to the harassment complained of. She has therefore exhausted the available domestic remedies.

111. Furthermore, the applicants alleged deficiencies in the national system for the protection of persons with disabilities from acts of harassment and violence, including the legal framework within which the competent authorities are to operate and the mechanisms provided for. In this connection the Court notes that the Government have not shown that these issues could have been examined in any of the types of proceedings they relied on.

112. It follows that the applicants were not required to avail themselves also of the remedies suggested by the Government. In reaching this conclusion, the Court has taken into consideration the specific circumstances of the present case, as well as the fact that a right as fundamental as the right not to be subjected to inhuman and degrading treatment is at stake and that the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but rights that are practical and effective (see, for example, *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 34, ECHR 1999-I). Accordingly, the Government’s objection has to be dismissed.

(c) Conclusion

113. The Court finds that the complaints under Articles 3 and 8 of the Convention are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. It further finds that they are not inadmissible on any other grounds. They must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants' submissions

114. The applicants firstly addressed the issue of violence against the first applicant as a disability hate crime. Studies relating to that issue showed that the rate of abuse and violence committed against persons with disabilities was considerably higher than the rate for the general population and was widespread. The most common forms of violence against people with intellectual disabilities were kicking, biting, name-calling, teasing, stealing, pushing, threatening, throwing objects at them, telling them to leave a building, hitting, shouting at them, swearing, demanding money, hair-pulling, throwing stones, spitting, poking, punching, beating and banging their head against a wall. People with disabilities frequently experienced violence on an ongoing basis perpetrated by the same people. Abuse was often perpetrated by gangs of youths who targeted the same person systematically, as in the present case.

115. Harassment against disabled persons was usually motivated by a perception of such persons as inferior. Violence and hostility might have wide-ranging consequences, including emotional, physical and sexual implications, or even the death of the victim. People with disabilities might be forced to restructure their daily lives in order to avoid risk.

116. In their submissions, the applicants also relied on the international sources cited above, in particular the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the obligations stemming from it.

117. The applicants submitted that they had been subjected to ongoing harassment and abuse for a period of over five years by a group of mostly unidentified children on account of their Serbian origin and the first applicant's disability. The harassment had consisted mostly of verbal abuse and other forms of anti-social behaviour such as spitting, making noise, drawing insulting messages on the pavement, and causing damage to the applicants' place of residence. It had caused the applicants intense suffering. Besides the physical harm resulting from the incidents mentioned above, the ongoing harassment had taken a very significant toll on the first applicant's mental well-being as documented by his psychotherapist.

118. In addition, the applicants had had to change their daily routines. Daily walks in the park, sitting on a bench in the park and talking to people were crucial for the first applicant to develop an independent lifestyle and a sense of inclusion in the community. Because of the constant harassment

by children from his neighbourhood, the first applicant had had to stop all these activities.

119. Relying extensively on the Court's case-law as regards the State's positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention, the applicants argued that the relevant State authorities had been under a duty to take positive measures to protect them from harm perpetrated by third parties. The second applicant had repeatedly informed the authorities of the abuse to which the applicants had been exposed but the authorities had largely failed to take any action to prevent ill-treatment from recurring. The authorities had thus been aware that the harassment against the first applicant had followed the same pattern.

120. However, despite their knowledge of the applicants' situation, the relevant authorities had failed in their duty to put an end to the harassment and abuse. The applicants argued that there had been no clarity as to which authority was competent to address their situation. As to the Government's contention that the police had reacted adequately to all complaints by the second applicant, they argued that the police had failed to grasp the full extent of the ongoing abuse and to prevent further abuse. The police had failed to identify the perpetrators; they would simply arrive at the scene and warn the children to go away. Such a relaxed approach by the police had failed in its deterrent effect. Furthermore, the police had addressed each instance of abuse as an isolated event, without comprehending the continuing nature of the situation. They had also failed to take any appropriate action, such as instituting minor-offences proceedings against the parents of the children involved.

121. The competent social welfare centre should have: investigated the case and established the relevant facts; invited the parents of the perpetrators to a meeting in order to establish their personal circumstances; issued protective measures to prevent the violence from recurring; advised or obliged the perpetrators and their parents to attend counselling; monitored the situation; and drawn up reports on the measures taken. However, the Susedgrad Social Welfare Centre had done none of the above. In 2009 it had taken measures against one of the minors involved in the cigarette-burn incident and placed him under the supervision of a social worker and then initiated court proceedings to place him in an institution for children with behavioural problems for a period of one year. However, all that had been done not because of the attack on the first applicant, but owing to the overall behavioural problems of the individual concerned.

122. As to the authorities of the school the children in question attended, the applicants maintained that although they had been entitled to take a range of disciplinary measures in cases of violent behaviour by pupils, including

warnings, reprimands, severe reprimands and expulsion from school, they had failed to take any such measures. It was true, however, that the school authorities had taken some other measures, such as calling on parents and children to make sure that violent behaviour against the applicants ceased and organising meetings to tell pupils about the requirements of people with special needs. They had also facilitated interviews with the pupils concerned. However, these measures had not been capable of preventing further violence against the applicants.

123. Likewise, none of the other authorities had done much in order to prevent the violence against and harassment of the applicants.

(b) The Government's submissions

124. The Government argued that, save for the incidents reported to the police and documented by the police reports, the applicants had not proved that any further incidents had occurred. The Government submitted that the relevant authorities had taken all appropriate measures to protect the applicants from harassment. Each time the second applicant had called the police, the police had arrived in due time and interviewed the children concerned and warned them about their inappropriate behaviour. Each time a report had been drawn up by the police and sent to the State Attorney's Office.

125. The school the children in question attended had also always reacted promptly to the applicants' allegations of harassment. The school employees had often held discussions with the pupils and their parents about people with special needs. The parents had been told to discuss that issue with their children and the school headmaster had sent a letter to the parents to that effect.

126. As regards the incident of 4 April 2009, the Government submitted that the national authorities had taken all relevant steps in order to identify the perpetrator. Finally, it had been revealed that I.M. had burnt the first applicant's hands with a cigarette. Since I.M., as a child below 14 years of age, could not be held criminally responsible, the applicants had been instructed to institute civil proceedings for damages. The competent State Attorney's Office had informed both the Ombudswoman for Children and the competent social welfare centre of its findings.

127. As regards the events of 10 April and 13 May 2010, as well as the allegations of constant harassment of the first applicant, the police had interviewed the children P.B., Z.B. and I.S. The inquiry was ongoing and since all of them were already over 14 when the alleged acts had taken place, they could be held criminally responsible.

128. The Government argued that the above showed that the national authorities had acted promptly and diligently as regards each complaint submitted by the applicants and taken all steps and measures aimed at preventing further harassment. Since June 2010 there had been no further complaints.

129. The Government further submitted that the parents had a major responsibility in preventing their children from behaving inappropriately. The parents of the children involved had repeatedly been told by the school authorities, as well as the social services, about the problems with their children.

130. On the other hand, the second applicant as the first applicant's mother should also bear a certain degree of responsibility in caring for him. It had been established that the first applicant needed help walking and required constant care from his mother. He had also been found to be suffering from epilepsy and was short-sighted. The social services had warned the second applicant not to let him out of the flat alone; heeding this warning would have solved all problems relating to his physical contact with others, and if she had always accompanied him outside, she would have been able to raise the other children's awareness as regards her son.

(c) The third-party intervener

131. The European Disability Forum viewed the issues in the present case through the lens of disability hate crime. It maintained that recognising a hate crime against persons with disabilities represented a challenge for many legal systems since the use of their vulnerability tended to prevent the law-enforcement agencies and courts from identifying the actions as a hate crime. Two separate studies in the United Kingdom had shown that, while people with disabilities were four times more likely than their non-disabled peers to be verbally and physically attacked, they were half as likely to report crimes to the police.

132. The third-party intervener further argued that hostile behaviour towards persons with disabilities that provoked violent attacks was inherently discriminatory since the victims were chosen because of their visible disability. It argued that the fear of persons with visible disabilities whose appearance was seen as "disturbing and unpleasant" was the dominant reason for violence against persons with disabilities. Such persons were often seen as inferior or responsible for their own condition, which put the burden on society as a whole.

133. Fear of the "different" was nourished only where the potential victim was perceived as vulnerable. The vulnerability of a disabled person was an opportunity for the offenders to carry out their attacks. This was

especially pertinent in cases where persons with disabilities were attacked not for the purpose of robbing them or their property, but to humiliate and hurt their persona.

134. The European Disability Forum also submitted that the specific recognition of disability hate crime was a recent trend. Relying on Article 5 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (cited above), it submitted that that Article confirmed the entitlement of persons with disabilities to protection on an equal basis to others. For the State, this again meant the ability to recognise and address discrimination based on the victim's disability, and sufficient knowledge about disability to be able to apply the law with respect for the needs of persons with disabilities. In specific cases, observance of the non-discrimination principle might mean recognising the specific situation of persons with disabilities compared with their non-disabled peers. The second paragraph of Article 5 alluded to the obligation of the State to protect persons with disabilities against discrimination on all grounds. Again, meeting this obligation required extensive training of State agents.

135. The third-party intervener also pointed out that the United Nations Convention obliged the States Parties to "take all effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent persons with disabilities" from being subjected to violence, which also required training of those working in the field of the administration of justice.

136. In conclusion, the European Disability Forum submitted that, so far, disability hate crime had not received enough attention from law-makers and law-enforcement authorities. This had resulted in a failure to recognise disability hate crime as such, as well as in under-reporting and misunderstanding of that phenomenon. The response of the authorities to this problem should shift from reactive to proactive and be aimed at protecting persons with disabilities from all acts of violence.

2. The Court's assessment

(a) As regards the first applicant

(i) General principles

137. The Court reiterates that Article 3 of the Convention must be regarded as one of the most fundamental provisions of the Convention and as enshrining core values of the democratic societies making up the Council of Europe (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 49, ECHR 2002-III). In contrast to the other provisions in the Convention, it is cast in absolute terms, without exception or proviso, or the possibility of

derogation under Article 15 of the Convention (see, *inter alia*, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, *Reports* 1996-V).

138. The Court reiterates that, as regards the question whether the State could be held responsible, under Article 3, for ill-treatment inflicted on persons by non-State entities, the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, *mutatis mutandis*, *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 40, *Reports* 1997-III). These measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons, and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge (see, *mutatis mutandis*, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 116, *Reports* 1998-VIII, and *E. and Others v. the United Kingdom*, no. 33218/96, § 88, 26 November 2002).

139. Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the scope of this positive obligation must, however, be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Not every claimed risk of ill-treatment, therefore, can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk of ill-treatment of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk. Another relevant consideration is the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Article 8 of the Convention (see *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, § 53, ECHR 2006-XI; *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, § 96, 3 May 2007; and *Milanović*, cited above, § 84; see also, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, § 116).

140. The Court will therefore examine whether the respondent State, in dealing with the first applicant's case, has been in breach of its positive obligations under Article 3 of the Convention.

(ii) Application of these principles to the present case

141. The Court notes at the outset that acts of violence in contravention of Article 3 of the Convention would normally require recourse to the application of criminal-law measures against the perpetrators (see *Beganović v. Croatia*, no. 46423/06, § 71, 25 June 2009, as regards Article 3, and *Sandra Janković*, cited above, § 47, as regards Article 8).

142. However, in the present case most of the alleged perpetrators were children below 14 years of age, against whom, under the national system, it is not possible to apply any criminal-law sanctions. Furthermore, in the specific circumstances in issue, it might be that none of the acts complained of in itself amounts to a criminal offence, but that nevertheless in their entirety the incidents of harassment are incompatible with the requirements of Article 3 of the Convention. Therefore, the present case is to be distinguished from cases concerning the State's procedural obligations under criminal law in respect of acts of ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention, where the State authorities are under a duty to conduct of their own motion a thorough, effective and independent investigation.

143. The present case concerns the issue of the State's positive obligations in a different type of situation, outside the sphere of criminal law, where the competent State authorities are aware of a situation of serious harassment and even violence directed against a person with physical and mental disabilities. It concerns the alleged lack of an adequate response to such a situation in order to properly address acts of violence and harassment that had already occurred and to prevent any such further acts.

144. In line with the above, the Court has examined, firstly, whether the relevant authorities were or should have been aware of the situation of harassment of and violence against the first applicant.

145. In this connection the Court notes that the documents in the case file show that as early as 31 July 2008 the second applicant informed the police of the ongoing harassment of her son by children from the neighbourhood. She also informed the police of numerous further incidents, including the burning of the first applicant's hands with cigarettes on 4 April 2009. In April 2009 she informed the Ombudswoman for Persons with Disabilities of the same incident. Between May and July 2009 the police informed the State Attorney's Office as well as the competent social welfare centre of the alleged abuse against the first applicant and by September 2009 the school authorities had also been duly informed.

146. In view of the above, the Court is satisfied that the domestic authorities were aware of the ongoing harassment of the first applicant by children from his neighbourhood and children attending a nearby school. The Court will therefore examine whether the relevant authorities took all reasonable steps in the circumstances of the present case to protect the first applicant from such acts.

147. In the present situation, where incidents of violence have persisted over a certain period of time, the Court finds that the relevant authorities failed to take sufficient steps to ascertain the extent of the problem and to prevent further abuse taking place.

148. It is true that the police interviewed some of the children allegedly involved in certain incidents and that the school authorities discussed the problem with the pupils and their parents. However, the Court finds that no serious attempt was made to assess the true nature of the situation complained of, and to address the lack of a systematic approach which resulted in the absence of adequate and comprehensive measures. Thus, the findings of the police were not followed by any further concrete action: no policy decisions have been adopted and no monitoring mechanisms have been put in place in order to recognise and prevent further harassment. The Court is struck by the lack of any true involvement of the social services and the absence of any indication that relevant experts were consulted who could have given appropriate recommendations and worked with the children concerned. Likewise, no counselling has been provided to the first applicant in order to aid him. In fact, the Court finds that, apart from responses to specific incidents, no relevant action of a general nature to combat the underlying problem has been taken by the competent authorities despite their knowledge that the first applicant had been systematically targeted and that future abuse was very likely to follow.

149. In view of this, the Court considers that the competent State authorities have not taken all reasonable measures to prevent abuse against the first applicant, notwithstanding the fact that the continuing risk of such abuse was real and foreseeable.

150. There has accordingly been a violation of Article 3 of the Convention in respect of the first applicant.

(b) As regards the second applicant

(i) General principles

151. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by 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. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91; *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 33, Reports 1998-I; *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, § 57, ECHR 2002-I; and *Sandra Janković*, cited above, § 44).

152. The Court has previously held, in various contexts, that the concept of private life includes a person's psychological integrity. Under Article 8, States have in some circumstances a duty to protect the moral integrity of an individual from acts of other persons. The Court has also held that States have a positive obligation to ensure respect for human dignity and the quality of life in certain respects (see *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, § 56, ECHR 2007-IV, and, *mutatis mutandis*, *Pretty*, cited above, § 65).

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

153. The Court considers that the acts of ongoing harassment have also affected the private and family life of the second applicant. It has found that the State authorities have not put in place adequate and relevant measures to prevent further harassment of the first applicant. Likewise, the State authorities have failed to afford adequate protection in that respect to the second applicant. Therefore, there has also been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the second applicant.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

154. The applicants further complained that the acts of abuse against them and the response of the competent authorities were also discriminatory, on the basis of their Serbian ethnic origin and the first applicant's disability. They relied on Article 14 of the Convention, which provides:

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

Admissibility

1. The parties' submissions

155. The Government argued that the applicants could have brought a claim pursuant to the Prevention of Discrimination Act, by which they would have been able to seek an acknowledgment of any possible discrimination

as set out in that Act, an order for the removal of the discrimination and its consequences, as well as compensation.

156. The applicants contended in reply that proceedings under the Prevention of Discrimination Act did not constitute an effective remedy because they could not address the particular situation complained of. Furthermore, they claimed that two years after that Act had been passed, there was no relevant case-law showing either that citizens had felt confident about instituting proceedings pursuant to the Act, or that the proceedings that had been instituted had progressed with adequate speed.

2. *The Court's assessment*

157. As regards Article 14 of the Convention, the Court reiterates that it has no independent existence, but plays an important role by complementing the other provisions of the Convention and its Protocols, since it protects individuals placed in similar situations from any discrimination in the enjoyment of the rights set forth in those other provisions (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 67, Series A no. 45; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 89, ECHR 1999-III; and *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 53, ECHR 2005-XII). 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, for example, *Van Buitenen v. the Netherlands*, no. 11775/85, Commission decision of 2 March 1987, unreported, and *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 86, ECHR 2000-VII).

158. The Court has also held that even in a situation where the substantive provision is not applicable, Article 14 may still be applicable (see *Savez crkava "Riječ života" and Others v. Croatia*, no. 7798/08, § 58, 9 December 2010). Consequently, admissibility issues concerning Article 14 may be assessed separately.

159. As to the present case, the Court will examine under Article 14 the issue of exhaustion of domestic remedies in relation to the Prevention of Discrimination Act. In this connection the Court notes that it has already examined the issue of exhaustion of domestic remedies as regards a discrimination complaint separately from the exhaustion issues concerning the main complaint (see *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, §§ 104-08, 25 October 2011). This approach goes hand in hand with the principle that where a substantive Article of the Convention or its Protocols has been relied on both on its own and in conjunction with

Article 14 and a separate breach has been found of the substantive Article the Court may not always consider it necessary to examine the case under Article 14 as well, though the position is otherwise if a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case (see *Dudgeon*, cited above, § 67; *Chassagnou and Others*, cited above, § 89; and *Timishev*, cited above, § 53).

160. As regards the present case, the Court notes that the Prevention of Discrimination Act contains specific reference to discrimination based on health condition and invalidity, as well as on ethnic origin (see section 1 of the Act). It provides for a range of remedies, including the acknowledgment of discrimination, a ban on discriminatory acts and compensation for damage. Remedies may also be used against the national authorities in the event of their alleged failure to take action (see paragraph 74 above).

161. Protection against discrimination is to be sought before the ordinary courts, and an appeal against the first-instance judgment is provided for, as well as a constitutional complaint. The right not to be discriminated against is also guaranteed by the Croatian Constitution, and the Convention is directly applicable in Croatia. In order to comply with the principle of subsidiarity, applicants, before bringing their complaints before the Court, have first to afford the national courts the opportunity of remedying their situation and addressing the issues they wish to bring before the Court.

162. Against the above background, the Court considers that an action pursuant to the provisions of the Prevention of Discrimination Act represents an effective domestic remedy and that proper use of that remedy could have led to an acknowledgment of the violation alleged and an award of damages. In the event that the applicants' claim was not successful before the ordinary courts, they would have been able to lodge a constitutional complaint and have their complaints examined by the Constitutional Court as well. However, the applicants failed to make use of the remedies available to them.

163. It follows that this complaint must be rejected under Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention for non-exhaustion of domestic remedies.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

164. The applicants alleged that they had no effective remedy in respect of their complaints under the Convention. They relied on Article 13 of the Convention, which provides:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

A. Admissibility

1. As regards the applicants' complaints under Articles 3 and 8 of the Convention

165. The Court notes that this complaint is linked to the one examined above under Articles 3 and 8 of the Convention and must therefore likewise be declared admissible.

2. As regards the applicants' complaint under Article 14 of the Convention

166. The Court has already established that in respect of their complaint under Article 14 of the Convention, the applicants had at their disposal an effective remedy – an action pursuant to the provisions of the Prevention of Discrimination Act – which they failed to use. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

B. Merits

167. The applicants argued that they had no effective remedy by which to obtain protection against acts of harassment and violence. The Court notes that the Government suggested a number of remedies allegedly at their disposal in that connection. However, the Court has established that none of the remedies referred to by the Government could have addressed the applicants' situation in connection with their complaints under Articles 3 and 8 of the Convention.

168. Therefore, the Court considers that the applicants had no effective remedy available in respect of their complaints under Articles 3 and 8 of the Convention. Accordingly, there has been a violation of Article 13 in that respect.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

169. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

170. The applicants claimed 10,000 euros (EUR) each in respect of non-pecuniary damage.

171. The Government deemed the amount claimed excessive and unsubstantiated.

172. Having regard to all the circumstances of the present case, the Court accepts that the applicants suffered non-pecuniary damage which cannot be compensated for solely by the finding of a violation. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards the applicants jointly EUR 11,500 in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable to them.

B. Costs and expenses

173. The applicants, who had been granted legal aid under the Council of Europe's scheme, also claimed EUR 1,206 for the costs and expenses incurred before the domestic courts and EUR 4,997.13 for those incurred before the Court.

174. The Government submitted that the applicants had not provided the itemised particulars of the claim.

175. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers that the costs the applicants incurred in connection with the complaints they made before the national authorities about their harassment were essentially aimed at remedying the violation of the Convention rights alleged before the Court, and that these costs may be taken into account in assessing the claim for costs (see *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, § 284, ECHR 2006-V, and *Medić v. Croatia*, no. 49916/07, § 50, 26 March 2009). Regard being had to the information in its possession and the above criteria, the Court awards the applicants jointly EUR 1,206 for the costs and expenses incurred in the domestic proceedings and EUR 3,500 for those before the Court, less EUR 850 already received by way of legal aid from the Council of Europe, plus any tax that may be chargeable to the applicants on that amount.

C. Default interest

176. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaints under Articles 3 and 8, as well as the complaint under Article 13 of the Convention in so far as it relates to the complaints under Articles 3 and 8, admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention in respect of the first applicant;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the second applicant;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention;
5. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months of the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, which are to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable on the date of settlement:
 - (i) EUR 11,500 (eleven thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 4,706 (four thousand seven hundred and six euros), less EUR 850 (eight hundred and fifty euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
6. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 24 July 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen
Registrar

Anatoly Kovler
President

ĐORĐEVIĆ c. CROATIE
(Requête n° 41526/10)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 24 JUILLET 2012¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Manquement des autorités à protéger une personne handicapée harcelée de façon violente et persistante par des mineurs****Article 3**

Obligations positives – Manquement des autorités à protéger une personne handicapée harcelée de façon violente et persistante par des mineurs – Traitements inhumains et dégradants – Harcèlement – Effet cumulé des incidents de harcèlement – Obligations positives échappant à la sphère du droit pénal – Minorité pénale – Absence d’approche systématique

*

* *

Le premier requérant, atteint d’un handicap physique et mental, vivait avec sa mère, la deuxième requérante, dans un appartement en rez-de-chaussée. Les deux requérants se plaignaient qu’ils avaient été harcelés de façon continue de juillet 2008 à février 2011 par des enfants fréquentant l’école primaire voisine et que les autorités ne les avaient pas protégés comme il convient. Cette période avait été marquée par une série d’incidents : les enfants tiraient la sonnette de l’appartement à n’importe quelle heure, crachaient sur le premier requérant, le tapaient et le poussaient, lui avaient brûlé les mains avec des cigarettes, saccageaient le balcon des requérants et leur criaient des obscénités. Ces agressions perturbaient profondément le premier requérant, provoquant chez lui peur et angoisse. Les deux requérants se plaignirent à de nombreuses reprises auprès de diverses autorités, dont les services sociaux et la médiatrice. Ils appelèrent aussi plusieurs fois la police pour signaler les incidents et demander de l’aide. Après chaque appel, la police arrivait sur les lieux, quelquefois trop tard, pour se contenter parfois de dire aux enfants de se disperser ou d’arrêter de faire du bruit. Elle interrogea aussi plusieurs élèves et conclut que, même s’ils avaient reconnu avoir eu un comportement violent envers le premier requérant, ils étaient trop jeunes pour que leur responsabilité pénale soit engagée.

1. Article 3 (premier requérant) : le premier requérant a été harcelé de manière continue et s’est, de ce fait, senti sans défense et apeuré pendant de longues périodes. Il a aussi une fois été blessé physiquement. Ces mauvais traitements étaient suffisamment graves pour tomber sous le coup de l’article 3 de la Convention. Des actes de violence contraires à l’article 3 appellent en principe des mesures pénales

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

contre les auteurs de ces actes. En l'espèce, toutefois, la plupart des auteurs probables des méfaits étaient des mineurs de quatorze ans dont la responsabilité pénale ne pouvait être engagée au titre du droit interne. Par ailleurs, les actes dénoncés, pris individuellement, ne constituaient pas nécessairement une infraction pénale alors que, pris globalement, ils étaient contraires à l'article 3. L'affaire met donc en jeu les obligations positives de l'État dans un cas échappant à la sphère du droit pénal où les autorités de l'État compétentes étaient au courant de faits graves de harcèlement dirigés contre un handicapé physique et mental. Les autorités avaient eu connaissance des faits de harcèlement dès le début et étaient donc tenues de faire tout ce qui était raisonnablement en leur pouvoir pour protéger le premier requérant. La police a bien interrogé quelques-uns des enfants soupçonnés et la direction de l'école a discuté du problème avec les élèves et leurs parents, mais aucune tentative sérieuse n'a été menée pour déterminer ce qui se passait vraiment ou pour se rendre compte de l'absence d'approche systématique, qui a conduit à ce qu'aucune mesure adéquate et globale ne soit prise. Les constats de la police n'ont jamais été suivis d'action concrète : aucune décision de principe n'a été adoptée et aucun mécanisme de surveillance n'a été mis en place pour prévenir d'autres actes de harcèlement. La Cour est particulièrement frappée par l'absence de réel intérêt de la part des services sociaux et par l'absence de tout signe indiquant que des experts aptes à émettre des recommandations et à travailler avec les enfants concernés aient été consultés. Aucun soutien n'a jamais été accordé au premier requérant. Dès lors, les autorités compétentes n'ont pas pris toutes les mesures raisonnablement en leur pouvoir pour protéger le premier requérant, alors qu'il était prévisible que celui-ci risquait de continuer de faire l'objet de harcèlement.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 8 (deuxième requérante) : le harcèlement dont le premier requérant a fait l'objet a inévitablement eu une incidence sur la vie privée et familiale de sa mère. Eu égard à sa conclusion selon laquelle les autorités n'ont pas réussi à empêcher que le premier requérant continue d'être harcelé, la Cour ne peut que conclure qu'elles n'ont pas non plus protégé la deuxième requérante comme il convient.

Conclusion : violation (unanimité).

3. Article 13 : les requérants n'avaient pas de recours effectif relativement aux griefs liés aux articles 3 et 8.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour a alloué une certaine somme conjointement aux deux requérants pour préjudice moral et pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Van Oosterwijck c. Belgique, 6 novembre 1980, série A n° 40

X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, série A n° 91

Cardot c. France, 19 mars 1991, série A n° 200

Costello-Roberts c. Royaume-Uni, 25 mars 1993, série A n° 247-C

- Hurtado c. Suisse*, 28 janvier 1994, avis de la Commission, série A n° 280-A
Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV
Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V
H.L.R. c. France, 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III
Botta c. Italie, 24 février 1998, *Recueil* 1998-I
A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI
Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Matthews c. Royaume-Uni [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I
Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V
Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV
Price c. Royaume-Uni, n° 33394/96, CEDH 2001-VII
Mikulić c. Croatie, n° 53176/99, CEDH 2002-I
Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, CEDH 2002-III
E. et autres c. Royaume-Uni, n° 33218/96, 26 novembre 2002
Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, n° 13178/03, CEDH 2006-XI
Wieser c. Autriche, n° 2293/03, 22 février 2007
Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie,
n° 71156/01, 3 mai 2007
L. c. Lituanie, n° 27527/03, CEDH 2007-IV
Sandra Janković c. Croatie, n° 38478/05, 5 mars 2009
Beganović c. Croatie, n° 46423/06, 25 juin 2009
Milanović c. Serbie, n° 44614/07, 14 décembre 2010

En l'affaire Đorđević c. Croatie,

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

Anatoly Kovler, *président*,
 Nina Vajić,
 Peer Lorenzen,
 Elisabeth Steiner,
 Khanlar Hajiyev,
 Linos-Alexandre Sicilianos,
 Erik Møse, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 3 juillet 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 41526/10) dirigée contre la République de Croatie et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Dalibor Đorđević et M^{me} Radmila Đorđević (« les requérants »), ont saisi la Cour le 12 juillet 2010 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés par M^c I. Bojić, avocate à Zagreb. Le gouvernement croate (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} Š. Stažnik.

3. Par une décision du 10 septembre 2010, le président de la première section a communiqué la requête au Gouvernement. Il a également été décidé de statuer conjointement sur la recevabilité et sur le fond (article 29 § 1 de la Convention).

4. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). De plus, le European Disability Forum, autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement), a produit des observations en qualité de tiers intervenant. Le Gouvernement y a répondu (article 44 § 6).

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

5. Les requérants sont nés respectivement en 1977 et en 1956 et résident à Zagreb.

6. Le premier requérant est privé de sa capacité juridique parce qu'il est retardé mentalement et physiquement. Il se rend douze heures par semaine dans un atelier pour adultes à l'école primaire V.B. de Zagreb. Il est à la charge de la seconde requérante, sa mère. Les documents médicaux en date du 16 juin 2008, produits au nom de l'intéressé, décrivent ainsi son état de santé :

« (...) alors qu'il était tout jeune enfant, il a été atteint de méningite purulente, à cause de laquelle il souffre de séquelles permanentes et d'épilepsie. Son développement mental et physique connaît des retards et il est sous la surveillance constante d'un neurologue et d'un psychiatre. En raison d'une hydrocéphalie, une valve de Pudenz [frein qui s'oppose à l'écoulement passif incontrôlé du liquide céphalo-rachidien] lui a été implantée. (...) [S]a vue est très mauvaise (...) et il dépend de sa mère pour se nourrir, s'habiller, se laver et se déplacer. Sa colonne vertébrale est mobile mais douloureuse en sa partie inférieure. (...) [I] souffre de graves difformités des pieds, (...) a du mal à se déplacer et ne peut marcher ni sur ses doigts de pied ni sur ses talons. D'un point de vue psychologique, il est émotionnellement distant, craintif et son vocabulaire est pauvre. (...) »

7. Les requérants habitent un appartement au rez-de-chaussée d'un immeuble résidentiel à Špansko, un quartier de Zagreb. L'école primaire A.K. se trouve dans leur voisinage immédiat.

8. Il apparaît que les requérants ont été victimes de harcèlement entre juillet 2008 et février 2011. Ils allèguent que des élèves de l'école primaire A.K., tous mineurs, les ont souvent tourmentés, surtout le premier requérant, à n'importe quel moment de la journée, en particulier lorsque les élèves quittaient l'école en groupes pour rentrer chez eux ainsi qu'en fin d'après-midi et le soir lorsqu'ils se rassemblaient, hors de la surveillance de leurs parents, assis sur ou autour d'un banc en bois devant le balcon de l'appartement des requérants. Ces derniers disent avoir été harcelés en raison de l'état de santé du premier requérant et de leur origine serbe. Un groupe plus important d'enfants, eux aussi mineurs, se seraient rendus tous les jours dans un parc devant leur appartement, auraient proféré des obscénités à l'encontre du premier requérant, l'auraient traité de tous les noms et auraient écrit des messages insultants sur le trottoir. Les enfants auraient fréquemment sonné à la porte des requérants, pour demander quand l'intéressé allait sortir. Ils lui auraient souvent craché dessus.

9. Selon un procès-verbal de police dressé le 31 juillet 2008, la seconde requérante appela ce jour-là la police à 21 h 12 pour se plaindre que des jeunes inconnus harcelaient son fils et avaient démolé certains objets sur son balcon. A l'arrivée de la police au domicile des requérants à 21 h 30, la seconde requérante lui aurait dit que, vers 18 heures, elle et son fils étaient partis de l'appartement et que, à leur retour vers 21 heures, elle avait retrouvé le balcon délabré et tout le parterre de fleurs déraciné. Elle aurait ajouté que

le premier requérant était harcelé depuis plus longtemps par des enfants du quartier parce qu'il est retardé mental. Elle aurait désigné nommément deux d'entre eux.

10. Le 2 mars 2009, le centre d'aide sociale de Susedgrad ordonna la mise sous surveillance de l'autorité parentale sur D.K., un élève de l'école primaire A.K., à cause de ses mauvais résultats scolaires, de son comportement problématique et de sa propension à commettre des infractions pénales. Nulle part n'était mentionnée son implication dans le harcèlement des requérants.

11. Selon le rapport d'un médecin établi le 6 avril 2009, le premier requérant était harcelé psychologiquement et physiquement dans la rue et avait des brûlures de cigarettes aux deux mains. Le médecin demandait aux services sociaux d'ouvrir une procédure aux fins de la protection de l'intéressé en tant que personne atteinte de graves troubles mentaux et le décrivait comme un individu pacifique et inoffensif qui ne savait pas et ne pouvait pas se défendre contre ses persécuteurs.

12. Dans une lettre du 20 avril 2009 adressée à la médiatrice pour les personnes handicapées, la seconde requérante se plaignit d'actes de harcèlement commis par deux enfants, D.K. et I.M., contre le premier requérant le 4 avril 2009. Elle alléguait que les deux enfants s'étaient approchés à vélo de son fils et lui avaient brûlé les mains à l'aide de cigarettes. Elle ajoutait que ce dernier était sans cesse harcelé par des enfants scolarisés dans une école à proximité parce qu'il est retardé mental et qu'elle s'en était plainte à de nombreuses reprises auprès du centre d'aide sociale de Susedgrad et de la direction de l'école primaire A.K., mais en vain.

13. Le même jour, l'avocate des requérants porta plainte auprès de la police au sujet de l'incident du 4 avril 2009.

14. Selon un procès-verbal de police dressé le 5 mai 2009, ce jour-là, dans les locaux du commissariat de police II de Zagreb, la police interrogea D.K., né en 1997, et P.B., né en 1995. Voici la partie pertinente de ce procès-verbal concernant D.K. :

« Interrogé sur son souvenir des faits survenus le 4 avril 2009 à (...) Zagreb, [D.K.] dit que, vers 12 heures, il se trouvait là-bas avec son ami I.M., en classe de 7^e à l'école primaire A.K., et que P.B., un garçon plus âgé en classe de 7^e dans la même école, est arrivé accompagné de deux hommes dont il ignorait l'identité, qui jouaient avec un ballon. Une personne handicapée qui avait des problèmes depuis sa naissance et habitait dans un immeuble résidentiel rue (...) jouait entre les bâtiments. A un moment donné, P.B. aurait allumé une cigarette, se serait approché de Dalibor et lui aurait brûlé la main droite à plusieurs reprises, après quoi ils se seraient tous enfuis parce que ce dernier se serait mis à hurler. »

Voici la partie pertinente de ce procès-verbal concernant P.B. :

« Interrogé sur son souvenir des faits survenus le 4 avril 2009 à (...) Zagreb concernant le harcèlement d'un handicapé, Dalibor Đorđević, [P.B.] dit qu'il n'y a pas assisté mais que, au début de cette semaine-là, pendant la récréation du matin, il a rencontré D.K., en classe de 5^e dans la même école, qui lui a dit que, le samedi vers 12 heures, lui et I.M. avaient brûlé une cigarette sur la main d'une personne dénommée Dalibor rue (...), un handicapé qui habite cette rue.

Interrogé ensuite sur l'apparence de cette personne handicapée, il répond qu'elle jouait dans cette rue avec d'autres garçons du quartier et qu'il a vu cette personne, âgée d'une trentaine d'années, solidement bâtie, d'une chevelure poivre et sel coupée court, pâle de peau et ayant des difficultés à parler. Il ajoute que cette personne joue avec d'autres enfants qui la taquent, et elle court après eux et les frappe.»

15. Selon un procès-verbal de police dressé le 7 mai 2009, ce jour-là, dans les locaux du commissariat de police II de Zagreb, la police interrogea I.M., né en 1994. Voici la partie pertinente de ce procès-verbal :

« Interrogé sur son souvenir des faits survenus le 4 avril 2009 à (...) Zagreb concernant le harcèlement d'un handicapé, Dalibor Đorđević, âgé de trente à quarante ans, [I.M.] dit qu'il s'en souvient, que les faits se sont produits un samedi (...) et que, à vélo, il s'était rendu (...) avec D.K. rue (...), où ils ont rencontré Dalibor, un handicapé de naissance, qui jouait au ballon entre les bâtiments avec des enfants qui s'étaient emparés du ballon et ne voulaient pas le lui rendre. Quand il a vu cela, il [I.M.] aurait demandé aux enfants pourquoi ils ne rendaient pas le ballon à Dalibor, et celui-ci se serait mis à hurler et à gesticuler. Les enfants auraient ensuite jeté le ballon et il s'en serait emparé. Il [I.M.] aurait tenu une cigarette dans sa main gauche (...) et, alors qu'il dépassait Dalibor à vélo, il [Dalibor] se serait mis à gesticuler et à le gifler plusieurs fois à la main qui tenait la cigarette et Dalibor se serait donc brûlé la main ainsi. Il dit être certain qu'il n'a brûlé Dalibor qu'une seule fois et le regretter. Il dit ne pas comprendre pourquoi Dalibor a réagi de cette façon parce que ce n'était pas [la] faute [d'I.M.] si des enfants avaient pris son ballon. L'élève P.B. n'aurait pas été parmi eux.

(...)

Interrogé ensuite sur les problèmes que Dalibor peut avoir avec les autres enfants, [I.M.] répond qu'il se rend souvent dans la rue où Dalibor joue au ballon avec d'autres garçons et que ces enfants taquent Dalibor à cause de sa maladie (...) et que, ensuite, il court après eux et les attrape.

Finalement, R., la mère [d'I.M.], a été priée de surveiller le comportement d'I.M. Elle dit qu'il n'y a aucun problème avec lui et qu'elle ignore pourquoi il a fait cela.»

16. Le 19 mai 2009, le commissariat de police II de Zagreb adressa au bureau de la délinquance juvénile du parquet de Zagreb un rapport relatant ceci :

– le 16 avril 2009, le centre d'aide sociale de Susedgrad avait informé le commissariat par écrit que la seconde requérante avait adressé au centre une lettre dans laquelle elle alléguait que son fils avait été maltraité par D.K. et d'autres et à laquelle étaient joints des documents médicaux ;

– le 30 avril 2009, la médiatrice pour les personnes handicapées avait informé le commissariat par écrit que la seconde requérante lui avait envoyé à elle aussi une lettre dans laquelle elle sollicitait de l'aide pour le harcèlement fréquent subi par son fils.

La police informa en outre ce même bureau qu'elle avait interrogé les enfants D.K., I.M. et P.B.

17. Par une lettre du 20 mai 2009, le commissariat de police II de Zagreb avisa la médiatrice pour les personnes handicapées qu'il avait interrogé les enfants D.K. et I.M., qu'il avait pris contact avec le directeur de l'école primaire A.K., que ses policiers avaient été informés des problèmes et qu'ils patrouillaient régulièrement dans les rues en question.

18. Le 17 juillet 2009, la police fit part au centre d'aide sociale de Susedgrad des faits suivants, selon elle établis: le 4 avril 2009, vers 12 heures, alors que le premier requérant jouait au ballon dans la rue avec des garçons du quartier, ceux-ci se seraient emparés de son ballon, ce qui l'aurait perturbé; lorsque les garçons I.M. et D.K. sont venus à sa rencontre, il aurait gesticulé et I.M. lui aurait involontairement brûlé les mains.

19. Le 16 juillet 2009, le centre d'aide sociale de Susedgrad dressa au sujet du premier requérant un rapport dont voici les parties pertinentes:

«(...)

Le 6 août 2008, Radmila, la mère [du premier requérant], s'est plainte auprès de nous de ce que Dalibor eût été harcelé par des enfants (...) qui rendaient visite aux filles V.K. et I.K., qui habitent dans leur immeuble. Ces dernières ont dit qu'elles ne harcelaient pas Dalibor et que le chef du groupe était H.B.

Les filles K. et leur mère J.F. ont convenu qu'elles cesseraient de se rassembler devant l'immeuble et qu'elles le feraient ailleurs, de manière à éviter les conflits.

H. et ses parents ont été convoqués dans nos locaux. H. a dit qu'elle ne se rendrait plus devant l'entrée de cet immeuble et que, depuis un certain temps, la situation s'était apaisée.

Après cela, les garçons ont commencé à s'y rendre en différents groupes, de sorte que M^{me} Đorđević était incapable de les désigner nommément, mais elle savait qu'ils étaient scolarisés à l'école primaire A.K.

M^{me} Đorđević s'est plainte une nouvelle fois d'un harcèlement survenu le 8 avril 2009, lorsque son fils avait été brûlé à l'aide de cigarettes, et [elle a dit que] les persécutions se poursuivaient.

Le 17 juin 2009 a été conduit un entretien avec M^{me} Đorđević. [Elle a dit] que les problèmes persistaient. Il y aurait en permanence de nouveaux enfants, pour la plupart des connaissances des filles K., qui provoquent Dalibor. La situation se normaliserait pendant deux ou trois jours, puis les problèmes recommenceraient. Elle aurait de

bonnes relations avec le conseiller scolaire, le conseiller en besoins éducatifs spéciaux et le directeur.

Voici ce qu'a déclaré M^{me} Đorđević: « Le 16 juin 2009, les filles sont d'abord arrivées et se tenaient près du banc. [M^{me} Đorđević a] invité [son] fils à rentrer car [elle savait] à quel point il avait peur d'elles. Elles lui ont dit qu'il n'avait pas à avoir peur parce qu'elles allaient bientôt partir. Alors, un groupe de garçons sont venus et ont arrosé Dalibor avec un ballon gorgé d'eau. »

M^{me} Đorđević a ajouté que, ultérieurement, V.K. avait recommencé à rassembler des enfants devant le bâtiment, ce qui perturbait Dalibor.

La police et l'école en ont été informées.

Les [autorités scolaires] se sont entretenues avec tous les enfants désignés nommément et leurs parents.

La police a conduit une enquête [et a interrogé] les enfants qui étaient présents lorsque Dalibor a été brûlé.

Afin d'empêcher la poursuite du harcèlement, nous avons écrit aux [autorités scolaires pour leur demander] de se réunir avec tous les enfants et parents au début de l'année scolaire, dans toutes les classes, pour les informer du problème et pour bien leur montrer que, tant que les auteurs ne seraient pas identifiés, chacun avait sa part de responsabilité dans ces mauvais traitements. Il a également été suggéré de tenir des séminaires et des ateliers avec les enfants pour leur faire comprendre qu'il y a des personnes handicapées qui ont les mêmes droits que les autres, c'est-à-dire le droit de se promener et de vivre à l'extérieur de leur logement sans être harcelées par quiconque.

Avec l'agent I.M. du commissariat de police II, il a été convenu que les policiers chargés du secteur seraient davantage vigilants et patrouilleraient dans la rue plus fréquemment de manière à identifier les auteurs du harcèlement.

Le 14 juillet 2009, une visite a été conduite chez la famille et seul Dalibor se trouvait dans l'appartement : il ignorait où était sa mère et il a ajouté que les enfants ne l'avaient pas provoqué dernièrement. Dalibor était dans l'appartement et il n'y avait aucun enfant autour du bâtiment.

(...)»

20. Le 27 juillet 2009, le parquet de Zagreb avisa la seconde requérante que les auteurs de l'infraction pénale signalée, c'est-à-dire un comportement violent relevant de l'article 331 § 1 du code pénal, étaient D.K. et I.M., deux enfants âgés de moins de quatorze ans, et qu'aucune poursuite pénale ne pouvait être ouverte contre eux du fait de leur âge. Il ajouta qu'elle pouvait demander réparation devant le juge civil.

21. Selon un procès-verbal de police dressé le 5 septembre 2009, ce jour-là, la seconde requérante appela la police à 20 h 40, se plaignant de bruits dans le parc. A l'arrivée de la police à 20 h 45, elle lui aurait dit que, dans l'intervalle, les enfants étaient partis.

22. Selon le rapport d'un médecin établi le 8 septembre 2009 au sujet du premier requérant, celui-ci était constamment harcelé par des enfants qui lui avaient brûlé les mains, criaient contre lui et faisaient du bruit devant le balcon des requérants. Le médecin ajoutait qu'il était nécessaire pour le premier requérant de passer du temps à l'extérieur.

23. Selon un rapport établi le 17 septembre 2009 par le centre d'aide sociale de Susedgrad, ce dernier aurait tenu un entretien ce jour-là avec I.M. et sa mère. Il était ajouté que, I.M. ayant exprimé des regrets concernant l'incident du 4 avril 2009, aucune autre mesure ne s'imposait.

24. En septembre 2009, à une date non précisée, le directeur de l'école primaire A.K. adressa aux parents une lettre les informant que dans leur quartier habitait Dalibor, un jeune homme handicapé souvent harcelé par des écoliers. Il y était expressément indiqué que ces derniers avaient reconnu avoir commis « un certain nombre d'actes brutaux » contre lui, par exemple avoir tenu des propos désobligeants, employé des mots insultants et grossiers, adopté un comportement provocateur, confisqué son ballon et lui avoir brûlé les mains à l'aide de cigarettes. Les parents étaient priés de parler avec leurs enfants et de les avertir des conséquences éventuelles d'une telle attitude.

25. Voici la partie pertinente du procès-verbal d'une réunion parents-enseignants tenue le 30 septembre 2009 à l'école primaire A.K. :

« (...)

A toutes les réunions parents-enseignants tenues au cours de la nouvelle année scolaire, nous avons appelé l'attention des parents sur un jeune homme ayant des besoins spéciaux qui habite dans le voisinage de notre école et qui a été harcelé par des élèves de celle-ci, surtout verbalement et parfois physiquement. Sa mère demande souvent l'aide du personnel de l'école ; un centre d'aide sociale et la médiatrice pour les personnes handicapées ont été sollicités eux aussi. Les parents ont été priés de parler avec leurs enfants et de les sensibiliser au problème de l'acceptation des différences et de la nécessité d'une coexistence pacifique.

Les parents présents ont fait des observations à ce sujet. Certains d'entre eux ont dit que le jeune homme en question était parfois agressif lui aussi, qu'il s'était approché de jeunes filles de manière inappropriée et qu'ils le craignaient et avaient tendance à éviter les endroits où il se trouvait habituellement. D'autres ont ajouté qu'il ne devrait pas sortir en public et qu'il devrait vivre dans des conditions adaptées à son état ou se rendre dans le parc sous la surveillance constante d'un tuteur. Le directeur a pris note de toutes les observations et a promis de prendre contact avec le centre d'aide sociale compétent.

(...)»

26. Le 1^{er} octobre 2009, l'avocate des requérants adressa une plainte écrite au parquet de la ville de Zagreb. Elle indiquait que ses clients étaient

deux ressortissants croates d'origine serbe, une mère et son fils qui souffre de retards mentaux et physiques. Elle relatait qu'ils habitaient à environ 70 mètres de l'école primaire A.K. et qu'ils étaient constamment harcelés par des élèves, à tout moment de la journée et surtout lorsque ceux-ci revenaient de l'école en groupes, ainsi qu'en fin d'après-midi et le soir lorsqu'ils se rassemblaient autour d'un banc devant le balcon des requérants hors de la surveillance de leurs parents. Elle alléguait que le harcèlement durait depuis environ quatre ans et était motivé par l'origine serbe des requérants et par le handicap du premier requérant. Elle ajoutait qu'un groupe d'enfants âgés de dix à quatorze ans se rendaient quotidiennement devant l'immeuble où elle et son fils habitaient, hurlaient des insultes et des obscénités à leur encontre et les traitaient de tous les noms. Ils auraient également écrit des remarques insultantes sur le trottoir devant l'immeuble.

L'avocate relata ensuite l'incident du 4 avril 2009. Invoquant les articles 8 et 13 de la Convention, elle se plaignait de l'absence dans l'ordre juridique croate d'un recours effectif offrant une protection contre les actes de violence perpétrés par des enfants.

Elle relata également les événements des 5 et 7 septembre 2009, lorsqu'un groupe d'enfants avaient insulté le premier requérant et, à la seconde date, confisqué son ballon. Le 10 septembre 2009, un groupe d'enfants auraient uriné devant la porte des requérants. Le 14 septembre 2009, environ quatorze élèves de 4^e et de 5^e auraient poussé le premier requérant avant de l'insulter et de confisquer son ballon. Le lendemain, un garçon aurait proféré des insultes à son encontre.

Elle alléguait par ailleurs que les enfants avaient physiquement agressé le premier requérant à au moins dix reprises et lui crachaient souvent dessus. Le 31 juillet 2008, les enfants auraient saccagé le balcon des requérants en déracinant tout le parterre de fleurs et en jetant des pierres et de la boue sur le balcon. Quelques jours plus tard, ils auraient jeté une brique de lait au chocolat sur le balcon.

La seconde requérante aurait signalé ce harcèlement aux services sociaux, à la police, à la médiatrice pour les personnes handicapées et aux autorités scolaires. Malgré la bonne volonté de toutes les parties prenantes, le harcèlement des requérants se serait poursuivi.

27. Selon un rapport médical établi le 7 octobre 2009 au sujet du premier requérant, celui-ci était constamment harcelé par des enfants.

28. Selon un rapport médical établi le 9 novembre 2009 au sujet du premier requérant, celui-ci avait été agressé par des enfants quelques jours auparavant, ce qui l'aurait fortement perturbé. Une psychothérapie était recommandée.

29. Selon un rapport médical établi le 14 décembre 2009 au sujet du premier requérant, « tout le monde lui lançait impitoyablement des boules de neige », ce qui l'effrayait.

30. Selon un rapport médical établi le 14 janvier 2010 au sujet du premier requérant, celui-ci souffrait d'anxiété constante et d'un sentiment de persécution car « rien n'a[vait] été fait pour résoudre sa situation ».

31. Selon un procès-verbal de police dressé le 19 mars 2010, la seconde requérante appela la police ce jour-là à 21 h 18 en raison de « problèmes avec les enfants ». A l'arrivée de la police à 21 h 25, elle lui aurait dit que les enfants jouaient au ballon dans le parc puis avaient jeté le ballon à sa fenêtre avant de s'enfuir.

32. Selon un rapport médical établi le 11 avril 2010 au sujet du premier requérant, celui-ci avait été agressé par un groupe d'enfants et touché au nez par un ballon.

33. Les requérants allèguent que, le 13 mai 2010, un groupe d'enfants, avec en son sein P., un garçon, plaquèrent le premier requérant contre un grillage en fer dans le parc. Ce dernier serait tombé et aurait été touché à la tête et à la jambe droite. Désorienté, il n'aurait plus communiqué pendant trois jours. Des documents médicaux établis ce même jour indiquent qu'il souffrait d'un gonflement à la jambe droite et d'une écorchure au côté gauche du front. Le premier requérant aurait été incapable de marcher pendant cinq jours et sa mère aurait été contrainte d'emprunter une chaise roulante pour lui. Le rapport médical ajoute qu'il avait fait un faux pas et s'était foulé la cheville, et qu'il s'était aussi cogné la tête.

34. Le 14 mai 2010, la seconde requérante se plaignit auprès de la police de ce que, la veille, un garçon, P.B., eût plaqué son fils contre un mur et lui eût aussi confisqué son ballon.

35. Le 20 mai 2010, l'avocate des requérants se plaignit par écrit auprès du parquet de la ville de Zagreb d'autres incidents de violence et de harcèlement commis contre les requérants depuis sa dernière lettre d'octobre 2009. Voici la partie pertinente de sa lettre :

« (...)

Le 5 novembre 2009, deux garçons, dont P., ont insulté le premier requérant, ce qui l'a effrayé.

La seconde requérante a signalé l'incident au conseiller scolaire mais n'a reçu aucune réponse.

Les 14, 18 et 21 décembre 2009, un groupe d'enfants ont jeté de la neige à la fenêtre des requérants et ont, à une occasion, recouvert leur balcon de neige.

Le 15 décembre 2009, un groupe d'enfants ont insulté verbalement le premier requérant dans la rue. Le 22 février 2010, J.S., une assistante sociale du centre d'aide

sociale de Susedgrad, a téléphoné à la seconde requérante et lui a dit que le seul moyen de régler la situation était une action au civil.

Le 19 mars 2010, les enfants ont continuellement jeté un ballon à la fenêtre des requérants, ce dont la police a été informée. Le 20 mars 2010, alors que le premier requérant voyageait en bus, un groupe d'enfants ont hurlé son prénom, ce qui l'a perturbé.

Le 10 avril 2010, un garçon prénommé R. a frappé le premier requérant au nez avec un ballon, ce qui l'a désorienté et l'a fait souffrir. La seconde requérante en a informé la police. Cette dernière s'est entretenue deux heures avec elle, a exprimé ses regrets mais l'a avisée que rien ne pouvait être fait car n'importe quelle enquête aurait conclu que les enfants ne faisaient que plaisanter.

Le 13 mai 2010, un groupe d'enfants, avec en son sein P., ont plaqué le premier requérant contre un grillage en fer dans le parc. Ce dernier est tombé et a été touché à la tête et à la jambe droite. Désorienté, il n'a plus communiqué pendant trois jours.

Le 18 mai 2010, alors que le premier requérant était assis sur une balançoire, un groupe d'enfants se sont approchés de lui, ont fait des gestes obscènes à son encontre et lui ont dit qu'il était stupide.»

36. Le même jour, l'avocate se plaint auprès de la médiatrice pour l'enfance du harcèlement subi par les requérants et sollicite son avis.

37. Les requérants allèguent que, le 24 mai 2010, un groupe d'enfants cognèrent la tête du premier requérant contre un grillage en fer dans le parc et dirent qu'ils aimaient ça. Selon un rapport médical établi le même jour au sujet de l'intéressé, celui-ci avait été plaqué contre un grillage en fer et sa tête avait heurté celui-ci.

38. Le 25 mai 2010, le parquet de la ville de Zagreb avisa l'avocate des requérants qu'il n'avait pas compétence en la matière au motif que les plaintes étaient dirigées contre des enfants pénalement irresponsables.

39. Le 26 mai 2010, le directeur de l'école primaire A.K. fit savoir à l'avocate des requérants que les autorités scolaires avaient pris toutes les mesures jugées adéquates par elles, par exemple un entretien avec les élèves concernés et la communication d'informations à tous les parents lors de réunions parents-enseignants au sujet des problèmes rencontrés par les requérants à cause des élèves.

40. Le 31 mai 2010, la médiatrice pour l'enfance informa l'avocate des requérants qu'elle n'avait pas compétence en la matière.

41. Selon un rapport médical établi le 29 juin 2010 au sujet du premier requérant, celui-ci était continuellement en proie à des attaques d'enfants dans le quartier.

42. Selon des rapports médicaux établis les 29 juin, 25 octobre et 24 novembre 2010 et le 9 février 2011 au sujet du premier requérant, celui-ci était continuellement en proie à des attaques d'enfants dans le quartier.

43. Le 1^{er} juillet 2010, la police interrogea P.B., un élève de l'école primaire A.K., concernant les incidents survenus les 13 et 14 mai 2010, dans lesquels il nia toute implication.

44. Les requérants allèguent que, le 13 juillet 2010, à 21 heures, quatre garçons et une fille tinrent plusieurs fois des propos obscènes à voix haute sous leur fenêtre. Lorsque la seconde requérante leur demanda de se taire, ils auraient répondu de manière provocatrice, employant le dialecte serbe pour faire directement allusion à l'origine ethnique des requérants, en ces termes: « Appelez la police, nous n'avons pas peur [*zovi bre policiju, mi se ne bojimo*] ». La seconde requérante signala cet incident le 14 juillet 2010 à J.S., une assistante sociale du centre d'aide sociale de Susedgrad.

45. Le 19 juillet 2010, le centre d'aide sociale de Susedgrad organisa un entretien avec V.K., qui habitait le même immeuble que les requérants. V.K. nia toute implication dans le harcèlement des requérants. Elle ajouta que des enfants et des alcooliques se rassemblaient fréquemment autour du banc devant l'immeuble où elle habitait et faisaient beaucoup de bruit, ce qui perturbait aussi sa famille.

46. Le 2 août 2010, le centre d'aide sociale de Susedgrad informa la police que la seconde requérante s'était plainte de harcèlement et de violences continus contre son fils. Il pria la police de prendre les mesures qui s'imposaient.

47. Le 26 août 2010, la police interrogea Z.B., un élève de l'école primaire A.K., qui nia toute implication dans le harcèlement du premier requérant.

48. Le 27 août 2010, la seconde requérante demanda à la ville de Zagreb le démantèlement du banc en bois sous la fenêtre des requérants.

49. Les requérants allèguent que, le 31 août 2010, vers 15 heures, alors qu'ils revenaient chez eux d'une boutique, un garçon qu'ils connaissaient sous le nom de M. les dépassa à vélo et proféra des insultes à l'encontre du premier requérant, disant notamment « Dalibor est une tapette », ce qui fit naître chez ce dernier un très fort sentiment d'angoisse et de stress.

50. Les requérants allèguent que, le 1^{er} septembre à 18 h 45, trois garçons à vélo arrivèrent devant leur fenêtre puis y jetèrent des ordures et se mirent à hurler. A 19 h 20, un plus grand nombre d'enfants se seraient rassemblés autour du banc en bois devant la fenêtre des requérants et auraient plusieurs fois tapé du poing contre un grillage en métal à proximité, faisant ainsi beaucoup de bruit. Ils auraient également jeté une pierre à la fenêtre des requérants et tenu des propos obscènes à voix haute. A 22 h 3, la seconde requérante aurait appelé la police. Cette dernière n'arrivant pas, elle l'aurait rappelée à 22 h 28. La police lui aurait dit qu'elle allait arriver mais qu'il fallait qu'elle donne suite à d'autres appels. Elle serait arrivée à 22 h 32 et

aurait dit aux enfants de s'éloigner de quelques mètres de la fenêtre des requérants. Elle n'aurait aucunement cherché à relever l'identité des enfants. Selon un procès-verbal de police établi le même jour, la seconde requérante avait appelé la police ce jour-là à 21 h 21 pour se plaindre de bruits dans le parc et, à son arrivée à 22 h 35, la police n'avait trouvé personne devant le bâtiment.

51. Les requérants allèguent que, le 3 septembre 2010, un groupe d'une dizaine d'enfants se rassemblèrent autour du banc et firent des bruits d'une intensité insupportable. A 22 h 15, la seconde requérante aurait appelé la police, qui serait arrivée à 22 h 40 et aurait ordonné aux enfants de partir sans avoir toutefois cherché à relever leur identité. Selon un procès-verbal de police établi le même jour, la seconde requérante avait appelé la police à 22 h 20 pour se plaindre de bruits dans le parc et, à son arrivée à 22 h 25, la police n'avait trouvé personne devant le bâtiment.

52. Les requérants allèguent que, le 5 septembre 2010 vers 21 heures, ils remarquèrent à leur retour de l'église qu'une substance blanche non identifiée avait été jetée à leur fenêtre en leur absence. Il y aurait également eu des enfants qui hurlaient sous leur fenêtre. A 22 heures, la seconde requérante aurait appelé la police. Les requérants allèguent par ailleurs que, les 7, 8, 14, 23 et 27 septembre 2010, des enfants se rassemblèrent autour du banc et firent des bruits d'une intensité insupportable.

53. Le 23 septembre 2010, la police interrogea I.S., un élève de l'école primaire A.K., qui nia toute implication dans le harcèlement du premier requérant.

54. Les requérants allèguent que, le 2 octobre 2010, cinq garçons se rassemblèrent autour du banc et firent beaucoup de bruit. A 19 h 40, sept garçons auraient jeté des balles en direction de la fenêtre des requérants et fait du bruit jusqu'à une heure avancée de la nuit. A 23 h 38, la seconde requérante aurait appelé la police, qui serait arrivée à 0 h 15 et aurait dit aux garçons de partir sans leur avoir posé la moindre question et sans avoir cherché à relever leur identité. Selon un procès-verbal de police établi le même jour, la seconde requérante l'appela à 23 h 40 pour se plaindre de bruits et, à son arrivée à 0 h 15, la police ne trouva personne.

55. Les requérants allèguent par ailleurs que, le 4 octobre 2010 à 4 heures, ils furent réveillés par une alarme de voiture sous leur fenêtre. Des enfants auraient tapé du poing contre le mur extérieur de leur appartement, faisant beaucoup de bruit. Le lapin domestiqué du premier requérant serait mort cette nuit-là et ce dernier impute ce décès aux événements de cette nuit, qui l'auraient fortement perturbé. Le 15 octobre 2010, alors que les requérants

étaient absents, quelqu'un aurait craché sur la fenêtre de leur salon jusqu'à ce qu'elle soit entièrement recouverte de salive. Le 23 octobre et les 7, 14 et 19 novembre 2010, des groupes d'enfants se seraient rassemblés autour du banc, faisant beaucoup de bruit.

56. Le 17 novembre 2010, la seconde requérante fut informée par la ville de Zagreb que sa demande tendant au démantèlement du banc situé sous le balcon de l'appartement des requérants avait été rejetée.

57. Les requérants allèguent que, le 22 novembre 2010, alors qu'ils revenaient d'une boutique, un groupe d'enfants hurlèrent dans leur direction « Dalibor, Dalibor ! » Le premier requérant aurait été tétanisé de peur et aurait demandé à sa mère pourquoi ils ne le laissaient pas tranquille. La seconde requérante adressa au bureau du président de la République croate et à la médiatrice pour les personnes handicapées une lettre signalant le harcèlement subi par son fils et demandant leur assistance dans le démantèlement du banc. Le 5 décembre 2010, vers minuit, des enfants auraient jeté des boules de neige en direction de la fenêtre des requérants, ce qui aurait terrifié le premier requérant.

58. Le 14 décembre 2010, la médiatrice pour les personnes handicapées recommanda à la ville de Zagreb de démanteler le banc. Ce dernier fut ôté en février 2011. Les requérants allèguent que, le même jour, des enfants détruisirent un conteneur en métal sous leur fenêtre, là où se trouvaient les compteurs de gaz.

59. Les requérants font état d'autres incidents, exposés ci-après. Le 5 février 2011, un groupe d'enfants auraient, dans la rue, hurlé des propos provocateurs dans la direction de la seconde requérante en employant le dialecte serbe (« *De si bre ?* »). Le 8 février 2011, à 18 h 40, des enfants auraient sonné à la porte des requérants avant de s'enfuir. Le 10 février 2011, les requérants se seraient rendus chez un coiffeur en faisant un détour pour éviter les enfants mais ils auraient rencontré un groupe d'enfants qui auraient hurlé « Dalibor ! » de manière provocatrice. Le 13 février 2011, à 12 h 30, sept garçons auraient couru autour de l'appartement des requérants, tapé du poing contre les murs, grimpé au balcon, regardé à l'intérieur de l'appartement par la fenêtre et ri bruyamment. A 21 h 45, un groupe de garçons auraient chanté la chanson « Nous sommes des Croates » sous la fenêtre des requérants.

60. Selon un rapport médical du 9 mars 2011 concernant le premier requérant, celui-ci se mordait souvent les lèvres et les poings à cause d'angoisses, avait un tic à l'œil gauche et des symptômes de psoriasis. Le rapport ajoutait que l'intéressé était fréquemment agressé et ridiculisé et qu'il était nécessaire de lui assurer un environnement calme et amical.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. La Constitution

1. *Les dispositions pertinentes*

61. Voici les dispositions pertinentes de la Constitution de la République de Croatie (*Ustav Republike Hrvatske*, Journal officiel n^{os} 56/1990, 135/1997, 8/1998 (texte consolidé), 113/2000, 124/2000 (texte consolidé), 28/2001 et 41/2001 (texte consolidé), 55/2001 (rectification) et 76/2010) :

Article 14

« Chacun jouit en République de Croatie de ses droits et libertés sans distinction, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de patrimoine, de naissance, d'éducation ou de situation sociale.

Toute personne est égale devant la loi. »

Article 21

« Tout être humain jouit du droit à la vie (...) »

(...) »

Article 23

« Nul ne peut être soumis à une quelconque forme de mauvais traitement

(...) »

Article 35

« Chacun a droit au respect et à la protection par la loi de sa vie privée et familiale, de sa dignité, de sa réputation et de son honneur. »

Article 140

« Les accords internationaux en vigueur conclus et ratifiés conformément à la Constitution et publiés sont intégrés à l'ordre juridique interne de la République de Croatie et priment les lois [nationales] quant à leurs effets juridiques. (...) »

2. *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle croate*

62. Dans ses décisions n^{os} U-I-892/1994 du 14 novembre 1994 (Journal officiel n^o 83/1994) et U-I-130/1995 du 20 février 1995 (Journal officiel n^o 112/1995), la Cour constitutionnelle croate a dit que l'ensemble des droits garantis par la Convention et ses Protocoles avaient également valeur de droits constitutionnels de même portée juridique que les dispositions de la Constitution.

B. Le code pénal

63. Voici la disposition pertinente du code pénal (*Kazneni zakon*, Journal officiel n° 110/1997) :

Article 10

« La loi pénale ne s'applique pas à un mineur qui, à la date où il commet une infraction pénale, n'est pas encore âgé de quatorze ans. »

C. La loi sur les contraventions

64. Voici la disposition pertinente de la loi sur les contraventions (*Prekršajni zakon*, Journal officiel n° 107/2007) :

Article 9

« 1. Toute personne qui, à la date où elle commet une contravention, n'est pas encore âgée de quatorze ans n'en est pas pénalement responsable.

2. Lorsqu'une personne visée au paragraphe 1 du présent article adopte souvent un comportement assimilable à une contravention grave, l'organe de l'Etat compétent pour agir en informe les parents ou le tuteur de la personne ainsi que le centre d'aide sociale compétent.

3. Toute contravention commise par (...) une personne visée au paragraphe 1 du présent article engage la responsabilité des parents si elle a pour cause directe un défaut de surveillance de cette personne (...) »

D. La loi sur les litiges administratifs

65. Voici les dispositions pertinentes de la loi sur les litiges administratifs (*Zakon o upravnim sporovima*, Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie n° 4/1977, et Journal officiel de la République de Croatie n°s 53/1991, 9/1992 et 77/1992 – en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011) :

Article 66

« Toute demande de protection d'un droit ou d'une liberté que garantit la Constitution (...), à supposer qu'un acte individuel définitif y ait porté atteinte et qu'aucune autre protection judiciaire ne soit offerte, est tranchée par [le juge administratif] en application *mutatis mutandis* des dispositions de la présente loi. »

66. Les articles 67 à 76 prévoient une procédure spéciale de protection des droits et libertés constitutionnels contre les voies de fait des pouvoirs publics, lorsqu'aucune autre action en justice n'est possible. Selon la jurisprudence des tribunaux croates, la protection offerte contre les « voies de fait » s'étend aux omissions (ainsi, la Cour administrative, dans sa décision n° Us-2099/89 du 21 septembre 1989, et la Cour suprême, dans sa décision

n° Gž-9/1993 du 6 avril 1993, ont jugé que l'inexécution par l'administration d'un titre exécutoire délivré par elle-même était constitutive d'une « voie de fait » au sens de l'article 67 de la loi sur les litiges administratifs).

67. Aux termes de l'article 67, cette procédure s'ouvre par l'introduction d'une « action contre une voie de fait » (*tužba za zaštitu od nezakonite radnje*) devant le tribunal municipal compétent. Le défendeur dans ce type d'action est l'autorité publique à laquelle la voie de fait est imputable.

68. Aux termes de l'article 72, l'ouverture de l'action doit être signifiée à l'autorité publique concernée de manière à ce qu'elle puisse y répondre dans le délai fixé par le juge saisi. Toutefois, l'action pourra être tranchée même en l'absence d'une telle réponse si les éléments du dossier permettent de fonder solidement la décision.

69. L'article 73 dispose que le juge statue sur le fond par un jugement. S'il se prononce en faveur du demandeur, il somme le défendeur de faire cesser la voie de fait et, si nécessaire, ordonne la *restitutio in integrum*.

70. L'article 74 ajoute que, dans le cadre d'une instance ouverte à la suite d'une « action contre une voie de fait », le juge fait application *mutatis mutandis* des dispositions de la loi sur la procédure civile.

E. La loi sur les obligations civiles

71. Voici les parties pertinentes de la loi sur les obligations civiles (*Zakon o obveznim odnosima*, Journal officiel n°s 35/2005 et 41/2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 et abrogeant la loi précédente de 1978 sur les obligations):

Droits de la personnalité

Article 19

« 1. Toute personne physique ou morale a droit à la protection de ses droits de la personnalité [*prava osobnosti*] dans les conditions prévues par la loi.

2. Les droits de la personnalité au sens de la présente loi sont notamment le droit à la vie, à la santé physique et mentale, à la réputation, à l'honneur, à la dignité, au nom, à l'intimité de la vie personnelle et familiale, et à la liberté.

3. Les personnes morales jouissent de l'ensemble des droits de la personnalité énumérés ci-dessus (mis à part ceux tenant à la nature biologique d'une personne physique) et, en particulier, du droit à la réputation et au renom, à l'honneur, au nom ou à la dénomination sociale, au secret commercial et à la liberté d'entreprise. »

Article 1046

« Le dommage se définit par (...) une atteinte aux droits de la personnalité (dommage moral). »

Demande de cessation d'une violation d'un droit de la personnalité

Article 1048

« Chacun peut demander au juge ou à une autre instance compétente d'ordonner la cessation de toute activité violant ses droits de la personnalité et la suppression de ses conséquences. »

La jurisprudence pertinente

72. Sur le point de savoir quels droits des personnes physiques autres que ceux énumérés à l'article 19 de la loi sur les obligations civiles doivent être considérés comme des droits de la personnalité, il faut noter que seuls les droits suivants ont été jusqu'à présent qualifiés de tels par les tribunaux croates : le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et morale (santé), le droit à la liberté, le droit à la réputation et à l'honneur, le droit à l'intimité de la vie personnelle et familiale, le droit au secret de la correspondance et des manuscrits personnels, le droit à l'identité personnelle (en particulier le droit à l'image, à la voix et au nom de chacun) et le droit moral de l'auteur.

73. Voici l'extrait pertinent de la décision n° U-III-1437/2007 rendue par la Cour constitutionnelle le 23 avril 2008 au sujet du droit à la réparation des atteintes aux droits de la personnalité :

« (...) »

L'article 1046 de la loi sur les obligations civiles définit le dommage moral comme une atteinte aux droits de la personnalité. Autrement dit, toute atteinte aux droits de la personnalité entraîne un dommage moral.

L'article 19 § 2 de la loi sur les obligations civiles définit ainsi les droits de la personnalité, pour les besoins de ce texte : le droit à la vie, à la santé physique et mentale, à la réputation, à l'honneur, au respect de la dignité et du nom de chacun, à l'intimité de la vie personnelle et familiale, à la liberté, etc.

(...) [F]orce est de conclure que, en l'espèce, il y a eu atteinte aux valeurs humaines, constitutionnelles et personnelles au motif que le demandeur a été emprisonné dans des conditions incompatibles avec les normes légales régissant l'exécution des peines d'emprisonnement ainsi qu'avec les règles énoncées à l'article 25 § 1 de la Constitution. Dès lors, les tribunaux sont tenus de réparer l'atteinte à la dignité du demandeur.

(...)»

F. La loi de prévention des discriminations

74. Voici les parties pertinentes de la loi de prévention des discriminations (*Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Journal officiel n° 85/2008) :

Article 1

« 1. La présente loi assure la protection et la promotion de l'égalité en tant que valeur la plus élevée de l'ordre constitutionnel de la République de Croatie ; elle

créée les conditions pour une égalité des chances et prévoit une protection contre les discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique, la couleur de peau, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, l'adhésion à un syndicat, l'éducation, la situation sociale, matrimoniale ou familiale, l'âge, l'état de santé, l'invalidité, le patrimoine génétique, l'identité de genre, les propos tenus ou l'orientation sexuelle.

2. Au sens de la présente loi, la discrimination se définit par la mise d'une personne ou de ses proches dans une situation désavantageuse sur l'un des fondements énumérés au paragraphe 1 du présent article.

(...)»

Article 8

«La présente loi s'applique à l'ensemble des organes de l'Etat, (...) des personnes morales et des personnes physiques (...)»

Article 16

«Quiconque s'estime, en raison d'une discrimination, lésé dans l'un de ses droits peut demander la protection de ce droit par le biais d'une action dans le cadre de laquelle la détermination de ce droit sera la question principale, et peut également demander une protection dans le cadre d'une instance distincte régie par l'article 17 de la présente loi.»

Article 17

«Quiconque se dit victime d'une discrimination au sens des dispositions de la présente loi peut demander en justice :

1. Une décision constatant que le défendeur a violé le droit du demandeur à un traitement égal ou qu'un acte ou une omission du défendeur risque de conduire à la violation de ce même droit (demande de constat de discrimination) ;

2. L'interdiction faite au défendeur de commettre tout acte violant ou risquant de violer le droit du demandeur à un traitement égal ou l'adoption de mesures visant à mettre fin à la discrimination ou à ses conséquences (demande d'interdiction ou d'élimination d'une discrimination) ;

3. La réparation de tout dommage matériel ou moral causé par la violation des droits protégés par la présente loi (demande de réparation) ;

4. Un jugement constatant une violation du droit à un traitement égal, à publier dans les médias aux frais du défendeur.

(...)»

III. TEXTES PERTINENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. Le Comité des Ministres

75. Voici les parties pertinentes de la Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux (adoptée par le Comité des Ministres le 22 septembre 2004, lors de la 896^e réunion des Délégués des Ministres) :

« (...)

Tenant compte, en particulier :

- de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ainsi que de son application par les instances créées par cette Convention ;

(...)

Chapitre II – Dispositions générales

Article 3 – Non-discrimination

1. Toute forme de discrimination en raison d'un trouble mental devrait être interdite.
2. Les Etats membres devraient prendre des mesures appropriées afin d'éliminer la discrimination en raison d'un trouble mental.

Article 4 – Droits civils et politiques

1. Les personnes atteintes de troubles mentaux devraient pouvoir exercer tous leurs droits civils et politiques.
2. Toute restriction à l'exercice de ces droits devrait être conforme aux dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne devrait pas être fondée sur le simple fait que la personne est atteinte d'un trouble mental.

(...)

Article 7 – Protection des personnes vulnérables atteintes de troubles mentaux

1. Les Etats membres devraient s'assurer de l'existence de mécanismes de protection des personnes vulnérables atteintes de troubles mentaux, en particulier de celles qui n'ont pas la capacité de consentir ou qui peuvent ne pas être capables de s'opposer à des violations des droits de l'homme dont elles feraient l'objet.
2. La loi devrait prévoir des mesures pour protéger, le cas échéant, les intérêts économiques des personnes atteintes de troubles mentaux.

(...)

76. Voici les parties pertinentes de la Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société: améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe 2006-2015 (adoptée par le Comité des Ministres le 5 avril 2006, lors de la 961^e réunion des Délégués des Ministres):

«(...)

Compte tenu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE n° 5);

(...)

3.12. Ligne d'action n° 12: Protection juridique

3.12.1. Introduction

Les personnes handicapées ont le droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique. Lorsqu'une assistance est nécessaire à l'exercice de cette capacité juridique, les Etats membres doivent veiller à ce que les dispositions appropriées figurent dans leur législation.

Les personnes handicapées constituent un secteur hétérogène de la population, mais elles ont toutes en commun d'avoir besoin, dans une plus ou moins large mesure, de garanties supplémentaires pour jouir pleinement de leurs droits et participer à la société à égalité avec ses autres membres.

La nécessité de prêter une attention particulière à la situation des personnes handicapées, pour ce qui est de l'exercice de leurs droits à égalité avec les autres personnes, est corroborée par les initiatives prises en ce sens aux niveaux national et international.

Le principe de non-discrimination devrait être le fondement des politiques gouvernementales destinées à assurer l'égalité des chances aux personnes handicapées.

Dans une société démocratique, l'accès au système juridique est un droit fondamental; or, les personnes handicapées rencontrent souvent des difficultés, y compris des obstacles physiques, pour exercer ce droit. Pour remédier à cette situation, une série de mesures et d'actions positives sont nécessaires, et notamment une sensibilisation générale des membres des professions juridiques aux questions relatives au handicap.

3.12.2. Objectifs

i. Garantir aux personnes handicapées un accès effectif à la justice à égalité avec les autres personnes;

ii. protéger et promouvoir l'exercice de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales par les personnes handicapées à égalité avec les autres personnes.

3.12.3. Actions spécifiques à entreprendre par les Etats membres

- i. Assurer une protection contre la discrimination par la mise en place de mesures législatives, d'instances, de procédures de rapport et de dispositifs de recours spécifiques;
 - ii. veiller à ce que les dispositions qui sont susceptibles d'être discriminatoires pour les personnes handicapées soient supprimées des législations générales;
 - iii. promouvoir la formation sur les droits de l'homme et le handicap (aux niveaux national et international) à l'intention des policiers, des agents publics, du personnel judiciaire et du personnel médical;
 - iv. encourager les réseaux de défense non gouvernementaux œuvrant en faveur des droits de l'homme des personnes handicapées;
 - v. veiller à ce que les personnes handicapées jouissent d'une égalité d'accès au système judiciaire en rendant effectif leur droit de recevoir et de communiquer des informations sous une forme qui leur soit accessible;
 - vi. fournir une assistance adéquate aux personnes rencontrant des difficultés pour exercer leur capacité juridique et veiller à ce que cette assistance soit proportionnelle au degré de soutien requis;
- (...)

3.13. Ligne d'action n° 13: Protection contre la violence et les abus

3.13.1. Introduction

Les abus et les actes de violence sont inacceptables et la société a le devoir de veiller à ce que les personnes, en particulier les plus vulnérables, soient protégées contre de tels actes.

Il semble que le nombre de victimes d'abus et de violences soient proportionnellement beaucoup plus élevé parmi les personnes handicapées que dans l'ensemble de la population; cela est encore plus sensible chez les femmes handicapées, en particulier celles qui présentent des handicaps importants, parmi lesquelles la proportion de victimes d'abus est largement supérieure à celle constatée parmi les femmes qui ne sont pas handicapées. Ces abus peuvent se produire dans des institutions ou dans d'autres situations, y compris dans le milieu familial. Ils peuvent être infligés par un étranger ou un proche de la personne et revêtir de nombreuses formes – agressions verbales, actes de violence ou refus de satisfaire les besoins élémentaires, par exemple.

Les gouvernements doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour mettre en place les mécanismes de protection et de sauvegarde les plus solides possibles même s'ils ne peuvent pas garantir la disparition des abus. Parmi les nombreux moyens de prévention, l'éducation permet de prendre conscience du droit des personnes à la protection et d'apprendre à reconnaître et à réduire les risques d'abus. Les personnes handicapées qui sont victimes d'abus ou de violences doivent avoir accès à des aides appropriées, et notamment à un mécanisme qui leur permette de signaler en toute confiance les cas d'abus et leur garantisse un suivi et un soutien individuel. Un tel

mécanisme nécessite un personnel qualifié, formé à détecter les situations d'abus et à y réagir.

Bien que des études aient été entreprises ces dernières années, il faut à l'évidence approfondir les connaissances pour définir des stratégies et des pratiques appropriées.

3.13.2. Objectifs

i. Œuvrer dans le cadre des droits de l'homme et de la lutte contre la discrimination afin de protéger les personnes handicapées contre toutes les formes de violence et d'abus;

ii. garantir l'accès des personnes handicapées aux services et aux systèmes d'assistance aux victimes de violences et d'abus.

3.13.3. Actions spécifiques à entreprendre par les Etats membres

i. Mettre en place des garanties pour protéger les personnes handicapées contre la violence et les abus par la mise en œuvre effective de politiques et, si nécessaire, d'une législation appropriées;

ii. promouvoir les formations et leur accessibilité pour aider les personnes handicapées à être moins exposées à la violence et aux abus, par exemple des stages destinés à renforcer la confiance en soi et à accroître son autonomie;

iii. développer des programmes, mesures et protocoles adaptés aux personnes handicapées pour améliorer le dépistage des cas de violence et d'abus, et veiller à ce que les mesures nécessaires soient prises à l'encontre des auteurs de ces actes, y compris des mesures de réparation, et à ce que des services de conseil adéquats soient assurés par des professionnels en cas de problèmes psychologiques;

iv. veiller à ce que les personnes handicapées victimes de violence et d'abus, y compris dans le milieu familial, aient accès aux services d'aide appropriés, y compris pour obtenir réparation;

v. prévenir et combattre la violence, les mauvais traitements et les abus dans toutes les situations en soutenant les familles, en sensibilisant et en éduquant le public, et en favorisant les échanges de vues et la coopération entre les parties concernées;

vi. soutenir les personnes handicapées, en particulier les femmes, et leurs familles en situation d'abus en leur fournissant des informations et en leur donnant accès aux services appropriés;

vii. s'assurer que des systèmes soient en place pour protéger contre les abus les personnes handicapées en établissement psychiatrique, en foyer d'accueil, en institution, en orphelinat et dans d'autres types d'hébergement institutionnel;

viii. veiller à ce qu'une formation appropriée soit dispensée à tous les personnels intervenant dans un cadre institutionnel spécialisé et dans les services d'assistance généraux;

ix. former les autorités de police et les autorités judiciaires de façon à ce qu'elles puissent recevoir les témoignages de personnes handicapées et traiter sérieusement les cas d'abus;

x. informer les personnes handicapées sur les moyens d'éviter la survenue de violences et d'abus, et leur apprendre à les reconnaître et à les signaler;

xi. prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres assorties de sanctions sévères, qui soient appliquées de manière transparente et puissent faire l'objet d'un examen indépendant par la société civile, afin de prévenir toutes les formes de violence physique ou mentale, de blessure ou d'abus, d'abandon ou de traitement négligent, de séquestration, de mauvais traitement ou d'exploitation à l'encontre de personnes handicapées;

(...)

77. Voici les parties pertinentes de la Résolution ResAP(2005)1 sur la protection des adultes et enfants handicapés contre les abus (adoptée par le Comité des Ministres le 2 février 2005, lors de la 913^e réunion des Délégués des Ministres):

« (...)

I. Définition des abus

1. On entend par abus dans la présente Résolution tout acte, ou omission, qui a pour effet de porter atteinte, que ce soit de manière volontaire ou par négligence, aux droits fondamentaux, aux libertés civiles, à l'intégrité corporelle, psychique et morale, à la dignité ou au bien-être général d'une personne vulnérable, y compris les relations sexuelles ou les opérations financières auxquelles elle ne consent ou ne peut consentir valablement, ou qui visent délibérément à l'exploiter. Les abus peuvent revêtir diverses formes :

a. la violence physique, qui comprend les châtiments corporels, l'incarcération – y compris l'enfermement chez soi sans possibilité de sortir –, l'usage excessif ou à mauvais escient de médicaments, l'expérimentation médicale sans consentement et la détention illégale d'aliénés;

b. les abus et l'exploitation sexuels, notamment le viol, les agressions sexuelles, les outrages aux mœurs, les attentats à la pudeur, la participation forcée à des actes de pornographie et à la prostitution;

c. les menaces et les préjudices psychologiques, généralement les insultes, les contraintes, l'isolement, le rejet, l'intimidation, le harcèlement, les humiliations, les menaces de sanctions ou d'abandon, le chantage affectif, l'arbitraire, le déni du statut d'adulte et l'infantilisation des personnes handicapées, ainsi que le déni de l'individualité, de la sexualité, de l'éducation et de la formation, des loisirs ou du sport;

(...)

3. Ces abus nécessitent une réponse proportionnée qui ne remette pas en cause les choix légitimes posés par des individus handicapés, mais reconnaisse la vulnérabilité

et l'exploitation. C'est pourquoi le terme d'«abus» s'applique à un large éventail de situations, incluant les actes criminels, les transgressions de l'éthique professionnelle, les pratiques qui sortent du champ des normes admises ou les soins vraiment inadéquats. Par conséquent, les mesures qui préviennent ou répondent à l'abus impliquent toute une série d'instances et d'acteurs, parmi lesquels la police, le système de justice pénale, les organismes gouvernementaux réglementant les services et les professions, les organisations de défense des intérêts des personnes handicapées, les réseaux d'utilisateurs et les associations de patients, de même que les prestataires et les organisateurs de services.

II. Principes et mesures visant à protéger les adultes et les enfants handicapés contre les abus

1. Protection des droits de l'homme

Les Etats membres ont le devoir de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous leurs citoyens. Ils ont le devoir de veiller à ce que les personnes handicapées soient protégées au moins autant que les autres citoyens.

Les Etats membres doivent reconnaître que la maltraitance constitue une violation des droits de l'homme. Il faut que les personnes handicapées bénéficient d'une sauvegarde contre les mauvais traitements délibérés et (ou) évitables, à égalité au moins avec les autres citoyens. Des mesures supplémentaires doivent être mises en place pour assurer la sécurité des personnes handicapées particulièrement vulnérables.

2. Insertion des personnes handicapées

Chaque Etat membre doit reconnaître sa responsabilité de sauvegarder les droits de ses citoyens qui sont des personnes handicapées.

Les Etats membres doivent lutter et promouvoir des mesures actives contre la discrimination vis-à-vis des personnes handicapées et assurer l'insertion de celles-ci dans la vie socio-économique du pays.

Ils doivent reconnaître que toutes les personnes handicapées ont droit à la dignité, à l'égalité des chances, à un revenu qui leur soit propre, à l'éducation, à l'emploi, ainsi qu'à l'acceptation et à l'intégration dans la vie sociale, y compris en matière d'accessibilité, de soins de santé et de rééducation médicale et fonctionnelle.

Ils doivent garantir que les personnes handicapées bénéficient d'une protection au moins égale à celle des autres citoyens en ce qui concerne l'accès à tous les services.

3. Prévention des abus

Les Etats membres doivent sensibiliser l'opinion, promouvoir un débat ouvert, accroître les connaissances et améliorer l'enseignement et la formation professionnels.

Ils doivent encourager la coopération entre les pouvoirs publics et les organisations compétentes pour que soient prises des mesures visant à prévenir les abus, à en améliorer la détection et à les signaler, ainsi qu'à soutenir les victimes.

Ils doivent élaborer et mettre en œuvre une législation relative aux normes et règlements qui concernent les professions spécialisées et les cadres de soins, afin de

prévenir les abus, par acte ou omission, envers les personnes handicapées ; ils doivent contrôler ensuite l'application de cette législation.

4. *Protection juridique*

Les Etats membres doivent garantir aux personnes handicapées – au moins autant qu'aux autres citoyens – un accès à la justice pénale ainsi qu'une réparation et (ou) une indemnisation en cas de maltraitance. Au besoin, les intéressés doivent recevoir une assistance supplémentaire destinée à aplanir d'autres obstacles.

Au regard du droit civil, les personnes handicapées sont des requérants dont il faut sauvegarder les droits. Les Etats membres doivent donc assurer que les membres des professions travaillant dans le domaine de la justice pénale traitent les personnes handicapées sans discrimination et de manière à garantir l'égalité des chances dans l'exercice de leurs droits de citoyenneté.

(...)

B. L'Assemblée parlementaire

78. Voici les parties pertinentes de la Résolution 1642 (2009) de l'Assemblée parlementaire sur l'accès aux droits des personnes handicapées, et la pleine et active participation de celles-ci dans la société (adoptée le 26 janvier 2009) :

« 1. Plus d'une personne sur dix souffre d'une forme quelconque de handicap, ce qui représente au total 650 millions de personnes dans le monde, avec une proportion encore plus forte en Europe, qui compte à elle seule jusqu'à 200 millions de personnes handicapées. On constate une corrélation entre l'âge et le handicap, car, sous l'effet du vieillissement de la population et de l'amélioration des soins de santé, le nombre de personnes handicapées en Europe s'accroît et continuera d'augmenter.

2. L'Assemblée parlementaire rappelle que la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (STE n° 5) protège toute personne, y compris les personnes handicapées, et que l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée (STE n° 163) garantit expressément aux personnes handicapées l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté. Plus récente et très attendue, la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées est entrée en vigueur le 3 mai 2008. L'Assemblée salue ce texte qui décrit en détail les droits des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, et qui contribuera certainement au changement de perception essentiel à l'amélioration de la situation physique et mentale de ces personnes.

3. L'Assemblée constate que, dans la pratique, l'accès aux droits des personnes handicapées physiques et mentales à égalité avec les personnes valides reste souvent un vœu pieux et se révèle insuffisant. Aussi se félicite-t-elle de l'élaboration par le Conseil de l'Europe du Plan d'action 2006-2015 pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées (Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres), qui cherche à répondre concrètement aux problèmes les plus graves et les plus courants rencontrés par les personnes handicapées, et à favoriser l'égalité

des chances, et qui préconise un ensemble de mesures pour améliorer la situation des personnes handicapées dans tous les aspects de la vie quotidienne.

(...)

18. Considérant que l'attitude de la société, les préjugés et les mentalités figées demeurent l'obstacle le plus important à l'accès aux droits des personnes handicapées et à leur pleine et active participation dans la société, l'Assemblée invite les Etats membres :

18.1. à intensifier les campagnes d'information et de sensibilisation du grand public aux questions relatives au handicap ;

18.2. à poursuivre et à réprimer juridiquement les pratiques discriminatoires et les attitudes inacceptables à l'encontre des personnes handicapées, en particulier les actes de maltraitance, qu'ils soient individuels ou commis au sein d'établissements de soins ;

18.3. à diffuser des exemples de bonnes pratiques dans tous les domaines de la vie courante, afin de faire mieux comprendre – à tous et particulièrement aux plus jeunes – la portée de cette question, que ce soit dans la société civile, dans l'environnement professionnel ou dans le milieu éducatif ;

18.4. à garantir la participation pleine et active des personnes handicapées à chacun de ces processus.

(...)»

IV. TEXTES PERTINENTS DES NATIONS UNIES

79. Voici les parties pertinentes de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (ratifiée par la Croatie le 15 août 2007 et entrée en vigueur à l'égard de celle-ci le 3 mai 2008) :

Article premier – Objet

«La présente Convention a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque.

Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.»

Article 4 – Obligations générales

«1. Les Etats Parties s'engagent à garantir et à promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales de toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap. A cette fin, ils s'engagent à :

a) Adopter toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention ;

b) Prendre toutes mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour modifier, abroger ou abolir les lois, règlements, coutumes et pratiques qui sont source de discrimination envers les personnes handicapées;

c) Prendre en compte la protection et la promotion des droits de l'homme des personnes handicapées dans toutes les politiques et dans tous les programmes;

d) S'abstenir de tout acte et de toute pratique incompatible avec la présente Convention et veiller à ce que les pouvoirs publics et les institutions agissent conformément à la présente Convention;

e) Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination fondée sur le handicap pratiquée par toute personne, organisation ou entreprise privée;

(...)»

Article 5 – Egalité et non-discrimination

« 1. Les Etats Parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi.

2. Les Etats Parties interdisent toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantissent aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement.

3. Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les Etats Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés.

4. Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention. »

Article 8 – Sensibilisation

« 1. Les Etats Parties s'engagent à prendre des mesures immédiates, efficaces et appropriées en vue de:

a) Sensibiliser l'ensemble de la société, y compris au niveau de la famille, à la situation des personnes handicapées et promouvoir le respect des droits et de la dignité des personnes handicapées;

b) Combattre les stéréotypes, les préjugés et les pratiques dangereuses concernant les personnes handicapées, y compris ceux liés au sexe et à l'âge, dans tous les domaines;

c) Mieux faire connaître les capacités et les contributions des personnes handicapées.

2. Dans le cadre des mesures qu'ils prennent à cette fin, les Etats Parties:

a) Lancent et mènent des campagnes efficaces de sensibilisation du public en vue de:

i. Favoriser une attitude réceptive à l'égard des droits des personnes handicapées;

ii. Promouvoir une perception positive des personnes handicapées et une conscience sociale plus poussée à leur égard ;

iii. Promouvoir la reconnaissance des compétences, mérites et aptitudes des personnes handicapées et de leurs contributions dans leur milieu de travail et sur le marché du travail ;

b) Encouragent à tous les niveaux du système éducatif, notamment chez tous les enfants dès leur plus jeune âge, une attitude de respect pour les droits des personnes handicapées ;

c) Encouragent tous les médias à montrer les personnes handicapées sous un jour conforme à l'objet de la présente Convention ;

d) Encouragent l'organisation de programmes de formation en sensibilisation aux personnes handicapées et aux droits des personnes handicapées.»

**Article 15 – Droit de ne pas être soumis à la torture
ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**

« 1. Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.

2. Les Etats Parties prennent toutes mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher, sur la base de l'égalité avec les autres, que des personnes handicapées ne soient soumises à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.»

**Article 16 – Droit de ne pas être soumis à l'exploitation,
à la violence et à la maltraitance**

« 1. Les Etats Parties prennent toutes mesures législatives, administratives, sociales, éducatives et autres mesures appropriées pour protéger les personnes handicapées, à leur domicile comme à l'extérieur, contre toutes formes d'exploitation, de violence et de maltraitance, y compris leurs aspects fondés sur le sexe.

2. Les Etats Parties prennent également toutes mesures appropriées pour prévenir toutes les formes d'exploitation, de violence et de maltraitance en assurant notamment aux personnes handicapées, à leur famille et à leurs aidants des formes appropriées d'aide et d'accompagnement adaptées au sexe et à l'âge, y compris en mettant à leur disposition des informations et des services éducatifs sur les moyens d'éviter, de reconnaître et de dénoncer les cas d'exploitation, de violence et de maltraitance. Les Etats Parties veillent à ce que les services de protection tiennent compte de l'âge, du sexe et du handicap des intéressés.

3. Afin de prévenir toutes les formes d'exploitation, de violence et de maltraitance, les Etats Parties veillent à ce que tous les établissements et programmes destinés aux personnes handicapées soient effectivement contrôlés par des autorités indépendantes.

4. Les Etats Parties prennent toutes mesures appropriées pour faciliter le rétablissement physique, cognitif et psychologique, la réadaptation et la réinsertion

sociale des personnes handicapées qui ont été victimes d'exploitation, de violence ou de maltraitance sous toutes leurs formes, notamment en mettant à leur disposition des services de protection. Le rétablissement et la réinsertion interviennent dans un environnement qui favorise la santé, le bien-être, l'estime de soi, la dignité et l'autonomie de la personne et qui prend en compte les besoins spécifiquement liés au sexe et à l'âge.

5. Les Etats Parties mettent en place une législation et des politiques efficaces, y compris une législation et des politiques axées sur les femmes et les enfants, qui garantissent que les cas d'exploitation, de violence et de maltraitance envers des personnes handicapées sont dépistés, font l'objet d'une enquête et, le cas échéant, donnent lieu à des poursuites.»

Article 17 – Protection de l'intégrité de la personne

«Toute personne handicapée a droit au respect de son intégrité physique et morale sur la base de l'égalité avec les autres.»

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 2, 3 ET 8 DE LA CONVENTION

80. Les requérants estiment que les autorités croates ne leur ont pas offert une protection adéquate contre le harcèlement que leur ont fait subir des enfants de leur quartier. Ils invoquent les articles 2, 3 et 8 de la Convention, dont voici les parties pertinentes :

Article 2

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

(...)»

Article 3

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

Article 8

« 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

1. Thèses des parties

a) Le Gouvernement

81. Le Gouvernement estime inapplicables dans les circonstances de l'espèce les articles 2 et 3 de la Convention. Pour ce qui est de l'article 2, la vie des requérants n'aurait jamais été menacée de quelque manière que ce soit. Quant à l'article 3, le degré requis de gravité n'aurait pas été atteint, le harcèlement dénoncé étant surtout verbal et les blessures subies par le premier requérant le 4 avril 2009 étant légères. La volonté exprimée par l'intéressé de se promener montrerait qu'il n'a pas été traumatisé par les événements en cause.

82. Le Gouvernement soutient en outre que les requérants n'ont pas épuisé toutes les voies de recours internes disponibles. Il estime qu'ils auraient dû former une action en réparation au civil contre les enfants en cause et leurs parents, contre l'école où les enfants étaient scolarisés ou contre d'autres autorités. Il ajoute qu'ils auraient pu chercher à engager la responsabilité des parents pour contravention. Il considère de plus qu'ils auraient pu assigner les autorités compétentes au moyen d'une «action contre une voie de fait» en vertu de la loi sur les litiges administratifs. Il expose que, dans le cadre d'une telle action, le juge compétent aurait été tenu de statuer dans l'urgence et que son jugement aurait été exécutoire dans les trois jours à compter de sa date de signification aux parties.

83. S'agissant des faits survenus les 10 avril et 13 mai 2010, le Gouvernement soutient que leurs auteurs allégués, P.B. et Z.B., étaient alors âgés de quatorze ans et que leur responsabilité pénale pouvait donc être engagée. L'enquête pénale étant toujours en cours, tirer un quelconque grief de ces faits serait prématuré.

b) Les requérants

84. Les requérants soutiennent en réponse qu'ils ont été victimes d'un harcèlement constant se caractérisant notamment par des actes de violence physique contre le premier requérant et par des violences verbales contre eux deux. Ce harcèlement aurait perturbé leur vie quotidienne et aurait été constamment pour eux source de vives angoisses et souffrances,

surtout compte tenu de l'état de santé du premier requérant. Ces méfaits répétitifs auraient atteint le degré de gravité requis par les articles 3 et 8 de la Convention et l'article 2 de la Convention trouverait lui aussi à s'appliquer du fait de la surenchère dans les violences subies par le premier requérant au vu de sa vulnérabilité extrême et du risque, attesté par les recherches sur les délits « handicapophobes », qu'un harcèlement bénin, si rien n'est fait, dégénère en véritables actes de violence pouvant se solder dans des cas extrêmes par des décès ou par de graves sévices.

85. Sur la question de l'épuisement des recours internes, les requérants estiment que l'ordre juridique croate ne leur offrait aucune voie de droit pour obtenir réparation d'un délit « handicapophobe ». C'est ce que confirmerait la non-production par le Gouvernement d'une quelconque jurisprudence pertinente qui aurait permis d'étayer la thèse, défendue par lui, de la disponibilité et de l'effectivité des recours qu'il évoque.

86. S'agissant de l'éventualité d'engager contre l'administration une action contre une voie de fait sur la base de l'article 67 de la loi sur les litiges administratifs, les requérants soutiennent que, compte tenu de ses conditions de recevabilité – par exemple celles exigeant que la voie de fait soit constitutive d'une violation de la Convention, que l'action ne soit ouverte qu'en dernier ressort et que la voie de fait se poursuive à la date de l'introduction de l'instance –, ce recours est inefficace en l'espèce.

87. Pour ce qui est de l'éventualité d'une action en réparation au civil contre les parents des enfants en cause, les requérants soutiennent que la Cour a déjà dit dans des affaires croates que, pour décourager effectivement les attaques contre l'intégrité physique d'une personne, il faut des mécanismes efficaces de droit pénal assurant à cet égard une protection adéquate (*Sandra Janković c. Croatie*, n° 38478/05, § 36, 5 mars 2009).

88. En ce qui concerne la procédure pour contravention, les requérants estiment qu'elle ne s'applique qu'aux contraventions contre l'ordre public et qu'un recours de ce type est donc manifestement inadapté aux atteintes à leur intégrité physique et morale.

89. Quant à l'argument tiré par le Gouvernement de ce que la requête ait été introduite prématurément pour ce qui est des événements des 10 avril et 13 mai 2010 au motif que l'enquête conduite à ce sujet serait toujours en cours, les requérants répliquent qu'ils n'ont jamais reçu la moindre information officielle faisant état de l'ouverture d'une quelconque enquête de cette nature et que, en tout état de cause, l'action des autorités a connu des retards injustifiés. De surcroît, l'enquête porterait sur des incidents isolés et non sur la situation globale dans laquelle ils se trouvaient.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Quant à l'applicabilité aux circonstances de l'espèce des articles 2, 3 et 8 de la Convention**

i. A l'égard du premier requérant

90. La Cour prend note des incidents répétés de comportements violents dont a été victime le premier requérant. Les faits dénoncés concernent des cas fréquents de harcèlement survenus entre le 31 juillet 2008 et le mois de février 2011, soit pendant environ deux ans et demi. Il s'agit d'un harcèlement autant verbal que physique, à l'occasion duquel notamment le premier requérant a eu les mains brûlées à l'aide de cigarettes, s'est fait plaquer contre un grillage en fer et a été frappé avec un ballon. Les incidents en l'espèce se rattachant tous à une série de faits commis par un groupe d'enfants et s'étalant sur une longue période, la Cour les examinera comme une situation continue.

91. La Cour relève que les faits de harcèlement commis contre le premier requérant par des enfants du quartier et des enfants scolarisés dans une école primaire voisine sont bien établis, notamment par des procès-verbaux de police et des rapports médicaux. Ceux-ci attestent des conséquences néfastes de ces incidents sur la santé physique et mentale de l'intéressé. Les documents relatifs à ce dernier indiquent qu'il souffre de graves troubles mentaux mais qu'il est une personne pacifique et inoffensive qui ne peut pas et ne sait pas se défendre contre ses tourmenteurs. En raison du harcèlement constamment subi par lui, il a dû suivre une psychothérapie, a souvent peur et vit dans l'angoisse. Il a été recommandé qu'il sorte de cette spirale de harcèlement.

92. Le premier requérant allègue de manière crédible que, pendant longtemps, il a été l'objet de menaces d'atteinte à son intégrité physique et morale et a bel et bien été harcelé ou agressé à plusieurs reprises.

93. La Cour en conclut que les autorités croates avaient l'obligation positive de protéger le premier requérant du comportement violent des enfants en cause. Au vu des circonstances de l'espèce, cette obligation était née sur le terrain tant de l'article 3 que de l'article 8 de la Convention mais la Cour estime, toujours compte tenu de ces circonstances, qu'il suffit d'analyser les griefs de l'intéressé sous l'angle du seul article 3.

94. La Cour rappelle qu'un mauvais traitement doit atteindre un seuil minimal de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3. L'appréciation de ce seuil est relative; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la nature et du contexte du traitement, de sa durée et de ses conséquences physiques ou mentales ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et

de l'état de santé de la victime (*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, § 30, série A n° 247-C, et *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, § 20, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI).

95. La Cour a estimé un traitement « inhumain », notamment pour avoir été appliqué avec préméditation pendant des heures et avoir causé sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 120, CEDH 2000-IV). Elle a considéré qu'un traitement était « dégradant » en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale (*Hurtado c. Suisse*, 28 janvier 1994, avis de la Commission, § 67, série A n° 280-A et *Wieser c. Autriche*, n° 2293/03, § 36, 22 février 2007).

96. La Cour considère que le harcèlement du premier requérant – à cause duquel il a subi au moins une fois des blessures physiques et qui, de surcroît, a fait naître en lui un sentiment de crainte et d'impuissance – est suffisamment sérieux pour atteindre le degré de gravité nécessaire pour relever de l'article 3 de la Convention et que, dès lors, cette disposition est applicable en l'espèce (*Price c. Royaume-Uni*, n° 33394/96, § 24, CEDH 2001-VII, et *Milanović c. Serbie*, n° 44614/07, § 87, 14 décembre 2010).

ii. A l'égard de la seconde requérante

97. En ce qui concerne la seconde requérante, la Cour constate qu'elle n'a été exposée à aucune forme de violence contre son intégrité physique. Cela dit, il ne fait aucun doute que le harcèlement constant subi par le premier requérant, son fils handicapé dont elle a la charge, et que les incidents de harcèlement qui l'ont touchée personnellement elle aussi, fût-ce plus modérément, ont été source de perturbations dans le déroulement de sa vie quotidienne et ont porté atteinte à sa vie privée et familiale. En effet, la notion de vie privée englobe l'intégrité morale de la personne, ainsi que les relations des individus entre eux.

98. Il s'ensuit que l'article 8 est applicable aux circonstances de l'espèce pour ce qui est des griefs relatifs à la seconde requérante.

b) Quant à l'épuisement des recours internes

99. La Cour rappelle que la finalité de l'article 35 est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention. Les Etats n'ont donc pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. La règle de l'épuisement des

recours internes visée à l'article 35 de la Convention impose au requérant de ne se prévaloir que des seuls recours normalement disponibles et suffisants pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues; il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, §§ 74 et 75, CEDH 1999-V).

100. L'article 35 prévoit une répartition de la charge de la preuve. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, § 68, *Recueil* 1996-IV).

101. La Cour souligne qu'elle doit appliquer la règle de l'épuisement des recours internes en tenant dûment compte du contexte. Elle a ainsi reconnu que l'article 35 doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif (*Cardot c. France*, 19 mars 1991, § 34, série A n° 200). Elle a de plus admis que cette règle ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu; en en contrôlant le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause (*Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, § 35, série A n° 40). Cela signifie notamment que la Cour doit tenir compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique de la Partie contractante concernée, mais également du contexte juridique et politique dans lequel ils se situent ainsi que de la situation personnelle des requérants (*Akdivar et autres*, précité, § 69).

102. Pour ce qui est de la présente affaire, la Cour relève que le Gouvernement dit que les requérants auraient dû former une action en réparation au civil contre les parents des enfants impliqués dans les actes de harcèlement et de violence perpétrés contre le premier requérant, ajoutant qu'ils avaient également la possibilité de chercher à engager la responsabilité de ces mêmes parents pour contravention.

103. Sur ce point, la Cour rappelle qu'il est question en l'espèce non pas de la responsabilité individuelle des parents des enfants en cause mais de l'absence alléguée de réaction adéquate des autorités compétentes de l'Etat face à des actes répétés de harcèlement et de violence commis par des enfants à l'égard desquels, compte tenu de leur jeune âge, le droit national excluait toute poursuite pénale.

104. Pour ce qui est de l'argument tiré par le Gouvernement de ce que la requête ait été introduite prématurément au motif que les enfants P.B., Z.B. et I.S., présentés comme impliqués dans les événements des 10 avril et 13 mai 2010, étaient alors âgés de quatorze ans et donc pénalement responsables, la Cour rappelle tout d'abord que la question de la responsabilité pénale individuelle ne se pose pas en l'espèce. En tout état de cause, les incidents en question ont eu lieu en avril et mai 2010, et le Gouvernement n'a pas démontré que des mesures autres que les interrogatoires de ces enfants conduits par la police en juillet, août et septembre 2010 eussent été prises.

105. Cependant, la question de l'effectivité, au vu des circonstances particulières de l'espèce, de certains autres recours évoqués par le Gouvernement mérite examen. La Cour relève que les articles 67 à 76 de la loi sur les litiges administratifs prévoient l'«action contre une voie de fait» (paragraphes 66 et 67 ci-dessus), un recours en justice ouvert à toute personne estimant que les pouvoirs publics ont porté atteinte à ses droits ou libertés garantis par la Constitution et qu'aucun autre recours judiciaire ne lui est disponible. Ce recours ainsi que celui prévu par l'article 66 de cette même loi contre un «acte individuel définitif» (paragraphe 65 ci-dessus) sont des voies de dernier ressort qui ne peuvent être empruntées qu'en l'absence de toute autre protection judiciaire contre les décisions ou les autres actions ou omissions (factuelles) de l'administration susceptibles de violer des droits ou libertés garantis par la Constitution. L'idée qui sous-tend ces recours est que les droits et libertés constitutionnels sont si précieux que le juge ne saurait les laisser sans protection.

106. La Cour relève en outre que le droit de ne pas être victime de mauvais traitements et le droit au respect de la vie privée et familiale de chacun sont l'un comme l'autre garantis par la Constitution croate. De plus, il ressort de la jurisprudence pertinente des tribunaux croates que les recours ci-dessus peuvent également être formés en cas d'inaction, comme dans le cas présent où les requérants reprochent aux autorités nationales de ne pas avoir pris les mesures appropriées. Toutefois, certaines questions se posent quant à l'effectivité d'une telle action au vu des circonstances de l'espèce.

107. Tout d'abord, le Gouvernement ne précise pas quelle autorité pouvait être tenue pour responsable d'un défaut d'adoption de mesures adéquates. Le recours qu'il évoque étant une «action contre une voie de fait» (y compris une omission), il aurait été nécessaire d'établir quel organe était tenu d'agir et sur la base de quelle loi. Ensuite, un recours dirigé contre une omission ne peut être introduit que contre l'agent public à qui la loi donnait obligation d'agir. Or il eût été difficile en l'espèce de désigner nommément l'agent public investi d'une telle obligation. De surcroît, le Gouvernement est muet à ce sujet. La Cour relève à cet égard que les requérants tirent

notamment grief de ce que la loi n'imposât à aucune instance de l'Etat de prendre une quelconque mesure dans la situation dénoncée.

108. Le recours en question, fondé sur la loi sur les litiges administratifs, aurait nécessité la saisine des tribunaux civils ordinaires. Le Gouvernement n'a pas indiqué si, dans le cadre d'un tel recours, il eût été possible d'appliquer une mesure provisoire de quelque type que ce fût. Or la situation dénoncée par les requérants montre que ceux-ci étaient continuellement harcelés, parfois presque quotidiennement, et ils tirent essentiellement grief de ce que, bien que conscientes de cette situation, les autorités nationales n'aient pas pris les mesures qui s'imposaient pour empêcher la répétition du harcèlement. La situation appelait donc une réaction immédiate des autorités de l'Etat. Or le Gouvernement n'a pas démontré que l'un quelconque des recours évoqués par lui eût permis une réaction immédiate de ce type face à cette situation de harcèlement.

109. Dès lors, pour ce qui est de l'«action contre une voie de fait» et de l'action en réparation au civil contre l'Etat en vertu de la loi sur les obligations civiles, le Gouvernement n'a pas démontré que ces recours eussent permis l'adoption des mesures promptes et appropriées qu'imposaient les circonstances de l'espèce.

110. A ce stade, la Cour rappelle que l'obligation d'épuiser les voies de recours internes repose sur le caractère subsidiaire des instruments de la Convention, c'est-à-dire sur le principe voulant que les autorités nationales doivent au préalable avoir eu la possibilité de remédier aux violations dénoncées. A cet égard, elle relève que la seconde requérante s'est plainte à plusieurs reprises de ce harcèlement constant auprès de diverses autorités nationales, par exemple la police et le parquet, le centre d'aide sociale compétent et l'école où étaient scolarisés les enfants en cause. Elle estime donc que, ayant ainsi donné aux autorités compétentes une possibilité adéquate de réagir à ces allégations et de mettre fin au harcèlement dénoncé, l'intéressée a épuisé les recours internes disponibles.

111. De plus, les requérants ont fait état de lacunes dans le système croate de protection des personnes handicapées contre les actes de harcèlement et de violence, notamment quant au régime encadrant l'action des autorités compétentes et aux mécanismes prévus. A cet égard, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas démontré que ces questions eussent pu être examinées dans le cadre de l'un quelconque des recours qu'il évoque.

112. Il s'ensuit que les requérants n'étaient pas tenus d'épuiser aussi les recours évoqués par le Gouvernement. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a pris en considération les circonstances particulières de l'espèce ainsi que le fait qu'un droit aussi fondamental que celui de ne pas être soumis à un traitement inhumain ou dégradant est en jeu et que la Convention est

censée garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, par exemple, *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 34, CEDH 1999-I). Aussi y a-t-il lieu de rejeter l'exception soulevée par le Gouvernement.

c) Conclusion

113. La Cour conclut que les griefs soulevés sur le terrain des articles 3 et 8 de la Convention ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il y a donc lieu de les déclarer recevables.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

114. Les requérants s'attachent tout d'abord à la question des violences subies par le premier requérant, en tant que délit «handicapophobe». Les études consacrées à ce problème montreraient que, en proportion, les handicapés sont bien plus souvent victimes d'abus et de violences que le reste de la population et que ces méfaits sont très répandus. Les violences contre les personnes mentalement handicapées prendraient le plus souvent les formes suivantes: coups de pied, morsures, invectives, tracasseries, vols, bourrades, menaces, jets d'objets, exhortations à quitter un bâtiment, heurts, hurlements dans leur direction, insultes, extorsion d'argent, tirage de cheveux, jets de pierres, crachats, doigts enfoncés, coups de poing, passages à tabac et têtes cognées contre les murs. Les personnes handicapées seraient souvent victimes de violences continues perpétrées par les mêmes individus. Les sévices seraient souvent le fait de bandes de jeunes qui ciblent systématiquement la même personne, comme ici.

115. Les handicapés seraient habituellement harcelés parce qu'ils sont perçus comme inférieurs. Les violences et l'hostilité pourraient avoir des conséquences très diverses, oscillant par exemple entre les séquelles émotionnelles, physiques et sexuelles et le décès de la victime. Les personnes handicapées seraient parfois contraintes de réorganiser leur vie quotidienne afin de pallier les risques.

116. Dans leurs observations, les requérants invoquent également les matériaux internationaux précités, en particulier la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et les obligations qui en découlent.

117. Les requérants disent que, parce qu'ils sont d'origine serbe et que le premier requérant est handicapé, un groupe d'enfants non identifiés pour la plupart leur ont fait constamment subir un harcèlement et des sévices pendant plus de cinq ans. Le harcèlement aurait surtout consisté en des insultes verbales et en d'autres formes d'incivilités, par exemple des crachats, des bruits, des messages d'insulte écrits sur le trottoir et des dommages causés au lieu de résidence des intéressés. Ces derniers en auraient beaucoup souffert. Outre le préjudice physique ainsi subi, le harcèlement constant aurait eu des conséquences particulièrement néfastes sur le bien-être mental du premier requérant, comme l'aurait attesté son psychologue.

118. De plus, les requérants auraient été contraints de changer leur routine quotidienne. Se promener chaque jour au parc, s'y asseoir sur un banc et parler aux gens serait essentiel au premier requérant pour qu'il puisse peu à peu vivre de manière autonome et se sentir inséré dans la société. Or, parce que des enfants de son quartier le harcelaient constamment, il aurait été contraint de mettre fin à toutes ces activités.

119. S'appuyant largement sur la jurisprudence de la Cour concernant les obligations positives que font peser sur l'État les articles 3 et 8 de la Convention, les requérants soutiennent que les autorités compétentes croates étaient tenues de prendre des mesures positives pour les protéger de ces dommages perpétrés par des tiers. Alors que la seconde requérante leur aurait signalé à plusieurs reprises les mauvais traitements auxquels ils étaient exposés, les autorités n'auraient quasiment rien fait pour empêcher la répétition de ces sévices. Elles auraient donc su que le harcèlement subi par le premier requérant était répétitif.

120. Or, bien qu'au fait de la situation des requérants, les autorités compétentes n'auraient pas fait cesser le harcèlement et les exactions en question comme elles en avaient l'obligation. Les requérants soutiennent que l'on ne pouvait pas savoir précisément quelle autorité avait compétence pour régler leur problème. S'agissant de l'argument tiré par le Gouvernement de ce que la police ait réagi comme il le fallait à toutes les plaintes formulées par la seconde requérante, ils estiment que la police n'a pas pris toute la mesure de ces méfaits continus ni empêché leur répétition. La police n'aurait pas procédé à l'identification des malfaiteurs. Elle se serait contentée d'arriver sur les lieux et de les exhorter à partir. Le laxisme dont elle aurait ainsi fait preuve n'aurait eu aucun effet dissuasif. De plus, la police aurait traité chaque cas de harcèlement comme un incident isolé, sans saisir le caractère continu de la situation. Elle n'aurait pris non plus aucune des mesures qui s'imposaient, par exemple ouvrir une action pour contraventions contre les parents des enfants impliqués.

121. Les requérants considèrent que le centre d'aide sociale compétent aurait dû enquêter sur ce dossier et établir les faits pertinents, inviter les parents des enfants en cause à une réunion de manière à faire la lumière sur leurs cas personnels, prendre des mesures de protection pour empêcher la répétition des violences, conseiller ou contraindre les auteurs des faits et leurs parents à consulter un spécialiste, contrôler la situation et rendre compte des mesures prises. Or le centre d'aide sociale de Susedgrad n'aurait rien fait de tout cela. Certes, en 2009, il aurait pris des mesures contre l'un des mineurs impliqués dans l'incident concernant les brûlures de cigarettes et l'aurait mis sous la surveillance d'une assistante sociale avant de saisir le juge afin de le placer pendant une année dans un établissement pour enfants au comportement problématique. Mais il aurait fait tout cela en raison non pas de l'agression subie par le premier requérant mais de l'ensemble des problèmes de comportement de l'enfant en question.

122. Quant aux autorités de l'établissement où les enfants en cause étaient scolarisés, les requérants disent qu'elles n'ont pris aucune des mesures disciplinaires adoptables contre les élèves au comportement violent, par exemple prononcer un avertissement, une réprimande, une réprimande sévère ou l'exclusion de l'école. Certes, lesdites autorités auraient bien pris certaines autres mesures, par exemple inviter les parents et les enfants à faire en sorte que les comportements violents contre les requérants cessent ou organiser des réunions pour faire part aux élèves de ce qu'il faut faire et de ce qu'il ne faut pas faire avec les personnes ayant des besoins spéciaux. Elles auraient aussi organisé des entretiens avec les élèves concernés. Or ces mesures n'auraient pas permis d'empêcher la répétition des violences contre les requérants.

123. De même, aucune des autres autorités n'aurait fait grand-chose pour empêcher les violences et le harcèlement subis par les requérants.

b) Le Gouvernement

124. Le Gouvernement soutient que, mis à part les incidents signalés à la police et attestés par les procès-verbaux dressés par celle-ci, les requérants n'ont prouvé l'existence d'aucun autre incident. Il estime que les autorités compétentes ont pris toutes les mesures qui s'imposaient pour protéger les intéressés du harcèlement. A chaque fois, la seconde requérante aurait appelé la police puis celle-ci serait arrivée dans les meilleurs délais et aurait interrogé les enfants en cause avant de les mettre en garde contre leur mauvais comportement. Un procès-verbal aurait été chaque fois dressé puis communiqué au parquet.

125. L'établissement où les enfants en cause étaient scolarisés aurait lui aussi toujours promptement réagi aux allégations de harcèlement des

requérants. Les membres de son personnel auraient souvent discuté des personnes ayant des besoins spéciaux avec les élèves et leurs parents. Ils auraient dit à ces derniers d'en parler avec leurs enfants et le directeur de l'école leur aurait adressé une lettre à cet effet.

126. Pour ce qui est de l'incident du 4 avril 2009, le Gouvernement soutient que les autorités nationales ont pris toutes les mesures qui s'imposaient pour identifier l'auteur des faits. Elles auraient finalement découvert que la personne qui avait brûlé les mains du premier requérant à l'aide d'une cigarette était I.M., un enfant âgé de moins de quatorze ans. Ce dernier étant pénalement irresponsable du fait de son âge, elles auraient conseillé aux requérants de former une action en réparation devant le juge civil. Le parquet compétent aurait communiqué ses conclusions tant à la médiatrice pour l'enfance qu'au centre d'aide sociale compétent.

127. S'agissant des faits survenus les 10 avril et 13 mai 2010, ainsi que des allégations faisant état d'un harcèlement constant subi par le premier requérant, la police aurait interrogé les enfants P.B., Z.B. et I.S. L'enquête se poursuivrait et, ces derniers étant tous déjà âgés de plus de quatorze ans à la date des faits allégués, leur responsabilité pénale pourrait être engagée.

128. Le Gouvernement conclut de ces éléments que les autorités nationales ont agi avec promptitude et diligence à l'égard de chaque plainte formulée par les requérants et pris toutes mesures pour empêcher la répétition du harcèlement. Depuis juin 2010, il n'y aurait eu aucune autre plainte.

129. Le Gouvernement tient à ajouter que les parents ont une grande responsabilité pour ce qui est d'empêcher leurs enfants de mal se comporter. Les autorités de l'école, ainsi que les services sociaux, auraient toujours signalé aux parents des enfants en cause les problèmes causés par ceux-ci.

130. Par ailleurs, la seconde requérante, en tant que mère du premier requérant, porte elle aussi une certaine responsabilité dans la prise en charge de son fils. Il aurait été établi que le premier requérant a besoin d'une aide pour marcher et de la présence constante de sa mère près de lui, qu'il souffre d'épilepsie et que sa vue est mauvaise. Les services sociaux ayant averti sa mère de ne pas le laisser sortir seul de l'appartement, le Gouvernement estime que le respect de cette mise en garde aurait réglé tous les problèmes tenant aux contacts physiques de l'intéressé avec autrui et que, si la seconde requérante l'avait toujours accompagné à l'extérieur, elle aurait pu sensibiliser les autres enfants à la situation de son fils.

c) Le tiers intervenant

131. Le European Disability Forum voit les questions qui se posent en l'espèce sous l'angle des délits « handicapophobes ». Il dit que reconnaître un

délict inspiré par la haine des handicapés représente un défi pour bon nombre d'ordres juridiques étant donné que, à cause de leur vulnérabilité, les services répressifs et les tribunaux ont moins tendance à qualifier ces méfaits de délits motivés par la haine. Deux études distinctes au Royaume-Uni montreraient que, si les personnes handicapées risquent quatre fois plus que les autres d'être agressées verbalement et physiquement, elles risquent deux fois moins de signaler ces méfaits à la police.

132. Le tiers intervenant ajoute que les comportements hostiles à l'égard des handicapés donnant lieu à des agressions violentes sont par nature discriminatoires puisque les victimes ont été choisies à cause de leur handicap visible. Il soutient que la crainte des personnes ayant un tel handicap et dont l'apparence est considérée comme « dérangeante et déplaisante » est la raison principale pour laquelle elles sont victimes de violences. Ces personnes passeraient souvent pour inférieures ou responsables de leur propre état, faisant peser le fardeau sur la société dans son ensemble.

133. La crainte de ce qui est « différent » ne serait nourrie que lorsque la victime potentielle est considérée comme vulnérable. Les auteurs de méfaits de ce type profiteraient de la vulnérabilité des handicapés pour les attaquer, surtout lorsque ceux-ci sont agressés aux fins non pas de les dévaliser mais de les humilier et de les atteindre dans leur individualité.

134. Le European Disability Forum ajoute que la reconnaissance du délict « handicapophobe » en tant que tel est une tendance récente. Invoquant l'article 5 de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (précitée), il estime que cette disposition confirme le droit pour toutes les personnes handicapées à être protégées au même titre que les autres. Sur ce fondement, l'Etat pourrait reconnaître la discrimination fondée sur le handicap de la victime et y remédier. Cela supposerait qu'il ait une connaissance suffisante des handicaps pour permettre l'application de la loi en satisfaisant les besoins des personnes qui en souffrent. Dans certains cas, le respect du principe de non-discrimination pourrait imposer de reconnaître la spécificité de la situation des personnes handicapées par rapport aux autres. Le deuxième paragraphe de l'article 5 ferait mention de l'obligation incombant à l'Etat de protéger lesdites personnes contre les discriminations, quel que soit leur fondement. Une nouvelle fois, pour que cette obligation soit respectée, il faudrait que les agents de l'Etat soient particulièrement bien formés.

135. Le tiers intervenant souligne par ailleurs que la Convention des Nations unies oblige les Etats parties à prendre « toutes mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher (...) que des personnes handicapées » ne soient soumises à des violences, ce qui

nécessiterait là aussi une formation pour les personnes travaillant dans l'administration de la justice.

136. En conclusion, le European Disability Forum soutient que, jusqu'à présent, les délits « handicapophobes » n'ont pas suffisamment attiré l'attention du législateur et des autorités chargées de l'application de la loi. De ce fait, les délits de ce type ne seraient pas reconnus en tant que tels et ces phénomènes seraient peu signalés et mal compris. Les autorités devraient réagir à ce problème non plus en aval mais en amont et chercher à protéger les personnes handicapées de tous les actes de violence.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **En ce qui concerne le premier requérant**

i. Principes généraux

137. La Cour rappelle que l'article 3 de la Convention doit être considéré comme l'une des dispositions primordiales de la Convention et comme consacrant l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 49, CEDH 2002-III). Contrastant avec les autres dispositions de la Convention, l'article 3 est libellé en termes absolus, ne prévoyant ni exceptions ni conditions, et d'après l'article 15 de la Convention il ne souffre nulle dérogation (voir, entre autres, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil* 1996-V).

138. La Cour rappelle que, sur le point de savoir si la responsabilité de l'Etat peut être engagée sur le terrain de l'article 3 à raison de mauvais traitements infligés par des entités autres que lui, l'obligation que l'article 1 de la Convention fait aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande, en combinaison avec l'article 3, de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers (voir, *mutatis mutandis*, *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, § 40, *Recueil* 1997-III). Ces dispositions doivent permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables, et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance (voir, *mutatis mutandis*, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 116, *Recueil* 1998-VIII, et *E. et autres c. Royaume-Uni*, n° 33218/96, § 88, 26 novembre 2002).

139. Eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain

et aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut toutefois interpréter cette obligation positive de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour qu'il y ait obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un individu donné était menacé de manière réelle et immédiate dans sa vie et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque. Une autre considération pertinente est la nécessité de s'assurer que la police exerce son pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité en respectant pleinement les voies légales et autres garanties qui limitent légitimement l'étendue de ses actes d'investigations criminelles et de traduction des délinquants en justice, y compris les garanties figurant à l'article 8 de la Convention (*Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, § 53, CEDH 2006-XI, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01, § 96, 3 mai 2007, et *Milanović*, précité, § 84; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Osman*, précité, § 116).

140. La Cour va donc rechercher si, lorsqu'il s'est occupé du cas du premier requérant, l'Etat défendeur a manqué aux obligations positives que fait peser sur lui l'article 3.

ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés

141. La Cour relève d'emblée que les actes de violence contraires à l'article 3 de la Convention appellent normalement des mesures de droit pénal contre leurs auteurs (*Beganović c. Croatie*, n° 46423/06, § 71, 25 juin 2009, pour ce qui est de l'article 3, et *Sandra Janković*, précité, § 47, pour ce qui est de l'article 8).

142. Or, en l'espèce, la plupart des infracteurs allégués étaient des enfants âgés de moins de quatorze ans à l'égard desquels le droit national interdisait toute sanction de droit pénal. De plus, au vu des circonstances particulières de la cause, il est question d'incidents de harcèlement qui, si aucun d'entre eux n'est peut-être constitutif en lui-même d'une infraction pénale, pourraient dans leur globalité être incompatibles avec les exigences de l'article 3 de la Convention. Dès lors, la présente espèce se distingue des affaires relatives aux obligations procédurales de droit pénal incombant à l'Etat à raison des faits de mauvais traitements contraires à l'article 3 de la Convention et lui imposant de conduire d'office une enquête complète, effective et indépendante.

143. La présente affaire porte sur la question des obligations positives de l'Etat dans un autre type de situation, hors de la sphère du droit pénal, où, alors qu'elles étaient au fait d'un cas de harcèlement grave, voire de violences, contre une personne atteinte de handicaps physiques et mentaux, les autorités compétentes de l'Etat n'auraient pas apporté à cette situation une réponse adéquate qui eût permis de remédier comme il convenait aux méfaits déjà survenus et d'en empêcher la répétition.

144. Au vu de ces éléments, la Cour va rechercher tout d'abord si les autorités compétentes étaient ou auraient dû être au fait du harcèlement et des violences dont le premier requérant était victime.

145. A cet égard, la Cour constate qu'il ressort du dossier que, dès le 31 juillet 2008, la seconde requérante signala à la police le harcèlement que des enfants du quartier faisaient sans cesse subir à son fils. Elle relata également à la police de nombreux autres incidents, notamment celui du 4 avril 2009, au cours duquel les mains de son fils avaient été brûlées à l'aide de cigarettes. En avril 2009, elle fit part de ce même incident à la médiatrice pour les personnes handicapées. Entre mai et juillet 2009, la police avisa le parquet ainsi que le centre d'aide sociale compétent des sévices dont aurait été victime le premier requérant et, au mois de septembre 2009, les autorités scolaires en furent dûment informées elles aussi.

146. Au vu de ces éléments, la Cour est convaincue que les autorités nationales étaient au fait du harcèlement que faisaient sans cesse subir au premier requérant des enfants de son quartier et des enfants scolarisés dans une école voisine. Elle va donc rechercher si ces mêmes autorités ont pris toutes mesures raisonnables eu égard aux circonstances de l'espèce pour protéger le requérant de ces méfaits.

147. Dans le cas d'espèce, où des incidents de violence ont persisté pendant un certain temps, la Cour estime que les autorités compétentes n'ont pas pris de mesures suffisantes permettant de jauger la gravité du problème et d'en empêcher la répétition.

148. Certes, la police a interrogé quelques-uns des enfants présentés comme étant impliqués dans certains des incidents et les autorités scolaires ont discuté du problème avec les élèves et leurs parents. Cependant, aucune initiative sérieuse n'a été prise pour apprécier la nature réelle de la situation dénoncée et pour pallier l'absence de prise en compte de ces faits comme un tout, ce pourquoi aucune mesure adéquate et globale n'a été adoptée. Ainsi, les constats de la police n'ont donné lieu à aucune autre action concrète : aucune décision de principe n'a été adoptée, et aucun mécanisme de surveillance n'a été mis en place pour constater et empêcher la poursuite du harcèlement. La Cour est frappée par le manque d'implication réelle des services sociaux et par l'absence de tout élément faisant état d'une consultation d'experts

en la matière, lesquels auraient pu faire les recommandations nécessaires et travailler avec les enfants concernés. De même, aucune prise en charge n'a été proposée au premier requérant pour l'aider. La Cour constate que, en réalité, à part avoir réagi à certains incidents précis, les autorités compétentes n'ont adopté aucune mesure générale digne de ce nom pour s'attaquer au problème de fond alors qu'elles savaient que le premier requérant était systématiquement ciblé et que les agressions allaient très vraisemblablement se répéter à l'avenir.

149. La Cour en conclut que les autorités compétentes de l'Etat n'ont pas pris toutes mesures raisonnables pour empêcher les exactions dont le premier requérant a été victime, alors que le risque que celles-ci se poursuivent était réel et prévisible.

150. Il y a donc eu violation de l'article 3 de la Convention à l'égard du premier requérant.

b) En ce qui concerne la seconde requérante

i. Principes généraux

151. 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 familiale, qui peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux (*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91, *Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 33, *Recueil* 1998-I, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 57, CEDH 2002-I, et *Sandra Janković*, précité, § 44).

152. La Cour a déjà jugé, dans différents contextes, que la notion de vie privée englobe l'intégrité morale de la personne. Dans certaines circonstances, l'article 8 donne obligation à l'Etat de protéger l'intégrité morale d'une personne des actes commis par autrui. La Cour a dit aussi que l'Etat a l'obligation positive d'assurer le respect de la dignité humaine et, à certains égards, de la qualité de vie (*L. c. Lituanie*, n° 27527/03, § 56, CEDH 2007-IV, et, *mutatis mutandis*, *Pretty*, précité, § 65).

ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés

153. La Cour considère que les faits de harcèlement continu évoqués ci-dessus ont également porté atteinte à la vie privée et familiale de la seconde requérante. Elle a conclu que les autorités de l'Etat n'avaient pas pris de mesures appropriées et utiles pour empêcher que le premier requérant ne fût de nouveau harcelé. De la même manière, les autorités de l'Etat n'ont offert

à sa mère aucune protection adéquate sur ce point. Il y a donc également eu violation de l'article 8 de la Convention à l'égard de la seconde requérante.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

154. Les requérants soutiennent par ailleurs que les exactions commises à leur encontre et la réaction des autorités compétentes étaient également discriminatoires en ce qu'elles auraient été motivées par leur origine ethnique serbe et par le handicap du premier requérant. 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. »

Sur la recevabilité

1. Thèses des parties

155. Le Gouvernement soutient que les requérants auraient pu former une action fondée sur la loi de prévention des discriminations, ce qui leur aurait permis de demander la reconnaissance de toute discrimination éventuelle visée dans cette loi, une décision ordonnant la cessation de cette discrimination et de ses conséquences, ainsi qu'une indemnisation.

156. Les requérants rétorquent qu'une action sur la base de la loi de prévention des discriminations ne constitue pas un recours effectif parce qu'ils n'auraient pas pu tirer grief de la situation particulière dénoncée. Ils ajoutent que, deux ans après l'entrée en vigueur de cette loi, aucune jurisprudence pertinente ne montrerait soit qu'une action introduite sur la base de cette loi ait gagné la confiance du justiciable, soit que les procédures ouvertes dans ce cadre aient progressé avec une célérité adéquate.

2. Appréciation de la Cour

157. La Cour rappelle que l'article 14 n'a pas d'existence autonome, mais joue un rôle important de complément des autres dispositions de la Convention et de ses Protocoles puisqu'il protège les individus, placés dans des situations analogues, contre toute discrimination dans la jouissance des droits énoncés dans ces autres dispositions (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 67, série A n° 45, *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 89, CEDH 1999-III, et *Timichev*

c. Russie, n^{os} 55762/00 et 55974/00, § 53, CEDH 2005-XII). L'article 14 peut entrer en jeu même sans un manquement aux exigences desdites dispositions et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins de ces dispositions (voir, par exemple, *Van Buitenen c. Pays-Bas*, n^o 11775/85, décision de la Commission du 2 mars 1987, non publiée, et *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n^o 27417/95, § 86, CEDH 2000-VII).

158. La Cour a également jugé que, quand bien même aucune disposition matérielle de la Convention ne serait applicable, l'article 14 peut néanmoins trouver à s'appliquer (*Savez crkava « Riječ života » et autres c. Croatie*, n^o 7798/08, § 58, 9 décembre 2010). Dès lors, les questions de recevabilité touchant l'article 14 peuvent faire l'objet d'un examen distinct.

159. En l'espèce, la Cour examinera sur le terrain de l'article 14 la question de l'épuisement des recours internes au regard de la loi de prévention des discriminations. A cet égard, elle rappelle avoir déjà analysé la question de l'épuisement des recours internes pour un grief de discrimination séparément de cette même question touchant le grief principal (*Valkov et autres c. Bulgarie*, n^{os} 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 et 2041/05, §§ 104-108, 25 octobre 2011). Cette approche va de pair avec le principe selon lequel, lorsque la Cour a constaté une violation séparée d'une disposition normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois isolément et conjointement avec l'article 14, elle n'a en général pas besoin d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de cet article, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige (*Dudgeon*, précité, § 67, *Chassagnou et autres*, précité, § 89, et *Timichev*, précité, § 53).

160. En l'espèce, la Cour constate que la loi de prévention des discriminations vise expressément la discrimination fondée sur l'état de santé, l'invalidité ou l'origine ethnique (article 1 de cette loi). Ce texte ouvre plusieurs voies de recours, notamment la reconnaissance de la discrimination, l'interdiction des faits discriminatoires et la réparation du dommage. Un recours peut également être dirigé contre une autorité nationale accusée de n'avoir pris aucune mesure (paragraphe 74 ci-dessus).

161. Ce sont les tribunaux ordinaires qui doivent être saisis pour obtenir une protection contre les discriminations, et le jugement de première instance est susceptible d'appel. Un recours constitutionnel peut également être formé. Le droit de ne pas être victime d'une discrimination est par ailleurs garanti par la Constitution croate et la Convention est d'applicabilité directe en Croatie. De manière à respecter le principe de subsidiarité, un

requérant, avant de porter ses griefs devant la Cour, doit au préalable avoir donné au juge national la possibilité de remédier à sa situation et de trancher les questions dont il souhaite saisir la Cour.

162. Dans ces conditions, la Cour estime qu'une action fondée sur les dispositions de la loi de prévention des discriminations constitue un recours interne effectif et que, dûment introduite, elle aurait pu conduire à la reconnaissance de la violation alléguée et à l'octroi d'une indemnité. S'ils avaient été déboutés par le juge ordinaire, les requérants auraient pu aussi former un recours constitutionnel et saisir de leurs griefs la Cour constitutionnelle. Or ils ne se sont prévalus d'aucun des recours qui leur étaient ouverts.

163. Aussi y a-t-il lieu, conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention, de rejeter ce grief pour défaut d'épuisement des voies de recours internes.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

164. Les requérants soutiennent qu'ils ne disposaient d'aucun recours effectif concernant leurs griefs soulevés sur le terrain de la Convention. Ils invoquent son article 13, ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

A. Sur la recevabilité

1. Sur le grief tiré d'une violation de l'article 13 en ce qui concerne les griefs soulevés par les requérants sur le terrain des articles 3 et 8 de la Convention

165. La Cour constate que le grief tiré d'une violation de l'article 13 en ce qui concerne les griefs soulevés sur le terrain des articles 3 et 8 de la Convention doit lui aussi être déclaré recevable.

2. Sur le grief tiré d'une violation de l'article 13 en ce qui concerne le grief soulevé par les requérants sur le terrain de l'article 14 de la Convention

166. La Cour a déjà établi que, pour ce qui est du grief qu'ils soulèvent sous l'angle de l'article 14 de la Convention, les requérants disposaient d'un recours effectif, en l'occurrence une action fondée sur les dispositions de la loi de prévention des discriminations, et qu'ils n'en avaient pas fait usage. Il

s'ensuit que ce volet de la requête est manifestement mal fondé et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

B. Sur le fond

167. Les requérants soutiennent qu'ils ne disposaient d'aucun recours effectif qui leur eût permis d'obtenir une protection contre les actes de harcèlement et de violence dénoncés. La Cour rappelle que le Gouvernement soutenait qu'un certain nombre d'actions leur étaient ouvertes à cet égard. Elle a cependant établi qu'aucune de ces actions n'aurait permis de remédier à la situation des requérants pour ce qui est de leurs griefs soulevés sur le terrain des articles 3 et 8 de la Convention.

168. La Cour en conclut que les requérants ne disposaient d'aucun recours effectif concernant leurs griefs soulevés sous l'angle des articles 3 et 8 de la Convention. Aussi y a-t-il eu violation de l'article 13 à cet égard.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

169. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

170. Les requérants réclament 10 000 euros (EUR) chacun pour dommage moral.

171. Le Gouvernement estime ce montant excessif et infondé.

172. Au vu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire, la Cour reconnaît que les requérants ont subi un préjudice moral que le seul constat d'une violation ne suffit pas à réparer. Statuant en équité, elle leur accorde conjointement 11 500 EUR pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt sur cette somme.

B. Frais et dépens

173. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire prévue par le Conseil de l'Europe, réclament également 1 206 EUR pour leurs frais et dépens devant le juge national et 4 997,13 EUR pour ceux engagés devant la Cour.

174. Le Gouvernement soutient que les requérants n'ont produit aucun justificatif à l'appui de leur demande.

175. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant n'a droit au remboursement de ses frais et dépens qu'à condition que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, compte tenu des pièces en sa possession et des critères ci-dessus, la Cour estime que les frais engagés par les requérants devant les instances nationales pour se plaindre du harcèlement subi par eux visaient essentiellement à remédier aux violations alléguées, devant la Cour, de leurs droits découlant de la Convention et que ces frais peuvent être pris en compte dans l'appréciation de leur demande au titre des dépens (*Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, § 284, CEDH 2006-V, et *Medić c. Croatie*, n° 49916/07, § 50, 26 mars 2009). Eu égard aux éléments en sa possession et aux critères ci-dessus, elle accorde conjointement aux requérants 1 206 EUR pour leurs frais et dépens devant le juge national et 3 500 EUR pour ceux engagés devant elle, moins les 850 EUR déjà perçus par le biais de l'assistance judiciaire du Conseil de l'Europe, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt sur cette somme.

C. Intérêts moratoires

176. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

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

1. *Déclare* la requête recevable pour ce qui est des griefs soulevés sur le terrain des articles 3 et 8 de la Convention, ainsi que du grief relatif à l'article 13 pour autant qu'il se rapporte aux griefs soulevés sous l'angle des articles 3 et 8, et irrecevable pour le reste;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention à l'égard du premier requérant;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention à l'égard de la seconde requérante;
4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention;
5. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser conjointement aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir dans la monnaie de l'Etat défendeur au taux applicable à la date du règlement:

- i. 11 500 EUR (onze mille cinq cents euros) pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû par les requérants à titre d'impôt sur cette somme,
 - ii. 4 706 EUR (quatre mille sept cent six euros), moins 850 EUR (huit cent cinquante euros), pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû par les requérants à titre d'impôt sur cette somme;
- b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces sommes seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 24 juillet 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen
Greffier

Anatoly Kovler
Président

NADA c. SUISSE
(*Requête n° 10593/08*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 12 SEPTEMBRE 2012¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre sur dessaisissement de la chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Interdiction, en vertu d'une loi mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies, de traverser un pays entourant une enclave****Article 1**

Juridiction des Etats – Juridiction à l'égard du résident d'une zone enclavée se trouvant en pratique dans l'impossibilité de voyager du fait des mesures prises par l'Etat défendeur pour appliquer les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies – Résolutions imposant une mise en œuvre au niveau national par les Etats agissant en leur nom propre

Article 5 § 1

Privation de liberté – Applicabilité – Interdiction de traverser un pays entourant une enclave – Zone géographique d'étendue restreinte – Restrictions ne portant pas atteinte à la liberté de circulation sur le territoire de résidence permanente de l'intéressé

Article 8

Respect de la vie privée – Respect de la vie familiale – Interdiction, en vertu d'une loi mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies, de traverser un pays entourant une enclave – Prévention des infractions pénales – Protection de la sûreté nationale et de la sécurité publique – Libellé clair et explicite de la résolution indiquant l'intention d'imposer aux Etats la prise de mesures entrant en conflit avec leurs obligations internationales en vertu du droit des droits de l'homme – Liberté de choix quant au mode de transposition des résolutions du Conseil de sécurité dans l'ordre juridique interne – Manquement à prendre toutes les mesures possibles pour harmoniser des obligations internationales supposément contradictoires en adaptant le régime des sanctions à la situation du requérant – Proportionnalité

Article 13

Recours effectif – Absence de recours permettant la levée des sanctions du Conseil de sécurité en cas de non-respect des droits de l'homme

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

*

* *

L'ordonnance fédérale suisse sur les Taliban, adoptée en application de plusieurs résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies, avait pour effet d'empêcher le requérant, un ressortissant égyptien, d'entrer en Suisse ou de transiter par ce pays, son nom ayant été porté sur la liste du comité des sanctions de l'Organisation des Nations unies annexée aux résolutions du Conseil de sécurité (« la liste »), qui recensait les personnes soupçonnées d'être associées aux Taliban ou à Al-Qaïda. Or le requérant résidait à Campione d'Italia, une enclave italienne d'environ 1,6 km², entourée par le canton suisse du Tessin et séparée du territoire italien par un lac. Devant la Cour, il alléguait que cette interdiction l'empêchait d'une part de quitter l'enclave (et donc de voir ses amis et sa famille), et d'autre part de recevoir les soins médicaux appropriés pour ses problèmes de santé (le faisant ainsi souffrir). Il se plaignait également de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'obtenir le retrait de son nom de la liste annexée à l'ordonnance fédérale alors même que les enquêteurs suisses avaient conclu que les accusations dirigées contre lui étaient sans fondement.

1. Exceptions préliminaires: le gouvernement suisse arguait que la requête était irrecevable aux motifs, premièrement, d'une incompatibilité *ratione personae* et *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, deuxièmement, d'une absence de qualité de victime du requérant et, troisièmement, d'un défaut d'épuisement des voies de recours internes. La Cour joint au fond l'examen de la compatibilité *ratione materiae* de la requête. A l'égard des autres exceptions, elle conclut ce qui suit.

a) Sur la compatibilité *ratione personae*: la Cour ne peut souscrire à l'argument selon lequel les mesures prises par les Etats membres de l'Organisation des Nations unies pour appliquer les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité sont imputables à l'Organisation et non aux Etats. A la différence de la situation de l'affaire *Behrami c. France* et *Saramati c. France, Allemagne et Norvège* ((déc.) [GC], n^{os} 71412/01 et 78166/01, 2 mai 2007), où les actes et omissions litigieux étaient imputables à des organes des Nations unies, les résolutions pertinentes devaient être appliquées au niveau national par les Etats agissant en leur nom propre. Ainsi, les mesures imposées par les résolutions du Conseil de sécurité ont été appliquées en Suisse par une ordonnance du Conseil fédéral, et ce sont les autorités nationales qui ont rejeté les demandes présentées par le requérant aux fins d'obtenir une dérogation à l'interdiction d'entrée sur le territoire suisse. Les actes et omissions en cause sont donc imputables à la Suisse et de nature à engager sa responsabilité.

Conclusion: exception préliminaire rejetée (unanimité).

b) Sur la qualité de victime: la levée des sanctions, plus de six ans après leur imposition, ne saurait être considérée comme une reconnaissance par le Gouvernement d'une violation de la Convention, et elle n'a été suivie d'aucune réparation au sens de la

jurisprudence de la Cour. Partant, le requérant peut toujours se prétendre victime des violations alléguées.

Conclusion: exception préliminaire rejetée (unanimité).

c) Sur l'épuisement des voies de recours internes : la Cour observe que le requérant n'a pas contesté les refus de faire droit à ses demandes de dérogation à l'application du régime des sanctions et, qu'en deux occasions, il s'est vu accorder des dérogations qu'il n'a pas utilisées. Cependant, même à supposer que ces dérogations aient allégé certains effets du régime en permettant à l'intéressé de quitter temporairement l'enclave pour certaines raisons, elle est d'avis que la question s'inscrit dans un contexte plus large qui a pour origine l'inscription par les autorités suisses du nom du requérant sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban, qui reprenait la liste des Nations unies. Notant que M. Nada a, sans succès, présenté plusieurs demandes aux autorités nationales aux fins d'obtenir le retrait de son nom de la liste, et que le Tribunal fédéral a rejeté son recours sans examiner au fond les griefs qu'il tirait de la Convention, la Cour conclut qu'il a épuisé les voies de recours internes contre le régime des sanctions dans son ensemble en ce qui concerne ses griefs tirés des articles 5 et 8 de la Convention. Elle joint au fond l'exception tirée par le Gouvernement d'un défaut d'épuisement des voies de recours internes en ce qui concerne le grief tiré de l'article 13.

Conclusion: exception préliminaire rejetée (unanimité).

2. Fond – Article 8 : les mesures litigieuses ont contraint le requérant à demeurer dans un périmètre étroit pendant au moins six ans et l'ont empêché de consulter ses médecins en Italie et en Suisse et de voir ses amis et sa famille, ou du moins lui ont rendu ces activités plus difficiles. L'intéressé a donc subi une atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale. Les mesures avaient une base légale suffisante et poursuivaient les objectifs légitimes consistant à prévenir la commission d'infractions pénales et à contribuer au maintien de la sûreté nationale et de la sécurité publique.

La Cour examine ensuite le point de savoir si l'ingérence litigieuse était justifiée. Elle rappelle que, en vertu de l'article 1 de la Convention, les Etats parties sont responsables de tous les actes et omissions de leurs organes, découlant aussi bien de leur droit interne que du respect de leurs obligations juridiques internationales. En ce qui concerne la relation entre la Convention et les résolutions du Conseil de sécurité, elle observe qu'elle a dit dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* ([GC], n° 27021/08, § 102, CEDH 2011) qu'il faut présumer que le Conseil de sécurité n'entend pas imposer aux Etats membres des Nations unies des obligations qui contreviendraient aux principes fondamentaux des droits de l'homme, et qu'il emploierait des termes clairs et explicites s'il souhaitait néanmoins que les Etats prennent des mesures particulières qui entreraient en conflit avec les obligations que leur impose le droit international des droits de l'homme. En l'espèce cependant, cette présomption a été réfutée, étant donné que la résolution 1390 (2002) demande

expressément aux Etats d'interdire aux individus inscrits sur la liste d'entrer sur leur territoire ou d'y transiter.

Cependant, la Charte des Nations unies n'impose pas aux Etats un modèle particulier pour l'application des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII, elle leur laisse le choix entre les différents modèles possibles de transposition de ces résolutions dans leur ordre juridique interne. La Suisse jouissait donc d'une latitude limitée mais réelle dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes en cause en l'espèce. Examinant alors la question de savoir si les mesures prises par les autorités suisses étaient proportionnées à la lumière de cette latitude, la Cour juge surprenant le fait que celles-ci n'ont apparemment informé le comité des sanctions qu'en septembre 2009 des conclusions auxquelles avait abouti le Ministère public en mai 2005, selon lesquelles les accusations dirigées contre le requérant étaient clairement infondées: une communication plus prompte des conclusions des autorités d'enquête aurait probablement permis d'obtenir bien plus tôt le retrait du nom du requérant de la liste des Nations unies. En ce qui concerne la portée de l'interdiction, la Cour observe que le requérant était empêché non seulement d'entrer en Suisse mais aussi de quitter Campione d'Italia, la ville étant une enclave, et ce même pour se rendre dans une autre partie de l'Italie, pays dont il avait la nationalité. L'affaire comporte aussi un aspect médical qui ne doit pas être sous-estimé: le requérant, qui est né en 1931, a vu rejeter plusieurs fois les demandes de dérogation qu'il avait présentées aux fins de pouvoir se rendre à des rendez-vous judiciaires ou médicaux, alors qu'il souffrait de problèmes de santé. Les autorités suisses ne lui ont pas non plus proposé d'assistance afin qu'il puisse, compte tenu de sa situation particulière, solliciter une dérogation générale à l'interdiction. Il est vrai que la Suisse n'était pas à l'origine de l'inscription de son nom sur la liste et que, n'étant pas son Etat de nationalité ou de résidence, elle n'était pas compétente pour en demander le retrait au comité des sanctions, mais il n'apparaît pas non plus qu'elle ait tenté d'inciter l'Italie à entreprendre cette démarche ou lui ait offert son assistance à cette fin. La Cour estime donc que les autorités suisses n'ont pas suffisamment tenu compte des réalités de l'affaire, notamment de la situation géographique exceptionnelle du requérant et de la durée considérable des mesures. Jugeant que le Gouvernement ne peut valablement se borner à invoquer pour sa défense la nature contraignante des résolutions du Conseil de sécurité mais qu'il aurait dû la convaincre qu'il avait pris – ou tenté de prendre – toutes les mesures possibles pour adapter le régime des sanctions à la situation particulière du requérant, elle conclut qu'il n'y a pas lieu en l'espèce de déterminer la hiérarchie entre les obligations découlant de la Convention d'une part et de la Charte des Nations unies d'autre part: le gouvernement suisse n'a pas démontré que les autorités nationales avaient tenté, dans la mesure du possible, d'harmoniser des obligations qu'elles estimaient divergentes. L'exception préliminaire qu'il a soulevée pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention est donc rejetée. Eu égard à toutes les circonstances, la Cour dit que les restrictions

imposées à la liberté de circulation du requérant pendant une durée considérable n'ont pas respecté un juste équilibre entre le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale et les objectifs légitimes poursuivis.

Conclusion: violation (unanimité).

3. Article 13: la Cour observe que le requérant a pu saisir les juridictions internes aux fins d'obtenir la radiation de son nom de la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban et qu'il aurait pu ainsi obtenir réparation de ses griefs tirés de la Convention. Cependant, ces autorités n'ont pas examiné ses griefs quant au fond. En particulier, le Tribunal fédéral a estimé qu'il pouvait certes vérifier si la Suisse était liée par les résolutions du Conseil de sécurité, mais non lever lui-même, pour non-respect des droits de l'homme, les sanctions imposées au requérant. De plus, il a expressément reconnu que la procédure de demande aux Nations unies de radiation de la liste ne pouvait être considérée comme un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention.

Conclusion: violation (unanimité).

4. Article 5 § 1: même si les restrictions apportées à la liberté de circulation du requérant se sont prolongées pendant une durée considérable, la zone sur laquelle il ne pouvait pénétrer était le territoire d'un pays tiers, lequel, en droit international, avait le droit de refuser l'accès à un étranger. Ces restrictions n'ont pas empêché l'intéressé de vivre et de circuler librement sur le territoire où il avait sa résidence permanente. Il n'a donc, à proprement parler, fait l'objet ni d'une détention ni d'une véritable assignation à résidence, même s'il devait demeurer dans un espace restreint. Enfin, le régime des sanctions lui permettait de demander des dérogations à l'interdiction d'entrée ou de transit et de telles dérogations lui ont été accordées à deux reprises sans qu'il en fasse usage. Partant, la Cour conclut qu'il n'a pas été «privé de sa liberté» au sens de l'article 5 § 1.

Conclusion: irrecevabilité (défaut manifeste de fondement).

Article 41: la Cour octroie une somme au titre des frais et dépens. Le requérant n'a demandé aucune somme au titre du dommage matériel ou moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A n° 18

Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n° 22

Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n° 31

Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n° 37

Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, série A n° 39

Eckle c. Allemagne, 15 juillet 1982, série A n° 51

X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, série A n° 91

Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 94

Gillow c. Royaume-Uni, 24 novembre 1986, série A n° 109

Leander c. Suède, 26 mars 1987, série A n° 116

- Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1988, série A n° 131
- Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161
- Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, série A n° 247-C
- S.F. c. Suisse*, n° 16360/90, décision de la Commission du 2 mars 1994, Décisions et rapports 76-A
- Amuur c. France*, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
- Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV
- Tsomsos et autres c. Grèce*, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V
- Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI
- Giulia Manzoni c. Italie*, 1^{er} juillet 1997, *Recueil* 1997-IV
- Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, *Recueil* 1997-VI
- Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I
- Aquilina c. Malte* [GC], n° 25642/94, CEDH 1999-III
- Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, CEDH 1999-VII
- V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX
- Association Ekin c. France* (déc.), n° 39288/98, 18 janvier 2000
- Büyükdag c. Turquie*, n° 28340/95, 21 décembre 2000
- Coster c. Royaume-Uni* [GC], n° 24876/94, 18 janvier 2001
- K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII
- Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI
- Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII
- Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III
- Gentilhomme et autres c. France*, n°s 48205/99, 48207/99 et 48209/99, 14 mai 2002
- Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II
- Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII
- Prokopovitch c. Russie*, n° 58255/00, CEDH 2004-XI
- Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, CEDH 2005-V
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI
- Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, CEDH 2006-XII
- Tysiāc c. Pologne*, n° 5410/03, CEDH 2007-I
- Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège* (déc.) [GC], n°s 71412/01 et 78166/01, 2 mai 2007
- Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, 13 décembre 2007
- Hadri-Vionnet c. Suisse*, n° 55525/00, 14 février 2008
- Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, CEDH 2008
- S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n°s 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008
- A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, CEDH 2009
- Glor c. Suisse*, n° 13444/04, CEDH 2009
- Al-Saadoon et Mufāhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010
- Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, CEDH 2010
- Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, CEDH 2010

Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC], n° 41615/07, CEDH 2010
Mengesha Kimfe c. Suisse, n° 24404/05, 29 juillet 2010
Agraw c. Suisse, n° 3295/06, 29 juillet 2010
Şerife Yiğit c. Turquie [GC], n° 3976/05, 2 novembre 2010
Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 55721/07, CEDH 2011
Al-Jedda c. Royaume-Uni [GC], n° 27021/08, CEDH 2011
Stanev c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, CEDH 2012
Austin et autres c. Royaume-Uni [GC], nos 39692/09, 40713/09 et 41008/09,
CEDH 2012

En l'affaire Nada c. Suisse,

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

Nicolas Bratza, *président*,

Jean-Paul Costa,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

Dean Spielmann,

Christos Rozakis,

Corneliu Bîrsan,

Karel Jungwiert,

Khanlar Hajiyev,

Ján Šikuta,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou,

Mihai Poalelungi,

Kristina Pardalos,

Ganna Yudkivska, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 23 mars 2011, 7 septembre 2011 et 23 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° 10593/08) dirigée contre la Confédération suisse et dont un ressortissant de nationalités italienne et égyptienne, M. Youssef Moustafa Nada («le requérant»), a saisi la Cour le 19 février 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant est représenté par M^e J. McBride, avocat à Londres. Le gouvernement suisse («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. F. Schürmann, de l'Office fédéral de la justice.

3. Dans sa requête, M. Nada alléguait que l'interdiction d'entrée en Suisse et de transit par ce pays dont il avait fait l'objet en conséquence de l'inscription de son nom sur la liste annexée à l'ordonnance fédérale sur les

Taliban avait porté atteinte à son droit à la liberté (article 5 de la Convention) ainsi qu'au respect de sa vie privée et familiale, à son honneur et à sa réputation (article 8). Il estimait que cette interdiction était par conséquent également constitutive d'un mauvais traitement au sens de l'article 3. Il se plaignait par ailleurs d'une atteinte à sa liberté de manifester sa religion et ses convictions (article 9), l'impossibilité de quitter l'enclave de Campione d'Italia l'ayant selon lui empêché de se rendre dans une mosquée. Enfin, il dénonçait l'absence de recours effectif relativement à ces griefs (article 13).

4. La requête a été attribuée à la première section (article 52 § 1 du règlement). Celle-ci a décidé de la traiter en priorité en vertu de l'article 41. Le 12 mars 2009, une chambre de ladite section a décidé de communiquer au Gouvernement les griefs tirés des articles 5, 8 et 13 de la Convention.

5. Les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre. Des observations ont également été reçues des gouvernements français et britannique, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement, alors en vigueur). Le gouvernement italien n'a pas usé de son droit d'intervenir dans la procédure (article 36 § 1 de la Convention).

6. Le 20 janvier 2010, les parties ont été informées que la chambre envisageait d'examiner conjointement la recevabilité et le fond de la requête (ancien article 29 § 3 de la Convention et ancien article 54A du règlement).

7. Le 30 septembre 2010, la chambre, composée de Christos Rozakis, Nina Vajić, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, et George Nicolaou, juges, et de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie de l'affaire en faveur de la Grande Chambre, aucune des parties, consultées à cet effet, ne s'étant opposée à pareille mesure (article 30 de la Convention et article 72 du règlement).

8. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Lors des délibérations finales, Jean-Paul Costa, Christos Rozakis, Giorgio Malinverni et Mihai Poalelungi ont continué de siéger après l'expiration de leur mandat, en vertu des articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement.

9. Le requérant et le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire. Le gouvernement français et le gouvernement britannique ont soumis les observations déjà présentées devant la chambre. Par ailleurs, le président de la Grande Chambre a autorisé JUSTICE, organisation non gouvernementale basée à Londres, à intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 2 du

règlement). Enfin, le président de la Grande Chambre a autorisé le gouvernement du Royaume-Uni à intervenir dans la procédure orale.

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 23 mars 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*,
J. Lindenmann, ambassadeur, directeur adjoint de la
Direction du droit international public,
Département fédéral des Affaires étrangères,
R. E. Vock, chef du Secteur Sanctions, secrétariat
d'Etat à l'économie, Département fédéral de l'économie,
M^{mes} R. Bourguin, conseiller spécialisé en droit avec
responsabilité de domaine, section des Affaires
juridiques, domaine de direction Politique
migratoire, Office fédéral des migrations,
Département fédéral de la justice et de la police,
C. Ehrich, 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 le requérant*

M^c J. McBride, avocat, *conseil*;

– *pour le Gouvernement du Royaume-Uni (tierce partie)*

MM. D. Walton, *agent*,
S. Wordsworth, *conseil*,
M^{me} C. Holmes, *conseiller*.

Le requérant et son épouse étaient également présents.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Schürmann, M^c McBride et M. Wordsworth. Elle a également entendu les réponses des représentants des parties aux questions des juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Les origines de l'affaire

11. Le requérant est né en 1931 et réside depuis 1970 à Campione d'Italia, enclave italienne d'environ 1,6 km² située dans la province de Côme (Lombardie), entourée par le canton suisse du Tessin et séparée du reste du territoire italien par le lac de Lugano.

12. Il se décrit comme un musulman pratiquant et un homme d'affaires connu dans le monde financier et politique, où il estime jouir d'une bonne réputation. Ingénieur de formation, il a travaillé dans des domaines très divers, notamment le domaine bancaire, le commerce international, l'industrie et l'immobilier. Dans le cadre de ses activités, il a fondé de nombreuses entreprises, dont il a été l'actionnaire unique ou principal.

13. Il affirme être opposé à tout recours à des méthodes terroristes et ne jamais avoir eu de liens avec Al-Qaïda. Bien au contraire, il aurait toujours dénoncé non seulement les moyens utilisés par cette organisation, mais également son idéologie.

14. Il indique qu'il n'a plus qu'un seul rein qui fonctionne correctement (le deuxième se serait détérioré au cours des dernières années). Il est également atteint de saignements dans l'œil gauche, étayés par un certificat médical du 20 décembre 2001, et d'une arthrite du cou. Par ailleurs, il ressort d'un certificat médical d'un médecin de Zurich en date du 5 mai 2006 que le requérant avait subi une fracture de la main droite dont l'opération était prévue pour 2004. Il allègue qu'en raison des restrictions dont il faisait l'objet, et qui sont à l'origine de la présente requête, il n'aurait pas pu subir cette intervention et que les conséquences de la fracture le font toujours souffrir.

15. Le 15 octobre 1999, en réponse aux attentats à la bombe perpétrés le 7 août 1998 par Oussama Ben Laden et des membres de son réseau contre les ambassades des Etats-Unis à Nairobi (Kenya) et à Dar es Salaam (Tanzanie), le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (ci-après: «les Nations unies») adopta, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, la Résolution 1267 (1999), prévoyant des sanctions contre les Taliban (paragraphe 70 ci-dessous) et créant un comité, composé de l'ensemble des membres du Conseil, chargé de surveiller l'exécution de la résolution (ci-après, le «comité des sanctions»).

16. Le 2 octobre 2000, pour mettre en œuvre cette résolution, le Conseil fédéral suisse (l'Exécutif fédéral) adopta l'ordonnance «instituant

des mesures à l'encontre des Taliban» (ci-après – «l'ordonnance sur les Taliban», paragraphe 66 ci-dessous). Cette ordonnance et son intitulé furent ensuite modifiés à plusieurs reprises.

17. Par la Résolution 1333 (2000) du 19 décembre 2000 (paragraphe 71 ci-dessous), le Conseil de sécurité élargit le régime des sanctions. Il visait aussi, désormais, Oussama Ben Laden, l'organisation Al-Qaïda et les hauts responsables et conseillers principaux des Taliban. Dans la Résolution 1333 (2000), comme dans la Résolution 1267 (1999), le Conseil de sécurité priait le comité des sanctions de dresser, à partir des informations communiquées par les Etats et les organisations régionales, une liste des personnes et organisations entretenant des relations avec Oussama Ben Laden et Al-Qaïda.

18. Le 11 avril 2001, le gouvernement suisse modifia l'ordonnance sur les Taliban pour mettre en œuvre la Résolution 1333 (2000). Il y inséra un nouvel article 4a, interdisant en son alinéa premier aux personnes et entités visées par la résolution (sans toutefois les nommer personnellement) l'entrée en Suisse et le transit par ce pays.

19. Le 24 octobre 2001, le ministère public de la Confédération ouvrit une enquête à l'encontre du requérant.

20. Le 7 novembre 2001, le président des Etats-Unis ordonna le blocage des avoirs de la Banque Al-Taqwa, dont le requérant était le président et l'actionnaire principal.

21. Le 9 novembre 2001, le requérant ainsi que plusieurs organisations entretenant des relations avec lui furent inscrits sur la liste du comité des sanctions. Le 30 novembre 2001 (le 9 novembre selon les observations du requérant), leurs noms furent inscrits à l'annexe de l'ordonnance sur les Taliban.

22. Le 16 janvier 2002, le Conseil de sécurité adopta la Résolution 1390 (2002) instituant une interdiction d'entrée et de transit contre les personnes, groupes, entreprises et entités associés figurant sur la liste établie en application des Résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) (paragraphe 70, 71 et 74 ci-dessous). Le 1^{er} mai 2002, l'article 4a de l'ordonnance sur les Taliban fut modifié en conséquence: l'interdiction d'entrée et de transit s'appliquait désormais à toutes les personnes visées à l'annexe 2 de l'ordonnance, dont le requérant.

23. Le 10 septembre 2002, la Suisse devint membre des Nations unies.

24. Lorsqu'il se rendit à Londres en novembre 2002, le requérant fut arrêté et renvoyé en Italie et son argent fut saisi.

25. Le 10 octobre 2003, à la suite d'une critique du groupe de suivi (*Monitoring Group*), paragraphe 72 ci-dessous) chargé de surveiller l'application des sanctions, le canton du Tessin révoqua le permis de

frontalier du requérant. Le groupe de suivi avait en effet relevé qu'au cours des investigations relatives aux activités du requérant, il s'était avéré que celui-ci pouvait circuler relativement facilement entre la Suisse et l'Italie. Le Gouvernement affirme que ce n'est qu'à partir de ce moment-là que le requérant a subi les effets de l'interdiction d'entrée et de transit.

26. Le 27 novembre 2003, l'Office fédéral suisse de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (ci-après « l'IMES ») informa le requérant qu'il n'était plus autorisé à passer les frontières.

27. Le 23 mars 2004, le requérant forma devant l'IMES une demande d'entrée en Suisse aux fins de séjour ou de transit motivée par un traitement médical suivi par lui dans ce pays et par des procédures judiciaires en Suisse et en Italie. L'Office rejeta cette demande le 26 mars 2004, pour défaut de fondement. Par ailleurs, il indiqua au requérant que les motifs avancés à l'appui de sa demande, à savoir, d'une part, la nécessité de s'entretenir avec ses avocats et de recevoir des soins et, d'autre part, la situation particulière liée à sa résidence à Campione d'Italia, n'étaient pas de nature à permettre aux autorités de lui octroyer une dérogation à la mesure prise à son encontre.

28. Par une décision du 27 avril 2005, le Tribunal pénal fédéral ordonna au ministère public de la Confédération de classer l'affaire sans suite ou de la renvoyer au juge d'instruction fédéral compétent le 31 mai 2005 au plus tard. Par une ordonnance dudit jour, le ministère public de la Confédération, ayant conclu que les accusations formulées étaient infondées, mit fin à l'enquête dirigée contre le requérant.

29. Le 22 septembre 2005, le requérant demanda au Conseil fédéral que son nom et celui des organisations avec lesquelles il entretenait des relations fussent rayés de l'annexe à l'ordonnance. A l'appui de sa demande, il argua que l'enquête menée par la police à son sujet avait été abandonnée en vertu d'une décision du ministère public de la Confédération et que, dès lors, il n'était plus justifié de le soumettre au régime des sanctions.

30. Par une décision du 18 janvier 2006, le secrétariat d'Etat à l'Economie (ci-après le « SECO ») rejeta sa demande, au motif que la Suisse ne pouvait pas retirer de noms de l'annexe à l'ordonnance sur les Taliban tant qu'ils figuraient sur la liste du comité des sanctions des Nations unies.

31. Le 13 février 2006, le requérant saisit le Département fédéral de l'économie (ci-après « le Département ») d'un recours administratif.

32. Par une décision du 15 juin 2006, le Département rejeta ce recours. Il confirma que la radiation d'un nom de l'annexe à l'ordonnance n'était envisageable qu'une fois que ce nom ne figurait plus sur la liste du comité des sanctions, et précisa qu'à cette fin il fallait que l'Etat de nationalité ou de résidence de la personne concernée engageât une procédure de radiation devant les institutions des Nations unies. Or, la Suisse n'étant ni l'Etat de

nationalité ni l'Etat de résidence du requérant, le Département estimait que les autorités suisses n'étaient pas compétentes pour entreprendre une telle procédure.

33. Le 6 juillet 2006, le requérant saisit le Conseil fédéral d'un recours contre la décision du Département. Il demanda que son nom et ceux d'un certain nombre d'organisations, qui entretenaient des relations avec lui, fussent retirés de la liste de l'annexe 2 à l'ordonnance sur les Taliban.

34. Le 20 septembre 2006, l'Office fédéral des migrations (ci-après «l'ODM»), qui avait été créé en 2005 et auquel avait alors été intégré l'IMES, accorda au requérant une dérogation d'une journée, pour le 25 septembre 2006, afin de lui permettre de se rendre à Milan dans le cadre d'une procédure judiciaire. Le requérant ne fit pas usage de cette possibilité.

35. Le 6 avril 2007, le requérant adressa au «point focal pour les demandes de radiation» du comité des sanctions du Conseil de sécurité – organe créé par la Résolution 1730 (2006) et chargé de recevoir les demandes de radiation des personnes ou entités figurant sur les listes établies par le comité des sanctions (paragraphe 76 ci-dessous) – une demande aux fins de la radiation de son nom de cette liste.

36. Par une décision du 18 avril 2007, le Conseil fédéral, statuant sur le recours du 6 juillet 2006, renvoya la cause au Tribunal fédéral, estimant que le requérant avait subi des restrictions directes à son droit de propriété; que, dès lors, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'appliquait à sa demande de radiation de l'annexe à l'ordonnance, et que, partant, il y avait lieu de soumettre l'affaire à un tribunal indépendant et impartial.

37. Dans ses observations, le Département conclut au rejet du recours, en soulignant que la Résolution 1730 (2006) du Conseil de sécurité en date du 19 décembre 2006 permettait aux personnes et aux organisations dont les noms figuraient sur la liste du comité des sanctions d'entamer une procédure de radiation individuellement, sans passer par leur Etat de nationalité ou de résidence.

38. Le requérant maintint ses conclusions. Par ailleurs, il alléguait qu'en raison de la grande réticence de l'ODM à octroyer des dérogations fondées sur l'article 4a § 2 de l'ordonnance sur les Taliban, il ne pouvait pas quitter son domicile de Campione d'Italia, bien qu'il n'y existât pas d'infrastructure médicale adéquate, ni même se rendre en Italie pour des raisons administratives ou judiciaires, et qu'il se trouvait ainsi en pratique assigné à résidence depuis plusieurs années. L'inscription de son nom sur la liste du comité des sanctions revenait en outre, selon lui, à l'accuser publiquement d'entretenir des relations avec Oussama Ben Laden, l'organisation Al-Qaïda et les Taliban, bien que ce ne fût pas le cas. Il estimait de surcroît que

cette inscription, en l'absence de toute justification et de toute possibilité pour lui d'être entendu au préalable, violait le principe de l'interdiction de la discrimination, la liberté personnelle, la garantie de la propriété et la liberté économique, ainsi que le droit d'être entendu et le droit à un procès équitable. Enfin, arguant que le régime des sanctions du Conseil de sécurité était contraire à la Charte des Nations unies et portait atteinte à des normes impératives du droit international (*jus cogens*), il soutenait que la Suisse n'était pas tenue de l'appliquer.

39. Par une décision du 11 mai 2007, dans laquelle il indiquait la voie de recours ouverte, l'ODM rejeta une nouvelle demande de dérogation présentée par le requérant. Par une décision du 12 juillet 2007, dans laquelle il précisait à nouveau quelles étaient les voies de recours disponibles, il refusa d'examiner une lettre de l'intéressé, qu'il considéra comme une demande de réexamen. Par une lettre du 20 juillet 2007, le requérant expliqua qu'il y avait un malentendu et que sa lettre précédente était en réalité une nouvelle demande de dérogation. Le 2 août 2007, l'Office rejeta de nouveau sa demande, en lui rappelant qu'il avait la possibilité de contester la décision en formant un recours auprès du Tribunal administratif fédéral. Le requérant ne recourut pas contre cette décision.

40. Le 29 octobre 2007, le « point focal pour les demandes de radiation » rejeta la demande que lui avait soumise le requérant le 6 avril 2007 aux fins de la radiation de son nom de la liste du comité des sanctions (paragraphe 35 ci-dessus). Le 2 novembre 2007, invoquant la confidentialité de la procédure, il rejeta également une demande par laquelle le requérant l'avait prié de lui faire connaître l'Etat qui avait demandé l'inscription de son nom sur la liste et les motifs de cette inscription. Enfin, par des lettres des 19 et 28 novembre 2007, il réaffirma le caractère confidentiel de la procédure, informant toutefois le requérant qu'un Etat dont il ne pouvait communiquer aucune information s'était opposé à ce qu'il fût radié de la liste.

B. L'arrêt du Tribunal fédéral du 14 novembre 2007

41. Par un arrêt du 14 novembre 2007, le Tribunal fédéral, auquel le Conseil fédéral avait renvoyé le recours du requérant (paragraphe 36 ci-dessus), déclara le recours recevable, mais le rejeta quant au fond.

42. Il rappela d'abord qu'au sens de l'article 25 de la Charte des Nations unies, les Etats membres des Nations unies étaient tenus d'accepter et d'appliquer les décisions prises par le Conseil de sécurité en application de la Charte. Il considéra ensuite qu'en vertu de l'article 103 de la Charte, les obligations découlant de cet instrument ne primaient pas seulement sur le droit interne des Etats membres, mais prévalaient également en cas de

conflit avec d'autres accords internationaux, indépendamment de la nature – bilatérale ou multilatérale – de tels accords. Il déclara en outre que cette primauté ne se limitait pas à la Charte, mais s'étendait à toutes les obligations découlant d'une résolution contraignante du Conseil de sécurité.

43. Le Tribunal fédéral souligna toutefois que le Conseil de sécurité était lui aussi lié par la Charte et devait agir conformément aux buts et aux principes de l'Organisation (article 24 § 2 de la Charte), parmi lesquels le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 1 § 3). Dans le même temps, il estima que les Etats membres ne pouvaient pas se soustraire aux obligations découlant d'une décision (ou résolution) qu'ils jugeaient, sur le fond, contraire à la Charte, en particulier s'il s'agissait d'une décision (résolution) prise en vertu du Chapitre VII de cet instrument (Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression).

44. Le Tribunal fédéral rappela ensuite qu'en vertu de l'article 190 de la Constitution fédérale (paragraphe 65 ci-dessous), il était tenu d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Il estima que le droit international applicable recouvrait aussi bien les conventions internationales ratifiées par la Suisse que le droit coutumier, les principes généraux de droit et les décisions des organisations internationales juridiquement contraignantes pour la Suisse, dont les décisions prises par le Conseil de sécurité dans le cadre d'un régime de sanctions.

45. En revanche, il observa que l'article 190 de la Constitution ne prévoyait pas de règle permettant de résoudre d'éventuels conflits entre différentes normes du droit international juridiquement contraignantes pour la Suisse, et qu'il y avait en l'espèce un conflit entre, d'une part, des décisions du Conseil de sécurité et, d'autre part, des garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il estima que si les règles sur l'interprétation des traités ne permettaient pas de résoudre ce conflit, il convenait, pour trancher la question, de se fonder sur la hiérarchie des normes internationales, en vertu de laquelle les obligations découlant de la Charte des Nations unies primaient selon lui sur l'ensemble des obligations dérivant de tout autre accord international (article 103 de la Charte combiné avec l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; voir les paragraphes 69 et 80 ci-dessous). Le Tribunal fédéral considéra que l'application uniforme du régime des sanctions serait menacée si les tribunaux des Etats parties à la Convention européenne et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques venaient à y déroger pour protéger les droits fondamentaux de certaines personnes ou organisations.

46. Il admit néanmoins que l'obligation d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité trouvait ses limites dans les normes du *jus cogens*. Dès lors, il s'estima tenu de rechercher si le régime des sanctions mis en place par le Conseil de sécurité était susceptible de violer des normes impératives du droit international, ainsi que l'affirmait le requérant.

47. Ensuite, le Tribunal fédéral cita, à titre d'exemples de normes du *jus cogens*, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage, l'interdiction des peines collectives, le principe de l'individualité de la responsabilité pénale et le principe du non-refoulement. Il estima en revanche que ne relevaient pas du *jus cogens* la garantie de la propriété, la liberté économique, les garanties d'un procès équitable ou encore le droit à un recours effectif.

48. En ce qui concerne les conséquences pour le requérant des mesures prises à son encontre, notamment de l'interdiction d'entrée et de transit en Suisse, le Tribunal fédéral se prononça comme suit :

«7.4. (...) Les sanctions en cause emportent des limitations économiques drastiques pour les intéressés; en revanche, des mesures sont prises pour que ceux-ci puissent bénéficier des moyens nécessaires pour assurer leur subsistance (voir la Résolution 1452 [2002] point 1a). On ne peut donc parler de mise en danger de la vie ou de la santé des intéressés, ni de traitements inhumains ou dégradants à leur égard.

L'interdiction de voyager limite la liberté de mouvement des intéressés, mais on ne saurait à cet égard parler en principe de privation de liberté: les intéressés peuvent circuler librement dans leur Etat de résidence (voir toutefois, sous le point 10.2 ci-dessous, les développements consacrés à la situation particulière du requérant); en outre, les intéressés sont expressément autorisés à retourner dans leur pays d'origine (voir la Résolution 1735 [2006], point 1b).

(...)»

49. Le Tribunal fédéral observa ensuite que, normalement, il n'était loisible aux personnes ou institutions visées par des sanctions prises par le Conseil de sécurité ni de s'exprimer, préalablement ou ultérieurement, ni de recourir devant des instances internes ou internationales. Il indiqua à cet égard que, notamment dans ses modalités issues de la Résolution 1730 (2006), le mécanisme de radiation qui permettait aux individus de saisir directement le comité des sanctions constituait déjà un progrès considérable, même s'il n'était pas dépourvu de défaillances importantes du point de vue des droits de l'homme.

50. Le Tribunal fédéral examina par la suite la question de savoir dans quelle mesure les résolutions pertinentes s'imposaient à la Suisse de manière contraignante, c'est-à-dire dans quelle mesure elle disposait encore d'une certaine latitude (*Ermessensspielraum*) quant à leur application :

«8.1 Le Conseil de sécurité a adopté la Résolution 1267 (1999) et les Résolutions suivantes relatives aux sanctions concernant [Al-Qaïda] et les Taliban sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, avec obligation expresse pour l'ensemble des Etats membres de mettre en œuvre de manière intégrale et stricte les sanctions prévues, indépendamment de l'existence antérieure éventuelle de droits ou d'obligations résultant d'accords internationaux ou de contrats (voir le point 7 de la Résolution 1267 (1999)).

Les sanctions (blocage des avoirs, interdiction d'entrée et de transit, embargo sur les armes) sont décrites de manière détaillée et ne laissent aux Etats membres aucune marge d'appréciation dans leur mise en œuvre. Les destinataires des sanctions sont également précisés aux Etats membres: l'élément déterminant est la liste dressée et tenue à jour par le comité des sanctions (point 8 c) de la Résolution 1333 (2000)).

En ce qui concerne la possibilité d'obtenir une radiation de la liste, le comité des sanctions a prévu une procédure particulière (voir les points 13 et suiv. de la Résolution 1735 (2006) et les directives du comité des sanctions dans leur version du 12 février 2007). Il est ainsi interdit aux Etats membres de décider de façon autonome si les sanctions doivent ou non continuer à s'appliquer à une personne ou une organisation figurant sur la liste établie par le comité des sanctions.

Par conséquent, la Suisse manquerait à ses obligations résultant de la Charte si elle décidait de ne plus faire figurer le requérant et ses organisations dans l'annexe à l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban.

(...)

8.3 Eu égard à ce qui précède, il n'est pas possible à la Suisse de procéder de manière autonome à la radiation du requérant de l'annexe 2 à l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban.

Il convient de concéder au requérant que dans cette situation il ne dispose d'aucun recours effectif: le Tribunal fédéral peut certes examiner si et dans quelle mesure la Suisse est liée par les résolutions du Conseil de sécurité, mais il n'a pas compétence pour lever les sanctions visant le requérant au motif qu'elles violeraient les droits fondamentaux de l'intéressé.

Seul le comité des sanctions a compétence pour rayer une personne ou une entité de la liste. En dépit des améliorations évoquées ci-dessus, la procédure de radiation ne satisfait ni à l'impératif d'un accès au juge consacré par l'article 29a de la Constitution fédérale, par l'article 6 § 1 de la [Convention] et par l'article 14 § 1 du Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques, ni à celui d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la [Convention] et de l'article 2 § 3 du Pacte (...)

51. Le Tribunal fédéral se demanda ensuite si, même s'il ne lui était pas possible de procéder de manière autonome à la radiation du requérant de la liste, la Suisse ne devait pas à tout le moins aider l'intéressé dans le cadre de la procédure de radiation. Il tint le raisonnement suivant:

«9.1 Les instances inférieures ont examiné si la Suisse devait engager une procédure de radiation pour le compte du requérant. Cette question a entretemps perdu sa

pertinence, dans la mesure où, depuis la modification de la procédure de radiation, le requérant peut former lui-même une demande à cet égard, ce qu'il a du reste fait.

9.2 Il ne peut toutefois espérer voir aboutir sa demande que s'il peut compter sur le soutien de la Suisse, celle-ci étant le seul pays à avoir mené une enquête approfondie, avec de nombreuses commissions rogatoires, perquisitions domiciliaires et auditions de témoins.

Les Etats membres des Nations unies ont l'obligation de poursuivre au pénal les personnes soupçonnées de financer ou de soutenir le terrorisme (voir le point 2 e) de la Résolution du Conseil de sécurité 1373 (2001)) (...)

Si au contraire les poursuites pénales se soldent par une relaxe ou sont abandonnées, cela doit entraîner la levée des sanctions prises à titre préventif. L'Etat qui a mené les investigations et la procédure pénale ne peut certes pas procéder lui-même à la radiation, mais il peut au moins communiquer le résultat de ses investigations au comité des sanctions et demander ou soutenir la radiation de l'intéressé de la liste.»

52. Enfin, le Tribunal fédéral rechercha si l'interdiction de voyager prévue à l'article 4a de l'ordonnance sur les Taliban allait au-delà des sanctions instituées par les résolutions du Conseil de sécurité et si, dès lors, les autorités suisses disposaient dans ce domaine d'une certaine latitude. Il se prononça en ces termes :

«10.1 L'article 4a § 1 de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban interdit aux personnes physiques citées à l'annexe 2 l'entrée en Suisse et le transit par la Suisse. L'article 4a § 2 prévoit que l'Office fédéral des migrations peut, en conformité avec les décisions du Conseil de sécurité des Nations unies ou pour la protection d'intérêts suisses, accorder des dérogations.

D'après les résolutions du Conseil de sécurité, l'interdiction de voyager n'est pas applicable lorsque l'entrée dans le pays ou le transit par le pays est nécessaire aux fins d'une procédure judiciaire. De plus, des dérogations peuvent être accordées dans des cas individuels avec l'approbation du comité des sanctions (voir le point 1 b) de la Résolution 1735 (2006)). Relèvent de ces cas, notamment, les voyages entrepris pour des raisons d'ordre médical, humanitaire ou religieux (...).

10.2 L'article 4a § 2 de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban est formulé comme une disposition habilitante et elle donne l'impression que l'Office fédéral des migrations dispose d'une certaine marge d'appréciation. Conformément à la Constitution, cette disposition doit toutefois être interprétée en ce sens qu'une dérogation doit être accordée dans tous les cas où le régime des sanctions de l'ONU le permet : une restriction plus importante de la liberté de circulation du requérant ne pourrait passer pour fondée sur les résolutions du Conseil de sécurité, elle ne serait pas dans l'intérêt public et, compte tenu de la situation particulière du requérant, elle serait disproportionnée.

L'intéressé habite à Campione, une enclave italienne de 1,6 km² dans le Tessin. L'interdiction d'entrée en Suisse et de transit par la Suisse a ainsi pour conséquence que l'intéressé ne peut pas quitter Campione. Sur le plan pratique, cela revient quasiment,

comme le requérant le fait valoir à juste titre, à une assignation à domicile et représente ainsi une restriction importante à la liberté personnelle de l'intéressé. Dans ces conditions, les autorités suisses ont l'obligation d'épuiser les allègements du régime des sanctions autorisés en vertu des résolutions du Conseil de sécurité.

L'Office fédéral des migrations ne dispose donc d'aucune marge d'appréciation. Sa tâche consiste en réalité à vérifier si les conditions régissant l'octroi d'une dérogation sont réunies. Si la requête ne relève pas de l'une des dérogations générales prévues par le Conseil de sécurité, elle doit être soumise au Comité des sanctions pour approbation.

10.3 La question de savoir si l'Office fédéral des migrations a méconnu les prescriptions constitutionnelles dans le traitement des demandes de voyage à l'étranger introduites par le requérant ne doit pas être ici examinée: les décisions prises par l'Office des migrations à cet égard n'ont pas été contestées par le requérant et elles sont étrangères à l'objet de la présente procédure.

Il en va de même de la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu de déplacer le domicile du requérant de l'enclave italienne de Campione en Italie. Le requérant n'a en effet jusqu'ici pas formé de demande à cet égard.»

C. Les faits postérieurs à l'arrêt du Tribunal fédéral

53. A la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral, le requérant écrivit à l'ODM pour le prier de réexaminer la possibilité d'appliquer des exceptions générales à sa situation particulière. Le 28 janvier 2008, il introduisit une nouvelle demande de suspension de l'interdiction d'entrée et de transit pour une durée de trois mois. Par une lettre du 21 février 2008, l'ODM rejeta cette demande, précisant qu'il n'était pas en mesure d'octroyer une suspension pour une durée aussi étendue sans en référer au comité des sanctions et ne pouvait délivrer que des sauf-conduits ponctuels. Le requérant ne contesta pas cette décision.

54. Le 22 février 2008, lors d'une entrevue au cours de laquelle les autorités suisses et le représentant du requérant s'étaient entretenus au sujet du soutien que la Suisse pouvait apporter au requérant dans ses démarches visant à être radié de la liste, une représentante du Département fédéral des affaires étrangères observa que l'on se trouvait dans une situation assez particulière étant donné que, d'une part, le requérant demandait quel soutien la Suisse pourrait lui apporter dans une procédure de *delisting* devant les Nations unies et, d'autre part, il avait attaqué la Suisse devant la Cour.

Lors de cette entrevue, le représentant du requérant précisa qu'il avait reçu une confirmation orale de l'ODM selon laquelle son client bénéficierait d'autorisations ponctuelles pour se rendre en Italie afin de rencontrer son avocat à Milan. La représentante du Département indiqua également que le requérant pouvait demander au comité des sanctions une dérogation plus étendue en raison de sa situation particulière. En revanche, elle répéta

également que la Suisse ne pouvait pas elle-même requérir un *delisting* du requérant auprès du comité des sanctions. Elle ajouta que son gouvernement serait quand même disposé à apporter un soutien au requérant, notamment en lui fournissant une attestation confirmant que la procédure pénale ouverte contre lui s'était terminée par un non-lieu. L'avocat du requérant répondit qu'il avait déjà reçu une lettre attestant du non-lieu dont avait bénéficié son client, ce qui lui suffisait.

Quant aux demandes du requérant auprès des autorités italiennes en vue d'obtenir leur soutien dans une procédure de *delisting*, la représentante du Département suggéra à l'avocat du requérant de prendre contact avec la Mission de l'Italie auprès des Nations unies, en ajoutant que cet Etat siégeait alors au Conseil de sécurité.

55. Le Gouvernement a indiqué à la Cour qu'en avril 2008, un tribunal militaire égyptien avait condamné le requérant par défaut à une peine privative de liberté de dix ans pour financement de l'organisation des Frères musulmans (voir l'article paru à ce sujet le 16 avril 2008 dans le quotidien *Corriere del Ticino*). Le requérant ne conteste pas la réalité de cette condamnation, mais soutient qu'il n'a jamais été informé des procédures dirigées contre lui et qu'il n'a donc pas eu la possibilité de se défendre personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat. Pour ces motifs et compte tenu également du fait qu'elle s'est tenue devant une juridiction militaire alors que lui-même est un civil, il estime que la procédure en question était clairement contraire à l'article 6.

56. Le 5 juillet 2008, le gouvernement italien soumit au comité des sanctions une demande de radiation du requérant motivée par le classement sans suite de la procédure dirigée contre l'intéressé en Italie. Le comité rejeta cette demande par une décision du 15 juillet 2008. Selon le requérant, le comité ne lui a pas laissé la possibilité de soumettre ses observations préalablement.

57. Le 11 septembre 2008, l'ODM accorda au requérant le droit d'entrer en Suisse et d'y rester deux jours. L'intéressé ne fit pas usage de cette autorisation.

58. Par une lettre du 23 décembre 2008, l'ODM informa le requérant que l'entrée de la Suisse dans l'espace Schengen, le 12 décembre 2008, était sans incidence sur son cas.

59. Dans ses observations à la chambre, le gouvernement suisse a indiqué qu'à sa connaissance, l'inscription du requérant sur la liste faisait suite à une demande des Etats-Unis, et que ceux-ci avaient soumis au comité des sanctions le 7 juillet 2009 une demande de radiation concernant plusieurs personnes, dont l'intéressé.

60. Le 24 août 2009, conformément à la procédure prévue par la Résolution 1730 (2006) du Conseil de sécurité, le requérant adressa au « point focal pour les demandes de radiation » une demande aux fins de la radiation de son nom de la liste du comité des sanctions.

61. Le 2 septembre 2009, la Suisse communiqua au comité des sanctions la copie d'une lettre en date du 13 août 2009 par laquelle le ministère public de la Confédération confirmait à l'avocat du requérant que l'enquête de police judiciaire dirigée contre son client n'avait pas fourni d'indices ou de preuves permettant d'établir l'existence d'un lien entre lui et des personnes ou des organisations liées à Oussama Ben Laden, à Al-Qaïda ou aux Taliban.

62. Le 23 septembre 2009, le nom du requérant fut rayé de la liste annexée aux résolutions du Conseil de sécurité prévoyant les sanctions en cause. Selon le requérant, la procédure prévue par la Résolution 1730 (2006) n'a pas été utilisée et il n'a reçu aucune explication. Le 29 septembre 2009, l'annexe à l'ordonnance sur les Taliban fut modifiée en conséquence, et la modification fut effective le 2 octobre 2009.

63. Par une motion adoptée le 1^{er} mars 2010, la Commission de politique extérieure du Conseil national (chambre basse du Parlement fédéral) chargea le Conseil fédéral d'indiquer au Conseil de sécurité qu'à partir de la fin de l'année 2010, il n'appliquerait plus, dans certains cas, les sanctions prononcées à l'encontre de personnes physiques en vertu des résolutions adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Elle demanda par ailleurs au Gouvernement de réaffirmer sa volonté inébranlable de collaborer à la lutte contre le terrorisme dans le respect de l'ordre juridique des Etats. La motion avait été déposée le 12 juin 2009 par Dick Marty, un membre du Conseil des Etats (chambre haute du Parlement fédéral), et citait à titre d'exemple le cas du requérant.

D. Les efforts déployés en vue d'améliorer le régime des sanctions

64. Le Gouvernement affirme que, même si elle n'est pas membre du Conseil de sécurité, la Suisse, avec d'autres Etats, s'emploie activement, depuis son adhésion aux Nations unies le 10 septembre 2002, à améliorer l'équité de la procédure d'inscription et de radiation et la situation juridique des personnes concernées. Ainsi, au cours de l'été 2005, elle aurait lancé avec la Suède et l'Allemagne une initiative ayant pour but une meilleure prise en compte des droits fondamentaux dans la procédure des sanctions. En 2008, dans le cadre de cette initiative, elle aurait, conjointement avec l'Allemagne, le Danemark, le Liechtenstein, les Pays-Bas et la Suède, soumis au Conseil de sécurité des propositions concrètes pour la mise en place d'un panel indépendant habilité à présenter au comité des sanctions des propositions de radiation. Par ailleurs, à l'automne 2009, elle aurait

déployé avec ses partenaires d'intenses efforts pour que la résolution de renouvellement du régime des sanctions à l'encontre d'Al-Qaïda et des Taliban, dont l'adoption était prévue au mois de décembre, allât en ce sens. Parallèlement, elle aurait apporté son appui à la mise à jour d'une étude, parue en octobre 2009, qui proposait, dans le cadre de l'établissement d'un mécanisme d'examen, l'institution d'un médiateur. Or, le 17 décembre 2009, le Conseil de sécurité a adopté la Résolution 1904 (2009) créant un bureau du Médiateur destiné à recevoir les plaintes d'individus visés par des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (paragraphe 78 ci-dessous). Enfin, la Suisse se serait exprimée à maintes reprises devant le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations unies pour demander une amélioration des droits procéduraux des personnes concernées par les sanctions.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le droit interne

1. *La Constitution fédérale*

65. L'article 190 (Droit applicable) de la Constitution fédérale dispose :

« Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. »

2. *Ordonnance du 2 octobre 2000 instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama Ben Laden, au groupe « Al-Qaïda » ou aux Taliban (« l'ordonnance sur les Taliban »)*

66. L'ordonnance du 2 octobre 2000 instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama Ben Laden, au groupe « Al-Qaïda » ou aux Taliban a été modifiée à plusieurs reprises. Dans la version en vigueur pendant la période considérée en l'espèce, en particulier au moment où le Tribunal fédéral a rendu son arrêt (14 novembre 2007), les dispositions pertinentes de cette ordonnance étaient libellées comme suit :

Article 1

Interdiction de fournir de l'équipement militaire et des biens similaires

« 1. La fourniture, la vente et le courtage d'armements de toute sorte, y compris d'armes et de munitions, de véhicules et d'équipement militaires, de matériels paramilitaires de même que leurs accessoires et pièces de rechange aux personnes physiques et morales, aux groupes ou aux entités cités à l'annexe 2 sont interdits.

(...)

3. La fourniture, la vente et le courtage de conseils techniques et de moyens d'assistance ou d'entraînement liés aux activités militaires aux personnes physiques et morales, aux groupes ou aux entités cités à l'annexe 2 sont interdits.

4. Les alinéas 1 et 3 ne s'appliquent que dans la mesure où la loi du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens, la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre ainsi que leurs ordonnances d'application ne sont pas applicables.»

Article 3

Gel des avoirs et des ressources économiques

« 1. Les avoirs et les ressources économiques appartenant aux personnes physiques et morales, aux groupes ou aux entités cités à l'annexe 2 ou contrôlés par ces derniers sont gelés.

2. Il est interdit de fournir des fonds aux personnes physiques et morales, aux groupes ou aux entités cités à l'annexe 2 ou de mettre à leur disposition, directement ou indirectement, des fonds ou des ressources économiques.

3. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) peut exempter les paiements liés à des projets en faveur de la démocratisation ou à des activités humanitaires des interdictions prescrites aux alinéas 1 et 2.

4. Le SECO peut, après avoir consulté les offices compétents du Département fédéral des affaires étrangères et du Département fédéral des finances, autoriser des versements prélevés sur des comptes bloqués, des transferts de biens en capital gelés et le déblocage de ressources économiques gelées afin de protéger des intérêts suisses ou de prévenir des cas de rigueur.»

Article 4

Déclaration obligatoire

« 1. Quiconque détient ou gère des avoirs dont il faut admettre qu'ils tombent sous le coup du gel des avoirs défini à l'article 3, alinéa 1, doit les déclarer sans délai au SECO.

2. Les personnes ou les institutions qui ont connaissance de ressources économiques dont il faut admettre qu'elles tombent sous le coup du gel des ressources économiques défini à l'article 3, alinéa 1, doivent les déclarer sans délai au SECO.

3. Sur la déclaration doivent figurer le nom du bénéficiaire, l'objet et la valeur des avoirs et des ressources économiques gelés.»

Article 4a

Entrée en Suisse et transit

« 1. L'entrée en Suisse et le transit par la Suisse sont interdits aux personnes physiques citées à l'annexe 2.

2. L'Office fédéral des migrations peut, en conformité avec les décisions du Conseil de sécurité de l'ONU ou pour la protection d'intérêts suisses, accorder des dérogations.»

B. Le droit international

1. La Charte des Nations unies

67. La Charte des Nations unies a été signée à San Francisco le 26 juin 1945. Ses dispositions pertinentes pour la présente affaire sont les suivantes :

Préambule

« Nous, peuples des Nations unies, résolu

à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances,

à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites,

à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international,

à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

et à ces fins

à pratiquer la tolérance, à vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage,

à unir nos forces pour maintenir la paix et la sécurité internationales,

à accepter des principes et instituer des méthodes garantissant qu'il ne sera pas fait usage de la force des armes, sauf dans l'intérêt commun,

à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples,

Avons décidé d'associer nos efforts pour réaliser ces desseins.

En conséquence, nos gouvernements respectifs, par l'intermédiaire de leurs représentants, réunis en la ville de San Francisco, et munis de pleins pouvoirs reconnus en bonne et due forme, ont adopté la présente Charte des Nations unies et établissent par les présentes une organisation internationale qui prendra le nom de Nations unies. »

Article 1

« Les buts des Nations unies sont les suivants :

1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le

règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix ;

(...)

3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion ;

(...)

Article 24

« 1. Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom.

2. Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux Chapitres VI, VII, VIII et XII.

(...)

Article 25

« Les membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte. »

68. Le Chapitre VII de la Charte est intitulé « Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression ». Son article 39 est libellé comme suit :

« Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

69. Le Chapitre XVI est intitulé « Dispositions diverses ». Son article 103 se lit ainsi :

« En cas de conflit entre les obligations des membres des Nations unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »

2. Les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité dans le cadre de la lutte contre Al-Qaïda et les Taliban, dans la mesure où elles sont pertinentes pour la présente affaire

70. La Résolution 1267 (1999) a été adoptée le 15 octobre 1999. Elle crée le comité des sanctions. Composé de tous les membres du Conseil

de sécurité, ce comité a notamment pour tâche de demander à tous les Etats de le tenir informé des dispositions prises pour assurer l'application effective des mesures imposées en vertu de la résolution, qui consistent, d'une part, à refuser aux aéronefs liés aux Taliban l'autorisation de décoller de leur territoire ou d'y atterrir, à moins que le comité des sanctions n'ait préalablement approuvé le vol pour des motifs d'ordre humanitaire, et, d'autre part, à geler les fonds et autres ressources financières des Taliban. En ses parties pertinentes pour la présente affaire, cette résolution est ainsi libellée :

Résolution 1267 (1999)

« (...)

Le Conseil de sécurité,

Réaffirmant ses résolutions antérieures, en particulier les Résolutions 1189 (1998) du 13 août 1998, 1193 (1998) du 28 août 1998 et 1214 (1998) du 8 décembre 1998, ainsi que les déclarations de son président sur la situation en Afghanistan,

Se déclarant à nouveau résolument attaché à la souveraineté, à l'indépendance, à l'intégrité territoriale et à l'unité nationale de l'Afghanistan, ainsi qu'au respect du patrimoine culturel et historique du pays,

Se déclarant à nouveau profondément préoccupé par les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme qui continuent d'être commises, en particulier la discrimination exercée à l'encontre des femmes et des filles, ainsi que par l'augmentation sensible de la production illicite d'opium, et *soulignant* que la prise du consulat général de la République islamique d'Iran par les Taliban et l'assassinat de diplomates iraniens et d'un journaliste à Mazar-e-Sharif constituent des violations flagrantes des règles établies du droit international,

Rappelant les conventions internationales contre le terrorisme pertinentes, et en particulier l'obligation qu'ont les parties à ces instruments d'extrader ou de poursuivre les terroristes,

Condamnant avec force le fait que des terroristes continuent d'être accueillis et entraînés, et que des actes de terrorisme soient préparés, en territoire afghan, en particulier dans les zones tenues par les Taliban, et *réaffirmant* sa conviction que la répression du terrorisme international est essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales,

Déplorant que les Taliban continuent de donner refuge à [Oussama Ben] Laden et de lui permettre, ainsi qu'à ses associés, de diriger un réseau de camps d'entraînement de terroristes à partir du territoire tenu par eux et de se servir de l'Afghanistan comme base pour mener des opérations terroristes internationales,

Notant qu'[Oussama Ben] Laden et ses associés sont poursuivis par la justice des Etats-Unis d'Amérique, notamment pour les attentats à la bombe commis le 7 août 1998 contre les ambassades de ce pays à Nairobi (Kenya) et à Dar es Salaam

(Tanzanie) et pour complot visant à tuer des citoyens américains se trouvant à l'étranger, et *notant également* que les Etats-Unis d'Amérique ont demandé aux Taliban de remettre les intéressés à la justice (S/1999/1021),

Considérant qu'en se refusant à satisfaire aux exigences formulées au paragraphe 13 de la Résolution 1214 (1998), les autorités des Taliban font peser une menace sur la paix et la sécurité internationales,

Soulignant sa volonté résolue de faire respecter ses résolutions,

Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies,

(...)

3. *Décide* que tous les Etats imposeront le 14 novembre 1999 les mesures prévues au paragraphe 4 ci-après, à moins qu'il n'ait décidé avant cette date, sur la base d'un rapport du Secrétaire général, que les Taliban se sont pleinement acquittés de l'obligation qui leur est imposée au paragraphe 2 ci-dessus;

4. *Décide en outre* qu'afin d'assurer l'application du paragraphe 2 ci-dessus, tous les Etats devront :

a) Refuser aux aéronefs appartenant aux Taliban ou affrétés ou exploités par les Taliban ou pour le compte des Taliban, tels qu'identifiés par le comité créé en application du paragraphe 6 ci-après, l'autorisation de décoller de leur territoire ou d'y atterrir à moins que le comité n'ait préalablement approuvé le vol considéré pour des motifs d'ordre humanitaire, y compris les obligations religieuses telles que le pèlerinage à La Mecque;

b) Geler les fonds et autres ressources financières, tirés notamment de biens appartenant aux Taliban ou contrôlés directement ou indirectement par eux, ou appartenant à, ou contrôlés par, toute entreprise appartenant aux Taliban ou contrôlée par les Taliban, tels qu'identifiés par le comité créé en application du paragraphe 6 ci-après, et veiller à ce que ni les fonds et autres ressources financières en question, ni tous autres fonds ou ressources financières ainsi identifiés ne soient mis à la disposition ou utilisés au bénéfice des Taliban ou de toute entreprise leur appartenant ou contrôlée directement ou indirectement par les Taliban, que ce soit par leurs nationaux ou par toute autre personne se trouvant sur leur territoire, à moins que le comité n'ait donné une autorisation contraire, au cas par cas, pour des motifs humanitaires;

5. *Engage* tous les Etats à s'associer aux efforts menés pour parvenir à ce qui est exigé au paragraphe 2 ci-dessus, et à envisager de prendre d'autres mesures contre [Oussama Ben] Laden et ses associés;

6. *Décide* de créer, conformément à l'article 28 de son règlement intérieur provisoire, un comité du Conseil de sécurité composé de tous les membres du Conseil, pour accomplir les tâches ci-après et rendre compte de ses travaux au Conseil en présentant ses observations et recommandations :

(...)

7. *Demande* à tous les Etats de se conformer strictement aux dispositions de la présente résolution, nonobstant l'existence de droits accordés ou d'obligations conférées ou imposées par tout accord international, tout contrat conclu ou tous autorisations ou permis accordés avant la date à laquelle entreront en vigueur les mesures imposées par le paragraphe 4 ci-dessus ;

8. *Demande* aux Etats d'engager des poursuites contre les personnes et les entités relevant de leur juridiction qui agissent en violation des mesures imposées par le paragraphe 4 ci-dessus et de leur appliquer des peines appropriées ;

9. *Demande* à tous les Etats de coopérer pleinement avec le comité créé en application du paragraphe 6 ci-dessus dans l'exécution de ses tâches, notamment en lui communiquant les éléments d'information qui pourraient lui être nécessaires au titre de la présente résolution ;

10. *Demande* à tous les Etats de rendre compte au comité créé en application du paragraphe 6 ci-dessus, dans les 30 jours qui suivront l'entrée en vigueur des mesures imposées par le paragraphe 4 ci-dessus, des dispositions qu'ils auront prises pour appliquer ledit paragraphe 4 ;

(...)»

71. Par la Résolution 1333 (2000), adoptée le 19 décembre 2000, le Conseil de sécurité a étendu l'application des sanctions prévues par la Résolution 1267 (1999) à toute personne ou entité désignée par le comité des sanctions comme associée à Al-Qaïda ou à Oussama Ben Laden. La résolution prévoit également l'usage d'une liste pour la mise en œuvre des sanctions adoptées par les Nations unies. En ses parties pertinentes pour la présente affaire, cette résolution est ainsi libellée :

Résolution 1333 (2000)

« (...)

Le Conseil de sécurité,

Réaffirmant ses résolutions antérieures, en particulier la Résolution 1267 (1999) du 15 octobre 1999, et les déclarations de son président sur la situation en Afghanistan,

Se déclarant à nouveau résolument attaché à la souveraineté, à l'indépendance, à l'intégrité territoriale et à l'unité nationale de l'Afghanistan, ainsi qu'au respect du patrimoine culturel et historique du pays,

Reconnaissant les besoins humanitaires critiques du peuple afghan,

(...)

8. *Décide* que tous les Etats prendront de nouvelles mesures pour :

a) Fermer immédiatement et totalement tous les bureaux des Taliban situés sur leurs territoires ;

b) Fermer immédiatement tous les bureaux de la compagnie aérienne Ariana Afghan Airlines sur leurs territoires;

c) Geler sans retard les fonds et autres actifs financiers d'[Oussama Ben] Laden et des individus et entités qui lui sont associés, tels qu'identifiés par le comité [des sanctions – «le Comité»], y compris l'organisation [Al-Qaïda], et les fonds tirés de biens appartenant à [Oussama Ben] Laden et aux individus et entités qui lui sont associés ou contrôlés directement ou indirectement par eux, et veiller à ce que ni les fonds et autres ressources financières en question, ni tous autres fonds ou ressources financières ne soient mis à la disposition ou utilisés directement ou indirectement au bénéfice d'[Oussama Ben] Laden, de ses associés ou de toute entité leur appartenant ou contrôlée directement ou indirectement par eux, y compris l'organisation [Al-Qaïda], que ce soit par leurs nationaux ou par toute autre personne se trouvant sur leur territoire, et *prie* le Comité de tenir, sur la base des informations communiquées par les Etats et les organisations régionales, une liste à jour des individus et entités que le Comité a identifiés comme étant associés à [Oussama Ben] Laden, y compris l'organisation [Al-Qaïda];

(...)

12. *Décide en outre* que le Comité tiendra une liste des organisations et des organismes de secours gouvernementaux approuvés qui fournissent une aide humanitaire en Afghanistan, y compris l'Organisation des Nations unies et ses institutions, les organismes de secours gouvernementaux fournissant une aide humanitaire, le Comité international de la Croix-Rouge et les organisations non gouvernementales, selon qu'il conviendra, que l'interdiction décrétée au paragraphe 11 ci-dessus ne s'appliquera pas aux vols humanitaires organisés par les organisations et les organismes de secours gouvernementaux, ou pour leur compte, qui figurent sur la liste approuvée par le Comité, que celui-ci réexaminera régulièrement cette liste en y ajoutant selon qu'il conviendra de nouvelles organisations ou de nouveaux organismes de secours gouvernementaux, et que le Comité retirera de la liste les organisations et organismes gouvernementaux qui, selon lui, organisent ou sont susceptibles d'organiser des vols à des fins autres qu'humanitaires, et fera savoir immédiatement à ces organisations ou organismes gouvernementaux que tout vol organisé par eux, ou pour leur compte, est soumis aux dispositions du paragraphe 11 ci-dessus;

(...)

16. *Prie* le Comité de s'acquitter de son mandat en exécutant les tâches ci-après, en sus de celles qui sont énoncées dans la Résolution 1267 (1999):

a) Dresser et tenir à jour, à partir des informations communiquées par les Etats, les organisations régionales et les organisations internationales, des listes de tous les points d'entrée et zones d'atterrissage situés sur le territoire afghan contrôlé par les Taliban et communiquer aux Etats membres le contenu de ces listes;

b) Dresser et tenir à jour, à partir des informations communiquées par les Etats et les organisations régionales, des listes concernant les individus et entités identifiés comme étant associés à [Oussama Ben] Laden, conformément à l'alinéa c) du paragraphe 8 ci-dessus;

c) Examiner les demandes concernant les dérogations visées aux paragraphes 6 et 11 ci-dessus et statuer sur ces demandes;

d) Dresser au plus tard un mois après l'adoption de la présente résolution et tenir à jour la liste des organisations agréées et des organismes publics de secours fournissant une aide humanitaire à l'Afghanistan, conformément au paragraphe 12 ci-dessus;

(...)

17. *Demande* à tous les Etats et à toutes les organisations internationales et régionales, dont l'Organisation des Nations unies et les institutions spécialisées, de se conformer strictement aux dispositions de la présente résolution, nonobstant de l'existence de tous droits conférés ou obligations imposées par un accord international ou d'un contrat conclu ou d'une licence ou autorisation délivrée avant la date d'entrée en vigueur des mesures imposées par les paragraphes 5, 8, 10 et 11 ci-dessus;

(...)

72. Dans la Résolution 1363 (2001), adoptée le 30 juillet 2001, le Conseil de sécurité a décidé la création d'un mécanisme de surveillance de la mise en œuvre des mesures énoncées dans les Résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) («le mécanisme de suivi»), constitué notamment d'un groupe de suivi composé au maximum de cinq experts choisis compte tenu du principe de la répartition géographique équitable («*Monitoring Group*»).

73. Dans la Résolution 1373 (2001), adoptée le 28 septembre 2001 – à la suite des événements du 11 septembre 2001 –, le Conseil de sécurité a décidé que les Etats devaient prendre toute une série de mesures de lutte contre le terrorisme international et de contrôle des frontières. En ses parties pertinentes pour la présente affaire, cette résolution est ainsi libellée :

Résolution 1373 (2001)

«(...)

Le Conseil de sécurité,

(...)

1. *Décide* que tous les Etats :

a) Préviennent et répriment le financement des actes de terrorisme;

b) Erigent en crime la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme;

c) Gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles, et des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités, y compris les fonds provenant de biens

appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlés, directement ou indirectement, par elles ;

d) Interdisent à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes ;

2. *Décide également* que tous les Etats :

a) S'abstiennent d'apporter quelque forme d'appui que ce soit, actif ou passif, aux entités ou personnes impliquées dans des actes de terrorisme, notamment en réprimant le recrutement de membres de groupes terroristes et en mettant fin à l'approvisionnement en armes des terroristes ;

b) Prennent les mesures voulues pour empêcher que des actes de terrorisme ne soient commis, notamment en assurant l'alerte rapide d'autres Etats par l'échange de renseignements ;

c) Refusent de donner refuge à ceux qui financent, organisent, appuient ou commettent des actes de terrorisme ou en recèlent les auteurs ;

d) Empêchent que ceux qui financent, organisent, facilitent ou commettent des actes de terrorisme n'utilisent leurs territoires respectifs pour commettre de tels actes contre d'autres Etats ou contre les citoyens de ces Etats ;

e) Veillent à ce que toutes personnes qui participent au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme ou qui y apportent un appui soient traduites en justice, à ce que, outre les mesures qui pourraient être prises contre ces personnes, ces actes de terrorisme soient érigés en infractions graves dans la législation et la réglementation nationales et à ce que la peine infligée soit à la mesure de la gravité de ces actes ;

3. *Demande* à tous les Etats :

(...)

f) De prendre les mesures appropriées, conformément aux dispositions pertinentes de leur législation nationale et du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme, afin de s'assurer, avant d'octroyer le statut de réfugié, que les demandeurs d'asile n'ont pas organisé ou facilité la perpétration d'actes de terrorisme et n'y ont pas participé ;

(...)»

74. Dans la Résolution 1390 (2002), adoptée le 16 janvier 2002, le Conseil de sécurité a décidé la mise en place d'une interdiction d'entrée et de transit à l'égard des personnes et entités visées par les sanctions internationales. Cette résolution apporte également davantage de précision

et de transparence au régime des sanctions, en ce que le comité des sanctions y est prié d'actualiser régulièrement la liste des personnes visées par les sanctions, de publier sans tarder les directives et les critères nécessaires pour faciliter la mise en œuvre des sanctions et de rendre publics les renseignements qu'il jugerait utiles ainsi que la liste des personnes visées par les sanctions. En ses parties pertinentes pour la présente affaire, cette résolution est ainsi libellée :

Résolution 1390 (2002)

«(...)

Le Conseil de sécurité

(...)

2. Décide que tous les Etats doivent prendre les mesures ci-après à l'égard d'Oussama Ben Laden, des membres de l'organisation [Al-Qaïda] ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés figurant sur la liste établie en application des Résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000), qui doit être mise à jour périodiquement par le Comité créé en application du paragraphe 6 de la Résolution 1267 (1999), ci-après dénommé «le Comité» :

a) Bloquer sans délai les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques de ces personnes, groupes, entreprises et entités, y compris les fonds provenant de biens leur appartenant ou contrôlés, directement ou indirectement, par eux ou par des personnes agissant pour leur compte ou sous leurs ordres, et veiller à ce que ni ces fonds ni d'autres fonds, actifs financiers ou ressources économiques ne soient rendus disponibles, directement ou indirectement, pour les fins qu'ils poursuivent, par leurs citoyens ou par une personne se trouvant sur leur territoire ;

b) Empêcher l'entrée sur leur territoire ou le transit par leur territoire de ces personnes, étant entendu qu'aucune disposition du présent paragraphe ne peut contraindre un Etat à refuser l'entrée sur son territoire ou à exiger le départ de son territoire de ses propres citoyens et que le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque l'entrée ou le transit est nécessaire pour l'aboutissement d'une procédure judiciaire, ou quand le Comité détermine, uniquement au cas par cas, si cette entrée ou ce transit est justifié ;

c) Empêcher la fourniture, la vente ou le transfert directs ou indirects, à partir de leur territoire ou par leurs citoyens se trouvant en dehors de leur territoire, à de tels groupes, personnes, entreprises ou entités, ou au moyen de navires battant leur pavillon ou d'aéronefs immatriculés par eux, d'armes et de matériel connexe de tous types, y compris les armes et les munitions, les véhicules et le matériel militaires et les pièces de rechange pour le matériel susmentionné, ainsi que les conseils, l'assistance et la formation techniques ayant trait à des activités militaires ;

(...)

8. *Exhorte* tous les Etats à prendre des mesures immédiates pour appliquer ou renforcer, par des mesures législatives ou administratives, selon qu'il conviendra, les dispositions applicables en vertu de leur législation ou de leur réglementation à l'encontre de leurs nationaux et d'autres personnes ou entités agissant sur leur territoire, afin de prévenir et de sanctionner les violations des mesures visées au paragraphe 2 de la présente résolution, et à informer le Comité de l'adoption de ces mesures, et *invite* les Etats à communiquer au Comité les résultats de toute enquête ou opération de police ayant un rapport avec la question, à moins que cette enquête ou opération ne risque de s'en trouver compromise;

(...)»

75. Dans la Résolution 1526 (2004), adoptée le 30 janvier 2004, le Conseil de sécurité a prié tous les Etats de fournir, lors de la soumission de nouveaux noms à inclure sur la liste du comité des sanctions, des renseignements facilitant l'identification des personnes ou entités concernées, et il les a encouragés vigoureusement à informer, dans la mesure du possible, les personnes et entités inscrites sur la liste des mesures prises à leur encontre, des directives du comité et des dispositions de la Résolution 1452 (2002), qui prévoit des dérogations à certaines sanctions.

76. En réponse à la montée des critiques vis-à-vis du régime des sanctions, le Conseil de sécurité a adopté des résolutions de plus en plus détaillées pour en renforcer les garanties procédurales. C'est ainsi que, dans la Résolution 1730 (2006), il a établi la procédure actuelle, en instituant un « point focal » chargé de recevoir les demandes de radiation des personnes ou entités figurant sur les listes établies par le comité des sanctions. Selon cette résolution, le point focal est chargé de transmettre les demandes qui lui sont soumises, pour information et observations éventuelles, aux gouvernements à l'origine de l'inscription ainsi qu'à ceux de l'Etat de nationalité et de l'Etat de résidence. Ceux-ci consultent alors les gouvernements à l'origine de l'inscription, avec ou sans l'entremise du « point focal », puis ils peuvent recommander la radiation de la liste. Dans ce cas, la demande de radiation est inscrite à l'ordre du jour du comité des sanctions, lequel prend ses décisions par consensus de ses quinze membres.

77. La Résolution 1735 (2006) a créé une procédure de notification aux personnes ou entités inscrites sur la liste et précisé les critères de radiation de la liste :

« 14. (...) pour apprécier l'opportunité de rayer des noms de la liste, le Comité pourra, notamment, rechercher i) si l'individu ou l'entité a été inscrit sur la liste par suite d'une erreur d'identification, ou ii) si l'individu ou l'entité ne remplit plus les critères découlant des résolutions pertinentes, en particulier la Résolution 1617 (2005); en procédant à l'évaluation visée au point ii), le Comité pourra rechercher, notamment, si l'individu est décédé ou s'il est établi que l'individu ou l'entité a cessé toute association, telle que définie dans la Résolution 1617 (2005), avec [Al-Qaïda],

[Oussama Ben] Laden, les Taliban et ceux qui les appuient, y compris tous individus et entités inscrits sur la liste;

(...)»

78. La procédure a encore été renforcée par la suite, avec l'adoption des Résolutions 1822 (2008) et 1904 (2009), qui sont postérieures à la présente affaire. Dans la Résolution 1904, adoptée le 17 décembre 2009, le Conseil de sécurité a décidé la création d'un bureau du Médiateur, chargé de recevoir les demandes d'individus visés par les sanctions adoptées par le Conseil de sécurité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Selon cette résolution, les personnes inscrites sur la liste des sanctions sont en droit d'obtenir des informations sur les motifs se trouvant à l'origine des mesures prises à leur rencontre et d'adresser au Médiateur une demande aux fins de leur radiation de cette liste. Le Médiateur a pour mission de mener sur chaque cas une enquête indépendante et impartiale et d'exposer au comité des sanctions les raisons militent pour ou contre une radiation de la liste.

3. *La Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)*

79. L'article 27 (Droit interne et respect des traités) de la Convention de Vienne sur le droit des traités est libellé dans les termes suivants :

« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité (...) »

80. Son article 30 (Application de traités successifs portant sur la même matière) est libellé comme suit :

1. Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

a) dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 ;

b) dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité.»

4. *Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies*

81. Le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», publié en avril 2006, comporte les observations suivantes relativement à l'article 103 de la Charte:

4. Harmonisation – Intégration systémique

«37. En droit international, une forte présomption pèse contre le conflit normatif. L'interprétation des traités relève de la diplomatie, or la diplomatie est censée éviter ou atténuer les conflits, ce qui vaut pour le règlement judiciaire. Voici comment Rousseau concevait les devoirs du juge dans l'une des analyses les plus anciennes du conflit de lois qui a conservé toute son utilité:

(...) lorsqu'il est en présence de deux accords de volontés divergentes, il doit être tout naturellement porté à rechercher leur coordination plutôt qu'à consacrer à leur antagonisme (Charles Rousseau, «*De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*», RGDIP, vol. 39 (1932), p. 153).

38. Ce principe d'interprétation désormais largement accepté peut se formuler de différentes façons. Il peut se présenter sous une forme empirique: en se créant de nouvelles obligations, les Etats ne sont pas supposés déroger à leurs autres obligations. Jennings et Watts par exemple notent l'existence d'une présomption selon laquelle les parties se proposent quelque chose qui n'est pas incompatible avec les principes généralement reconnus du droit international ni avec des obligations conventionnelles antérieures à l'égard d'Etats tiers (Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts (éd.), *Oppenheim's International Law* (Londres: Longman, 1992) (9^e éd.), p. 1275. Pour l'acceptation plus large de la présomption défavorable au conflit – c'est-à-dire la suggestion de l'harmonie – voir également Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, p. 240 à 244).

39. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice déclarait:

c'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant (Affaire du *Droit de passage sur le territoire indien (exceptions préliminaires)* (*Portugal c. Inde*), C.I.J., Recueil des arrêts, Avis consultatifs et ordonnances, 1957, p. 21).

(...)

331. L'article 103 ne précise pas que la Charte prime, mais renvoie aux obligations en vertu de la Charte. Outre les droits et obligations prévus par la Charte elle-même, il vise les devoirs découlant de décisions exécutoires des organes des Nations unies. L'article 25, qui fait obligation aux Etats membres d'accepter et d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du Chapitre VII de la Charte, est le premier exemple qui vient à l'esprit. Même si la primauté des décisions du Conseil de sécurité selon l'article 103 n'est pas expressément prévue dans la Charte, dans la pratique comme dans la doctrine, elle a été largement acceptée (...)»

5. *La jurisprudence internationale pertinente*

82. Les mesures prises en vertu des résolutions du Conseil de sécurité établissant un régime d'inscription sur des listes et la possibilité de contrôler leur légalité ont été examinées, au niveau international, par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et par le Comité des droits de l'homme des Nations unies.

a) **L'affaire Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Cour de justice des Communautés européennes)**

83. L'arrêt Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes (affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P; ci-après l'arrêt «Kadi») concernait une mesure de gel des avoirs des requérants prise en application de règlements communautaires adoptés dans le cadre de la mise en œuvre des Résolutions 1267 (1999), 1333 (2000) et 1390 (2002) du Conseil de sécurité, lesquelles imposaient notamment à tous les Etats membres des Nations unies de prendre des mesures pour geler les fonds et autres ressources financières des individus et entités considérés par le comité des sanctions du Conseil de sécurité comme liés à Oussama Ben Laden, au réseau Al-Qaïda ou aux Taliban. En l'espèce, les requérants relevaient de cette catégorie et leurs avoirs avaient donc été gelés, mesure qu'ils estimaient constituer une atteinte à leur droit fondamental au respect de leurs biens protégé par le traité instituant la Communauté européenne («le traité CE»). Ils soutenaient que les règlements communautaires en cause avaient été adoptés *ultra vires*.

84. Le 21 septembre 2005, le Tribunal de première instance (devenu le 1^{er} décembre 2009 «le Tribunal») rejeta ces griefs et confirma la licéité des règlements, jugeant essentiellement que l'article 103 de la Charte avait pour effet de faire prévaloir les résolutions du Conseil de sécurité sur toutes les autres obligations internationales (hormis celles découlant du *jus cogens*), y compris celles issues du traité CE. Il conclut qu'il n'était pas autorisé à

examiner des résolutions du Conseil de sécurité, fût-ce de manière incidente, aux fins de vérifier qu'elles respectaient les droits fondamentaux.

85. M. Kadi forma un pourvoi devant la CJCE (devenue le 1^{er} décembre 2009 la « Cour de justice de l'Union européenne »). Ce pourvoi fut examiné en grande chambre conjointement avec une autre affaire. Dans son arrêt, rendu le 3 septembre 2008, la CJCE déclara que, l'ordre juridique communautaire étant un ordre juridique interne et distinct, elle était compétente pour examiner la licéité d'un règlement communautaire adopté au sein de cet ordre juridique, même si celui-ci avait été adopté pour mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité. Elle jugea dès lors que, même s'il ne lui incombait pas d'examiner la régularité des résolutions du Conseil de sécurité, le « juge communautaire » pouvait contrôler les actes communautaires ou les actes des Etats membres donnant effet à ces résolutions, et que cela « [n'impliquait] pas une remise en cause de la primauté de [la résolution concernée] au plan du droit international ».

86. La CJCE conclut que, les droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, les juridictions communautaires devaient assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité au regard de ces droits de l'ensemble des actes communautaires, y compris ceux visant, tel le règlement en cause, à mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité. Elle s'exprima notamment ainsi :

« (...) »

281. A cet égard, il y a lieu de rappeler que la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions (arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, 294/83, Rec. p. 1339, point 23).

(...)

290. Il y a dès lors lieu d'examiner si, comme l'a jugé le Tribunal, les principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire impliquent qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux est en principe exclu, nonobstant le fait que, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence rappelée aux points 281 à 284 du présent arrêt, un tel contrôle constitue une garantie constitutionnelle relevant des fondements mêmes de la Communauté.

(...)

293. Le respect des engagements pris dans le cadre des Nations unies s'impose tout autant dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, lors de la mise en œuvre par la Communauté, par l'adoption d'actes communautaires pris sur

le fondement des articles 60 CE et 301 CE, de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies.

294. Dans l'exercice de cette dernière compétence, la Communauté se doit en effet d'attacher une importance particulière au fait que, conformément à l'article 24 de la Charte des Nations unies, l'adoption, par le Conseil de sécurité, de résolutions au titre du Chapitre VII de cette charte constitue l'exercice de la responsabilité principale dont est investi cet organe international pour maintenir, à l'échelle mondiale, la paix et la sécurité, responsabilité qui, dans le cadre dudit Chapitre VII, inclut le pouvoir de déterminer ce qui constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales ainsi que de prendre les mesures nécessaires pour les maintenir ou les rétablir.

(...)

296. Or, si, du fait de l'adoption d'un tel acte, la Communauté est tenue de prendre, dans le cadre du traité CE, les mesures qu'impose cet acte, cette obligation implique, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, que, lors de l'élaboration de ces mesures, la Communauté tienne dûment compte des termes et des objectifs de la résolution concernée ainsi que des obligations pertinentes découlant de la Charte des Nations unies relatives à une telle mise en œuvre.

297. Par ailleurs, la Cour a déjà jugé que, aux fins de l'interprétation du règlement litigieux, il y a également lieu de tenir compte du texte et de l'objet de la Résolution 1390 (2002), que ce règlement, selon son quatrième considérant, vise à mettre en œuvre (arrêt Möllendorf et Möllendorf-Niehuus, précité, point 54 et jurisprudence citée).

298. Il y a toutefois lieu de relever que la Charte des Nations unies n'impose pas le choix d'un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de cette charte, cette mise en œuvre devant intervenir conformément aux modalités applicables à cet égard dans l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU. En effet, la Charte des Nations unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions.

299. Il découle de l'ensemble de ces considérations que les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies.

300. Une telle immunité juridictionnelle d'un acte communautaire tel que le règlement litigieux, en tant que corollaire du principe de primauté au plan du droit international des obligations issues de la Charte des Nations unies, en particulier de celles relatives à la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de cette charte, ne trouve par ailleurs aucun fondement dans le traité CE.

(...)»

87. La CJCE conclut que les règlements dénoncés, qui ne prévoyaient aucun droit de recours contre le gel d'avoirs, étaient contraires aux droits fondamentaux et devaient être annulés.

b) L'affaire Sayadi et Vinck c. Belgique (Comité des droits de l'homme des Nations unies)

88. Dans l'affaire opposant Nabil Sayadi et Patricia Vinck à la Belgique (constatations du Comité des droits de l'homme du 22 octobre 2008, relatives à la communication n° 1472/2006), le Comité des droits de l'homme eut à examiner la façon dont l'Etat partie avait appliqué le régime des sanctions établi par le Conseil de sécurité dans sa Résolution 1267 (1999). En janvier 2003, les deux auteurs de la communication, des ressortissants belges, avaient été inscrits sur la liste annexée à ladite Résolution sur la base d'informations fournies au Conseil de sécurité par la Belgique, qui avait ouvert une instruction judiciaire à leur égard en septembre 2002. A plusieurs reprises, les deux auteurs avaient présenté sans succès des demandes de radiation aux autorités nationales et régionales ainsi qu'aux Nations unies. En 2005, le tribunal de première instance de Bruxelles avait notamment ordonné à l'Etat belge de demander d'urgence au comité des sanctions de radier de la liste les noms des auteurs de la communication, ce que l'Etat avait fait.

89. Le Comité des droits de l'homme nota que l'interdiction de voyager imposée aux auteurs de la communication résultait du fait que l'Etat partie avait transmis leur nom au comité des sanctions avant même qu'ils n'aient été entendus. Il estima donc que même si la Belgique n'était pas compétente pour retirer elle-même leur nom des listes des Nations unies ou de l'Union européenne, elle était responsable de leur présence sur ces listes et de l'interdiction de voyager qui en avait résulté. Il conclut que les auteurs avaient subi une atteinte à la liberté de circulation emportant violation de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le non-lieu auquel avait abouti l'instruction judiciaire ainsi que les demandes de radiation présentées par l'Etat partie montrant selon lui qu'aucune menace à la sécurité nationale ou à l'ordre public ne justifiait de telles restrictions.

90. Le Comité estima également que l'accessibilité de la liste sur Internet, la parution d'articles de presse, la communication d'informations sur les auteurs avant la conclusion de l'enquête judiciaire et le fait que leurs coordonnées étaient toujours accessibles au public malgré les demandes formulées par l'Etat partie aux fins de leur retrait de la liste constituaient

autant d'atteintes à l'honneur et à la réputation des intéressés et emportaient violation de l'article 17 du Pacte.

91. De l'avis du Comité, même si l'Etat partie n'était pas compétent pour retirer lui-même de la liste les noms des auteurs, il avait le devoir d'entreprendre tout ce qui était en son pouvoir pour obtenir ce retrait au plus vite, d'indemniser les auteurs, de rendre publiques les demandes de radiation et de veiller à ce que de tels abus ne se reproduisent plus.

92. Le 20 juillet 2009, les auteurs de la communication ont été radiés de la liste sur décision du comité des sanctions.

6. *La jurisprudence pertinente d'autres Etats*

93. Ces mesures ont également été examinées, au niveau national, par la Cour suprême du Royaume-Uni et par la Cour fédérale du Canada.

a) *L'affaire Ahmed and others v. Her Majesty's Treasury (Cour suprême du Royaume-Uni)*

94. L'affaire *Ahmed and others v. Her Majesty's Treasury*, jugée par la Cour suprême du Royaume-Uni le 27 janvier 2010, concernait une mesure de gel des avoirs des requérants prise en application du régime des sanctions établi par les Résolutions 1267 (1999) et 1373 (2001). La Cour suprême estima qu'en adoptant certaines ordonnances d'application des résolutions du Conseil de sécurité établissant le régime des sanctions, le gouvernement avait outrepassé les pouvoirs que lui conférait l'article 1 de la loi de 1946 sur les Nations unies.

95. Dans l'arrêt, Lord Hope, vice-président de la Cour suprême, s'exprima ainsi :

«6. (...) Nous devons contrôler d'autant plus soigneusement la compétence du Trésor au regard de la loi de 1946 pour adopter les mesures de contrainte qu'il a prises que les conséquences des ordonnances prononcées sont en l'espèce draconiennes et liberticides. Même face à la menace que constitue le terrorisme international, la sécurité des personnes n'est pas un objectif inconditionnel. Il faut nous garder dans la même mesure des atteintes incontrôlées à la liberté individuelle. »

96. Il reconnut que les requérants avaient été privés du droit à un recours effectif et, à cet égard, s'exprima notamment ainsi :

«81. Je dirais que G. est fondé à obtenir satisfaction dans la mesure où le régime auquel il a été soumis l'a privé d'un recours effectif. Comme l'indique M. Swift, il ne sera d'aucune utilité à l'intéressé de contester en justice la décision du Trésor de le traiter en personne désignée en vertu de l'ordonnance, car il a bien été désigné comme tel, par le [comité des sanctions]. Pour bénéficier d'un recours effectif, ce dont il a besoin est un moyen de soumettre à un contrôle judiciaire son inscription sur la liste. Or, en vertu du mode de fonctionnement actuel du [comité des sanctions], il ne dispose pas d'une telle possibilité. Selon moi, l'article 3 § 1 b) de l'ordonnance sur

Al-Qaïda, qui a donné lieu à cette situation, a donc été adopté en dépassement des pouvoirs conférés par l'article 1 de la loi de 1946. Il n'est pas nécessaire aux fins de la présente affaire d'examiner le point de savoir si l'ordonnance sur Al-Qaïda est, dans son ensemble, *ultra vires*. Je précise toutefois à cet égard que je n'entends pas indiquer que, s'il avait été applicable à G., l'article 4 de cette ordonnance n'aurait pas dû être également censuré.

82. Il en va de même de HAY : lui aussi est une « personne désignée » au motif que son nom figure sur la liste du [comité des sanctions]. Comme indiqué précédemment, le Royaume-Uni demande à présent le retrait de son nom de la liste. Par une lettre du 1^{er} octobre 2009, l'équipe des sanctions du Trésor a informé ses avocats [*solicitors*] que la demande de radiation avait été communiquée le 26 juin 2009 mais que lorsque le comité l'avait examinée pour la première fois, un certain nombre d'Etats estimaient ne pas être en mesure d'accéder à cette demande. D'autres démarches sont entreprises actuellement pour obtenir la radiation, mais pour l'heure, elles n'ont pas abouti. HAY reste donc soumis aux dispositions de l'ordonnance sur Al-Qaïda. Cette situation le prive lui aussi d'un recours effectif.»

97. La Cour suprême jugea illégales tant l'ordonnance prise en application de la Résolution 1373 (2001) dans le cadre général de la lutte contre le terrorisme (l'ordonnance sur le terrorisme, *Terrorism Order*) que celle prise en application des résolutions relatives à Al-Qaïda et aux Taliban (l'ordonnance sur Al-Qaïda, *Al-Qaida Order*). Elle ne censura cependant l'ordonnance sur Al-Qaïda que pour autant qu'elle ne prévoyait pas de recours effectif (voir également l'opinion dissidente de Lord Brown à cet égard).

b) L'affaire Abdelrazik c. Canada (Cour fédérale du Canada)

98. Dans l'affaire Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères), jugée le 4 juin 2009, la Cour fédérale du Canada considéra que la procédure d'inscription du comité des sanctions contre Al-Qaïda et les Taliban était incompatible avec le droit à un recours effectif. En l'espèce, le requérant, de nationalités canadienne et soudanaise, se trouvait dans l'impossibilité de rentrer au Canada en raison de l'application par ce pays des résolutions du Conseil de sécurité établissant le régime des sanctions. Il était ainsi contraint de demeurer à l'ambassade du Canada à Khartoum, au Soudan, pays où il craignait d'être détenu et torturé.

99. Le juge Zinn, qui exprima l'opinion de la majorité, se prononça notamment ainsi :

« [51] J'ajoute mon nom à ceux qui considèrent le régime instauré par le [comité des sanctions] comme un déni de recours juridiques fondamentaux et comme une mesure indéfendable selon les principes du droit international en matière de droits

de la personne. Rien dans la procédure d'inscription ou de radiation ne reconnaît les principes de justice naturelle ou n'assure une équité procédurale fondamentale. (...)

100. Il ajouta :

« (...)

[54] (...) il est effrayant d'apprendre qu'un citoyen de notre pays ou de tout autre puisse voir son nom inscrit sur la liste du [comité des sanctions], sur de simples soupçons. »

101. Après avoir examiné les mesures d'interdiction de voyager prises sur la base des résolutions relatives à Al-Qaïda et aux Taliban, il conclut qu'il avait été porté au droit du requérant d'entrer au Canada une atteinte incompatible avec les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés (paragraphe 62 et suiv. de l'arrêt).

EN DROIT

I. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

A. Sur la compatibilité des griefs avec la Convention et ses Protocoles

1. Les thèses des parties

a) Le Gouvernement

102. Le Gouvernement invite la Cour à déclarer la requête irrecevable pour incompatibilité *ratione personae* avec les dispositions de la Convention. Il arguë que les mesures litigieuses ont été prises sur le fondement des Résolutions 1267 (1999) et suivantes du Conseil de sécurité, lesquelles, en vertu des articles 25 et 103 de la Charte des Nations unies, auraient force obligatoire et primeraient sur les obligations découlant de tout autre accord international. A cet égard, il renvoie notamment à une ordonnance portant mesures conservatoires rendue par la Cour internationale de Justice dans le cadre de l'affaire relative aux Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 15, § 39 :

« Considérant que la Libye et le Royaume-Uni, en tant que membres de l'Organisation des Nations unies, sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte; que la Cour, qui, à ce stade de la procédure, en est à l'examen d'une demande en indication de mesures

conservatoires, estime que *prima facie* cette obligation s'étend à la décision contenue dans la Résolution 748 (1992); et que, conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international, y compris la convention de Montréal;»

Le Gouvernement soutient que, dans ces circonstances, la Suisse ne saurait être tenue responsable au niveau international de la mise en œuvre des mesures en question.

103. Le Gouvernement ajoute que ces mesures, émanant du Conseil de sécurité des Nations unies, échappent au contrôle de la Cour. Ainsi, la requête faisant l'objet de la présente affaire serait également irrecevable *ratione materiae*.

b) Le requérant

104. Le requérant soutient que sa requête est compatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention. Il estime que l'effet direct des obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité importe peu pour l'imputabilité à l'Etat défendeur des restrictions imposées, dès lors que ces restrictions ont été mises en œuvre au niveau national par le Gouvernement conformément à l'article 190 de la Constitution fédérale. S'appuyant sur l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il ajoute que la Suisse ne pourrait pas invoquer le droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales (paragraphe 79 ci-dessus).

105. Le requérant estime également que les autorités suisses ont appliqué les possibilités de dérogation prévues par les résolutions du Conseil de sécurité de manière plus restrictive que ce que prévoyait le régime des sanctions. Le Tribunal fédéral lui-même l'aurait observé dans son arrêt du 14 novembre 2007. Ainsi, les autorités nationales auraient adopté les mesures litigieuses dans le cadre d'une certaine marge d'appréciation et non d'une mise en œuvre automatique des résolutions du Conseil de sécurité. Le requérant ajoute à cet égard que sa radiation, décidée par le comité des sanctions le 23 septembre 2009, n'a pris effet en Suisse qu'une semaine plus tard. Il voit là une autre preuve de la nature non automatique de l'application des résolutions du Conseil de sécurité.

106. Enfin, le requérant soutient qu'il s'agit en l'espèce non pas de remettre en question le caractère prioritaire de la Charte des Nations unies énoncé à l'article 103 de cet instrument – un constat de violation de la Convention n'étant pas selon lui susceptible de modifier la validité des obligations internationales des Etats – mais simplement de veiller à ce que la Charte ne soit pas utilisée comme un prétexte pour ne pas respecter les dispositions de la Convention.

2. Les thèses des tiers intervenants

a) Le gouvernement français

107. Le gouvernement français estime que la réserve de conventionnalité, correspondant à l'exigence d'une « protection équivalente », ne saurait s'appliquer utilement dans la présente affaire car les mesures édictées par la Suisse découlaient nécessairement de résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, que tous les Etats seraient tenus d'appliquer et auxquelles, au surplus, ils seraient tenus d'accorder la priorité sur toute autre règle internationale. Dans ces conditions, la France estime que les mesures en cause ne sauraient être regardées comme relevant de la « juridiction » de la Suisse au sens de l'article premier de la Convention, sauf à vider cette notion de son sens.

108. Le gouvernement français souligne que si, dans son arrêt du 30 juin 2005 sur l'affaire *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande (Bosphorus)* ([GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI), la Cour a estimé compatible avec l'article premier de la Convention une requête contestant la validité d'une mesure nationale qui ne faisait que mettre en œuvre un règlement communautaire qui trouvait lui-même son origine dans une résolution du Conseil de sécurité, elle a relevé dans ce même arrêt que c'était le règlement communautaire et non la résolution du Conseil de sécurité qui constituait le fondement juridique de la mesure nationale en cause (*ibidem*, § 145).

109. Le gouvernement français est également convaincu que, bien que les mesures en cause ne relèvent pas de missions réalisées hors du territoire des Etats membres, comme dans l'affaire *Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège* ((déc.) [GC], nos 71412/01 et 78166/01, 2 mai 2007), mais de mesures mises en œuvre en droit interne, les arguments développés dans ces précédents relativement à la nature des missions du Conseil de sécurité et des obligations en découlant pour les Etats devraient conduire la Cour à déclarer ces mesures imputables aux Nations unies, et donc à considérer que les griefs du requérant sont incompatibles *ratione personae* avec la Convention. Ainsi, la présente affaire serait l'occasion pour la Cour de transposer sur le territoire même des Etats membres les principes dégagés dans l'affaire *Behrami et Samarati* (précitée), en tenant compte de la hiérarchie des normes de droit international et des différentes sphères juridiques qui en découlent.

110. Le gouvernement français rappelle également que, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire Kadi précitée (paragraphe 83 ci-dessus), la CJCE a dit s'appuyer sur le caractère constitutionnel du traité communautaire pour

procéder au contrôle d'un règlement communautaire mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité. De telles considérations étant absentes en l'espèce, le gouvernement français peine à imaginer ce qui pourrait justifier que la Cour écarte l'application de l'article 103 de la Charte et juge la Suisse responsable de la mise en œuvre de résolutions qu'elle était selon lui tenue non seulement d'appliquer, mais également de faire prévaloir sur tout autre engagement.

b) Le gouvernement du Royaume-Uni

111. Le gouvernement du Royaume-Uni observe que l'interdiction d'entrée et de transit a été imposée au requérant dans le cadre de l'ordonnance sur les Taliban, laquelle ne faisait selon lui que mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité, juridiquement contraignantes pour tout Etat dès lors qu'elles avaient été prises en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies (article 25 de la Charte) : les obligations découlant de ces résolutions primeraient, en vertu de l'article 103 de la Charte, sur tous les autres engagements internationaux. A cet égard, le Royaume-Uni est d'avis que l'efficacité du régime des sanctions établi en vue de garantir la paix et la sécurité internationales serait gravement compromise si la priorité était donnée aux droits découlant des articles 5 ou 8 de la Convention. Il estime que, notamment au paragraphe 2 b) de la Résolution 1390 (2002), le Conseil de sécurité a employé un « langage clair et explicite » pour imposer aux Etats des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs autres obligations internationales, notamment celles découlant des instruments relatifs à la protection des droits de l'homme. Se référant à l'arrêt rendu récemment dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* ([GC], n° 27021/08, § 102, CEDH 2011), il considère donc que l'Etat défendeur devait appliquer les mesures en question.

c) JUSTICE

112. JUSTICE estime que le régime des sanctions établi par la Résolution 1267 (1999) du Conseil de sécurité est cause de restrictions draconiennes aux droits garantis par la Convention pour les personnes figurant sur la liste (« personnes désignées ») et les membres de leur famille, dont le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit au respect des biens et la liberté de circulation.

113. La gravité de cette atteinte aux droits garantis par la Convention serait accentuée par l'impossibilité, pour les personnes désignées, de contester utilement leur inscription sur la liste, y compris en ce qui concerne les preuves sur lesquelles repose cette inscription. Ainsi, le régime des sanctions priverait les personnes désignées et les membres de leur famille

du droit d'accès à un tribunal et du droit à un recours effectif. JUSTICE est d'avis que les procédures du comité des sanctions n'offrent donc pas une protection des droits fondamentaux équivalente à celle garantie par la Convention.

114. Ces conclusions se trouveraient reflétées dans les rapports du comité d'éminents juristes sur le terrorisme, la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme et du rapporteur spécial des Nations unies sur le terrorisme et les droits de l'homme ainsi que dans les décisions de la Cour fédérale du Canada (Abdelrazik), de la Cour suprême du Royaume-Uni (*Ahmed and others*) et de la CJCE (Kadi) (voir la jurisprudence internationale et nationale d'autres Etats – paragraphes 82-92, et 93-101 ci-dessus).

115. JUSTICE est convaincue que la Cour n'est pas tenue d'interpréter l'article 103 de la Charte des Nations unies de telle sorte que les droits garantis par la Convention s'en trouveraient amoindris. En particulier, le « maintien de la paix et de la sécurité internationales » serait certes la fonction première du Conseil de sécurité, mais ni le principe ultime du droit international ni celui de la Charte des Nations unies. Il faudrait attacher une importance non moins grande au principe du respect des droits fondamentaux, comme cela ressortirait d'ailleurs du préambule de la Charte.

3. *L'appréciation de la Cour*

116. A la lumière des arguments exposés par les parties et les tiers intervenants, la Cour doit déterminer si elle est compétente pour connaître des griefs soulevés par le requérant. Pour cela, il lui faut examiner si la requête tombe dans le champ d'application de l'article 1 de la Convention et engage dès lors la responsabilité de l'Etat défendeur.

a) *Compatibilité ratione personae*

117. L'article 1 de la Convention est ainsi libellé :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

118. Aux termes de cette disposition, l'engagement des Etats contractants se borne à « reconnaître » (en anglais « *to secure* ») aux personnes relevant de leur « juridiction » les droits et libertés énoncés dans la Convention (*Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 130, CEDH 2011, *Al-Jedda*, précité, § 74, *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 66, CEDH 2001-XII, et *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161). La « juridiction », au sens de l'article 1, est une condition *sine qua non* 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 (*Al-Skeini et autres*, précité, § 130, *Al-Jedda*, précité, § 74, et *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 311, CEDH 2004-VII).

119. La notion de juridiction reflète la conception de ce terme en droit international public (*Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 137, CEDH 2004-II, *Gentilhomme et autres c. France*, nos 48205/99, 48207/99 et 48209/99, § 20, 14 mai 2002, et *Banković et autres*, précité, §§ 59-61), de sorte que la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale (*Al-Skeini et autres*, précité, § 131, et *Banković et autres*, décision précitée, § 59) et qu'elle est présumée s'exercer sur l'ensemble de son territoire (*Ilaşcu et autres*, précité, § 312).

120. Se prévalant de la décision *Behrami et Saramati*, précitée, le gouvernement français notamment, tiers intervenant, soutient que les mesures prises par les Etats membres des Nations unies mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte sont imputables à l'ONU et donc incompatibles *ratione personae*. La Cour ne saurait souscrire à cet argument. En effet, elle rappelle qu'elle a conclu, dans la décision *Behrami et Saramati*, que les actions et omissions litigieuses de la Kosovo Force (KFOR), dont les pouvoirs avaient été valablement délégués par le Conseil de sécurité en application du Chapitre VII de la Charte, et de la Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo (MINUK), un organe subsidiaire des Nations unies instauré en vertu du même chapitre, étaient imputables à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective (*ibidem*, § 151). En revanche, s'agissant de la présente affaire, les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, notamment les Résolutions 1267 (1999), 1333 (2000), 1373 (2001) et 1390 (2002), chargent les Etats d'agir en leur propre nom et de les mettre en œuvre au niveau national.

121. En l'espèce, les mesures imposées par les résolutions du Conseil de sécurité ont été mises en œuvre au niveau interne par une ordonnance du Conseil fédéral et les demandes formées par le requérant aux fins de bénéficier d'une dérogation à l'interdiction d'entrer sur le territoire suisse ont été rejetées par des autorités suisses (l'Office fédéral suisse de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration («IMES»), puis l'Office des migrations («ODM»)). On se trouve donc en présence d'actes nationaux d'application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies (voir, *mutatis mutandis*, *Bosphorus*, précité, § 137, et, *a contrario*, *Behrami et Samarati*, décision précitée, § 151). Les violations alléguées de la Convention sont ainsi imputables à la Suisse.

122. Il en découle que les mesures litigieuses ont été prises par l'Etat suisse dans l'exercice de sa «juridiction» au sens de l'article 1 de la

Convention. Les actes ou omissions litigieuses sont donc susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat défendeur en vertu de la Convention. Il s'ensuit également que la Cour est compétente *ratione personae* pour connaître de la présente requête.

123. Partant, la Cour rejette l'exception tirée de l'incompatibilité *ratione personae* de la requête.

b) Compatibilité *ratione materiae*

124. Le gouvernement défendeur soutient que la présente requête est également incompatible *ratione materiae* avec la Convention. Il insiste à cet égard sur la nature obligatoire des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies et sur la primauté de celle-ci sur tout autre traité international, conformément à son article 103.

125. La Cour estime que ces arguments concernent davantage le fond des griefs que leur compatibilité avec la Convention. Par conséquent, il convient de joindre au fond l'exception du gouvernement défendeur tirée de l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête.

B. Sur la qualité de victime

1. Les thèses des parties

126. Le gouvernement défendeur rappelle que, le 23 septembre 2009, le requérant a été rayé de la liste annexée aux résolutions du Conseil de sécurité prévoyant les sanctions litigieuses et que, le 29 septembre 2009, l'ordonnance sur les Taliban a été modifiée en conséquence, avec effet au 2 octobre 2009. Ainsi, les mesures litigieuses concernant le requérant auraient été entièrement levées. Le Gouvernement estime que le litige a dès lors été résolu au sens de l'article 37 § 1 b) de la Convention et, en conséquence, il demande à la Cour de rayer la présente requête du rôle, en application de cette disposition.

127. Le requérant s'oppose à cette thèse. Il estime que le simple fait que la situation ait évolué de telle sorte que son nom a été retiré de la liste du comité des sanctions, l'ordonnance sur les Taliban modifiée en conséquence et les sanctions qui pesaient sur lui levées au début du mois d'octobre 2009 ne l'a pas privé de sa qualité de victime quant aux atteintes qui avaient jusqu'alors été portées à ses droits.

2. L'appréciation de la Cour

128. Selon la jurisprudence constante de la Cour, par «victime», l'article 34 de la Convention désigne la personne directement concernée par

l'acte ou l'omission litigieux. L'existence d'un manquement aux exigences de la Convention se conçoit même en l'absence de préjudice. Celui-ci ne joue un rôle que sur le terrain de l'article 41. Partant, une décision ou une mesure favorable à un requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de « victime » que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (voir, entre autres, *Gäffen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 115, CEDH 2010, *Association Ekin c. France* (déc.), n° 39288/98, 18 janvier 2000, *Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 50, CEDH 1999-VII, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, et *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, § 66, série A n° 51).

129. En l'espèce, la Cour constate que les sanctions prononcées contre le requérant ont été levées et qu'il est désormais autorisé à franchir librement la frontière de Campione d'Italia pour se rendre en Suisse et pour transiter par ce pays. Toutefois, cette mesure, qui n'a été prise qu'en septembre-octobre 2009, n'a pas retiré à l'intéressé la qualité de victime des restrictions qu'il a subies dès l'inscription de son nom, en novembre 2001, sur la liste du comité des sanctions et sur celle annexée à l'ordonnance sur les Taliban ou, à tout le moins, dès le 27 novembre 2003, date à laquelle il fut informé qu'il n'était plus autorisé à franchir la frontière (paragraphe 26 ci-dessus). La levée des sanctions ne saurait en effet passer pour une reconnaissance, même implicite, par le Gouvernement, de la violation de la Convention, au sens de la jurisprudence précitée. De plus, elle n'a pas été suivie d'une réparation au regard de la jurisprudence de la Cour susmentionnée.

130. Partant, le requérant peut prétendre avoir été victime des violations alléguées de la Convention pendant environ six années au moins. Il en résulte qu'il convient de rejeter l'exception tirée par le Gouvernement de l'absence alléguée de qualité de victime.

C. Sur l'épuisement des voies de recours internes

1. Les thèses des parties

a) Le Gouvernement

131. Le gouvernement défendeur souligne que, dans le cadre du régime des sanctions du Conseil de sécurité, des dérogations à l'interdiction d'entrée ou de transit peuvent être accordées lorsqu'elles sont rendues nécessaires par une procédure judiciaire ou, avec l'approbation du comité des sanctions, pour d'autres raisons, en particulier médicales, humanitaires ou religieuses (Résolution 1390 (2002), paragraphe 2 b); et que, pour tenir compte de ces dispositions, l'article 4a § 2 de l'ordonnance sur les Taliban prévoit que

l'ODM peut, conformément aux décisions du Conseil de sécurité ou pour la protection d'intérêts suisses, accorder des dérogations.

132. Il arguë que les différentes décisions rendues par l'ODM n'ont fait l'objet d'aucun recours et que la procédure portée devant cet organe ne concernait que la question de la radiation de l'annexe 2 à l'ordonnance sur les Taliban du nom du requérant et des organisations auxquelles il était lié.

133. Il précise que, pas plus avant l'arrêt du Tribunal fédéral que par la suite, le requérant n'a contesté les décisions rendues par l'IMES ou par l'ODM (créé en 2005, cet office intègre l'ancien IMES) relativement à ses demandes de dérogation au régime des sanctions. De surcroît, ces autorités auraient accordé (par des décisions du 20 septembre 2006 et du 11 septembre 2008) des dérogations dont le requérant n'aurait pas fait usage. L'intéressé ayant expliqué à cet égard que, vu son âge et la distance considérable qu'il avait à parcourir, elles n'étaient pas d'une durée suffisante pour lui permettre de faire les voyages prévus, le Gouvernement tient à préciser les éléments suivants: la première dérogation, d'une durée d'une journée, avait été accordée pour un voyage à Milan dans le cadre d'une procédure judiciaire, or le centre de Milan ne serait qu'à une heure de route en voiture de Campione d'Italia, et la deuxième dérogation, d'une durée de deux jours, avait été accordée pour des voyages à Berne et à Sion, qui se trouveraient l'une comme l'autre à moins de trois heures et demie de route en voiture de Campione.

134. Enfin, le Gouvernement soutient que le requérant a toujours eu la possibilité de demander, même à titre provisoire, le transfert de son domicile dans une autre partie de l'Italie, pays dont il a la nationalité; et qu'une telle demande aurait dû être soumise au comité des sanctions par l'autorité suisse compétente (l'IMES, puis l'ODM). Les sanctions ayant été formulées de manière générale, le Gouvernement estime fortement probable que le Comité aurait autorisé le déménagement du requérant.

135. Pour ces raisons, le Gouvernement estime que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes.

b) Le requérant

136. Relativement aux trois premiers refus de l'ODM (26 mars 2004, 11 mai 2007 et 2 août 2007), le requérant soutient qu'en l'absence de jurisprudence pertinente, la question de savoir si les autorités suisses disposaient d'une marge d'appréciation en matière d'exceptions aux restrictions imposées n'était pas clairement tranchée, et que le Tribunal fédéral n'a apporté aucune réponse sur ce point. Il allègue également que ni l'ODM ni aucune autre autorité n'ont entrepris la moindre démarche en vue d'obtenir une réponse claire à cette question. Dès lors, il estime que

l'on ne saurait parler ici d'un recours effectif au sens de la jurisprudence de la Cour.

137. En réponse à l'argument tiré par le Gouvernement de ce qu'il n'a pas fait usage des dérogations que l'ODM lui avait accordées (20 septembre 2006 et 11 septembre 2008), le requérant souligne que ces dérogations ne levaient que partiellement les mesures dont il faisait l'objet, et pour des cas très précis. Eu égard à son âge et à la longueur des voyages qu'il avait à faire, il estime que les dérogations qui lui avaient été accordées pour des durées d'un à deux jours étaient loin d'être suffisantes.

138. Pour ce qui est du régime global des sanctions, le requérant soutient qu'il a épuisé les voies de recours internes, puisqu'il a saisi le Tribunal fédéral de la question des restrictions qui lui avaient été imposées par l'ordonnance sur les Taliban, dont il se plaint devant la Cour.

139. Le requérant considère par ailleurs que la thèse du Gouvernement, selon laquelle une demande d'autorisation de déménagement vers une autre partie du territoire italien aurait eu beaucoup plus de chances d'aboutir que la demande de radiation de la liste, est purement spéculative. Il souligne en outre que cette option, qu'il n'estime pas envisageable dans son cas en raison notamment du gel de ses avoirs imposé par le régime des sanctions et du fait qu'elle n'a pas été envisagée par le Tribunal fédéral, n'aurait de toute façon permis de remédier qu'à une partie des restrictions litigieuses.

2. L'appréciation de la Cour

140. La Cour rappelle que l'article 35 de la Convention n'exige l'épuisement que des recours accessibles, adéquats et relatifs aux violations incriminées (*Tsomtsos et autres c. Grèce*, 15 novembre 1996, § 32, *Recueil* 1996-V).

141. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour qu'un recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant la réparation de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès (*V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, § 57, *CEDH* 1999-IX).

142. Desurcroît, un requérant qui a utilisé une voie de droit apparemment effective et suffisante ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir essayé d'en utiliser d'autres qui étaient disponibles mais ne présentaient guère plus de chances de succès (voir, par exemple, *Aquilina c. Malte* [GC], n° 25642/94, § 39, *CEDH* 1999-III, et *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 33, *Recueil* 1996-IV).

143. En l'espèce, la Cour constate que le requérant n'a pas contesté les refus opposés par l'IMES et l'ODM à ses demandes de dérogation au régime

des sanctions et qu'à deux occasions, il s'est vu accorder des dérogations dont il n'a pas fait usage (paragraphe 34 et 57 ci-dessus).

144. Cependant, à supposer même que ces dérogations eussent permis d'atténuer certains effets du régime des sanctions – c'est-à-dire de quitter, pour des raisons médicales ou judiciaires, l'enclave de Campione d'Italia –, la Cour estime que la question des dérogations faisait partie d'une situation plus large dont l'origine se trouve dans l'inscription par les autorités suisses du nom du requérant sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban, qui repose sur celle du Conseil de sécurité. A cet égard, il convient d'observer que le requérant a demandé à maintes reprises aux autorités nationales sa radiation de la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban. Or le secrétariat d'Etat à l'Economie et le Département fédéral de l'économie ont rejeté ses demandes (paragraphe 30-32 ci-dessus). Le Conseil fédéral, qu'il a saisi de la décision du Département, a renvoyé la cause au Tribunal fédéral. Par un arrêt du 14 novembre 2007, celui-ci a rejeté son recours sans examiner le bien-fondé des griefs tirés de la Convention. En conséquence, la Cour estime que le requérant a épuisé les voies de recours internes relativement au régime des sanctions, pris dans son ensemble, dont l'application à son égard trouve son origine dans la présence de son nom sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban.

145. Dans ces circonstances, la Cour ne considère pas nécessaire de répondre, à ce stade, à l'argument soulevé par le Gouvernement selon lequel on pouvait raisonnablement exiger du requérant qu'il déménage de Campione d'Italia, où il réside depuis 1970, vers une autre région d'Italie. Cette question jouera en revanche un certain rôle dans le cadre de l'examen de la proportionnalité des mesures litigieuses (paragraphe 190 ci-dessous).

146. Quant au grief tiré, sur le terrain de l'article 8, de ce que l'inscription du requérant sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban aurait porté atteinte à son honneur et à sa réputation, la Cour admet qu'il a été soulevé, au moins en substance, devant les instances internes. En effet, le requérant prétendait que l'inscription de son nom sur la liste du comité des sanctions reviendrait à l'accuser publiquement d'entretenir des relations avec Oussama Ben Laden, l'organisation Al-Qaïda et les Taliban, bien que ce ne fût pas le cas (paragraphe 33 et 38 ci-dessus).

147. En conséquence, la Cour rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement pour non-épuisement des voies de recours internes en ce qui concerne les griefs relatifs aux articles 5 et 8.

148. En ce qui concerne le grief tiré de l'article 13, la Cour estime que l'exception tirée du non-épuisement des voies de recours est étroitement liée au fond du grief. Partant, elle la joint au fond.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

149. Le requérant estime que l'interdiction qui lui a été faite d'entrer en Suisse et de transiter par ce pays a porté atteinte au respect de sa vie privée, y compris sa vie professionnelle, et de sa vie familiale. Il fait valoir que cette interdiction l'a empêché de voir ses médecins en Italie ou en Suisse ou de rendre visite à ses proches. Il prétend également que l'inscription de son nom sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban a porté atteinte à son honneur et à sa réputation. A l'appui de ces griefs, il invoque l'article 8 de la Convention, qui est libellé comme suit :

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

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

A. Sur la recevabilité

150. La Cour estime qu'il y a lieu tout d'abord d'examiner l'applicabilité de l'article 8 au cas d'espèce.

151. Elle rappelle que la notion de « vie privée » est une notion large qui ne peut pas faire l'objet d'une définition exhaustive (voir par exemple *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 52, CEDH 2009, *Tysiqc c. Pologne*, n° 5410/03, § 107, CEDH 2007-I, *Hadri-Vionnet c. Suisse*, n° 55525/00, § 51, 14 février 2008, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III, et *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, § 66, CEDH 2008). Elle a admis que la santé ainsi que l'intégrité physique et morale relevaient de la vie privée (*Glor*, précité, § 54, et *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 22, série A n° 91 ; voir aussi *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, § 36, série A n° 247-C). Le droit à la vie privée comprend également le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et avec le monde extérieur en général (voir, par exemple, *S. et Marper*, précité, § 66).

152. Il convient en outre de rappeler que l'article 8 entend protéger aussi le droit au respect de la « vie familiale ». Il en résulte notamment que l'Etat doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, série A n° 31). La Cour détermine l'existence d'une vie familiale au cas par cas, en se fondant sur les

faits de chaque cause. Le critère pertinent en la matière est l'existence de liens effectifs entre les individus (*ibidem*, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII, et *Şerife Yiğit c. Turquie* [GC], n° 3976/05, § 93, 2 novembre 2010).

153. La Cour rappelle en outre que l'article 8 protège également le droit au respect du domicile (voir, par exemple, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, § 46, série A n° 109).

154. A la lumière de cette jurisprudence, la Cour estime que les griefs formulés par le requérant sur le terrain de l'article 8 relèvent effectivement de cette disposition. En effet, elle n'exclut pas que l'interdiction d'entrer en Suisse qui lui a été imposée l'ait empêché, ou du moins ait rendu plus difficile pour lui, de consulter ses médecins en Italie ou en Suisse ou de rendre visite à ses proches. L'article 8 trouve dès lors à s'appliquer en l'espèce, aussi bien dans son volet « vie privée » que dans son volet « vie familiale ».

155. Par ailleurs, ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Les thèses des parties

a) Le requérant

156. Le requérant allègue que les restrictions apportées à sa liberté de circulation l'ont empêché de prendre part aux événements familiaux (par exemple des funérailles ou des mariages) qui ont eu lieu pendant toute la période où il ne pouvait pas voyager librement du fait de l'application du régime des sanctions. Il s'estime donc victime d'une violation du droit au respect de la vie privée et familiale. Il soutient à cet égard que sa qualité de ressortissant italien ne résidant pas sur le territoire de l'Etat défendeur ne l'empêche pas de se plaindre d'une violation de ses droits par cet Etat, d'autant que l'enclave de Campione d'Italia présente la particularité d'être entourée par le territoire suisse. Il estime même que, compte tenu de l'intégration, notamment économique, de Campione d'Italia dans le canton du Tessin, qui l'entoure entièrement, il aurait été opportun que les autorités suisses le traitent, pour le régime des sanctions, comme un ressortissant suisse. Par ailleurs, il affirme que, contrairement à ce qu'allègue le Gouvernement, il n'avait pas la possibilité de vivre ailleurs en Italie.

157. Le requérant estime également que l'inscription de son nom sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban constitue une atteinte à son

honneur et à sa réputation, étant donné que cette liste recense les personnes soupçonnées de participer au financement du terrorisme. A l'appui de cette thèse, il cite l'affaire Sayadi et Vinck c. Belgique, précitée (paragraphe 88-92 ci-dessus), dans laquelle le Comité des droits de l'homme aurait estimé que l'inscription des noms des auteurs de la communication sur la liste du comité des sanctions constituait une atteinte illicite à leur honneur.

158. Selon le requérant, ces circonstances ont été aggravées par le fait qu'il n'a pas eu la possibilité de contester le bien-fondé des allégations portées contre lui.

159. Il y aurait dès lors eu violation de l'article 8 à plusieurs titres.

b) Le Gouvernement

160. Le Gouvernement rappelle que le requérant était libre de recevoir à Campione d'Italia toutes les visites qu'il souhaitait, notamment celles de ses petits-enfants. Il n'aurait pas prétendu qu'il fût impossible ou particulièrement difficile à sa famille ou à ses amis de se rendre à Campione d'Italia, où il aurait pu mener sa vie familiale et sociale comme il l'entendait, sans restriction aucune. En cas d'événements exceptionnels, tels que le mariage d'un proche, il aurait pu demander une dérogation au régime applicable. De plus, comme exposé à propos de l'épuisement des voies de recours internes, il aurait pu solliciter l'autorisation de déménager dans une autre partie du territoire italien. Enfin, la Convention ne garantirait pas le droit pour un ressortissant étranger de se rendre dans un Etat dont il s'est vu interdire l'accès à la seule fin de pouvoir maintenir sa résidence dans une enclave d'où il ne peut sortir sans passer par ledit Etat. Pour toutes ces raisons, le Gouvernement est d'avis que les mesures contestées ne constituaient pas une ingérence dans les droits garantis par l'article 8.

161. En réponse à l'allégation du requérant selon laquelle il n'aurait jamais eu la possibilité de prendre connaissance des facteurs ayant conduit aux mesures contestées ni de les réfuter devant un tribunal, le Gouvernement dit avoir démontré ci-dessus que les mesures contestées ne portaient pas atteinte aux droits de l'intéressé garantis par l'article 8. Il considère donc que le volet procédural de cette disposition ne trouve pas à s'appliquer.

162. Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis que les restrictions imposées n'ont pas constitué une ingérence dans les droits du requérant garantis par l'article 8. Pour le cas où la Cour conclurait différemment, il soutient que la mesure litigieuse était de toute façon nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 § 2.

2. L'appréciation de la Cour

a) Sur l'existence d'une ingérence

163. La Cour considère comme opportun d'examiner d'abord l'allégation du requérant selon laquelle il aurait subi une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée et familiale au motif de l'interdiction d'entrer en Suisse et de transiter par ce pays.

164. Elle rappelle que, selon un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des étrangers sur leur sol. En d'autres termes, la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit pour un individu d'entrer sur un territoire dont il n'est pas ressortissant (voir, parmi beaucoup d'autres, *Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, § 68, CEDH 2008, *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, § 54, CEDH 2006-XII, *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, § 42, *Recueil* 1997-VI, et *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67, série A n° 94).

165. En l'espèce, la Cour observe que le Tribunal fédéral a estimé que la mesure litigieuse constituait une restriction importante à la liberté du requérant (paragraphe 52 ci-dessus), celui-ci se trouvant dans une situation très particulière du fait de la position de Campione d'Italia, qui est entièrement enclavée dans le canton suisse du Tessin. La Cour souscrit à cette opinion. Elle estime que l'interdiction de quitter le territoire très limité de Campione d'Italia imposée au requérant pendant au moins six années était de nature à rendre plus difficile l'exercice par l'intéressé de son droit d'entretenir des contacts avec d'autres personnes – en particulier avec ses proches – résidant en dehors de l'enclave (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Agraw c. Suisse*, n° 3295/06, § 51, et *Mengesha Kimfe c. Suisse*, n° 24404/05, §§ 69-72, tous les deux du 29 juillet 2010).

166. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le requérant a subi une ingérence dans son droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 § 1.

b. Sur la justification de l'ingérence

167. L'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant constatée ci-dessus enfreint l'article 8 sauf si elle satisfait aux exigences du paragraphe 2 de cette disposition. Il reste donc à déterminer si elle était « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs des buts légitimes énoncés dans ce paragraphe et « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre. La Cour estime opportun de rappeler d'emblée certains principes qui doivent la guider dans son examen subséquent.

i. Principes généraux

168. Selon une jurisprudence constante, les Parties contractantes sont responsables en vertu de l'article 1 de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de normes ou de mesures et ne soustrait aucune partie de la «juridiction» des Parties contractantes à l'empire de la Convention (*Bosphorus*, précité, § 153, et *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 29, *Recueil* 1998-I). Les engagements conventionnels contractés par l'Etat après l'entrée en vigueur de la Convention à son égard peuvent donc engager sa responsabilité au regard de cet instrument (*Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010, et *Bosphorus*, précité, § 154, avec les références citées).

169. Par ailleurs, la Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties», en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (voir, par exemple, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 131, CEDH 2010, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, et *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A n° 18).

170. En assumant de nouvelles obligations internationales, les Etats ne sont pas supposés vouloir se soustraire à celles qu'ils ont précédemment souscrites. Quand plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en découle que deux engagements divergents doivent être autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur (voir, dans ce sens, *Al-Saadoon et Mufdhi*, précité, § 126, *Al-Adsani*, précité, § 55, ainsi que *Banković*, décision précitée, §§ 55-57; voir également les références citées dans le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», paragraphe 81 ci-dessus).

171. En ce qui concerne plus particulièrement la question du rapport entre la Convention et les résolutions du Conseil de sécurité, dans l'affaire *Al-Jedda* (précitée), la Cour s'est prononcée comme suit :

«101. L'article 103 de la Charte dispose que les obligations des membres des Nations unies en vertu de la Charte prévaudront en cas de conflit avec leurs obligations en vertu de tout autre accord international. Avant de rechercher si l'article 103 trouvait une quelconque application en l'espèce, la Cour doit déterminer s'il existait un conflit entre les obligations que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité faisait peser sur le Royaume-Uni et les obligations découlant pour lui de l'article 5 § 1. Autrement dit, la question essentielle est de savoir si la Résolution 1546 obligeait le Royaume-Uni à interner le requérant.

102. La Cour interprétera la Résolution 1546 en se référant aux considérations exposées au paragraphe 76 ci-dessus. Elle tiendra également compte des buts qui ont présidé à la création des Nations unies. Au-delà du but consistant à maintenir la paix et la sécurité internationales qu'énonce son premier alinéa, l'article 1 de la Charte dispose en son troisième alinéa que les Nations unies ont été créées pour «[r]éaliser la coopération internationale (...) en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales». L'article 24 § 2 de la Charte impose au Conseil de sécurité, dans l'accomplissement de ses devoirs tenant à sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'agir «conformément aux buts et principes des Nations unies». La Cour en conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par les Nations unies dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les Etats prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme.»

172. La Grande Chambre confirme ces principes. Toutefois, en l'espèce, elle observe que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Al-Jedda* précitée, où les termes de la résolution en cause ne mentionnaient pas l'internement sans procès, la Résolution 1390 (2002) demande expressément aux Etats d'interdire l'entrée et le transit sur leur territoire des personnes figurant sur la liste des Nations unies. Il en découle que la présomption en question est renversée en l'espèce, eu égard aux termes clairs et explicites, imposant une obligation d'introduire des mesures susceptibles de violer les droits de l'homme, qui ont été employés dans le libellé de cette résolution (voir également le paragraphe 7 de la Résolution 1267 (1999), paragraphe 70 ci-dessus, dans lequel le Conseil de sécurité a écarté encore plus clairement toutes les autres obligations internationales incompatibles avec ladite résolution).

ii. Base légale

173. La Cour note que la question de l'existence d'une base légale ne fait pas controverse entre les parties. Elle observe que les mesures litigieuses ont été prises en vertu de l'ordonnance sur les Taliban adoptée pour donner suite aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité. Plus particulièrement, l'interdiction d'entrer en Suisse et de transiter par ce pays reposait sur l'article 4a de cette ordonnance (paragraphe 66 ci-dessus). Ces mesures reposent donc sur une base légale suffisante.

iii. But légitime

174. Le requérant ne semble pas contester que les restrictions litigieuses aient visé des buts légitimes. La Cour estime établi que ces restrictions poursuivaient un ou plusieurs des buts légitimes énumérés à l'article 8 § 2: d'une part, elles visaient la prévention des infractions pénales, d'autre part, les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité s'inscrivant dans la lutte contre le terrorisme international et ayant été adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies («Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression»), elles étaient également susceptibles de contribuer à la sécurité nationale et à la sûreté publique de la Suisse.

iv. Nécessité dans une société démocratique

a) La mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité

175. Le gouvernement défendeur ainsi que les gouvernements français et britannique, tiers intervenants, affirment que les autorités suisses n'avaient aucune latitude dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité pertinentes en l'espèce. La Cour doit donc examiner au préalable ces résolutions pour déterminer si elles laissent aux Etats une certaine liberté dans leur mise en œuvre et, en particulier, si elles permettaient en l'espèce aux autorités de prendre en compte le caractère très spécial de la situation du requérant et, dès lors, de se conformer aux exigences de l'article 8 de la Convention. Pour ce faire, elle tiendra compte notamment du libellé de ces résolutions et du contexte dans lequel elles ont été adoptées (*Al-Jedda*, précité, § 76, avec la référence citée à la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice). Il s'agira par ailleurs d'avoir égard aux objectifs poursuivis par ces résolutions (voir, dans ce sens, l'arrêt *Kadi* de la CJCE, précité, § 296 – paragraphe 86 ci-dessus), lesquels ressortent notamment de leurs préambules, lus à la lumière des buts et principes des Nations unies.

176. La Cour rappelle que la Suisse n'est devenue membre des Nations unies que le 10 septembre 2002: elle a donc adopté l'ordonnance sur les

Taliban du 2 octobre 2000 avant même d'être membre de cette organisation, alors qu'elle était déjà liée par la Convention. De même, elle a transposé au niveau interne l'interdiction d'entrée et de transit concernant le requérant, telle que prévue par la Résolution 1390 (2002) du 16 janvier 2002 (paragraphe 74 ci-dessus), le 1^{er} mai de la même année, par la modification de l'article 4a de l'ordonnance sur les Taliban. La Cour n'ignore pas que cette résolution, notamment en son paragraphe 2, vise « tous les Etats » et non pas seulement les membres de l'Organisation. Toutefois, elle estime que la Charte des Nations unies n'impose pas aux Etats un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de cette charte. Sans préjudice de la nature contraignante de ces résolutions, la Charte laisse en principe aux membres des Nations unies le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions. Ainsi, elle impose aux Etats une obligation de résultat, leur laissant le libre choix des moyens pour se conformer aux résolutions (voir dans ce sens, *mutatis mutandis*, l'arrêt Kadi de la CJCE, précité, § 298 (paragraphe 86 ci-dessus)).

177. En l'espèce, le requérant conteste avant tout l'interdiction d'entrée en Suisse et de transit par ce pays qui lui a été imposée notamment en application de la Résolution 1390 (2002). Or le paragraphe 2 b) de cette résolution impose certes aux Etats de prendre pareilles mesures, mais il « ne s'applique pas lorsque l'entrée ou le transit est nécessaire pour l'aboutissement d'une procédure judiciaire (...) » (paragraphe 74 ci-dessus). De l'avis de la Cour, le terme « nécessaire » se prête à une interprétation au cas par cas.

178. De plus, au paragraphe 8 de la Résolution 1390 (2002), le Conseil de sécurité « exhorte tous les Etats à prendre des mesures immédiates pour appliquer ou renforcer, par des mesures législatives ou administratives, selon qu'il conviendra, les dispositions applicables en vertu de leur législation ou de leur réglementation à l'encontre de leurs nationaux et d'autres personnes ou entités agissant sur leur territoire (...) » (paragraphe 74 ci-dessus). La formulation « selon qu'il conviendra », elle aussi, laisse aux autorités nationales une certaine souplesse en ce qui concerne les modalités de la mise en œuvre de cette résolution.

179. Enfin, la Cour renvoie à la motion par laquelle la Commission de politique extérieure du Conseil national a chargé le Conseil fédéral d'indiquer au Conseil de sécurité qu'il n'appliquerait plus inconditionnellement les sanctions prononcées à l'encontre de personnes physiques en vertu des résolutions adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (paragraphe 63 ci-dessus). Même si le texte de cette motion est libellé en termes assez généraux, il en ressort néanmoins que la cause du requérant est

l'une des principales raisons qui ont motivé son adoption. En tout état de cause, de l'avis de la Cour, le Parlement suisse a exprimé par l'adoption de cette motion sa volonté de réserver un certain pouvoir de discrétion dans l'application des résolutions du Conseil de sécurité relatives à la lutte contre le terrorisme.

180. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la Suisse jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité.

β) La proportionnalité de l'ingérence en l'espèce

181. Une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre un but légitime si elle répond à un « besoin social impérieux » et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi. A cet égard, il faut que les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (voir, par exemple, *S. et Marper*, précité, § 101, et *Coster c. Royaume-Uni* [GC], n° 24876/94, § 104, 18 janvier 2001, avec les références citées).

182. L'objet et le but de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme protégeant les individus de manière objective (*Neulinger et Shuruk*, précité, § 145), appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (voir, notamment, l'arrêt *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33, série A n° 37). Ainsi, aux fins du « respect » de la vie privée et familiale au sens de l'article 8, il faut prendre en compte les particularités de chaque cas pour éviter une application mécanique des dispositions du droit interne à une situation particulière (voir, *mutatis mutandis*, *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, § 86, 13 décembre 2007).

183. La Cour a déjà jugé que, pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, la possibilité de recourir à une autre mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue (*Glor*, précité, § 94).

184. En tout état de cause, il appartient à la Cour de trancher en dernier lieu la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention (voir, par exemple, *S. et Marper*, précité, § 101, et *Coster*, précité, § 104). Il faut à cet égard reconnaître une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales compétentes. L'étendue de cette marge est variable et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature et l'importance du

droit en cause pour la personne concernée ainsi que le caractère et la finalité de l'ingérence (*S. et Marper*, précité, § 102).

185. Afin de répondre à la question de savoir si les mesures prises à l'encontre du requérant étaient proportionnées au but légitime qu'elles étaient censées viser et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour les justifier apparaissent « pertinents et suffisants », la Cour doit examiner si les autorités suisses ont suffisamment tenu compte de la nature particulière de son cas et si elles ont pris, dans le cadre de leur marge d'appréciation, les mesures qui s'imposaient pour adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant.

186. Ce faisant, la Cour est prête à tenir compte du fait que la menace constituée par le terrorisme était particulièrement sérieuse au moment de l'adoption, entre 1999 et 2002, des résolutions prévoyant ces sanctions. Ce constat découle sans équivoque tant du libellé des résolutions que du contexte dans lequel elles ont été adoptées. En revanche, le maintien, voire le renforcement de ces mesures au fil des années doit être expliqué et justifié de manière convaincante.

187. La Cour relève à cet égard que les investigations menées par les autorités suisses et italiennes ont démontré que les soupçons de participation à des activités liées au terrorisme international qui pesaient sur le requérant se sont révélés clairement infondés. Le 31 mai 2005, le ministère public de la Confédération a mis fin à l'enquête ouverte en octobre 2001 contre l'intéressé et, le 5 juillet 2008, le gouvernement italien a soumis au comité des sanctions une demande de radiation de son nom motivée par le classement sans suite de la procédure dirigée contre lui en Italie (paragraphe 56 ci-dessus). Le Tribunal fédéral, pour sa part, a estimé qu'un Etat qui avait mené les investigations et la procédure pénale ne pouvait pas procéder lui-même à la radiation, mais qu'il pouvait au moins communiquer le résultat de ses investigations au comité des sanctions et demander ou soutenir la radiation de l'intéressé de la liste (paragraphe 51 ci-dessus).

188. A cet égard, la Cour juge surprenante l'allégation selon laquelle les autorités suisses n'auraient communiqué au comité des sanctions que le 2 septembre 2009 les conclusions des investigations closes le 31 mai 2005, (paragraphe 61 ci-dessus). Constatant cependant que la véracité de cette allégation n'a pas été contestée par le Gouvernement et en l'absence d'une explication pour ce retard de la part de celui-ci, la Cour observe qu'une communication plus prompte des conclusions des autorités d'enquête aurait pu permettre d'obtenir plus tôt la radiation du nom du requérant des listes des Nations unies et de la Suisse et, dès lors, de raccourcir considérablement la durée pendant laquelle l'intéressé a subi des restrictions de ses droits

protégés par l'article 8 (voir, à cet égard, Sayadi et Vinck (Comité des droits de l'homme), précité, § 12 (paragraphe 88-92 ci-dessus)).

189. S'agissant de l'ampleur de l'interdiction en question, la Cour souligne qu'elle n'empêchait pas seulement le requérant de se rendre en Suisse mais qu'elle lui interdisait également, du fait de la situation enclavée de Campione, de quitter celle-ci pour toute autre destination, même pour se rendre dans d'autres parties de l'Italie, pays dont il était ressortissant, sans violer le régime des sanctions.

190. De plus, la Cour estime que l'on ne pouvait pas raisonnablement exiger du requérant qu'il déménageât de Campione d'Italia, où il réside depuis 1970, vers une autre région d'Italie, et cela d'autant moins qu'il n'est pas exclu que, du fait du gel prévu au paragraphe 1 c) de la Résolution 1373 (2001) (paragraphe 73 ci-dessus), une partie de ses biens et de ses avoirs lui aient été inaccessibles. Indépendamment de la question des chances de succès d'une demande d'autorisation de déménager, il y a lieu de rappeler que le droit au respect du domicile est protégé par l'article 8 de la Convention (voir, par exemple, *Prokopovitch c. Russie*, n° 58255/00, § 37, CEDH 2004-XI, et *Gillow*, précité, § 46).

191. La Cour estime également que la présente affaire comporte un aspect médical qui n'est pas à sous-estimer. En effet, il convient de rappeler que le requérant est né en 1931 et souffre de problèmes de santé (paragraphe 14 ci-dessus). Le Tribunal fédéral lui-même a jugé que, malgré son libellé apparemment peu contraignant, l'article 4a § 2 de l'ordonnance sur les Taliban obligeait les autorités à octroyer des dérogations chaque fois que le régime des sanctions le permettait, car une restriction plus importante de la liberté de circulation individuelle n'aurait été justifiée ni par les résolutions du Conseil de sécurité ni par l'intérêt public, et aurait été disproportionnée au regard de la situation particulière de l'intéressé (paragraphe 52 ci-dessus).

192. En l'espèce, l'IMES et l'ODM ont refusé plusieurs demandes de dérogations à l'interdiction d'entrée et de transit, qui avaient été soumises par le requérant pour des raisons médicales ou judiciaires. Celui-ci n'a pas intenté de recours contre ces refus. Par ailleurs, dans les deux cas où ses demandes ont été admises, il a renoncé à utiliser les dérogations obtenues (d'un et de deux jours, respectivement), estimant que leur durée n'était pas suffisante pour effectuer les voyages prévus, compte tenu de son âge et de la distance considérable qu'il avait à parcourir. La Cour peut comprendre qu'il ait effectivement pu trouver insuffisantes la durée de ces dérogations, compte tenu des éléments énoncés ci-dessus (en particulier au paragraphe 191).

193. Il convient de rappeler à cet égard que, en vertu du paragraphe 2 b) de la Résolution 1390 (2002), le comité des sanctions pouvait accorder des dérogations dans des cas précis, notamment pour des raisons médicales, humanitaires ou religieuses. Lors de l'entrevue du 22 février 2008 (paragraphe 54 ci-dessus), une représentante du Département fédéral des affaires étrangères a indiqué que le requérant pouvait demander au comité des sanctions une dérogation plus étendue en raison de sa situation particulière. Le requérant n'a pas formé de demande en ce sens, mais il n'apparaît pas, et il ne ressort notamment pas du procès-verbal de cette entrevue, que les autorités suisses lui aient offert leur assistance aux fins d'une telle démarche.

194. Il est établi que le nom du requérant a été inscrit sur la liste des Nations unies à l'initiative non de la Suisse, mais des Etats-Unis. Il n'est pas contesté non plus que, au moins jusqu'à l'adoption de la Résolution 1730 (2006), il appartenait à l'Etat de nationalité ou de résidence de la personne concernée d'engager une éventuelle procédure de radiation devant le comité des sanctions. Il est vrai que la Suisse n'était ni l'Etat de nationalité ni l'Etat de résidence du requérant et que les autorités suisses n'étaient donc pas compétentes pour entreprendre une telle démarche. Cependant, il n'apparaît pas non plus que la Suisse ait tenté d'inciter l'Italie à entreprendre une telle démarche ni ne lui ait offert son assistance à cette fin (voir, *mutatis mutandis*, Sayadi et Vinck (Comité des droits de l'homme), précité, § 12 (paragraphe 88-92 ci-dessus)). En effet, il ressort du procès-verbal de l'entrevue du 22 février 2008 (paragraphe 54 ci-dessus) que les autorités se sont contentées de suggérer au requérant de prendre contact avec la Mission de l'Italie auprès des Nations unies, indiquant que cet Etat siégeait alors au Conseil de sécurité.

195. La Cour reconnaît que, avec d'autres Etats, la Suisse a déployé des efforts considérables qui ont abouti, après quelques années, à une amélioration du régime des sanctions (paragraphe 64 et 78 ci-dessus). Elle estime cependant, compte tenu du principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs (*Artico*, précité, § 33), que ce qui importe dans le cas présent, ce sont les mesures que les autorités nationales ont prises concrètement, ou ont tenté de prendre, face à la situation très particulière du requérant. A cet égard, la Cour considère en particulier que les autorités suisses n'ont pas suffisamment pris en compte les spécificités de l'affaire, notamment la situation géographiquement unique de Campione d'Italia, la durée considérable des mesures infligées ainsi que la nationalité, l'âge et l'état de santé du requérant. Elle estime par ailleurs que la possibilité de décider de la manière dont les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité sont mises en œuvre dans l'ordre juridique interne aurait permis d'assouplir le régime

des sanctions applicable au requérant, eu égard à ces spécificités, de façon à ne pas empiéter sur sa vie privée et familiale, sans pour autant porter atteinte au caractère obligatoire des résolutions pertinentes ni au respect des sanctions qu'elles prévoient.

196. A la lumière de la nature spécifique de la Convention en tant que traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir, par exemple, *Soering*, précité, § 87, et *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239, série A n° 25), la Cour estime que l'Etat défendeur ne pouvait pas valablement se contenter d'avancer la nature contraignante des résolutions du Conseil de sécurité, mais aurait dû la convaincre qu'il avait pris – ou au moins tenté de prendre – toutes les mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant.

197. Cette conclusion dispense la Cour de trancher la question, soulevée par l'Etat défendeur et les gouvernements tiers intervenants, de la hiérarchie entre les obligations des Etats parties à la Convention en vertu de cet instrument, d'une part, et celles découlant de la Charte des Nations unies, d'autre part. Ce qui importe, selon la Cour, est de constater que le Gouvernement n'est pas parvenu à démontrer qu'il avait tenté d'harmoniser autant que possible les obligations qu'il a jugées divergentes (paragraphe 81 et 170 ci-dessus).

198. Eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour juge que les restrictions imposées à la liberté de circulation du requérant pendant une durée considérable n'ont pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, le droit de l'intéressé à la protection de sa vie privée et familiale et, d'autre part, les buts légitimes que constituent la prévention des infractions pénales, la protection de la sécurité nationale et de la sécurité publique de la Suisse. Il s'ensuit que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale de ce dernier n'était pas proportionnée et, dès lors, pas nécessaire dans une société démocratique.

γ) Conclusion

199. Compte tenu de ce qui précède, la Cour rejette l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement pour incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec la Convention et, statuant au fond, estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. Eu égard à cette conclusion, et nonobstant le fait que le grief selon lequel l'inscription du nom du requérant sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban aurait également porté atteinte à son honneur et à sa réputation constitue un grief distinct, elle estime qu'il n'y a pas lieu de l'examiner séparément.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

200. Le requérant se plaint de ne pas avoir disposé d'un recours effectif lui permettant de faire examiner ses griefs au regard de la Convention. Il s'estime donc victime d'une violation de l'article 13, qui est libellé comme suit :

«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.»

A. Sur la recevabilité

201. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Les thèses des parties

a) Le requérant

202. Le requérant, s'appuyant sur l'affaire *Al-Nashif c. Bulgarie* (n° 50963/99, 20 juin 2002), soutient que les intérêts divergents que sont, d'une part, la protection des sources et des informations pertinentes pour la sécurité nationale et, d'autre part, le droit à un recours effectif, peuvent être conciliés par la mise en place de procédures adaptées. Il se plaint que, malgré cela, aucune procédure n'ait existé en l'espèce, ni devant les organes des Nations unies ni devant les autorités internes.

203. Il arguë que l'affaire *Sayadi et Vinck* (précitée, paragraphes 88-92 ci-dessus) – dans laquelle le Comité des droits de l'homme a considéré que l'injonction adressée par un tribunal au gouvernement belge afin que celui-ci soumette au comité des sanctions une demande de radiation des auteurs de la communication, dont il avait lui-même demandé l'inscription, constituait un recours effectif – n'est pas pertinente pour le cas d'espèce, et ce pour deux raisons. D'une part, il ne se plaindrait pas du fait que la Suisse n'ait pas fait retirer son nom de la liste des sanctions, pouvoir dont le Comité des droits de l'homme aurait clairement confirmé qu'il incombait exclusivement au comité des sanctions, et non aux Etats eux-mêmes. D'autre part, dans son affaire, contrairement à ce qui s'était produit au tribunal de

première instance de Bruxelles dans l'affaire Sayadi et Vinck, le Tribunal fédéral aurait certes indiqué que le Gouvernement devait le soutenir dans ses démarches de radiation, mais n'aurait pas expressément ordonné aux autorités nationales de le faire.

204. Ainsi, le requérant soutient que la conformité des mesures litigieuses avec les articles 3, 8 et 9 de la Convention n'a été contrôlée par aucun tribunal interne et que, dès lors, il y a eu violation de l'article 13.

b) Le Gouvernement

205. Le Gouvernement renvoie au principe selon lequel l'article 13 exige qu'un recours devant une instance nationale soit ouvert à tout individu qui prétend de manière défendable avoir fait l'objet d'une violation de la Convention. Eu égard aux conclusions précédentes, il conteste le caractère défendable des griefs formulés par le requérant. Pour le cas où la Cour conclurait différemment, il soutient qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 13 combiné avec l'article 8.

206. En effet, le Gouvernement rappelle que le requérant a demandé que soient ôtés de l'annexe à l'ordonnance sur les Taliban son nom et celui des organismes auxquels il est lié. Cette requête aurait été examinée par le Tribunal fédéral qui a estimé que le requérant ne disposait pas d'un recours effectif pour cette question puisque, lié par les résolutions du Conseil de sécurité, il n'était pas en mesure d'annuler les sanctions prononcées à l'égard du requérant. Le Tribunal fédéral aurait néanmoins souligné que, dans cette situation, il incombait à la Suisse de demander la radiation du requérant de la liste ou de le soutenir dans une telle procédure engagée par lui-même. A cet égard, le Gouvernement rappelle que la Suisse n'était pas habilitée à introduire elle-même une demande de *delisting* – le requérant n'ayant pas la nationalité suisse et ne résidant pas dans ce pays – ce qui a été confirmé par le comité des sanctions. La Suisse n'aurait eu que la possibilité de soutenir la demande introduite par le requérant lui-même, ce qu'elle aurait fait, notamment, en transmettant à son avocat une attestation formelle du non-lieu dont bénéficiait le requérant.

2. L'appréciation de la Cour

a) Les principes applicables

207. La Cour rappelle que l'article 13 garantit l'existence en droit interne de recours permettant de dénoncer les atteintes aux droits et libertés protégés par la Convention. Ainsi, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur impose cette disposition, il faut qu'existe au niveau

interne un recours dans le cadre duquel l'instance nationale compétente peut examiner les griefs fondés sur la Convention et ordonner le redressement approprié. La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief tiré de la Convention, mais le recours doit en tout cas être « effectif » en pratique comme en droit, c'est-à-dire notamment que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat (*Büyükdag c. Turquie*, n° 28340/95, § 64, 21 décembre 2000, avec les renvois notamment à l'arrêt *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 95, *Recueil* 1996-VI). Dans certaines conditions, les recours offerts par le droit interne considérés dans leur ensemble peuvent répondre aux exigences de l'article 13 (voir notamment *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 77, série A n° 116).

208. Cela étant, l'article 13 exige seulement qu'existe un recours en droit interne à l'égard des griefs que l'on peut estimer « défendables » au regard de la Convention (voir, par exemple, *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1988, § 54, série A n° 131). Il n'impose pas aux Etats de permettre aux individus de dénoncer devant une autorité interne la compatibilité avec la Convention des lois nationales (*Costello-Roberts*, précité, § 40), mais vise seulement à offrir à ceux qui expriment un grief défendable de violation d'un droit protégé par la Convention un recours effectif dans l'ordre juridique interne (*ibidem*, § 39).

b) L'application de ces principes au cas d'espèce

209. La Cour note que, compte tenu du constat de violation de l'article 8 énoncé ci-dessus, le grief est défendable. Il reste dès lors à rechercher si le requérant a disposé en droit suisse d'un recours effectif lui permettant de dénoncer les atteintes à ses droits protégés par la Convention.

210. La Cour observe que le requérant a pu saisir les juridictions internes aux fins d'obtenir la radiation de son nom de la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban, ce qui aurait pu permettre de remédier à ses griefs tirés de la Convention. Cependant, ces juridictions n'ont pas examiné quant au fond ses griefs concernant les violations alléguées de la Convention. En particulier, le Tribunal fédéral a estimé qu'il pouvait certes vérifier si la Suisse était liée par les résolutions du Conseil de sécurité, mais non lever pour non-respect des droits de l'homme les sanctions prises contre le requérant (paragraphe 50 ci-dessus).

211. Le Tribunal fédéral a par ailleurs admis expressément que la procédure de radiation devant les Nations unies, même dans sa version améliorée par les résolutions les plus récentes, ne pouvait pas être considérée comme un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention (paragraphe 50 ci-dessus).

212. La Cour rappelle également que la CJCE a jugé que «les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliqu[ai]ent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies» (arrêt Kadi de la CJCE, précité, § 299 (paragraphe 86 ci-dessus)). La Cour considère que ce raisonnement doit s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la présente affaire, plus précisément pour ce qui est du contrôle de la conformité de l'ordonnance sur les Taliban avec la Convention par les instances suisses. Elle estime de surcroît qu'aucun élément dans les résolutions du Conseil de sécurité n'empêchait les autorités suisses de mettre en place des mécanismes de vérification des mesures prises au niveau national en application de ces résolutions.

213. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le requérant n'a eu à sa disposition aucun moyen effectif de demander la radiation de son nom de la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban et, dès lors, de remédier aux violations de la Convention qu'il dénonçait (voir, *mutatis mutandis*, Lord Hope, dans la partie principale de l'arrêt *Ahmed and others*, précité, §§ 81 et 82, paragraphe 96 ci-dessus).

214. Partant, la Cour rejette l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement pour non-épuisement des voies de recours internes et, statuant au fond, estime qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 8.

IV. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

215. Invoquant l'article 5 § 1 de la Convention, le requérant soutient que l'interdiction d'entrée en Suisse et de transit par ce pays imposée à la suite de l'inscription de son nom sur la liste du comité des sanctions s'analyse en une mesure privative de liberté. Sur le terrain de l'article 5 § 4, il se plaint que les autorités internes n'aient procédé à aucun contrôle de la licéité des entraves posées à sa liberté de circulation. Ces dispositions sont libellées comme suit :

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

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;

d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;

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;

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.

(...)

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.

(...)»

1. *Les thèses des parties et des tiers intervenants*

a) **Le Gouvernement**

216. Se référant aux affaires *Guzzardi c. Italie* (6 novembre 1980, série A n° 39) et *S.F. c. Suisse* (n° 16360/90, décision de la Commission du 2 mars 1994, Décisions et Rapports 76-A, pp. 13 et suiv.), le Gouvernement arguë qu'il n'y a pas eu en l'espèce «privation de liberté». Selon lui, le but de la mesure litigieuse n'a jamais été de confiner le requérant sur le territoire de Campione d'Italia. La mesure n'aurait eu pour objet que d'interdire à l'intéressé l'entrée en Suisse et le transit par ce pays. Le fait que le requérant se soit trouvé limité dans ses déplacements par la mesure incriminée serait imputable à l'intéressé lui-même, qui aurait choisi librement d'établir son domicile dans une enclave italienne entourée par le territoire suisse: ni les sanctions, telles qu'elles avaient été décidées par les Nations unies, ni leur mise en œuvre par les autorités suisses ne lui auraient imposé de demeurer à Campione d'Italia. Ainsi, à tout moment, il aurait pu solliciter une dérogation afin de transférer son domicile dans une autre partie du territoire italien.

217. En ce qui concerne les effets et les modalités de la mesure, le Gouvernement fait valoir que le requérant n'était soumis à aucune autre restriction que l'interdiction, selon lui théorique, d'entrer en Suisse ou de transiter par ce pays. En particulier, il n'aurait fait l'objet d'aucune surveillance de la part des autorités suisses, n'aurait eu aucune obligation

particulière, et aurait pu recevoir librement autant de visites qu'il le souhaitait. Il aurait également pu, en tout temps, rencontrer librement ses avocats. Enfin, le Gouvernement ajoute que la frontière entre Campione d'Italia et la Suisse n'est pas surveillée, de sorte que le requérant n'aurait pas perçu physiquement l'interdiction de se rendre en Suisse.

218. Pour ces raisons, le Gouvernement soutient que la mesure litigieuse ne peut pas être assimilée à une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1.

b) Le requérant

219. Le requérant estime que la présente affaire n'est pas comparable à l'affaire *S.F. c. Suisse* (précitée), dans laquelle la Commission avait déclaré irrecevable le grief d'un requérant qui se plaignait sous l'angle de l'article 5 de ne pas avoir été autorisé à quitter Campione d'Italia pendant plusieurs années. Il arguë à cet égard que, d'une part, l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de quitter la ville ne reposait pas sur une condamnation et d'autre part, il n'a pas pu, à la différence du requérant de l'affaire précitée, contester les restrictions litigieuses dans le cadre d'une procédure équitable.

220. Le requérant ne nie pas qu'aucun obstacle physique ne l'empêchait de quitter Campione d'Italia, mais il souligne que le passage entre l'Italie et la Suisse fait l'objet de contrôles sporadiques et que, si l'on avait découvert dans le cadre d'un tel contrôle qu'il tentait d'entrer sur un territoire dont l'accès lui était interdit, il aurait fait l'objet d'une procédure susceptible d'aboutir à de lourdes sanctions.

221. Il fait valoir ensuite que la superficie du territoire de Campione d'Italia est de 1,6 km², et qu'ainsi, l'espace dans lequel il pouvait se déplacer librement est plus restreint que celui dont jouissait le requérant dans l'affaire *Guzzardi* (précitée), à savoir une île de 2,5 km².

222. Par ailleurs, il souligne que le Tribunal fédéral lui-même a admis que les restrictions qui lui étaient imposées se rapprochaient en pratique d'une assignation à résidence. Pour toutes ces raisons, l'article 5 § 1 devrait s'appliquer à son cas.

c) Le gouvernement français

223. Le gouvernement français, tiers intervenant, est d'avis que l'article 5 de la Convention ne saurait s'appliquer au cas d'une personne faisant l'objet d'une interdiction d'entrée ou de transit sur un territoire donné, et que les circonstances particulières de l'espèce, qui tiendraient au fait que le requérant réside dans une enclave italienne du canton du Tessin, ne peuvent modifier cette appréciation, sauf à altérer profondément le contenu de cette disposition.

2. L'appréciation de la Cour

224. La Cour rappelle que l'article 5 consacre un droit fondamental de l'être humain, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à son droit à la liberté. Le libellé de cette disposition précise bien que la garantie qu'elle renferme s'applique à « toute personne ». Les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 énumèrent limitativement les motifs autorisant la privation de liberté. Pareille mesure n'est pas conforme à l'article 5 § 1 si elle ne relève pas de l'un de ces motifs ou si elle n'est pas prévue par une dérogation faite conformément à l'article 15 de la Convention, qui permet à un Etat contractant, « [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », de prendre des mesures dérogatoires à ses obligations découlant de l'article 5 « dans la stricte mesure où la situation l'exige » (voir, parmi d'autres précédents, *Al-Jedda*, précité, § 99, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, §§ 162-163, CEDH 2009, et *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 194).

225. L'article 5 § 1 de la Convention ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler, lesquelles obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4, qui n'a pas été ratifié par la Suisse. Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence (*Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 39692/09, 40713/09 et 41008/09, § 57, CEDH 2012, *Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 115, CEDH 2012, *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, § 73, CEDH 2010, *Guzzardi*, précité, §§ 92-93, *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, § 71, CEDH 2005-V, et *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 59, série A n° 22).

226. La Cour estime également que la démarche consistant à prendre en compte le « genre » et les « modalités d'exécution » de la mesure en question (*Engel et autres*, § 59, et *Guzzardi*, § 92, tous deux précités) lui permet d'avoir égard au contexte et aux circonstances spécifiques entourant les restrictions à la liberté qui s'éloignent de la situation type qu'est l'incarcération (voir, par exemple, *Engel et autres*, § 59, et *Amuur*, § 43, tous deux précités). En effet, le contexte dans lequel s'inscrit la mesure représente un facteur important car il est courant, dans les sociétés modernes, que surviennent des situations dans lesquelles le public peut être appelé à supporter des restrictions à la

liberté de circulation ou à la liberté des personnes dans l'intérêt du bien commun (voir, *mutatis mutandis*, *Austin et autres*, précité, § 59).

227. La Cour observe que, pour soutenir que l'article 5 doit s'appliquer au cas d'espèce, le requérant se fonde en particulier sur l'affaire *Guzzardi*, précitée. Dans cette affaire, la requête avait été introduite par une personne qui, parce qu'elle était soupçonnée d'appartenir à un clan mafieux, était contrainte de vivre sur une île dans une zone – non clôturée – de 2,5 kilomètres carrés, en compagnie essentiellement de personnes se trouvant dans une situation semblable ainsi que du personnel chargé de la surveillance. La Cour a conclu que le requérant avait été «privé de sa liberté» au sens de l'article 5 et qu'il pouvait dès lors se prévaloir des garanties découlant de cette disposition (voir également *Giulia Manzoni c. Italie*, 1^{er} juillet 1997, §§ 18-25, *Recueil* 1997-IV).

228. En revanche, dans l'affaire *S.F. c. Suisse* (précitée), où le requérant se plaignait de n'avoir pas été autorisé à quitter l'enclave de Campione d'Italia pendant plusieurs années, la Commission déclara le grief irrecevable, estimant que l'article 5 ne s'appliquait pas au cas d'espèce. La Grande Chambre estime opportun de suivre l'approche adoptée dans cette affaire, pour les motifs suivants.

229. Dans le cas concret du requérant, la Cour admet que les restrictions imposées se sont prolongées pendant une durée considérable. Cependant, elle observe que l'espace sur lequel l'intéressé n'était pas autorisé à circuler était le territoire d'un Etat tiers, la Suisse, et qu'en vertu du droit international, cet Etat avait le droit de refuser l'entrée d'un étranger (paragraphe 164 ci-dessus). Les restrictions en cause n'ont pas empêché le requérant de vivre et de circuler librement sur le territoire de sa résidence permanente, où il avait choisi, de son plein gré, de vivre et de poursuivre ses activités. La Cour considère que, dans ces circonstances, son cas se distingue radicalement de la situation de fait qui prévalait dans l'affaire *Guzzardi* (précitée) et l'interdiction qui lui a été imposée ne soulève pas de question sous l'angle de l'article 5 de la Convention.

230. La Cour reconnaît également que la superficie du territoire de Campione d'Italia est restreinte. Cependant, elle observe que le requérant n'a fait l'objet ni d'une détention proprement dite ni d'une véritable assignation à résidence: il s'est simplement vu imposer une interdiction d'entrée et de transit sur un territoire donné, et cette interdiction a eu pour conséquence de l'empêcher de quitter l'espace enclavé.

231. La Cour relève en outre que le requérant n'a pas contesté devant elle l'affirmation du gouvernement suisse selon laquelle il n'avait fait l'objet

d'aucune surveillance de la part des autorités helvétiques et n'avait aucune obligation de se présenter régulièrement à la police (voir, *a contrario*, *Guzzardi*, précité, § 95). Par ailleurs, il n'apparaît pas non plus qu'il ait subi des restrictions à sa liberté de recevoir des tiers, qu'il s'agisse de ses proches, de ses médecins ou de ses avocats (*ibidem*).

232. Enfin, la Cour rappelle que le régime des sanctions permettait au requérant de demander des dérogations à l'interdiction d'entrée ou de transit et que de telles dérogations lui ont effectivement été accordées à deux reprises sans qu'il en fasse usage.

233. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et conformément à sa jurisprudence, la Cour, à l'instar du Tribunal fédéral (paragraphe 48 ci-dessus), conclut que le requérant n'a pas été « privé de sa liberté » au sens de l'article 5 § 1 par l'interdiction d'entrée et de transit en Suisse.

234. Il s'ensuit que les griefs tirés de l'article 5 sont manifestement mal fondés et doivent être rejetés en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

V. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE LA CONVENTION

235. Invoquant des arguments essentiellement semblables à ceux que la Cour a examinés sous l'angle des articles 5 et 8, le requérant se plaint d'avoir subi un traitement contraire à l'article 3. Il allègue en outre que l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de quitter l'enclave de Campione d'Italia pour se rendre dans une mosquée a porté atteinte à sa liberté de manifester sa religion et ses convictions garantie par l'article 9.

236. Au vu de l'ensemble des éléments en sa possession et à supposer même que ces griefs aient été dûment soulevés devant les juridictions nationales, la Cour ne constate aucune apparence de violation des articles 3 et 9 de la Convention.

237. Il s'ensuit que ce volet de la requête doit être rejeté pour défaut manifeste de fondement, conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

VI. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

238. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

239. Le requérant n'a formulé aucune demande au titre du dommage matériel ou moral.

240. Partant, il n'y a pas lieu de lui octroyer de somme à ce titre.

B. Frais et dépens

241. Au titre des frais et dépens, le requérant demande le remboursement de 75 000 livres sterling et de la taxe sur la valeur ajoutée, pour les frais d'avocat engagés par lui aux fins de la procédure devant la Cour, et de 688,22 euros (EUR) correspondant aux frais engagés pour les voyages de son avocat jusqu'à Campione d'Italia, les conversations téléphoniques et les frais de bureau.

242. Le Gouvernement rappelle que le requérant a choisi de se faire représenter par un avocat exerçant à Londres et facturant un tarif horaire nettement plus élevé que les tarifs moyens pratiqués en Suisse, et que ce choix a engendré des frais de voyage substantiels. Selon lui, même en admettant que la présente affaire soit aussi complexe que l'estime le requérant, le nombre d'heures facturées est exagéré. En conséquence, il estime qu'en cas d'admission de la requête, un montant de 10 000 francs suisses au plus serait suffisant.

243. La Cour rappelle que lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder au requérant le remboursement des frais et dépens qu'il a engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation (*Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 159, CEDH 2010). Il faut aussi que se trouvent établis la réalité de ces frais, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*ibidem*).

244. La Cour ne partage pas l'avis du Gouvernement selon lequel le requérant devrait assumer les conséquences de son choix de mandater un avocat britannique. Elle rappelle à cet égard que, en vertu de l'article 36 § 4 a) du règlement de la Cour, le représentant de la partie requérante doit être un « conseil habilité à exercer dans l'une quelconque des Parties contractantes et résidant sur le territoire de l'une d'elles (...) ». Cependant, elle note que seuls les griefs tirés des articles 8 et 13 ont en l'espèce abouti à un constat de violation de la Convention. Le surplus de la requête est irrecevable. La somme demandée par le requérant est donc exagérée.

245. En conséquence, compte tenu des éléments en sa possession et des critères exposés ci-dessus, la Cour juge raisonnable d'accorder au requérant

la somme de 30 000 EUR pour les frais exposés par lui dans le cadre de la procédure conduite devant elle.

C. Intérêts moratoires

246. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

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

1. *Rejette* les exceptions préliminaires soulevées par le Gouvernement pour incompatibilité *ratione personae* de la requête avec la Convention et pour défaut de qualité de victime du requérant ;
2. *Joint au fond* l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement pour incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec la Convention ;
3. *Rejette* l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement pour non-épuisement des voies de recours internes quant aux griefs tirés des articles 5 et 8, et la *joint au fond* quant au grief tiré de l'article 13 ;
4. *Déclare recevables* les griefs tirés des articles 8 et 13 et la requête irrecevable pour le surplus ;
5. *Rejette* l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement pour incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec la Convention et *dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
6. *Rejette* l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement pour non-épuisement des voies de recours internes quant au grief tiré de l'article 13 de la Convention et *dit* qu'il y a eu violation de cette disposition, combiné avec l'article 8 ;
7. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, la somme de 30 000 EUR (trente mille euros), pour frais et dépens, à convertir dans la monnaie de l'Etat défendeur au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme par le requérant à titre d'impôt ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, cette somme sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
8. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 septembre 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 commune aux juges Bratza, Nicolaou et Yudkivska ;
- opinion concordante du juge Rozakis à laquelle se rallient les juges Spielmann et Berro-Lefèvre ;
- opinion concordante du juge Malinverni.

N.B.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES BRATZA, NICOLAOU ET YUDKIVSKA

(Traduction)

1. Si nous nous rallions au constat en l'espèce d'une violation de l'article 8 de la Convention, nous ne pouvons pleinement partager le raisonnement dans l'arrêt aboutissant à ce constat. En particulier, nous nourrissons des doutes considérables quant à la conclusion selon laquelle la Suisse « jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité » (paragraphe 180 de l'arrêt). Nous estimons que ni le libellé des résolutions elles-mêmes ni les dispositions de la Charte des Nations unies sur la base desquelles ces résolutions ont été prises ne permettent d'étayer cette conclusion. De plus, malgré les développements consacrés à cette question dans l'arrêt, celle-ci n'apparaît pas, en dernière analyse, avoir joué un rôle essentiel dans le constat par la Cour d'une violation de l'article 8, fondé moins sur le non-usage par la Suisse de la latitude que les résolutions pertinentes lui auraient offerte que sur la non-adoption par elle, dans le cadre des limites fixées par ces résolutions, de mesures suffisantes, voire de mesures tout court, en vue de protéger les droits du requérant garantis par la Convention.

2. Comme le souligne à juste titre l'arrêt, la Résolution 1390 (2002) impose expressément aux Etats d'empêcher l'entrée sur leur territoire et le transit par celui-ci des personnes dont le nom figure sur la liste du comité des sanctions des Nations unies. A cet égard, la situation n'est pas la même que dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, CEDH 2011, où la Cour a dit que le libellé de la résolution en cause ne mentionnait pas expressément l'internement en l'absence de procès et que, sauf disposition contraire libellée dans un langage clair et explicite, le Conseil de sécurité est présumé ne pas vouloir imposer aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. En l'espèce, la résolution pertinente emploie un langage clair et explicite, de même que le paragraphe 7 de la Résolution 1267 (1999), dans laquelle le Conseil de sécurité est encore plus clair, écartant toute autre obligation internationale qui pourrait être incompatible avec la résolution en question.

3. Il est vrai que, comme le souligne l'arrêt, à l'époque où elle a adopté l'ordonnance du 2 octobre 2000 sur les Taliban et où elle y a inséré l'article 4a pour donner effet à la Résolution 1390 (2002), la Suisse n'était pas membre des Nations unies mais était déjà partie à la Convention. Cependant, cet

élément n'a guère d'importance à nos yeux. Comme il est relevé dans l'arrêt, les résolutions pertinentes s'adressaient à « tous les Etats », pas seulement aux Etats membres des Nations unies. En outre, il est évident que, en tout état de cause, l'obligation d'empêcher l'entrée sur le territoire suisse ou le transit par celui-ci s'appliquait à la Suisse dès que celle-ci est devenue membre des Nations unies en septembre 2002. Non seulement la Suisse était tenue, au moins à compter de cette dernière date, d'inscrire le requérant sur la liste des proscrits mais nous constatons que, en octobre 2003, à la suite de critiques émises par le groupe de suivi créé par la Résolution 1363 (2001), elle était tenue de révoquer le permis de frontalier spécial qui permettait à l'intéressé de circuler relativement librement entre la Suisse et l'Italie (paragraphe 25 de l'arrêt).

4. Le constat tiré dans l'arrêt selon lequel les Etats jouissaient d'une certaine latitude repose essentiellement sur la thèse voulant que la Charte des Nations unies n'impose pas aux Etats un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre de son Chapitre VII, laissant en principe aux Etats membres des Nations unies le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions (paragraphe 176 de l'arrêt).

5. Nous acceptons volontiers que les Etats disposent de différents moyens pour donner effet aux obligations que leur imposent les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité. Cependant, l'obligation que fait peser sur eux la Résolution 1390 (2002) est de nature contraignante et, sous réserve des exceptions ou exemptions figurant dans la résolution elle-même, ne laisse aux Etats ni souplesse ni pouvoir discrétionnaire pour donner plein effet aux sanctions infligées mais leur impose d'interdire l'entrée sur le territoire ou le transit par celui-ci de toutes les personnes inscrites sur les listes du comité des sanctions. La seule exception notable est celle figurant au paragraphe 2 b) de cette même résolution, précisant que ses dispositions ne s'appliquent pas lorsque l'entrée ou le transit est nécessaire pour l'aboutissement d'une procédure judiciaire.

6. De la même manière, rien ne permet selon nous de conclure, au paragraphe 178 de l'arrêt, que le paragraphe 8 de la résolution elle-même offre aux Etats une certaine latitude, en ce qu'il les exhorte à prendre des mesures immédiates pour appliquer ou renforcer, « par des mesures législatives ou administratives, selon qu'il conviendra, les dispositions applicables en vertu de leur législation ou de leur réglementation à l'encontre de leurs nationaux et d'autres personnes ou entités agissant sur leur territoire, afin de prévenir et de sanctionner les violations des mesures visées au paragraphe 2 de la présente résolution ». Assurément, comme le relève l'arrêt, l'expression « selon qu'il conviendra » vise à donner aux autorités nationales un choix

entre les mesures législatives et administratives et leur laisse ainsi une certaine souplesse en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre et de renforcement des mesures. Or elle ne veut certainement pas dire qu'une quelconque latitude soit accordée aux Etats quant à l'obligation pesant sur eux de donner plein effet aux dispositions du paragraphe 2 de la résolution.

7. Nous ne sommes pas davantage convaincus par l'invocation, au paragraphe 179 de l'arrêt, de la motion du 1^{er} mars 2010 par laquelle la Commission de politique extérieure du Conseil national suisse avait chargé le Conseil fédéral d'indiquer au Conseil de sécurité des Nations unies qu'à partir de la fin de l'année 2010, il n'appliquerait plus, dans certains cas, les sanctions prononcées à l'encontre de personnes physiques en vertu des résolutions adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Par cette motion, le Parlement suisse a sans doute « exprimé (...) sa volonté de réserver un certain pouvoir de discrétion dans l'application des résolutions du Conseil de sécurité relatives à la lutte contre le terrorisme ». Cependant, si, en refusant unilatéralement, plusieurs mois après la radiation du requérant de la liste, de se conformer inconditionnellement à la résolution, le Parlement suisse s'est reconnu un certain pouvoir discrétionnaire, il ne faut pas en conclure pour autant que c'est la résolution elle-même qui accordait à la Suisse pareil pouvoir. A nos yeux, tel n'était manifestement pas le cas.

8. A l'instar du Tribunal fédéral, nous estimons donc que les Etats ne jouissaient d'aucune latitude quant à leur obligation de mettre en œuvre les sanctions imposées par les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et que la Suisse ne pouvait décider de sa propre initiative si, oui ou non, des sanctions devaient continuer à être prises contre les personnes physiques ou morales dont le nom figurait sur la liste du comité des sanctions.

9. La question soulevée sur le terrain de l'article 8 de la Convention ne s'en trouve pas réglée pour autant. Bien que tenus d'agir en stricte conformité avec les dispositions de la Résolution 1390 (2002) nonobstant les droits et obligations découlant de la Convention, les Etats ne sont pas exonérés pour autant de l'obligation d'entreprendre toute action en leur pouvoir de manière à atténuer les effets des mesures ayant une incidence sur la vie privée ou familiale des personnes touchées.

10. La situation du requérant en l'espèce était sinon unique, du moins particulièrement exceptionnelle et l'ordonnance sur les Taliban a eu des conséquences manifestement graves sur sa vie privée et familiale. Comme le Tribunal fédéral l'a expressément dit, les mesures dénoncées représentaient une restriction importante à la liberté de l'intéressé du fait de l'emplacement de Campione d'Italia, une petite enclave italienne entourée par le canton suisse du Tessin où il est domicilié depuis 1970. Il lui était interdit, au moins à partir d'octobre 2003, non seulement d'entrer sur le territoire suisse

mais aussi de quitter Campione d'Italia de quelque manière que ce soit et même de se rendre dans toute partie de l'Italie, l'Etat dont il a la nationalité. En raison de cette interdiction, il lui était exceptionnellement difficile de maintenir le contact avec les personnes vivant hors de l'enclave, y compris avec les membres de sa propre famille. Dans ces conditions, les autorités suisses avaient, comme le Tribunal fédéral l'a dit, «l'obligation d'épuiser les allègements du régime des sanctions autorisés en vertu des résolutions du Conseil de sécurité». A nos yeux, elles étaient également tenues de prendre toute autre mesure raisonnable en leur pouvoir pour faire modifier le régime de manière à atténuer autant que possible ses graves conséquences sur la vie privée et familiale du requérant.

11. La Suisse ne pouvait pas de sa propre initiative, sans contrevenir aux résolutions pertinentes, rayer le nom du requérant de la liste à l'annexe 2 de l'ordonnance sur les Taliban, le comité des sanctions étant le seul organe habilité à en radier les personnes physiques et morales. Etant donné que ce nom n'avait pas été inscrit sur la liste à son initiative et qu'elle n'était ni l'Etat de nationalité ni l'Etat de résidence de l'intéressé, la Suisse n'avait pas non plus formellement le pouvoir, sur la base des résolutions, de prendre des mesures pour faire effacer le nom par le comité des sanctions. Néanmoins, à l'instar de nos collègues, nous considérons que les autorités suisses n'ont pas suffisamment pris en compte les particularités de la situation du requérant, notamment la durée considérable des mesures imposées ainsi que sa nationalité, son âge et son état de santé. Nous estimons en outre qu'elles n'ont pas pris toutes les mesures raisonnables en leur pouvoir pour tenter d'atténuer les effets du régime des sanctions en accueillant des demandes de dérogations pour raisons médicales ou dans le cadre de procédures judiciaires, ou de faire modifier ce régime appliqué au requérant de manière à préserver autant que possible ses droits garantis par la Convention.

12. Parmi les mesures que les autorités auraient pu prendre et que mentionne l'arrêt, nous attachons une importance particulière au fait que ce n'est que le 2 septembre 2009 que celles-ci ont communiqué au comité des sanctions les conclusions des investigations visant le requérant, pourtant closes plus de quatre années auparavant, le 31 mai 2005. La clôture de ces investigations était un élément manifestement important eu égard aux perspectives de levée des sanctions qui avaient été infligées à l'intéressé. Sur ce point, nous constatons que, en fait, le nom de ce dernier a été rayé de la liste le 23 septembre 2009, peu après que la Suisse eut adressé au comité des sanctions copie de la lettre du ministère public de la Confédération confirmant que l'enquête de la police judiciaire dirigée contre le requérant n'avait pas fourni d'indices ou de preuves permettant d'établir l'existence d'un lien entre lui et des personnes ou organisations liées à Oussama

Ben Laden, à Al-Qaïda ou aux Taliban. Le défaut de communication de ces informations a été expressément critiqué par le Tribunal fédéral qui, tout en constatant que, à la date de son jugement, c'est-à-dire en novembre 2007, le requérant pouvait demander lui-même l'ouverture d'une procédure de *delisting*, a souligné qu'il continuait de compter sur le soutien de la Suisse car il s'agissait du seul pays qui avait conduit une enquête préliminaire complète sur ses activités. Nous partageons pleinement la conclusion du Tribunal fédéral selon laquelle, même si la Suisse ne pouvait elle-même procéder à la radiation, elle aurait pu à tout le moins communiquer les résultats de l'enquête au comité des sanctions et défendre énergiquement le *delisting* du requérant. Grâce aux résultats de ses propres investigations, elle aurait pu également encourager l'Italie, en sa qualité d'Etat de nationalité et de résidence du requérant, à prendre des mesures antérieurement à juillet 2008 pour solliciter cette radiation. Pareilles mesures n'auraient peut-être pas été couronnées de succès. Il n'en reste pas moins qu'elles auraient pu réellement conduire à la radiation de la liste du nom du requérant et à son rétablissement dans ses droits garantis par l'article 8 bien plus tôt que ce qui s'est finalement produit.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE ROZAKIS
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES SPIELMANN
ET BERRO-LEFÈVRE

(Traduction)

Je partage pleinement les conclusions de la Cour sur tous les chefs et j'ai voté en conséquence. Il y a néanmoins un point sur lequel je souhaite m'écarter du raisonnement de mes collègues. Ce point n'a pas d'incidence sur l'approche globale ni sur mon vote. Je vais l'exposer ci-dessous.

Le requérant alléguait que la mesure qui lui interdisait d'entrer sur le territoire suisse ou de transiter par celui-ci était contraire à son droit au respect de sa vie privée, y compris de sa vie professionnelle et de sa vie familiale (paragraphe 149 de l'arrêt). A l'appui de sa thèse, il invoquait un certain nombre de cas montrant que sa vie privée et familiale avait été affectée. Il affirmait notamment que l'inscription de son nom sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban avait entaché son honneur et sa réputation. L'ensemble de ces griefs étaient donc soulevés sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

Lorsqu'elle a examiné en détail tous les volets particuliers de ces griefs, tant sur la recevabilité que sur le fond, la Cour a préféré ne pas aborder du tout la question de l'honneur et de la réputation du requérant. Dans son paragraphe de conclusion (paragraphe 199), elle n'a fait qu'évoquer ce grief précis de manière évasive, en faisant usage de la formule bien connue selon laquelle il n'y a pas lieu d'examiner ce grief séparément.

C'est à cet égard que j'aurais raisonné différemment. Le grief tiré par le requérant d'une atteinte à son honneur et à sa réputation n'est pas un grief distinct, indépendant de tous les autres chefs de la violation de l'article 8 de la Convention alléguée par lui. Il s'agit de l'un des éléments constitutifs de son grief principal qui est que, par leur comportement, les autorités ont affecté sa vie privée et familiale. Il est constant – et le requérant faisait sans doute fond sur ce point – que, pour la Cour, l'honneur et la réputation sont un élément de la vie privée qui mérite une protection particulière sur le terrain de l'article 8. En écartant ce volet particulier d'un grief par ailleurs homogène et circonstancié, la Cour a donné la mauvaise impression que l'honneur et la réputation devaient être examinés séparément – voire ne devaient pas être examinés du tout – et qu'ils ne font pas nécessairement partie des éléments constitutifs les plus essentiels de la vie privée.

Pour ces raisons, je tiens à exprimer mon désaccord quant à la manière dont le paragraphe 199 est rédigé et au non-examen par la Cour de la question de l'honneur et de la réputation. Après tout, s'il avait fallu englober

ce point particulier, le raisonnement n'aurait pas radicalement changé par rapport à celui retenu par la Cour dans son analyse générale sur le terrain de l'article 8, qui a conduit au constat d'une violation.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE MALINVERNI

1. Je partage l'avis de la Cour selon lequel il y a eu, dans la présente affaire, violation de l'article 8 de la Convention. Je ne suis en revanche pas convaincu par le raisonnement qui l'a conduite à cette conclusion.

I.

2. Toute l'argumentation de la Cour repose sur l'affirmation selon laquelle, dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité, l'Etat défendeur « jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle » (paragraphe 180 de l'arrêt). Pour étayer cette affirmation, la Cour avance les raisons suivantes (paragraphe 175-179).

3. Elle commence par relever que la latitude de l'Etat défendeur ressort du libellé même de ces résolutions. En effet, le paragraphe 2 b) de la Résolution 1390 (2002) prévoit qu'il ne s'appliquera pas « lorsque l'entrée ou le transit est nécessaire pour l'aboutissement d'une procédure judiciaire (...) ». La Cour en déduit que le terme « nécessaire » confère aux autorités une certaine latitude et « se prête à une interprétation au cas par cas » (paragraphe 177). Cela est certes vrai, mais la Cour semble oublier qu'il s'agit là d'une exception à la règle générale contenue dans cette même disposition bien plus que de la reconnaissance d'une marge de manœuvre dont disposeraient les autorités nationales dans le cadre de son application. Par ailleurs, à part le cas des procédures judiciaires, cette phrase confère une certaine latitude au comité des sanctions, mais aucunement aux Etats.

4. La Cour tire également argument de l'expression « selon qu'il conviendra », qui figure au paragraphe 8 de la Résolution 1390 (2002), pour affirmer que la formulation « laisse aux autorités nationales une certaine souplesse en ce qui concerne les modalités de la mise en œuvre de cette résolution » (paragraphe 178). Mais la Cour fait à mon avis une mauvaise lecture du paragraphe 8 de la Résolution 1390 (2002). L'expression « selon qu'il conviendra » se rapporte en effet aux mots qui la précèdent immédiatement, à savoir les mots « mesures législatives ou administratives ». Elle signifie simplement que, en fonction de l'ordre juridique des différents Etats, et selon les circonstances, ceux-ci devront adopter soit des mesures législatives soit des mesures administratives. L'on ne saurait donc en tirer une conclusion quelconque quant à la latitude des Etats dans la mise en œuvre de cette résolution.

5. Le dernier argument de la Cour se réfère à la motion par laquelle la Commission de politique extérieure du Conseil national a chargé le Conseil fédéral suisse d'indiquer au Conseil de sécurité qu'il n'appliquerait plus inconditionnellement les sanctions prononcées à l'encontre de personnes

physiques en vertu des résolutions adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Par l'adoption de cette motion, le Parlement fédéral aurait exprimé «sa volonté de réserver un certain pouvoir de discrétion dans l'application des résolutions du Conseil de sécurité relatives à la lutte contre le terrorisme» (paragraphe 179). Cela est certainement vrai, mais l'on ne saurait en tirer aucun argument quant à la latitude dont aurait bénéficié la Suisse dans la présente affaire, dès lors que la motion a été adoptée le 1^{er} mars 2010 (paragraphe 63), soit après que le nom du requérant fût rayé de la liste, à savoir le 23 septembre 2009 (paragraphe 62).

6. Forte de sa conclusion selon laquelle l'Etat défendeur jouissait d'une certaine latitude dans la mise en œuvre des résolutions onusiennes, la Cour examine ensuite si, dans le cas d'espèce, l'ingérence dans les droits protégés par l'article 8 a respecté le principe de proportionnalité. Elle conclut par la négative, en considérant en particulier que «les autorités suisses n'ont pas suffisamment pris en compte les spécificités de l'affaire, notamment la situation géographiquement unique de Campione d'Italia, la durée considérable des mesures infligées ainsi que la nationalité, l'âge et l'état de santé du requérant». Il s'ensuit, selon la Cour, que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale de ce dernier «n'était pas nécessaire dans une société démocratique».

7. Certains des arguments avancés par la Cour pour parvenir à cette conclusion ont cependant de la peine à convaincre. Ainsi, peut-on sérieusement reprocher à la Suisse, dont le requérant, rappelons-le, n'avait pas la nationalité, de ne pas lui avoir offert son assistance aux fins de demander au comité des sanctions une dérogation plus étendue aux sanctions qui pesaient sur lui en raison de sa situation particulière, alors qu'il ne l'avait même pas sollicitée (paragraphe 193) ? Ou de n'avoir pas tenté d'inciter l'Italie à entreprendre des démarches en vue de la radiation du nom du requérant de la liste du comité des sanctions, alors qu'il appartenait exclusivement à l'Etat de nationalité ou de résidence d'engager pareille procédure (paragraphe 194) ?

II.

8. L'avis selon lequel la Suisse n'était au bénéfice d'aucune marge de manœuvre est d'ailleurs aussi celui du Tribunal fédéral, qui s'est exprimé en ces termes sur cette question (paragraphe 50 de l'arrêt) :

« 8.1 (...)

Les sanctions (blocage des avoirs, interdiction d'entrée et de transit, embargo sur les armes) sont décrites de manière détaillée et ne laissent aux Etats aucune marge d'appréciation dans leur mise en œuvre (...)

(...) Il est ainsi interdit aux Etats membres de décider de façon autonome si les sanctions doivent ou non continuer à s'appliquer à une personne ou une organisation figurant sur la liste établie par le comité des sanctions».

Plus loin, le Tribunal fédéral rechercha si l'interdiction de voyager prévue à l'article 4a de l'ordonnance sur les Taliban allait au-delà des sanctions instituées par les résolutions du Conseil de sécurité et si, dès lors, les autorités suisses disposaient dans ce domaine d'une certaine latitude. Il conclut par la négative (paragraphe 52 de l'arrêt) :

« 10.2 L'article 4a § 2 de l'ordonnance (...) est formulé comme une disposition habilitante et elle donne l'*impression* que l'Office fédéral des migrations dispose d'une certaine marge d'appréciation (...)

L'Office fédéral des migrations ne dispose donc d'aucune marge d'appréciation. Sa tâche consiste en réalité à vérifier si les conditions régissant l'octroi d'une *dérogation* sont réunies. » (italique ajouté)

9. Les gouvernements français et britannique, tiers intervenants, partagent eux aussi cet avis et affirment que les autorités helvétiques ne disposaient d'aucune latitude dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité (paragraphe 175). Selon le gouvernement du Royaume-Uni, en particulier, le Conseil de sécurité a employé un « langage clair et explicite » pour imposer aux Etats des mesures particulières (paragraphe 111).

10. En conclusion, compte tenu des termes très clairs et impératifs des résolutions en cause du Conseil de sécurité, qui obligent les Etats à les appliquer strictement et intégralement, sans considération de droits et d'obligations découlant d'autres conventions internationales qu'ils auraient ratifiées, ainsi que du fait que les sanctions sont décrites de manière détaillée et que les noms de leurs destinataires figurent sur des listes exhaustives, il est difficile, à mon avis, de soutenir la thèse selon laquelle la Suisse disposait dans la présente affaire d'une quelconque marge de manœuvre. On se trouvait ici bel et bien en présence d'une compétence *liée* et non pas d'une compétence *discrétionnaire*. Je pense en conséquence que l'approche suivie par la Cour n'est pas la bonne. Elle aurait dû selon moi emprunter celle du Tribunal fédéral, mais pour parvenir à une conclusion opposée.

III.

11. Ne décelant aucune marge de manœuvre dans le libellé des résolutions onusiennes qu'il devait appliquer, et qui lui auraient permis une interprétation conforme aux droits fondamentaux du requérant, le Tribunal fédéral n'avait pas d'autre choix que de trancher la question qui lui était soumise sur la base du principe de la hiérarchie des normes. Il a fait prévaloir les obligations découlant pour la Suisse des résolutions en cause sur celles

dérivant pour elle de la Convention et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Pareille décision était-elle correcte, ou convient-il de reprocher à la Cour suprême helvétique de n'avoir fait qu'exécuter, sans les remettre en question, les obligations découlant pour la Suisse des résolutions du Conseil de sécurité ?

12. La Cour n'aborde pas cette question. Pour elle, la conclusion à laquelle elle est parvenue la dispense de « trancher la question, soulevée par l'Etat défendeur et les gouvernements tiers intervenants, de la hiérarchie entre les obligations des Etats parties à la Convention en vertu de cet instrument, d'une part, et celles découlant de la Charte des Nations unies d'autre part. Ce qui importe (...) est de constater que le Gouvernement n'est pas parvenu à démontrer qu'il avait tenté d'harmoniser autant que possible les obligations qu'il a jugées divergentes » (paragraphe 197). J'ai beaucoup de peine à partager ce point de vue, pour les raisons suivantes.

13. Le Conseil de sécurité était parfaitement conscient du conflit qui allait inévitablement surgir entre ses propres résolutions et les obligations qu'avaient assumées certains Etats en ratifiant des conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme. Pour chacune des résolutions qu'il a adoptées, il a en effet souhaité préciser que les Etats étaient tenus de s'y conformer, « nonobstant l'existence de droits accordés ou d'obligations conférées ou imposées par tout accord international (...) avant la date à laquelle entrèrent en vigueur les mesures imposées (...) » (Résolution 1267 (1999) § 7 ; Résolution 1333 (2000), § 17) (paragraphe 70 et 71 de l'arrêt).

14. Le Conseil de sécurité était-il habilité à agir de la sorte ? Certes, en vertu de l'article 25 de la Charte des Nations unies, les Etats membres sont tenus d'accepter et d'appliquer ses décisions. Par ailleurs, l'article 103 de la Charte précise qu'en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations unies découlant de ce traité et leurs obligations au titre de tout autre accord international, les premières prévaudront. Et selon la jurisprudence de la Cour internationale de justice, cette primauté ne se limite pas aux dispositions de la Charte elle-même, mais s'étend à toutes les obligations découlant d'une résolution contraignante du Conseil de sécurité¹.

15. Ces deux dispositions de la Charte donnent-elles pour autant carte blanche au Conseil de sécurité ? On peut sérieusement en douter. A l'instar de tout organe des Nations unies, celui-ci est en effet lui aussi lié par les dispositions de la Charte. Et l'article 25 *in fine* de celle-ci précise bien

1. CIJ, Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), ordonnance du 14 avril 1992, mesures provisionnelles, Recueil, 1992, § 42.

que les Etats membres de l'organisation mondiale sont tenus d'appliquer les décisions que le Conseil de sécurité a adoptées « conformément à la présente Charte ». Or, en son article 24 § 2, cette dernière dispose que, dans l'accomplissement de ses devoirs « le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations unies ». Il se trouve précisément que, au nombre de ces buts et principes figure, à l'article 1 § 3 de la Charte, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Point n'est besoin d'être grand clerc pour en tirer la conclusion que le Conseil de sécurité doit, lui aussi, respecter les droits de l'homme, même lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions de maintien de la paix. Ce point de vue semble d'ailleurs être confirmé par des décisions prises récemment par certaines instances internationales.

16. Dans son arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, du 3 septembre 2008¹, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) n'a pas hésité à se déclarer compétente pour examiner la légalité du Règlement (CE) n° 881/2002, qui avait mis en œuvre les résolutions relatives à la lutte contre Al-Qaïda et les Talibans du Conseil de sécurité. Elle a par la suite jugé que les droits des requérants, en particulier les droits de la défense, le droit à un contrôle juridictionnel effectif et le droit de propriété, avaient été violés (§ 326) :

« Il découle de ce qui précède que les juridictions communautaires doivent, conformément aux compétences dont elles sont investies en vertu du traité CE, assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris sur les actes communautaires qui, tel le règlement litigieux, visent à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies. » (italique ajouté)

17. La CJCE a dès lors annulé les deux arrêts attaqués, en estimant que le Tribunal de première instance avait commis une erreur de droit en jugeant

« qu'il découle des principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire que le règlement litigieux, dès lors qu'il vise à mettre en œuvre une résolution adoptée par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies ne laissant aucune marge à cet effet, doit bénéficier d'une immunité juridictionnelle quant à sa légalité interne (...) » (§ 327).

18. Cet arrêt de la Cour de Luxembourg peut être qualifié d'historique, dans la mesure où il affirme que le respect des droits de l'homme constitue le fondement constitutionnel de l'Union européenne, dont la Cour doit

1. Voir le paragraphe 83 du présent arrêt.

assurer le respect, y compris pour des actes qui mettent en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité¹.

19. Dans ses constatations en l'affaire Sayadi et Vinck c. Belgique, du 22 octobre 2008 (paragraphe 88 du présent arrêt), le Comité des droits de l'homme s'est lui aussi estimé compétent pour connaître de la communication qui lui avait été adressée, « quelle que soit l'origine des obligations mises en œuvre par l'Etat partie » (point 7.2), à savoir même si cette origine se trouve dans une résolution du Conseil de sécurité. Il a dès lors examiné la compatibilité avec le Pacte des mesures nationales adoptées pour mettre en œuvre la résolution en cause du Conseil de sécurité et conclu à la violation de certaines de ses dispositions.

20. Une question se pose alors : notre Cour, garante du respect des droits de l'homme en Europe, doit-elle se montrer moins audacieuse que la CJCE ou que le Comité des droits de l'homme pour aborder et trancher cette délicate question du conflit de normes à laquelle elle était confrontée dans la présente affaire ? Après tout, celle-ci n'est-elle pas « l'ultime rempart contre la violation des droits fondamentaux » ?² Je suis parfaitement conscient du fait que les résolutions du Conseil de sécurité échappent en tant que telles à un contrôle direct de la Cour, les Nations unies n'étant pas parties à la Convention. Tel n'est cependant pas le cas des actes étatiques pris en exécution de ces résolutions. Ces derniers sont susceptibles d'engager la responsabilité des Etats au titre de la Convention. Par ailleurs, les principes fondamentaux en matière de droits de l'homme trouvent de nos jours leur consécration non seulement dans des conventions internationales spécifiques, mais également dans le droit coutumier, qui lie tous les sujets de droit international, y compris les organisations internationales³.

IV.

21. L'article 103 de la Charte a joué un rôle déterminant dans le raisonnement du Tribunal fédéral. C'est en effet en se fondant sur cette disposition qu'il a fait prévaloir les résolutions du Conseil de sécurité sur les obligations découlant pour la Suisse de la Convention et du Pacte

1. Hanspeter Mock et Alvaro Borghi, « Vers une sortie du labyrinthe des listes antiterroristes de l'ONU », in *Les droits de l'homme en évolution : mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athènes-Bruxelles, 2009, p. 406.

2. Josiane Auvret-Finck, « Le contrôle des décisions du Conseil de sécurité par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne ; équilibres et déséquilibres de la balance*, sous la direction de Constance Grewe et al. Bruxelles, 2010, p. 214.

3. Dans ce sens, Luigi Condorelli, *Conclusions*, in G.M. Palmieri, ed., « Les évolutions de la protection juridictionnelle des fonctionnaires internationaux et européens – développements récents », Bruxelles 2012, p. 359.

international relatif aux droits civils et politiques. Il est toutefois permis de se demander si pareille interprétation de l'article 103 ne prête pas le flanc à la critique du point de vue de l'équilibre que les Etats devraient ménager entre les exigences de la sécurité collective et le respect des droits fondamentaux, dans la mesure où elle écarte d'emblée l'application de ces derniers au profit des premières¹. Dans son arrêt Kadi, la CJCE a bien laissé entendre que les résolutions du Conseil de sécurité ne jouissent pas d'une priorité absolue dans la hiérarchie des normes communautaires, notamment sur les droits fondamentaux (paragraphe 293). En d'autres termes, cet arrêt est bel et bien le résultat d'une mise en balance entre l'exigence de la lutte contre le terrorisme et le respect des droits de l'homme.

22. L'article 103 de la Charte prévoit la prééminence de ce traité sur tout autre accord international. Comme nous l'avons déjà relevé, selon la Cour internationale de justice cette primauté ne se limite pas aux seules dispositions de la Charte, mais elle s'étend à toutes les dispositions contraignantes du Conseil de sécurité. Il n'en demeure pas moins que, selon le libellé même de l'article 103 de la Charte, cette disposition s'applique exclusivement «aux obligations en vertu de la présente Charte». Ne conviendrait-il pas, dès lors, d'opérer une distinction entre la Charte elle-même, qui constitue le droit *primaire* des Nations unies, et les résolutions du Conseil de sécurité qui, bien que contraignantes (article 25), apparaissent plutôt comme du droit «onusien» *secondaire* ou *dérivé* ? Leur supériorité hiérarchique sur «tout autre accord international» pourrait alors être relativisée au regard de l'article 103 de la Charte, en particulier lorsque l'accord en cause est une convention internationale de sauvegarde des droits de l'homme².

23. Pareille approche se justifierait d'autant plus que, comme le relève fort à propos la résolution de l'Assemblée parlementaire du 23 janvier 2008³, en dépit de quelques améliorations récentes, les règles de fond et de procédure appliquées par le Conseil de sécurité «ne remplissent pas les critères minimaux (...) et bafouent les principes fondamentaux qui sont à la base des droits de l'homme et de la prééminence du droit». Le système en place aux Nations unies au moment des faits était donc loin d'offrir une protection *équivalente* à celle garantie par la Convention, si bien qu'il ne semble pas possible de se baser ici sur une présomption de respect de la

1. Pasquale De Sena, *Le Conseil de sécurité et le contrôle du juge*, in «Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne, supra, p. 44.

2. Dans ce sens, voir Mock/Borghi (supra), p. 42.

3. Résolution 1597 (2008), *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations unies et de l'Union européenne*.

Convention de la part du Conseil de sécurité. La jurisprudence *Bosphorus* n'est pas encore applicable au droit de Nations unies.¹

24. Ceci est d'autant plus vrai que l'on se trouve, dans la présente affaire, non pas en présence de sanctions *générales*, mais de sanctions *ciblées* qui, comme telles, ont eu un impact direct sur les droits fondamentaux du requérant, tant sous l'angle des modalités de son inscription sur la liste du comité des sanctions que sous celui de l'absence de toute voie de recours². Comme cela a été affirmé à juste titre, « tant que l'ONU n'a pas mis en place un mécanisme de protection des droits de l'homme comparable ou équivalent à celui mis en place dans les Etats membres et au plan européen, les juges nationaux et européens sont compétents pour vérifier que les actes qui mettent en œuvre les décisions du Conseil de sécurité respectent les droits fondamentaux³ ». Dès lors, une protection insuffisante, voire déficiente, de ces droits dans le cadre du système des Nations unies, qui ne serait pas compensée par le contrôle de leur respect au niveau national, devrait conduire la Cour à constater une violation de la Convention⁴.

25. Il est impossible de prétendre de nos jours que les obligations pesant sur les Etats en matière de droits de l'homme s'évanouissent dès lors que ceux-ci, au lieu d'agir individuellement, décident de coopérer en confiant certaines compétences à des organisations internationales qu'ils ont eux-mêmes créées. Dans son arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne* du 18 février 1999, la Cour n'a-t-elle pas affirmé que « lorsque [d]es 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 » ? Et qu'« il serait [toutefois] contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné⁵ » ?

26. Les organisations internationales sont donc elles aussi soumises aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, car le respect de

1. Josiane Auvret-Finck (supra), p. 235.

2. Voir le rapport de Dick Marty, Doc. 11454, *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations unies et de l'Union européenne*.

3. Constance Grewe, « Les exigences de la protection des droits fondamentaux », in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne* (supra).

4. Josiane Auvret-Fink (supra), p. 241.

5. *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 67, CEDH 1999-I. Voir, dans ce sens, Luigi Condorelli, *Conclusions, in La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pédone 2009, p. 132.

ces droits, « loin de gêner la lutte contre le terrorisme, constitue une arme à l'encontre des idéologies extrémistes qui prospèrent en les bafouant¹ ».

V.

27. Un dernier point : au paragraphe 199 de son arrêt, la Cour affirme que « [e]u égard à cette conclusion [c'est-à-dire le constat de violation de l'article 8 en raison des entraves à la liberté de circulation du requérant], et nonobstant le fait que le grief selon lequel l'inscription du nom du requérant sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban aurait également porté atteinte à son honneur et à sa réputation constitue un grief séparé, (...) il n'y a pas lieu de l'examiner séparément ».

28. Il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de pareille conclusion. Le requérant avait en effet soulevé devant la Cour deux griefs bien distincts (paragraphe 156 et 157), même s'ils tombent tous les deux dans le champ d'application de l'article 8 au titre de la protection de la vie privée. Cependant, alors que le premier visait la liberté physique de se déplacer librement, le second concernait l'intégrité morale du requérant, résultant du fait-même de l'inscription de son nom sur la liste du comité des sanctions. En outre, alors que le premier grief était intrinsèquement lié à la situation géographique très particulière de l'enclave de Campione d'Italia, territoire très exigu, le second avait une portée beaucoup plus générale. Ce volet de sa requête était certainement, aux yeux du requérant, tout aussi important, sinon plus, que les restrictions qui avaient été imposées à sa liberté de mouvement.

29. Pour toutes ces raisons, le deuxième grief du requérant aurait selon moi mérité un examen séparé. Et ceci d'autant plus que je vois mal comment la Cour aurait pu, pour ce deuxième grief, tenir le même raisonnement qu'elle a tenu pour le premier, qui est basé exclusivement sur la latitude de l'Etat défendeur dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité, et conclure à une violation de l'article 8 pour non-respect du principe de proportionnalité. S'agissant de juger l'inscription du nom d'une personne sur la liste du comité des sanctions, une mise en balance des intérêts en jeu par l'Etat défendeur me paraît en effet difficilement concevable.

1. Josiane Auvret-Finck (supra), p. 243.

NADA v. SWITZERLAND
(Application no. 10593/08)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 12 SEPTEMBER 2012¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.

SUMMARY¹**Prohibition, under legislation implementing United Nations Security Council resolutions, on travel through country surrounding enclave****Article 1**

Jurisdiction of States – Jurisdiction in relation to resident of enclaved area effectively prevented from travelling as a result of respondent State's implementation of United Nations Security Council resolutions – Resolutions requiring implementation at national level by States acting in their own names

Article 5 § 1

Deprivation of liberty – Applicability – Prohibition on travel through country surrounding enclave – Confined geographical area – Restrictions not preventing free movement within territory of permanent residence

Article 8

Respect for private life – Respect for family life – Prohibition, under legislation implementing United Nations Security Council resolutions, on travel through country surrounding enclave – Prevention of crime – Protection of national security and public safety – Clear and explicit language of resolution indicating intention to require States to take measures conflicting with their international human rights law obligations – Freedom of choice regarding mode of transposition of Security Council resolutions into domestic legal order – Failure to take all possible measures to harmonise allegedly conflicting international obligations by adapting sanctions regime to applicant's situation – Proportionality

Article 13

Effective remedy – Lack of remedy enabling Security Council sanctions to be lifted for failure to respect human rights

*

* *

The Swiss Federal Taliban Ordinance was enacted pursuant to several United Nations Security Council resolutions. It had the effect of preventing the applicant,

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

an Egyptian national, from entering or transiting through Switzerland due to the fact that his name had been added to the list annexed to the United Nations Security Council's Sanctions Committee of persons suspected of being associated with the Taliban and al-Qaeda ("the list"). The applicant had been living in Campione d'Italia, an Italian enclave of about 1.6 square kilometres surrounded by the Swiss Canton of Ticino and separated from the rest of Italy by a lake. The applicant claimed that the restriction made it difficult for him to leave the enclave and therefore to see his friends and family, and that it caused him suffering due to his inability to receive appropriate medical treatment for his health problems. The applicant further found it difficult to remove his name from the Ordinance, even after the Swiss investigators had found the accusations against him to be unsubstantiated.

Held

(1) Preliminary objections: The Government argued that the application was inadmissible on several counts, namely that it was incompatible *ratione personae* and *ratione materiae* with the Convention, that the applicant did not have "victim" status, and that the applicant had failed to exhaust domestic remedies. The Court joined consideration of the issue of compatibility *ratione materiae* to the merits. As regards the remaining preliminary objections it held as follows:

(a) Compatibility *ratione personae*: The Court could not endorse the argument that the measures taken by the member States of the United Nations to implement the relevant Security Council resolutions were attributable to that organisation, rather than to the respondent State. Unlike the position in *Behrami v. France* and *Saramati v. France, Germany and Norway* ((dec.) [GC], nos. 71412/01 and 78166/01, 2 May 2007), in which the impugned acts and omissions were attributable to United Nations bodies, the relevant resolutions in the instant case required States to act in their own names and to implement them at national level. The measures imposed by the Security Council resolutions had been implemented at national level by an Ordinance of the Federal Council and the applicant's requests for exemption from the ban on entry into Swiss territory were rejected by the Swiss authorities. The acts and omissions in question were thus attributable to Switzerland and capable of engaging its responsibility.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(b) Victim status: The lifting of the sanctions, more than six years after they were imposed, could not be regarded as an acknowledgment by the Government of a violation of the Convention and had not been followed by any redress within the meaning of the Court's case-law. Accordingly, the applicant could still claim to have been a victim of the alleged violations.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(c) Exhaustion of domestic remedies: The Court noted that the applicant had not challenged the refusals to grant his requests for exemption from the sanctions regime, and that on two occasions he had been granted exemptions he had not

used. However, even supposing that those exemptions had alleviated certain effects of the regime by allowing him to leave the enclave temporarily for certain reasons, the Court was of the view that the issue of exemptions was part of a broader situation whose origin lay in the addition by the Swiss authorities of the applicant's name to the list annexed to the Taliban Ordinance, which was based on the United Nations list. Noting that the applicant had, without success, submitted many requests to the national authorities for the deletion of his name from the list and that the Federal Court had dismissed his appeal without examining the merits of his complaint under the Convention, the Court took the view that the applicant had exhausted domestic remedies relating to the sanctions regime as a whole in respect of his complaints under Articles 5 and 8 of the Convention. It joined to the merits the objection that he had failed to exhaust domestic remedies in respect of his complaint under Article 13.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(2) Merits – Article 8: The impugned measures had left the applicant in a confined area for at least six years and had prevented him, or at least made it more difficult for him, to consult his doctors in Italy or Switzerland or to visit his friends and family. There had thus been interference with the applicant's rights to private life and family life. The measures had a sufficient legal basis and pursued the legitimate aims of preventing crime and contributing to national security and public safety.

The Court then considered whether the interference was justified. It reiterated 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. When considering the relationship between the Convention and Security Council resolutions, the Court had found in *Al-Jedda v. the United Kingdom* ([GC], no. 27021/08, ECHR 2011) that there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights and that it was to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law. In the present case, however, that presumption had been rebutted as Resolution 1390 (2002) expressly required the States to prevent individuals on the list from entering or transiting through their territory.

Nevertheless, the United Nations Charter did not impose on States a particular model for the implementation of resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII, but instead left them a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. Accordingly, Switzerland had enjoyed a limited but real latitude in implementing the relevant binding resolutions. The Court went on to consider whether the measures taken by the Swiss authorities were proportionate in the light of this latitude. It found it surprising that the Swiss authorities had apparently not informed the Sanctions

Committee until September 2009 of the Federal Prosecutor's findings in May 2005 that the accusations against the applicant were clearly unfounded: a more prompt communication of the investigative authorities' conclusions might have led to the applicant's name being deleted from the United Nations list considerably earlier. As regards the scope of the prohibition, it had prevented the applicant not only from entering Switzerland but also from leaving Campione d'Italia at all, in view of its situation as an enclave, even to travel to any other part of Italy, the country of which he was a national. There was also a medical aspect to the case that was not to be underestimated: the applicant, who was born in 1931 and had health problems, was denied a number of requests he had submitted for exemption from the entry-and-transit ban for medical reasons or in connection with judicial proceedings. Nor had the Swiss authorities offered him any assistance in seeking a broad exemption from the ban in view of his particular situation. While it was true that Switzerland was not responsible for the applicant's name being on the list and, not being his State of citizenship or residence, was not competent to approach the Sanctions Committee for delisting purposes, the Swiss authorities appeared never to have sought to encourage Italy to undertake such action or offer it assistance for that purpose. The Court considered in this connection that they had not sufficiently taken into account the realities of the case, especially the unique situation of the applicant geographically, and the considerable duration of the measures. The respondent State could not validly confine itself to relying on the binding nature of Security Council resolutions, but should have persuaded the Court that it had taken – or attempted to take – all possible measures to adapt the sanctions regime to the applicant's individual situation. That finding dispensed the Court from determining the question of the hierarchy between the obligations arising under the Convention on the one hand and under the United Nations Charter on the other. The Government had failed to show that they had attempted, as far as possible, to harmonise the obligations that they regarded as divergent. Their preliminary objection that the application was incompatible *ratione materiae* with the Convention was therefore dismissed. Having regard to all the circumstances, the restrictions imposed on the applicant's freedom of movement for a considerable period of time had not struck a fair balance between his right to the protection of his private and family life and the legitimate aims pursued.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 13: The Court observed that the applicant had been able to apply to the national authorities to have his name deleted from the list and that this could have provided redress for his complaints under the Convention. However, those authorities had not examined his complaints on the merits. In particular, the Federal Court took the view that whilst it could verify whether Switzerland was bound by the Security Council resolutions, it could not lift the sanctions imposed on the applicant on the ground that they did not respect human rights. The Federal Court, moreover, expressly acknowledged that the delisting procedure at United

Nations level could not be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention.

Conclusion: violation (unanimously).

(4) Article 5 § 1: Although the restrictions on the applicant's freedom of movement were maintained for a considerable length of time, the area in which he was not allowed to travel was the territory of a third country which, under international law, had the right to prevent the entry of an alien. The restrictions in question did not prevent the applicant from freely living and moving within the territory of his permanent residence. Although that territory was small the applicant was not, strictly speaking, in a situation of detention, nor was he actually under house arrest. The sanctions regime permitted the applicant to seek exemptions from the entry or transit ban and such exemptions were indeed granted to him on two occasions (although he did not make use of them). Accordingly, the applicant had not been "deprived of his liberty" within the meaning of Article 5 § 1.

Conclusion: inadmissible (manifestly ill-founded).

Article 41: The Court made an award in respect of costs and expenses. The applicant made no claim in respect of pecuniary or non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

Golder v. the United Kingdom, 21 February 1975, Series A no. 18

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

Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, Series A no. 25

Marckx v. Belgium, 13 June 1979, Series A no. 31

Artico v. Italy, 13 May 1980, Series A no. 37

Guzzardi v. Italy, 6 November 1980, Series A no. 39

Eckle v. Germany, 15 July 1982, Series A no. 51

X and Y v. the Netherlands, 26 March 1985, Series A no. 91

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, Series A no. 94

Gillow v. the United Kingdom, 24 November 1986, Series A no. 109

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

Boyle and Rice v. the United Kingdom, 27 April 1988, Series A no. 131

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

Costello-Roberts v. the United Kingdom, 25 March 1993, Series A no. 247-C

S.F. v. Switzerland, no. 16360/90, Commission decision of 2 March 1994, Decisions and Reports 76-B

Amuur v. France, 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

Manoussakis and Others v. Greece, 26 September 1996, *Reports* 1996-IV

Tsotimos and Others v. Greece, 15 November 1996, *Reports* 1996-V

Aksoy v. Turkey, 18 December 1996, *Reports* 1996-VI

Giulia Manzoni v. Italy, 1 July 1997, *Reports* 1997-IV

Boujlifa v. France, 21 October 1997, *Reports* 1997-VI

- United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, *Reports* 1998-I
- Aquilina v. Malta* [GC], no. 25642/94, ECHR 1999-III
- Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII
- V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, ECHR 1999-IX
- Association Ekin v. France* (dec.), no. 39288/98, 18 January 2000
- Büyükdağ v. Turkey*, no. 28340/95, 21 December 2000
- Coster v. the United Kingdom* [GC], no. 24876/94, 18 January 2001
- K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII
- Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI
- Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII
- Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III
- Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, 14 May 2002
- Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, ECHR 2004-II
- Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII
- Prokopovich v. Russia*, no. 58255/00, ECHR 2004-XI
- Storck v. Germany*, no. 61603/00, ECHR 2005-V
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI
- Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, ECHR 2006-XII
- Tysiāc v. Poland*, no. 5410/03, ECHR 2007-I
- Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway* (dec.) [GC], nos. 71412/01 and 78166/01, 2 May 2007
- Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, 13 December 2007
- Hadri-Vionnet v. Switzerland*, no. 55525/00, 14 February 2008
- Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, ECHR 2008
- S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008
- A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, ECHR 2009
- Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, ECHR 2009
- Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR 2010
- Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010
- Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, ECHR 2010
- Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, ECHR 2010
- Mengesha Kimfe v. Switzerland*, no. 24404/05, 29 July 2010
- Agraw v. Switzerland*, no. 3295/06, 29 July 2010
- Şerife Yiğit v. Turkey* [GC], no. 3976/05, 2 November 2010
- Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, ECHR 2011
- Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, ECHR 2011
- Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, ECHR 2012

Austin and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 39692/09, 40713/09
and 41008/09, ECHR 2012

In the case of Nada v. Switzerland,

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

Nicolas Bratza, *President*,
Jean-Paul Costa,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Christos Rozakis,
Corneliu Bîrsan,
Karel Jungwiert,
Khanlar Hajiyev,
Ján Šikuta,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Giorgio Malinverni,
George Nicolaou,
Mihai Poalelungi,
Kristina Pardalos,
Ganna Yudkivska, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 23 March 2011, 7 September 2011 and on 23 May 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 10593/08) 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 Italian and Egyptian national, Mr Youssef Moustafa Nada (“the applicant”), on 19 February 2008.

2. The applicant was represented by Mr J. McBride, a barrister in London. The Swiss Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Schürmann, of the Federal Office of Justice.

3. In his application, Mr Nada alleged that the ban on entering or transiting through Switzerland, which had been imposed on him as a result of the addition of his name to the list annexed to the Federal Taliban Ordinance, had breached his right to liberty (Article 5 of the Convention)

and his right to respect for private and family life, honour and reputation (Article 8). He submitted that this ban was thus also tantamount to ill-treatment within the meaning of Article 3. He further complained of a breach of his freedom to manifest his religion or beliefs (Article 9), arguing that his inability to leave the enclave of Campione d'Italia had prevented him from worshipping at a mosque. Lastly, he complained that there had been no effective remedy in respect of those complaints (Article 13).

4. The application was assigned to the Court's First Section (Rule 52 § 1 of the Rules of Court), which decided to deal with it on a priority basis under Rule 41. On 12 March 2009 a Chamber of that Section decided to give notice to the Government of the complaints under Articles 5, 8 and 13.

5. The parties each submitted comments on the other's observations. Observations were also received from the French and United Kingdom Governments, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2 as then in force). The Italian Government did not make use of their right to intervene in the proceedings (Article 36 § 1 of the Convention).

6. On 20 January 2010 the parties were informed that the Chamber intended to examine the admissibility and merits of the application at the same time (former Article 29 § 3 of the Convention together with former Rule 54A).

7. On 30 September 2010 the Chamber, composed of Christos Rozakis, Nina Vajić, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, and George Nicolaou, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment after being consulted for that purpose (Article 30 of the Convention and Rule 72).

8. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. Jean-Paul Costa, Christos Rozakis, Giorgio Malinverni and Mihai Poalelungi continued to deal with the case after their term of office expired, until the final deliberations, in accordance with Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4.

9. The applicant and the Government each filed observations on the merits of the case. The French and United Kingdom Governments submitted the same observations as before the Chamber. In addition, the President of the Grand Chamber authorised JUSTICE, a non-governmental

organisation based in London, to submit written comments (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). Lastly, the President of the Grand Chamber authorised the United Kingdom Government to take part in the hearing.

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 March 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 Justice and Police Department, *Agent,*
- Mr J. Lindenmann, Ambassador, Deputy Director of Public International Law Directorate, Federal Department of Foreign Affairs,
- Mr R. E. Vock, Head of Sanctions Division, State Secretariat for Economic Affairs, Federal Department of Economic Affairs,
- Ms R. Bourguin, specialised legal adviser with policy responsibility, Legal Affairs Section, Migration Policy Division, Federal Office for Migration, Federal Justice and Police Department,
- Ms C. Ehrich, technical adviser, European Law and International Human Rights Section, Federal Office of Justice, Federal Justice and Police Department, *Advisers;*

(b) *for the applicant*

- Mr J. McBride, barrister, *Counsel,*

(c) *for the United Kingdom Government (third party)*

- Mr D. Walton, *Agent,*
- Mr S. Wordsworth, *Counsel,*
- Ms C. Holmes, *Adviser.*

The applicant and his wife were also present.

The Court heard addresses by Mr Schürmann, Mr McBride and Mr Wordsworth. It also heard the replies of the parties' representatives to questions from judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Background to the case

11. The applicant was born in 1931 and has been living since 1970 in Campione d'Italia, which is an Italian enclave of about 1.6 sq. km in the Province of Como (Lombardy), surrounded by the Swiss Canton of Ticino and separated from the rest of Italy by Lake Lugano.

12. He describes himself as a practising Muslim and a prominent businessman in the financial and political world, in which he purports to be highly regarded. An engineer by training, he has worked in very diverse sectors, in particular banking, foreign trade, industry and real estate. In the course of his business activities, he founded numerous companies of which he was the sole or principal shareholder.

13. In his submission, he is opposed to all uses of terrorism and has never had any involvement with al-Qaeda. On the contrary, he has consistently denounced not only the means used by that organisation, but also its ideology.

14. The applicant has further indicated that he has only one kidney that is still functioning properly (the other having deteriorated in recent years). He also suffers from bleeding in his left eye, as shown by a medical certificate of 20 December 2001, and arthritis in the neck. In addition, according to a medical certificate issued by a doctor in Zürich on 5 May 2006, he sustained a fracture in his right hand which was due to be operated on in 2004. The applicant has alleged that, because of the restrictions imposed on him which gave rise to the present application, he was unable to undergo this operation and has continued to suffer from the consequences of the fracture.

15. On 15 October 1999, in response to the 7 August 1998 bombings by Osama bin Laden and members of his network against the US embassies in Nairobi (Kenya) and Dar es Salaam (Tanzania) the Security Council of the United Nations adopted, under Chapter VII of the United Nations Charter, Resolution 1267 (1999), providing for sanctions against the Taliban (see paragraph 70 below) and created a committee consisting of all the members of the Security Council to monitor the enforcement of that Resolution ("the Sanctions Committee").

16. On 2 October 2000, to implement that Resolution, the Swiss Federal Council (the federal executive) adopted an Ordinance "instituting measures against the Taliban" ("the Taliban Ordinance" – see paragraph 66 below),

which subsequently underwent a number of amendments, including to its title.

17. By Resolution 1333 (2000) of 19 December 2000 (see paragraph 71 below), the Security Council extended the sanctions regime. It was now also directed against Osama bin Laden and the al-Qaeda organisation, as well as the Taliban's senior officials and advisers. In both Resolutions 1267 (1999) and 1333 (2000), the Security Council requested the Sanctions Committee to maintain a list, based on information provided by States and regional organisations, of individuals and entities associated with Osama bin Laden and al-Qaeda.

18. On 11 April 2001 the Swiss government amended the Taliban Ordinance in order to implement Resolution 1333 (2000). It added a new Article 4a, paragraph 1 of which prohibited entry into and transit through Switzerland for the individuals and entities concerned by the Resolution (but without naming them).

19. On 24 October 2001 the Federal Prosecutor opened an investigation in respect of the applicant.

20. On 7 November 2001 the President of the United States of America blocked the assets of Al Taqwa Bank, of which the applicant was the Chairman and principal shareholder.

21. On 9 November 2001 the applicant and a number of organisations associated with him were added to the Sanctions Committee's list. On 30 November 2001 (or 9 November according to the applicant's observations), their names were added to the list in an annex to the Taliban Ordinance.

22. On 16 January 2002 the Security Council adopted Resolution 1390 (2002), introducing an entry-and-transit ban in respect of "individuals, groups, undertakings and entities associated with them, as referred to in the list created pursuant to Resolutions 1267 (1999) and 1333 (2000)" (see paragraphs 70-71 and 74 below). On 1 May 2002 Article 4a of the Taliban Ordinance was amended accordingly: the entry-and-transit ban applied henceforth to all individuals named in Annex 2 to the Ordinance, including the applicant.

23. On 10 September 2002 Switzerland became a member of the United Nations.

24. When he visited London in November 2002, the applicant was arrested and removed to Italy, his money also being seized.

25. On 10 October 2003, following criticism by the Monitoring Group for the application of the sanctions (see paragraph 72 below), the Canton of Ticino revoked the applicant's special border-crossing permit. The Monitoring Group had observed, in the course of its inquiry into the

applicant's activities, that he was able to move relatively freely between Switzerland and Italy. In the Government's submission, it was only from this time onwards that the applicant was actually affected by the entry-and-transit ban.

26. On 27 November 2003 the Swiss Federal Office of Immigration, Integration and Emigration (IMES) informed the applicant that he was no longer authorised to cross the border.

27. On 23 March 2004 the applicant lodged a request with the IMES for leave to enter or transit through Switzerland for the purposes of medical treatment in that country and legal proceedings in both Switzerland and Italy. The IMES dismissed that request on 26 March 2004 as being ill-founded. Moreover, it indicated to the applicant that the grounds put forward in support of his request, namely, the need to consult his lawyers and receive treatment and, secondly, the specific situation related to his residence in Campione d'Italia, were not such as to permit the authorities to grant him an exemption from the measure taken against him.

28. By a decision of 27 April 2005, the Federal Criminal Court ordered the Federal Prosecutor either to discontinue the proceedings or to send the case to the competent federal investigating judge by 31 May 2005. By an order of that date the Federal Prosecutor, finding that the accusations against the applicant were unsubstantiated, closed the investigation in respect of the applicant.

29. On 22 September 2005 the applicant requested the Federal Council to delete his name and those of the organisations associated with him from the annex to the Taliban Ordinance. He argued, in support of his claim, that the police investigation concerning him had been discontinued by a decision of the Federal Prosecutor and that it was therefore no longer justified to subject him to sanctions.

30. By a decision of 18 January 2006, the State Secretariat for Economic Affairs (SECO) rejected his request on the ground that Switzerland could not delete names from the annex to the Taliban Ordinance while they still appeared on the United Nations Sanctions Committee's list.

31. On 13 February 2006 the applicant lodged an administrative appeal with the Federal Department of Economic Affairs ("the Department").

32. By a decision of 15 June 2006, the Department dismissed that appeal. It confirmed that the deletion of a name from the annex to the Ordinance could be envisaged only once that name had been deleted from the Sanctions Committee's list, and explained that, for this purpose, it was necessary for the State of citizenship or residence of the person concerned to apply for delisting to the United Nations institutions. As Switzerland was neither the applicant's State of citizenship nor his State of residence, the

Department found that the Swiss authorities were not competent to initiate such a procedure.

33. On 6 July 2006 the applicant appealed to the Federal Council against the Department's decision. He requested that his name and those of a certain number of organisations associated with him be deleted from the list in Annex 2 to the Taliban Ordinance.

34. On 20 September 2006 the Federal Office for Migration (FOM), which had been created in 2005, incorporating the IMES, granted the applicant an exemption for one day, 25 September 2006, so that he could go to Milan for legal proceedings. The applicant did not make use of that authorisation.

35. On 6 April 2007 the applicant sent to the "focal point" of the Sanctions Committee – a body set up by Resolution 1730 (2006) to receive requests for delisting from individuals or entities on the Sanctions Committee's lists (see paragraph 76 below) – a request for the deletion of his name from the relevant list.

36. By a decision of 18 April 2007 the Federal Council, ruling on the appeal of 6 July 2006, referred the case to the Federal Court, finding that the applicant had been subjected to direct restrictions on his right to enjoy his possessions; also that Article 6 of the European Convention on Human Rights consequently applied to his request for deletion from the annex to the Taliban Ordinance, and that, accordingly, the case had to be examined by an independent and impartial tribunal.

37. In its observations, the Department submitted that the appeal should be dismissed, pointing out that Security Council Resolution 1730 (2006) of 19 December 2006 allowed persons and organisations whose names appeared on the Sanctions Committee's list to apply for delisting on an individual basis rather than through their State of citizenship or residence.

38. The applicant maintained his submissions. Moreover, he alleged that on account of the FOM's evident reluctance to grant exemptions under Article 4a § 2 of the Taliban Ordinance, he could not leave his home in Campione d'Italia despite the lack of adequate medical facilities there, or even go to Italy for administrative or judicial reasons, and that he had therefore effectively spent the past years under house arrest. The addition of his name to the Sanctions Committee's list was also tantamount to accusing him publicly of being associated with Osama bin Laden, al-Qaeda and the Taliban, when that was not the case. Furthermore, he argued that the listing, without any justification or any possibility for him to be heard beforehand, breached the principles of prohibition of discrimination, individual freedom, enjoyment of possessions and economic freedom, together with

the right to be heard and the right to a fair trial. Lastly, taking the view that the Security Council's sanctions were contrary to the United Nations Charter and to the peremptory norms of international law (*jus cogens*), he argued that Switzerland was not obliged to implement them.

39. By a decision of 11 May 2007, in which it indicated the remedy available, the FOM dismissed a new exemption request by the applicant. By a decision of 12 July 2007, once again indicating the available remedies, it refused to examine a letter from the applicant that it regarded as a request for review. In a letter of 20 July 2007, the applicant explained that there had been a misunderstanding and that his previous letter had in fact been a new request for exemption. On 2 August 2007 the FOM again rejected his request, reminding him that he could challenge the decision by lodging an appeal with the Federal Administrative Court. The applicant did not appeal against the decision.

40. On 29 October 2007 the focal point for delisting requests denied the applicant's request of 6 April 2007 to have his name removed from the Sanctions Committee's list (see paragraph 35 above). On 2 November 2007 the focal point also rejected a request for information concerning the country that had designated him for listing and the reasons for that designation, invoking the confidentiality of the process. Lastly, in letters of 19 and 28 November 2007 the focal point reaffirmed the confidentiality of the process, but nevertheless informed the applicant that a State whose identity could not be disclosed had opposed his delisting.

B. Federal Court judgment of 14 November 2007

41. By a judgment of 14 November 2007 the Federal Court, to which the Federal Council had referred the applicant's appeal (see paragraph 36 above), declared that appeal admissible but dismissed it on the merits.

42. It firstly pointed out that, under Article 25 of the United Nations Charter, the United Nations member States had undertaken to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the Charter. It then observed that under Article 103 of the Charter the obligations arising from that instrument did not only prevail over the domestic law of the member States but also over obligations under other international agreements, regardless of their nature, whether bilateral or multilateral. It further stated that this primacy did not relate only to the Charter but extended to all obligations which arose from a binding resolution of the Security Council.

43. The Federal Court observed, however, that the Security Council was itself bound by the Charter and was required to act in accordance with its

purposes and principles (Article 24 § 2 of the Charter), which included respecting human rights and fundamental freedoms (Article 1 § 3 of the Charter). At the same time, it took the view that the member States were not permitted to avoid an obligation on the ground that a decision (or resolution) by the Security Council was substantively inconsistent with the Charter, in particular decisions (resolutions) based on Chapter VII thereof (action with respect to threats to the peace, breaches of the peace and acts of aggression).

44. The Federal Court then observed that under Article 190 of the Federal Constitution (see paragraph 65 below), it was bound by federal laws and international law. It took the view that the applicable international law, in addition to international treaties ratified by Switzerland, also included customary international law, general principles of law and the decisions of international organisations which were binding on Switzerland, including the Security Council's decisions concerning the sanctions regime.

45. However, it observed that Article 190 of the Constitution contained no rules on how to settle possible conflicts between different norms of international law which were legally binding on Switzerland, and that in the present case there was such a conflict between the Security Council's decisions on the one hand and the guarantees of the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights on the other. It took the view that unless the conflict could be resolved by the rules on the interpretation of treaties, it would be necessary, in order to settle the issue, to look to the hierarchy of international legal norms, according to which obligations under the United Nations Charter prevailed over obligations under any other international agreement (Article 103 of the Charter, taken together with Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; see paragraphs 69 and 80 below). The Federal Court was of the opinion that the uniform application of United Nations sanctions would be endangered if the courts of States Parties to the European Convention or the International Covenant on Civil and Political Rights were able to disregard those sanctions in order to protect the fundamental rights of certain individuals or organisations.

46. The court nevertheless accepted that the obligation to implement the Security Council's decisions was limited by norms of *jus cogens*. Accordingly, it considered itself bound to ascertain whether the sanctions regime set up by the Security Council was capable of breaching the peremptory norms of international law, as the applicant had claimed.

47. The Federal Court then cited, as examples of *jus cogens* norms, the right to life, protection from torture and inhuman or degrading treatment, the prohibition of slavery, the prohibition of collective punishment, the

principle of individual criminal responsibility and the *non-refoulement* principle. It took the view, however, that the enjoyment of possessions, economic freedom, the guarantees of a fair trial or the right to an effective remedy did not fall within *jus cogens*.

48. As regards the consequences for the applicant of the measures taken against him, in particular the ban on entry into and transit through Switzerland, the Federal Court found as follows:

“7.4 ... These sanctions include far-reaching commercial restrictions for those affected; the funds necessary for their survival are not, however, blocked (see Resolution 1452 (2002), paragraph 1(a)), as a result of which there is neither any threat to their life or health nor any inhuman or degrading treatment.

The travel ban restricts the freedom of movement of those concerned but in principle represents no deprivation of liberty: they are free to move around within their country of residence (see, however, point 10.2 below regarding the appellant’s particular situation); journeys to their home country are also specifically permitted (see Resolution 1735 (2006), paragraph 1(b)).

...”

49. The Federal Court further indicated that, generally speaking, sanctions were decided by the Security Council without individuals or organisations being afforded the opportunity to comment either in advance or afterwards or to appeal against them before international or national courts. It mentioned in this connection that, in particular under the terms of Resolution 1730 (2006), the delisting procedure allowing individuals to have direct access to the Sanctions Committee already represented substantial progress, even though the system still had considerable shortcomings from the point of view of human rights.

50. The Federal Court then examined the question of the extent to which Switzerland was bound by the relevant resolutions, in other words whether it had any latitude (*Ermessensspielraum*) in implementing them:

“8.1 The Security Council adopted Resolution 1267 (1999) and the subsequent Resolutions regarding sanctions affecting al-Qaeda and the Taliban on the basis of Chapter VII of the United Nations Charter, with the express obligation on all member States to adopt an integral and strict approach to implementing the sanctions envisaged therein, ignoring any existing rights and obligations under international agreements or contracts (see paragraph 7 of Resolution 1267 (1999)).

The sanctions (freezing of assets, entry-and-transit ban, arms embargo) are described in detail and afford member States no margin of appreciation in their implementation. The names of those affected by the sanctions are also indicated to the member States: this is determined by the list drawn up and maintained by the Sanctions Committee (see paragraph 8(c) of Resolution 1333 (2000)).

As regards the possibility of obtaining deletion from the list, the Sanctions Committee has introduced a specific procedure (see paragraphs 13 et seq. of Resolution 1735 (2006) and the directives of the Sanctions Committee dated 12 February 2007). The member States are thus debarred from deciding of their own motion whether or not sanctions should continue to be imposed on a person or organisation appearing on the Sanctions Committee's list.

Switzerland would therefore be in breach of its obligations under the Charter were it to delete the names of the appellant and his organisations from the annex to the Taliban Ordinance.

...

8.3 In view of the foregoing, Switzerland is not permitted, of its own motion, to delete the appellant's name from Annex 2 to the Taliban Ordinance.

It is to be admitted that in this situation no effective remedy is available to the appellant. The Federal Court may certainly examine whether and to what extent Switzerland is bound by the Resolutions of the Security Council, but it is not permitted to remove the sanctions against the appellant on the ground that they breach his fundamental rights.

The Sanctions Committee alone is responsible for the delisting of persons or entities. In spite of the improvements mentioned above, the delisting procedure fails to meet both the requirement of access to a court under Article 29a of the Federal Constitution, Article 6 § 1 of the [Convention] and Article 14 § 1 of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights, and that of an effective remedy within the meaning of Article 13 of the [Convention] and Article 2 § 3 of the United Nations Covenant ...”

51. The Federal Court further examined whether Switzerland, even if it were not authorised to delete the applicant's name from the list on its own initiative, was nevertheless at least obliged to assist him in connection with the delisting procedure. Its reasoning was as follows:

“9.1 The lower courts examined whether Switzerland was obliged to initiate the delisting procedure on behalf of the appellant. In the meantime, this issue has become irrelevant as, since the amendment of the delisting procedure, the appellant has been able to make an application himself and has indeed availed himself of this opportunity.

9.2 For his application to be successful he nevertheless relies on the support of Switzerland, since this is the only country to have conducted a comprehensive preliminary investigation, with numerous letters of request, house searches and questioning of witnesses.

United Nations member States are obliged to prosecute persons suspected of financing or supporting terrorism (see paragraph 2(e) of Security Council Resolution 1373 (2001)) ...

On the other hand, should the criminal proceedings end in an acquittal or be discontinued, this should lead to the removal of the preventive sanctions. Admittedly, the country which has conducted the criminal proceedings or preliminary investigation

cannot itself proceed with the deletion, but it can at least transmit the results of its investigations to the Sanctions Committee and request or support the person's delisting."

52. Lastly, the Federal Court examined whether the travel ban enforced under Article 4a of the Taliban Ordinance extended beyond the sanctions introduced by the Security Council Resolutions and whether the Swiss authorities thus had any latitude in that connection. The court found as follows:

"10.1 Article 4a § 1 of the Taliban Ordinance prohibits the individuals listed in Annex 2 from entering or transiting through Switzerland. Article 4a § 2 provides that, in agreement with the United Nations Security Council decisions or for the protection of Swiss interests, the Federal Office for Migration is entitled to grant exemptions.

According to the Security Council Resolutions, the travel ban does not apply if the entry or transit is required for the fulfilment of a judicial process. In addition, exemptions can be granted in individual cases with the agreement of the Sanctions Committee (see paragraph 1(b) of Resolution 1735 (2006)). This includes in particular travel on medical, humanitarian or religious grounds ...

10.2 Article 4a § 2 of the Taliban Ordinance is formulated as an 'enabling' provision and gives the impression that the Federal Office for Migration has a certain margin of appreciation. Constitutionally however, the provision is to be interpreted as meaning that an exemption should be granted in all cases where the United Nations sanctions regime so permits. A more far-reaching restriction on the appellant's freedom of movement could not be regarded as based on the Security Council Resolutions, would not be in the public interest and would be disproportionate in the light of the appellant's particular situation.

The appellant lives in Campione, an Italian enclave in Ticino, with an area of 1.6 sq. km. As a result of the ban on entry into and transit through Switzerland, he is unable to leave Campione. Practically speaking, as the appellant correctly argued, this is tantamount to house arrest and thus represents a serious restriction on his personal liberty. In these circumstances the Swiss authorities are obliged to exhaust all the relaxations of the sanctions regime available under the United Nations Security Council Resolutions.

The Federal Office for Migration thus has no margin of appreciation. Rather, it must examine whether the conditions for the granting of an exemption are met. Should the request not fall within one of the general exemptions envisaged by the Security Council, it must be submitted to the Sanctions Committee for approval.

10.3 The question whether the Federal Office for Migration has disregarded the constitutional requirements in dealing with the appellant's applications for leave to travel abroad does not need to be examined here: the relevant orders of the Federal Office have not been challenged by the appellant and are not a matter of dispute in the present proceedings.

The same applies to the question whether the appellant should have moved his place of residence from the Italian enclave of Campione to Italy. To date the appellant has made no such request.”

C. Developments subsequent to the Federal Court’s judgment

53. Following the Federal Court’s judgment, the applicant wrote to the FOM to request it to re-examine the possibility of applying general exemptions to his particular situation. On 28 January 2008 he lodged a new request seeking the suspension of the entry-and-transit ban for three months. By a letter of 21 February 2008, the FOM denied that request, stating that it was unable to grant a suspension for such a long period without referring the matter to the Sanctions Committee, but that it could grant one-off safe conducts. The applicant did not challenge that decision.

54. On 22 February 2008, at a meeting between the Swiss authorities and the applicant’s representative on the subject of the support that Switzerland could provide to the applicant in his efforts to obtain his delisting, a representative of the Federal Department of Foreign Affairs observed that the situation was rather singular as the applicant, on the one hand, was asking what support the Swiss authorities could give him in the United Nations delisting procedure and, on the other, had brought a case against Switzerland before the Court.

During the meeting the applicant’s representative explained that he had received verbal confirmation from the FOM to the effect that his client would be granted one-off authorisations to go to Italy, in order to consult his lawyer in Milan. The representative of the Federal Department of Foreign Affairs also indicated that the applicant could ask the Sanctions Committee for a more extensive exemption on account of his particular situation. However, she also repeated that Switzerland could not itself apply to the Sanctions Committee for the applicant’s delisting. She added that her government would nevertheless be prepared to support him, in particular by providing him with an attestation confirming that the criminal proceedings against him had been discontinued. The applicant’s lawyer replied that he had already received a letter attesting to the discontinuance in favour of his client and that this letter was sufficient.

As to the applicant’s requests to the Italian authorities with a view to obtaining their support in a delisting procedure, the Federal Department’s representative suggested that the lawyer contact the Italian Permanent Mission to the United Nations, adding that Italy had, at that time, a seat on the Security Council.

55. The Government informed the Court that in April 2008 an Egyptian military tribunal had sentenced the applicant *in absentia* to ten years’

imprisonment for providing financial support to the Muslim Brotherhood organisation (see the article on this subject in the daily newspaper *Corriere del Ticino* of 16 April 2008). The applicant did not dispute the fact that he had been convicted but argued that he had never been informed of the proceedings against him and that he had therefore never had the possibility of defending himself in person or through the intermediary of a lawyer. For those reasons, and also taking into account the fact that the trial was held before a military tribunal even though he was a civilian, he claimed that the proceedings in question were clearly in breach of Article 6.

56. On 5 July 2008 the Italian government submitted to the Sanctions Committee a request for the applicant's delisting on the ground that the case against him in Italy had been dismissed. The Committee denied that request by a decision of 15 July 2008. In the applicant's submission, the Committee had not allowed him to submit his observations to it beforehand.

57. On 11 September 2008 the FOM granted the applicant the right to enter Switzerland and to remain in the country for two days, but the applicant did not make use of this authorisation.

58. By a letter of 23 December 2008, the FOM informed the applicant that the entry of Switzerland into the Schengen Area, on 12 December 2008, did not affect his situation.

59. In their observations before the Chamber, the Swiss Government stated that, to their knowledge, the applicant's listing had been initiated by a request from the United States of America, and that the same State had submitted to the Sanctions Committee, on 7 July 2009, a request for the delisting of a number of individuals, including the applicant.

60. On 24 August 2009, in accordance with the procedure laid down by Security Council Resolution 1730 (2006), the applicant submitted a request to the focal point for delisting requests for the deletion of his name from the Sanctions Committee's list.

61. On 2 September 2009 Switzerland sent to the Sanctions Committee a copy of a letter of 13 August 2009 from the Federal Prosecutor's Office to the applicant's lawyer, in which that Office confirmed that the judicial police investigation in respect of his client had not produced any indications or evidence to show that he had ties with persons or organisations associated with Osama bin Laden, al-Qaeda or the Taliban.

62. On 23 September 2009 the applicant's name was deleted from the list annexed to the Security Council Resolutions providing for the sanctions in question. According to the applicant, the procedure provided for under Resolution 1730 (2006) was not followed and he received no explanation

in this connection. On 29 September 2009 the annex to the Taliban Ordinance was amended accordingly and the amendment took effect on 2 October 2009.

63. By a motion passed on 1 March 2010, the Foreign Policy Commission of the National Council (lower house of the Federal Parliament) requested the Federal Council to inform the United Nations Security Council that from the end of 2010 it would no longer, in certain cases, be applying the sanctions prescribed against individuals under the counterterrorism resolutions. It moreover called upon the Government to reassert its steadfast commitment to cooperate in the fight against terrorism in accordance with the legal order of the States. The motion had been introduced on 12 June 2009 by Dick Marty, a member of the Council of States (upper house of the Federal Parliament), and it referred to the applicant's case by way of example.

D. Efforts made to improve the sanctions regime

64. The Government asserted that even though Switzerland was not a member of the Security Council it had, with other States, actively worked since becoming a member of the United Nations on 10 September 2002 to improve the fairness of the listing and delisting procedure and the legal situation of the persons concerned. Thus, in the summer of 2005, it had launched with Sweden and Germany a new initiative to ensure that fundamental rights would be given more weight in the sanctions procedure. Pursuing its initiative, Switzerland had submitted to the Security Council in 2008, together with Denmark, Germany, Liechtenstein, the Netherlands and Sweden, concrete proposals for the setting-up of an advisory panel of independent experts authorised to submit delisting proposals to the Sanctions Committee. Moreover, in the autumn of 2009 Switzerland had worked intensively with its partners to ensure that the Resolution on the renewal of the sanctions regime against al-Qaeda and the Taliban, scheduled for adoption in December, met that need. In the meantime Switzerland had supported the publication in October 2009 of a report proposing, as an option for an advisory review mechanism, the creation of an ombudsperson. On 17 December 2009 the Security Council adopted Resolution 1904 (2009), setting up the office of ombudsperson to receive complaints from individuals affected by the United Nations Security Council counterterrorism sanctions (see paragraph 78 below). Lastly, Switzerland had called on many occasions, before the United Nations Security Council and General Assembly, for an improvement in the procedural rights of the persons concerned by the sanctions.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Domestic law

1. *Federal Constitution*

65. Article 190 (“Applicable law”) of the Federal Constitution provides:

“The Federal Court and the other authorities shall be required to apply federal statutes and international law.”

2. *Ordinance of 2 October 2000 instituting measures against persons and entities associated with Osama bin Laden, the group “al-Qaeda” or the Taliban (“the Taliban Ordinance”)*

66. The Ordinance of 2 October 2000, instituting measures against persons and entities associated with Osama bin Laden, the group “al-Qaeda” or the Taliban, has been amended several times. The relevant provisions read as follows, in the version that was in force in the period under consideration in the present case, and in particular at the time when the Federal Court delivered its judgment (14 November 2007).

Article 1 – Ban on supply of military equipment and similar goods

“1. The supply, sale or brokerage of arms of all types, including weapons and ammunition, military vehicles and equipment, paramilitary equipment, and spare parts or accessories for the above-mentioned, to the individuals, undertakings, groups or entities referred to in Annex 2 hereto, shall be prohibited.

...

3. The supply, sale or brokerage of technical advice, assistance and training related to military activities, to the individuals, undertakings, groups or entities referred to in Annex 2 hereto, shall be prohibited.

4. Paragraphs 1 and 3 above shall apply only to the extent that the Property Regulation Act of 13 December 1996, the Federal Act on War Materiel of 13 December 1996 and their respective implementing ordinances are not applicable.

...”

Article 3 – Freezing of assets and economic resources

“1. Assets and economic resources owned or controlled by the individuals, undertakings, groups or entities referred to in Annex 2 hereto shall be frozen.

2. It shall be prohibited to supply funds to the individuals, undertakings, groups or entities referred to in Annex 2 hereto, or to make assets or economic resources available to them, directly or indirectly.

3. The State Secretariat for Economic Affairs (SECO) may exempt payments related to democratisation or humanitarian projects from the prohibitions under paragraphs 1 and 2 above.

4. The SECO may authorise, after consulting the competent services of the Federal Department of Foreign Affairs and the Federal Department of Finance, payments from blocked accounts, transfers of frozen capital assets and the release of frozen economic resources, in order to protect Swiss interests or to prevent hardship cases.”

Article 4 – Mandatory declaration

“1. Anyone holding or managing assets acknowledged to be covered by the freezing of assets under Article 3 § 1 hereof must immediately declare them to the SECO.

2. Any person or organisation knowing of economic resources acknowledged to be covered by the freezing of economic resources under Article 3 § 1 hereof must immediately declare them to the SECO.

3. The declaration must give the name of the beneficiary, the purpose and the amount of the assets or economic resources frozen.”

Article 4a – Entry into and transit through Switzerland

“1. Entry into and transit through Switzerland shall be prohibited for the individuals listed in Annex 2 hereto.

2. The Federal Office for Migration may, in conformity with the decisions of the United Nations Security Council or for the protection of Swiss interests, grant exemptions.”

B. International law

1. United Nations Charter

67. The United Nations Charter was signed in San Francisco on 26 June 1945. The relevant provisions for the present case read as follows.

Preamble

“We the peoples of the United Nations, determined

to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and

to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and

to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and

to promote social progress and better standards of life in larger freedom,

and for these ends

to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbors, and

to unite our strength to maintain international peace and security, and

to ensure, by the acceptance of principles and the institution of methods, that armed force shall not be used, save in the common interest, and

to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples,

have resolved to combine our efforts to accomplish these aims.

Accordingly, our respective Governments, through representatives assembled in the city of San Francisco, who have exhibited their full powers found to be in good and due form, have agreed to the present Charter of the United Nations and do hereby establish an international organization to be known as the United Nations.”

Article 1

“The Purposes of the United Nations are:

1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;

...

3. To achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and

...”

Article 24

“1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.

...”

Article 25

“The members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.”

68. Chapter VII of the Charter is entitled “Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression”. Article 39 reads as follows:

“The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.”

69. Chapter XVI is entitled “Miscellaneous Provisions”. Article 103 reads as follows:

“In the event of a conflict between the obligations of the members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.”

2. Resolutions adopted by the Security Council in connection with its measures against al-Qaeda and the Taliban and that are relevant to the present case

70. Resolution 1267 (1999) was adopted on 15 October 1999. It created the Sanctions Committee, consisting of all Security Council members. This Committee was in particular entrusted with the task of requesting all States to keep it informed of the steps taken to ensure the effective implementation of the measures required under the Resolution, namely the denial of permission for aircraft associated with the Taliban to use their territory for take-off or landing, unless the Sanctions Committee had approved the flight in advance for humanitarian reasons and, secondly, the freezing of the Taliban’s funds and other financial resources. The relevant parts of this Resolution read as follows.

Resolution 1267 (1999)

“ ...

The Security Council,

Reaffirming its previous resolutions, in particular Resolutions 1189 (1998) of 13 August 1998, 1193 (1998) of 28 August 1998 and 1214 (1998) of 8 December 1998, and the statements of its President on the situation in Afghanistan,

Reaffirming its strong commitment to the sovereignty, independence, territorial integrity and national unity of Afghanistan, and its respect for Afghanistan’s cultural and historical heritage,

Reiterating its deep concern over the continuing violations of international humanitarian law and of human rights, particularly discrimination against women and girls, and over the significant rise in the illicit production of opium, and stressing that the capture by the Taliban of the Consulate-General of the Islamic Republic of Iran and the murder of Iranian diplomats and a journalist in Mazar-e-Sharif constituted flagrant violations of established international law,

Recalling the relevant international counterterrorism conventions and in particular the obligations of parties to those conventions to extradite or prosecute terrorists,

Strongly condemning the continuing use of Afghan territory, especially areas controlled by the Taliban, for the sheltering and training of terrorists and planning of terrorist acts, and *reaffirming* its conviction that the suppression of international terrorism is essential for the maintenance of international peace and security,

Deploring the fact that the Taliban continues to provide safe haven to [Osama bin Laden] and to allow him and others associated with him to operate a network of terrorist training camps from Taliban-controlled territory and to use Afghanistan as a base from which to sponsor international terrorist operations,

Noting the indictment of [Osama bin Laden] and his associates by the United States of America for, *inter alia*, the 7 August 1998 bombings of the United States embassies in Nairobi, Kenya, and Dar es Salaam, Tanzania and for conspiring to kill American nationals outside the United States, and noting also the request of the United States of America to the Taliban to surrender them for trial (S/1999/1021),

Determining that the failure of the Taliban authorities to respond to the demands in paragraph 13 of Resolution 1214 (1998) constitutes a threat to international peace and security,

Stressing its determination to ensure respect for its resolutions,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

...

3. *Decides* that on 14 November 1999 all States shall impose the measures set out in paragraph 4 below, unless the Council has previously decided, on the basis of a report of the Secretary-General, that the Taliban has fully complied with the obligation set out in paragraph 2 above;

4. *Decides further* that, in order to enforce paragraph 2 above, all States shall:

(a) Deny permission for any aircraft to take off from or land in their territory if it is owned, leased or operated by or on behalf of the Taliban as designated by the Committee established by paragraph 6 below, unless the particular flight has been approved in advance by the Committee on the grounds of humanitarian need, including religious obligation such as the performance of the Hajj;

(b) Freeze funds and other financial resources, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by the Taliban, or by any undertaking owned or controlled by the Taliban, as designated by the Committee established by paragraph 6 below, and ensure that neither they nor any other funds or financial resources so designated are made available, by their nationals or by any persons within their territory, to or for the benefit of the Taliban or any undertaking owned or controlled, directly or indirectly, by the Taliban, except as may be authorized by the Committee on a case-by-case basis on the grounds of humanitarian need;

5. *Urges* all States to cooperate with efforts to fulfil the demand in paragraph 2 above, and to consider further measures against [Osama bin Laden] and his associates;

6. *Decides* to establish, in accordance with rule 28 of its provisional rules of procedure, a Committee of the Security Council consisting of all the members of the Council to undertake the following tasks and to report on its work to the Council with its observations and recommendations:

...

7. *Calls upon* all States to act strictly in accordance with the provisions of this Resolution, notwithstanding the existence of any rights or obligations conferred or imposed by any international agreement or any contract entered into or any licence or permit granted prior to the date of coming into force of the measures imposed by paragraph 4 above;

8. *Calls upon* States to bring proceedings against persons and entities within their jurisdiction that violate the measures imposed by paragraph 4 above and to impose appropriate penalties;

9. *Calls upon* all States to cooperate fully with the Committee established by paragraph 6 above in the fulfilment of its tasks, including supplying such information as may be required by the Committee in pursuance of this Resolution;

10. *Requests* all States to report to the Committee established by paragraph 6 above within 30 days of the coming into force of the measures imposed by paragraph 4 above on the steps they have taken with a view to effectively implementing paragraph 4 above;

..."

71. By Resolution 1333 (2000), adopted on 19 December 2000, the Security Council extended the application of the sanctions provided for under Resolution 1267 (1999) to any individuals or entities identified by the Sanctions Committee as being associated with al-Qaeda or Osama bin Laden. The Resolution further required a list to be maintained for the implementation of the United Nations sanctions. The passages that are relevant to the present case read as follows.

Resolution 1333 (2000)

“ ...

The Security Council,

Reaffirming its previous resolutions, in particular Resolution 1267 (1999) of 15 October 1999 and the statements of its President on the situation in Afghanistan,

Reaffirming its strong commitment to the sovereignty, independence, territorial integrity and national unity of Afghanistan, and its respect for Afghanistan’s cultural and historical heritage,

Recognizing the critical humanitarian needs of the Afghan people,

...

8. *Decides* that all States shall take further measures:

(a) To close immediately and completely all Taliban offices in their territories;

(b) To close immediately all offices of Ariana Afghan Airlines in their territories;

(c) To freeze without delay funds and other financial assets of [Osama bin Laden] and individuals and entities associated with him as designated by the Committee, including those in the [al-Qaeda] organization, and including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by [Osama bin Laden] and individuals and entities associated with him, and to ensure that neither they nor any other funds or financial resources are made available, by their nationals or by any persons within their territory, directly or indirectly for the benefit of [Osama bin Laden], his associates or any entities owned or controlled, directly or indirectly, by [Osama bin Laden] or individuals and entities associated with him including the [al-Qaeda] organization and *requests* the Committee to maintain an updated list, based on information provided by States and regional organizations, of the individuals and entities designated as being associated with [Osama bin Laden], including those in the [al-Qaeda] organization;

...

12. *Decides further* that the Committee shall maintain a list of approved organizations and governmental relief agencies which are providing humanitarian assistance to Afghanistan, including the United Nations and its agencies, governmental relief agencies providing humanitarian assistance, the International Committee of the Red Cross and non-governmental organizations as appropriate, that the prohibition imposed by paragraph 11 above shall not apply to humanitarian flights operated by, or on behalf of, organizations and governmental relief agencies on the list approved by the Committee, that the Committee shall keep the list under regular review, adding new organizations and governmental relief agencies as appropriate and that the Committee shall remove organizations and governmental agencies from the list if it decides that they are operating, or are likely to operate, flights for other than humanitarian purposes, and shall notify such organizations and governmental agencies

immediately that any flights operated by them, or on their behalf, are thereby subject to the provisions of paragraph 11 above;

...

16. *Requests* the Committee to fulfil its mandate by undertaking the following tasks in addition to those set out in Resolution 1267 (1999):

(a) To establish and maintain updated lists based on information provided by States, regional, and international organizations of all points of entry and landing areas for aircraft within the territory of Afghanistan under control by the Taliban and to notify member States of the contents of such lists;

(b) To establish and maintain updated lists, based on information provided by States and regional organizations, of individuals and entities designated as being associated with [Osama bin Laden], in accordance with paragraph 8 (c) above;

(c) To give consideration to, and decide upon, requests for the exceptions set out in paragraphs 6 and 11 above;

(d) To establish no later than one month after the adoption of this Resolution and maintain an updated list of approved organizations and governmental relief agencies which are providing humanitarian assistance to Afghanistan, in accordance with paragraph 12 above;

...

17. *Calls upon* all States and all international and regional organizations, including the United Nations and its specialized agencies, to act strictly in accordance with the provisions of this Resolution, notwithstanding the existence of any rights or obligations conferred or imposed by any international agreement or any contract entered into or any licence or permit granted prior to the date of coming into force of the measures imposed by paragraphs 5, 8, 10 and 11 above;

..."

72. In Resolution 1363 (2001), adopted on 30 July 2001, the Security Council decided to set up a mechanism to monitor the measures imposed by Resolutions 1267 (1999) and 1333 (2000) ("the Monitoring Group"), consisting of up to five experts selected on the basis of equitable geographical distribution.

73. In Resolution 1373 (2001), adopted on 28 September 2001 – following the events of 11 September 2001 – the Security Council decided that States should take a series of measures to combat international terrorism and ensure effective border controls in this connection. The passages that are relevant to the present case read as follows.

Resolution 1373 (2001)

“ ...

The Security Council,

...

1. *Decides* that all States shall:

(a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts;

(b) Criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts;

(c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities;

(d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons;

2. *Decides also* that all States shall:

(a) Refrain from providing any form of support, active or passive, to entities or persons involved in terrorist acts, including by suppressing recruitment of members of terrorist groups and eliminating the supply of weapons to terrorists;

(b) Take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts, including by provision of early warning to other States by exchange of information;

(c) Deny safe haven to those who finance, plan, support, or commit terrorist acts, or provide safe havens;

(d) Prevent those who finance, plan, facilitate or commit terrorist acts from using their respective territories for those purposes against other States or their citizens;

(e) Ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts;

...

3. *Calls* upon all States to:

...

(f) Take appropriate measures in conformity with the relevant provisions of national and international law, including international standards of human rights, before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts;

...”

74. In Resolution 1390 (2002), adopted on 16 January 2002, the Security Council decided to impose a ban on entry and transit for individuals and entities concerned by the international sanctions. This Resolution also made the sanctions regime more precise and transparent, because the Sanctions Committee was requested to update regularly the list of persons concerned by the sanctions, to promulgate expeditiously such guidelines and criteria as might be necessary to facilitate the implementation of the sanctions, and to make any information it considered relevant, including the list of persons concerned, publicly available. The passages that are relevant to the present case read as follows:

Resolution 1390 (2002)

“ ...

The Security Council,

...

2. *Decides* that all States shall take the following measures with respect to [Osama bin Laden], members of the [al-Qaeda] organization and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them, as referred to in the list created pursuant to Resolutions 1267 (1999) and 1333 (2000) to be updated regularly by the Committee established pursuant to Resolution 1267 (1999) hereinafter referred to as ‘the Committee’;

(a) Freeze without delay the funds and other financial assets or economic resources of these individuals, groups, undertakings and entities, including funds derived from property owned or controlled, directly or indirectly, by them or by persons acting on their behalf or at their direction, and ensure that neither these nor any other funds, financial assets or economic resources are made available, directly or indirectly, for such persons’ benefit, by their nationals or by any persons within their territory;

(b) Prevent the entry into or the transit through their territories of these individuals, provided that nothing in this paragraph shall oblige any State to deny entry into or require the departure from its territories of its own nationals and this paragraph shall not apply where entry or transit is necessary for the fulfilment of a judicial process or the Committee determines on a case by case basis only that entry or transit is justified;

(c) Prevent the direct or indirect supply, sale and transfer, to these individuals, groups, undertakings and entities from their territories or by their nationals outside their territories, or using their flag vessels or aircraft, of arms and related materiel of all types including weapons and ammunition, military vehicles and equipment, paramilitary equipment, and spare parts for the aforementioned and technical advice, assistance, or training related to military activities;

...

8. *Urges* all States to take immediate steps to enforce and strengthen through legislative enactments or administrative measures, where appropriate, the measures imposed under domestic laws or regulations against their nationals and other individuals or entities operating on their territory, to prevent and punish violations of the measures referred to in paragraph 2 of this Resolution, and to inform the Committee of the adoption of such measures, and *invites* States to report the results of all related investigations or enforcement actions to the Committee unless to do so would compromise the investigation or enforcement actions; ...”

75. In Resolution 1526 (2004), adopted on 30 January 2004, the Security Council requested States, on the submission of new names to be added to the Committee’s list, to supply information facilitating the identification of the persons or entities concerned. It also expressly encouraged States to inform, as far as possible, the persons and entities on the Committee’s list of the measures taken against them, of the Committee’s guidelines and of Resolution 1452 (2002) concerning the possibility of exemption from certain sanctions.

76. In response to a surge in criticism of the sanctions regime, the Security Council adopted increasingly detailed resolutions to strengthen the procedural safeguards. In this connection, Resolution 1730 (2006) established the current procedure by creating a “focal point” to receive delisting requests in respect of persons or entities on the lists kept by the Sanctions Committee. Under that Resolution the focal point was responsible for forwarding such requests, for their information and possible comments, to the designating government(s) and to the government(s) of citizenship and residence. That was to be followed by a consultation between the governments concerned, with or without the focal point acting as an intermediary. If recommended by one of those governments, the delisting request was to be placed on the agenda of the Sanctions Committee, which would take decisions by consensus among its fifteen members.

77. Resolution 1735 (2006) established a procedure for notifying the individuals or entities whose names were on the list. It further clarified the criteria for delisting as follows:

“14. ... the Committee, in determining whether to remove names from the Consolidated List, may consider, among other things, (i) whether the individual or

entity was placed on the Consolidated List due to a mistake of identity, or (ii) whether the individual or entity no longer meets the criteria set out in relevant resolutions, in particular Resolution 1617 (2005); in making the evaluation in (ii) above, the Committee may consider, among other things, whether the individual is deceased, or whether it has been affirmatively shown that the individual or entity has severed all association, as defined in Resolution 1617 (2005), with [al-Qaeda], [Osama bin Laden], the Taliban, and their supporters, including all individuals and entities on the Consolidated List;”

78. The procedure was subsequently reinforced with the adoption of Resolutions 1822 (2008) and 1904 (2009), which post-date the present case. In the latter, adopted on 17 December 2009, the Security Council decided to create an Office of the Ombudsperson, whose task is to receive requests from individuals concerned by the sanctions imposed by the Security Council in the fight against terrorism. Under that Resolution, persons on the sanctions list are entitled to obtain information on the reasons for the measures taken against them and to file delisting petitions with the Ombudsperson, who examines each case impartially and independently and then submits a report to the Sanctions Committee explaining the reasons for or against delisting.

3. *Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)*

79. Article 27 (“Internal law and observance of treaties”) of the Vienna Convention on the Law of Treaties reads as follows:

“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. ...”

80. Article 30 (“Application of successive treaties relating to the same subject matter”) reads as follows:

“1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under Article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

(a) as between States Parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;

(b) as between a State Party to both treaties and a State Party to only one of the treaties, the treaty to which both States are Parties governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to Article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under Article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.”

4. *Work of the United Nations International Law Commission*

81. The report of the study group of the International Law Commission entitled “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”, published in 2006, contains the following observations concerning Article 103 of the Charter:

4. Harmonization – systemic integration

“37. In international law, there is a strong presumption against normative conflict. Treaty interpretation is diplomacy, and it is the business of diplomacy to avoid or mitigate conflict. This extends to adjudication as well. As Rousseau puts the duties of a judge in one of the earlier but still more useful discussions of treaty conflict:

... lorsqu’il est en présence de deux accords de volontés divergentes, il doit être tout naturellement porté à rechercher leur coordination plutôt qu’à consacrer à leur antagonisme [Charles Rousseau, “De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l’ordre international”, *RGDIP* vol. 39 (1932), p. 153].¹

38. This has emerged into a widely accepted principle of interpretation and it may be formulated in many ways. It may appear as the thumb-rule that when creating new obligations, States are assumed not to derogate from their obligations. Jennings and Watts, for example, note the presence of a:

presumption that the parties intend something not inconsistent with generally recognized principles of international law, or with previous treaty obligations towards third States [Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law* (London: Longman, 1992) (9th ed), p. 1275. For the wide acceptance of the presumption against conflict – that is the suggestion of harmony – see also Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, pp. 240-44].

39. As the International Court of Justice stated in the *Right of Passage* case:

it is a rule of interpretation that a text emanating from a government must, in principle, be interpreted as producing and intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it [*Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections) (Portugal v. India)* ICJ Reports 1957 p. 142].

1. Text in French as per the original.

...

331. Article 103 does not say that the *Charter* prevails, but refers to *obligations under the Charter*. Apart from the rights and obligations in the Charter itself, this also covers duties based on binding decisions by United Nations bodies. The most important case is that of Article 25 that obliges member States to accept and carry out resolutions of the Security Council that have been adopted under Chapter VII of the Charter. Even if the primacy of Security Council decisions under Article 103 is not expressly spelled out in the Charter, it has been widely accepted in practice as well as in doctrine ...”

5. *Relevant international case-law*

82. The measures taken under the Security Council resolutions establishing a listing system and the possibility of reviewing the legality of such measures have been examined, at international level, by the Court of Justice of the European Communities (“CJEC”) and by the United Nations Human Rights Committee.

(a) **The case of *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* (Court of Justice of the European Communities)**

83. The case of *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* (joined cases C-402/05 P and C-415/05 P – hereinafter “*Kadi*”) concerned the freezing of the applicants’ assets pursuant to European Community Regulations adopted in connection with the implementation of Security Council Resolutions 1267 (1999), 1333 (2000) and 1390 (2002), which, among other things, required all United Nations member States to take measures to freeze the funds and other financial resources of the individuals and entities identified by the Security Council’s Sanctions Committee as being associated with Osama bin Laden, al-Qaeda or the Taliban. In that case the applicants fell within that category and their assets had thus been frozen – a measure that for them constituted a breach of their fundamental right to respect for property as protected by the Treaty instituting the European Community (“the EC Treaty”). They contended that the EC Regulations had been adopted *ultra vires*.

84. On 21 September 2005 the Court of First Instance (which on 1 December 2009 became known as the “General Court”) rejected those complaints and confirmed the lawfulness of the Regulations, finding mainly that Article 103 of the Charter had the effect of placing Security Council resolutions above all other international obligations (except for those covered by *jus cogens*), including those arising from the EC Treaty. It concluded

that it was not entitled to review Security Council resolutions, even on an incidental basis, to ascertain whether they respected fundamental rights.

85. Mr Kadi appealed to the CJEC (which on 1 December 2009 became known as the “Court of Justice of the European Union”). The appeal was examined by a Grand Chamber jointly with another case. In its judgment of 3 September 2008, the CJEC found that, in view of the internal and autonomous nature of the Community legal order, it had jurisdiction to review the lawfulness of a Community regulation adopted within the ambit of that order even if its purpose was to implement a Security Council resolution. It thus held that, even though it was not for the “Community judicature” to examine the lawfulness of Security Council resolutions, it was entitled to review Community acts or acts of member States designed to give effect to such resolutions, and that this “would not entail any challenge to the primacy of that resolution in international law”.

86. The CJEC concluded that the Community judicature had to ensure the review, in principle the full review, of the lawfulness of all Community acts in the light of the fundamental rights forming an integral part of the general principles of Community law, including review of Community measures which, like the contested Regulation, were designed to give effect to resolutions of the Security Council. The judgment contained the following relevant passages:

“...

281. In this connection it is to be borne in mind that the Community is based on the rule of law, inasmuch as neither its member States nor its institutions can avoid review of the conformity of their acts with the basic constitutional charter, the EC Treaty, which established a complete system of legal remedies and procedures designed to enable the Court of Justice to review the legality of acts of the institutions (Case 294/83 *Les Verts v. Parliament* [1986] ECR 1339, paragraph 23).

...

290. It must therefore be considered whether, as the Court of First Instance held, as a result of the principles governing the relationship between the international legal order under the United Nations and the Community legal order, any judicial review of the internal lawfulness of the contested Regulation in the light of fundamental freedoms is in principle excluded, notwithstanding the fact that, as is clear from the decisions referred to in paragraphs 281 to 284 above, such review is a constitutional guarantee forming part of the very foundations of the Community.

...

293. Observance of the undertakings given in the context of the United Nations is required just as much in the sphere of the maintenance of international peace and security when the Community gives effect, by means of the adoption of Community

measures taken on the basis of Articles 60 EC and 301 EC, to resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations.

294. In the exercise of that latter power it is necessary for the Community to attach special importance to the fact that, in accordance with Article 24 of the Charter of the United Nations, the adoption by the Security Council of resolutions under Chapter VII of the Charter constitutes the exercise of the primary responsibility with which that international body is invested for the maintenance of peace and security at the global level, a responsibility which, under Chapter VII, includes the power to determine what and who poses a threat to international peace and security and to take the measures necessary to maintain or restore them.

...

296. Although, because of the adoption of such an act, the Community is bound to take, under the EC Treaty, the measures necessitated by that act, that obligation means, when the object is to implement a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, that in drawing up those measures the Community is to take due account of the terms and objectives of the resolution concerned and of the relevant obligations under the Charter of the United Nations relating to such implementation.

297. Furthermore, the Court has previously held that, for the purposes of the interpretation of the contested Regulation, account must also be taken of the wording and purpose of Resolution 1390 (2002) which that Regulation, according to the fourth recital in the preamble thereto, is designed to implement (*Möllendorf and Möllendorf-Niehuus*, paragraph 54 and case-law cited).

298. It must however be noted that the Charter of the United Nations does not impose the choice of a particular model for the implementation of resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter, since they are to be given effect in accordance with the procedure applicable in that respect in the domestic legal order of each member of the United Nations. The Charter of the United Nations leaves the members of the United Nations a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order.

299. It follows from all those considerations that it is not a consequence of the principles governing the international legal order under the United Nations that any judicial review of the internal lawfulness of the contested Regulation in the light of fundamental freedoms is excluded by virtue of the fact that that measure is intended to give effect to a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations.

300. What is more, such immunity from jurisdiction for a Community measure like the contested Regulation, as a corollary of the principle of the primacy at the level of international law of obligations under the Charter of the United Nations, especially those relating to the implementation of resolutions of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter, cannot find a basis in the EC Treaty.”

87. The CJEC concluded that the contested Regulations, which did not provide for any remedy in respect of the freezing of assets, were in breach of fundamental rights and were to be annulled.

(b) The case of *Sayadi and Vinck v. Belgium* (United Nations Human Rights Committee)

88. In the case brought by Nabil Sayadi and Patricia Vinck against Belgium (Views of the Human Rights Committee of 22 October 2008, concerning Communication no. 1472/2006), the Human Rights Committee had occasion to examine the national implementation of the sanctions regime established by the Security Council in Resolution 1267 (1999). The two complainants, Belgian nationals, had been placed on the lists appended to that Resolution in January 2003, on the basis of information which had been provided to the Security Council by Belgium, shortly after the commencement of a domestic criminal investigation in September 2002. They had submitted several delisting requests at national, regional and United Nations levels, all to no avail. In 2005, the Brussels Court of First Instance had ordered the Belgian State, *inter alia*, to initiate urgently a delisting procedure with the United Nations Sanctions Committee, and the State had subsequently done so.

89. The Human Rights Committee noted that the travel ban imposed on the complainants resulted from the transmittal by Belgium of their names to the Sanctions Committee, before they had been heard. It thus took the view that even though Belgium was not competent to remove their names from either the United Nations or the European Union lists, it was responsible for the presence of their names on the lists, and for the resulting travel ban. The Committee found a violation of the complainants' right to freedom of movement under Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights, because both the dismissal of the criminal investigation and the State Party's delisting requests showed that the restrictions were not necessary to protect national security or public order.

90. The Committee also found an unlawful attack on the complainants' honour and reputation, in breach of Article 17 of the Covenant, based on the accessibility of the list on the Internet, a number of press articles, the transmittal of the information about them prior to the conclusion of the criminal investigation, and the fact that, despite the State Party's requests for removal, their personal contact details were still accessible to the public.

91. In the Committee's opinion, although the State Party itself was not competent to remove the names from the list, it had the duty to do all it could to obtain that deletion as soon as possible, to provide the complainants

with compensation, to make public the requests for delisting, and to ensure that similar violations did not occur in the future.

92. On 20 July 2009 the complainants' names were removed from the list pursuant to a decision of the Sanctions Committee.

6. *Relevant case-law of other States*

93. The measures in question have also been examined at national level, by the United Kingdom Supreme Court and the Canadian Federal Court.

(a) **The case of *Ahmed and others v. HM Treasury* (United Kingdom Supreme Court)**

94. The case of *Ahmed and others v. HM Treasury*, examined by the Supreme Court of the United Kingdom on 27 January 2010, concerned the freezing of the appellants' assets in accordance with the sanctions regime introduced by Resolutions 1267 (1999) and 1373 (2001). The Supreme Court took the view that the government had acted *ultra vires* the powers conferred upon it by section 1 of the United Nations Act 1946 in making certain orders to implement Security Council resolutions on sanctions.

95. In particular, Lord Hope, Deputy President of the Supreme Court, made the following observations:

“6. ... The consequences of the Orders that were made in this case are so drastic and so oppressive that we must be just as alert to see that the coercive action that the Treasury have taken really is within the powers that the 1946 Act has given them. Even in the face of the threat of international terrorism, the safety of the people is not the supreme law. We must be just as careful to guard against unrestrained encroachments on personal liberty.”

96. He acknowledged that the appellants had been deprived of an effective remedy and in that connection found as follows:

“81. I would hold that G is entitled to succeed on the point that the regime to which he has been subjected has deprived him of access to an effective remedy. As Mr Swift indicates, seeking a judicial review of the Treasury's decision to treat him as a designated person will get him nowhere. G answers to that description because he has been designated by the 1267 Committee [the Sanctions Committee]. What he needs if he is to be afforded an effective remedy is a means of subjecting that listing to judicial review. This is something that, under the system that the 1267 Committee currently operates, is denied to him. I would hold that Article 3 § 1 (b) of the AQO [al-Qaeda Order], which has this effect, is *ultra vires* section 1 of the 1946 Act. It is not necessary to consider for the purposes of this case whether the AQO as a whole is *ultra vires* except to say that I am not to be taken as indicating that Article 4 of that Order, had it been applicable in G's case, would have survived scrutiny.

82. I would treat HAY's case in the same way. He too is a designated person by reason of the fact that his name is on the 1267 Committee's list. As has already been observed,

the United Kingdom is now seeking that his name should be removed from it. By letter dated 1 October 2009 the Treasury's Sanctions Team informed his solicitors that the delisting request was submitted on 26 June 2009 but that at the Committee's first consideration of it a number of States were not in a position to accede to the request. Further efforts to obtain delisting are continuing, but this has still not been achieved. So he remains subject to the AQO. In this situation he too is being denied an effective remedy."

97. The Supreme Court found unlawful both the order implementing Resolution 1373 (2001) in a general counterterrorism context ("the Terrorism Order") and the order implementing the al-Qaeda and Taliban Resolutions ("the al-Qaeda Order"). However, it annulled the al-Qaeda Order only in so far as it did not provide for an effective remedy (see Lord Brown's dissenting opinion on this point).

(b) The case of *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (Canadian Federal Court)

98. In its judgment of 4 June 2009 in the case of *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, the Canadian Federal Court took the view that the listing procedure of the al-Qaeda and Taliban Sanctions Committee was incompatible with the right to an effective remedy. The case concerned a ban on the return to Canada of the applicant, who had Canadian and Sudanese nationality, as a result of the application by Canada of the Security Council Resolutions establishing the sanctions regime. The applicant was thus forced to live in the Canadian embassy in Khartoum, Sudan, fearing possible detention and torture should he leave this sanctuary.

99. Zinn J, who pronounced the lead judgment in the case, stated in particular:

"51. I add my name to those who view the 1267 Committee regime as a denial of basic legal remedies and as untenable under the principles of international human rights. There is nothing in the listing or delisting procedure that recognizes the principles of natural justice or that provides for basic procedural fairness."

100. He further observed:

"54. ... it is frightening to learn that a citizen of this or any other country might find himself on the 1267 Committee list, based only on suspicion."

101. After reviewing the measures implementing the travel ban on the basis of the al-Qaeda and Taliban Resolutions, the judge concluded that the applicant's right to enter Canada had been breached, contrary to the provisions of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (see paragraphs 62 et seq. of the judgment).

THE LAW

I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

A. Compatibility of the complaints with the Convention and Protocols thereto

1. *The parties' submissions*

(a) The Government

102. The Government requested the Court to declare the application inadmissible as being incompatible *ratione personae* with the Convention. They argued that the impugned measures had been based on Security Council Resolutions 1267 (1999) et seq., which, under Articles 25 and 103 of the United Nations Charter, were binding and prevailed over any other international agreement. In this connection they referred in particular to the provisional measures order of the International Court of Justice in the case concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, p. 15, § 39:

“Whereas both Libya and the United Kingdom, as members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that prima facie this obligation extends to the decision contained in Resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention;”

The Government argued that, in those circumstances, Switzerland could not be held responsible internationally for the implementation of the measures in issue.

103. The Government added that those measures, emanating as they did from the United Nations Security Council, fell outside the scope of the Court's review. The application in the present case was therefore also inadmissible *ratione materiae*.

(b) The applicant

104. The applicant argued that his application was compatible *ratione personae* with the Convention. He took the view that the direct effect of the

obligations under the Security Council Resolutions was irrelevant to the issue of whether or not the restrictions imposed on him were attributable to the respondent State, since those restrictions had been authorised by the Government at national level in accordance with Article 190 of the Federal Constitution. Relying on Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, he added that Switzerland could not hide behind its domestic legal arrangements when it came to fulfilling its international obligations (see paragraph 79 above).

105. The applicant also took the view that the Swiss authorities had applied the possibilities of derogation envisaged in the Security Council Resolutions in a much more restrictive manner than was required by the sanctions regime. The Federal Court itself had noted this in its judgment of 14 November 2007. Rather than automatically having to implement the Security Council Resolutions, the national authorities had therefore enjoyed a certain margin of appreciation in taking the measures in issue. The applicant added in this connection that his delisting, as decided by the Sanctions Committee on 23 September 2009, had not taken effect in Switzerland until a week later. He saw this as further proof that the application of the Security Council Resolutions was not automatic.

106. Lastly, the applicant argued that it was not a matter, in the present case, of calling into question the primacy of the United Nations Charter under Article 103 thereof – a finding of a violation of the Convention not being, in his opinion, capable of affecting the validity of States' international obligations – but simply of ensuring that the Charter was not used as a pretext to avoid compliance with the provisions of the Convention.

2. Submissions of third-party interveners

(a) The French Government

107. The French Government took the view that the reservation of Convention observance, in the sense of ensuring “equivalent protection”, could not be applied appropriately in the present case because the measures laid down by Switzerland arose necessarily from the United Nations Security Council Resolutions, which all States were required to apply and which also had to be given precedence over any other international rule. In those circumstances France was of the view that the measures in question could not be regarded as falling within Switzerland's “jurisdiction” for the purposes of Article 1 of the Convention; otherwise that notion would be rendered meaningless.

108. The French Government pointed out that, although in its judgment of 30 June 2005 in *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*

v. Ireland ([GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI) (hereinafter “*Bosphorus*”) the Court had regarded as compatible with Article 1 of the Convention an application disputing the validity of a national measure simply implementing a regulation of the European Communities that itself stemmed from a Security Council resolution, the Court had noted in that judgment that it was the EC Regulation and not the Security Council Resolution that constituted the legal basis of the national measure in issue (*ibid.*, § 145).

109. The French Government were also convinced that, even though the measures in issue did not concern missions conducted outside the territory of the member States, like those in *Behrami v. France* and *Saramati v. France, Germany and Norway* ((dec.) [GC], nos. 71412/01 and 78166/01, 2 May 2007) (hereinafter “*Behrami and Saramati*”), but rather measures implemented in domestic law, the arguments emerging from that case-law, which stemmed from the nature of the Security Council’s missions and States’ obligations arising therefrom, should lead the Court likewise to declare the disputed measures attributable to the United Nations and thus to find the applicant’s complaints incompatible *ratione personae* with the Convention. Thus they argued that the present case provided the Court with an opportunity to transpose onto the member States’ actual territory the principles established in *Behrami and Saramati*, taking into account the hierarchy of international law norms and the various legal spheres arising therefrom.

110. The French Government also pointed out that, in its *Kadi* judgment (see paragraph 83 above), the CJEC had relied on the constitutional nature of the EC Treaty for its review of a regulation implementing Security Council resolutions. Such considerations being absent in the present case, the French Government had difficulty conceiving what could justify a finding by the Court, in disregard of Article 103 of the United Nations Charter, that Switzerland was responsible for the implementation of resolutions that it was required to apply and to which it also had to give precedence over any other undertaking.

(b) The United Kingdom Government

111. The United Kingdom Government observed that the entry-and-transit ban had been imposed on the applicant in the context of the Taliban Ordinance, which they regarded as having merely implemented Security Council resolutions that were binding on all States, having been adopted under Chapter VII of the United Nations Charter (Article 25 thereof): the obligations arising from those resolutions thus took precedence, under Article 103 of the Charter, over all other international agreements. In this connection the United Kingdom Government were of the opinion that the

effectiveness of the sanctions regime set up to maintain international peace and security would be seriously compromised if priority were given to the rights arising from Article 5 or 8 of the Convention. They took the view that, particularly in paragraph 2 (b) of Resolution 1390 (2002), the Security Council had used “clear and explicit language” to impose on States specific measures that might conflict with their other international obligations, in particular those arising from human rights instruments. Referring to the judgment recently delivered in *Al-Jedda v. the United Kingdom* ([GC], no. 27021/08, § 102, ECHR 2011), they thus argued that the respondent State had been obliged to apply the measures in issue.

(c) JUSTICE

112. The organisation JUSTICE considered that the sanctions regime established by Security Council Resolution 1267 (1999) was the source of the draconian restrictions on the Convention rights of the listed persons and their families, in particular the right to respect for their private and family life, the right to the enjoyment of property and freedom of movement.

113. The severity of that interference with Convention rights was exacerbated by the inability of the listed persons to challenge effectively the decision to list them, including the evidential basis for the decision. Consequently, the sanctions regime also failed to afford those persons and their families the right of access to a court and the right to an effective remedy. JUSTICE took the view that the procedures of the Sanctions Committee did not therefore provide equivalent protection for those Convention rights.

114. Those conclusions, it observed, were reflected in the findings of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, the United Nations Special Rapporteur on Terrorism and Human Rights and in the decisions of the Canadian Federal Court (*Abdelrazik*), the United Kingdom Supreme Court (*Ahmed*) and the CJEC (*Kadi*) (see “Relevant international case-law” and “Relevant case-law of other States”, paragraphs 82-92 and 93-101 above).

115. JUSTICE was convinced that the Court was not obliged to interpret Article 103 of the Charter in such a manner that it would result in Convention rights being displaced. In particular, the “maintenance of international peace and security”, though the primary function of the Security Council, was not the pre-eminent principle either of international law or of the Charter. At least equal importance was to be attached to the principle of respect for fundamental rights, as indeed was reflected in the Preamble to the Charter.

3. *The Court's assessment*

116. In the light of the arguments set out by the parties and third-party interveners, the Court must determine whether it has jurisdiction to entertain the complaints raised by the applicant. For that purpose it will have to examine whether the application falls within the scope of Article 1 of the Convention and thus engages the responsibility of the respondent State.

(a) *Compatibility ratione personae*

117. 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.”

118. 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” (see *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, § 130, ECHR 2011; *Al-Jedda*, cited above, § 74; *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, § 66, ECHR 2001-XII; and *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 86, Series A no. 161). “Jurisdiction” under Article 1 is a threshold criterion for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions attributable to it which give rise to an allegation of infringement of rights and freedoms set forth in the Convention (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 130; *Al-Jedda*, cited above, § 74; and *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 311, ECHR 2004-VII).

119. The notion of jurisdiction reflects the meaning given to that term in public international law (see *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 137, ECHR 2004-II; *Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, § 20, 14 May 2002; and *Banković and Others*, cited above, §§ 59-61), such that a State’s jurisdiction is primarily territorial (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 131, and *Banković and Others*, cited above, § 59) and is presumed to be exercised normally throughout the State’s territory (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312).

120. Relying on the Court’s decision in *Behrami and Saramati* (cited above), the intervening French Government, in particular, argued that the measures taken by the member States of the United Nations to implement Security Council resolutions under Chapter VII of the Charter were attributable to the United Nations and were thus incompatible *ratione personae* with the Convention. The Court cannot endorse that argument. It would point out that it found in *Behrami and Saramati* that the impugned

acts and omissions of the Kosovo Force (KFOR), whose powers had been validly delegated to it by the Security Council under Chapter VII of the Charter, and those of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK), a subsidiary organ of the United Nations set up under the same Chapter, were directly attributable to the United Nations, an organisation of universal jurisdiction fulfilling its imperative collective-security objective (*ibid.*, § 151). In the present case, by contrast, the relevant Security Council resolutions, especially Resolutions 1267 (1999), 1333 (2000), 1373 (2001) and 1390 (2002), required States to act in their own names and to implement them at national level.

121. In the present case the measures imposed by the Security Council Resolutions were implemented at national level by an Ordinance of the Federal Council, and the applicant's requests for exemption from the ban on entry into Swiss territory were rejected by the Swiss authorities (the Federal Office of Immigration, Integration and Emigration – IMES, then the Federal Office for Migration – FOM). The acts in question therefore relate to the national implementation of United Nations Security Council resolutions (see, *mutatis mutandis*, *Bosphorus*, cited above, § 137, and contrast *Behrami and Saramati*, cited above, § 151). The alleged violations of the Convention are thus attributable to Switzerland.

122. The measures in issue were therefore taken in the exercise by Switzerland of its "jurisdiction" within the meaning of Article 1 of the Convention. The impugned acts and omissions are thus capable of engaging the respondent State's responsibility under the Convention. It also follows that the Court has jurisdiction *ratione personae* to entertain the present application.

123. Accordingly, the Court dismisses the objection that the application is incompatible *ratione personae* with the Convention.

(b) Compatibility *ratione materiae*

124. The Government argued that the present application was also incompatible *ratione materiae* with the Convention. In this connection they emphasised the binding nature of the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the United Nations Charter and its primacy over any other international agreement, in accordance with Article 103 thereof.

125. The Court finds that these arguments concern more the merits of the complaints than their compatibility with the Convention. Consequently, the Government's objection as to the incompatibility *ratione materiae* of the application with the Convention should be joined to the merits.

B. Whether the applicant is a “victim”

1. *The parties’ submissions*

126. The Government pointed out that on 23 September 2009 the applicant’s name had been deleted from the list annexed to the Security Council Resolutions providing for the impugned sanctions and on 29 September 2009 the Taliban Ordinance had been amended accordingly, with effect from 2 October 2009. Thus, they argued, the impugned measures against the applicant had been completely discontinued. In the Government’s opinion, the dispute had therefore been resolved within the meaning of Article 37 § 1 (b) of the Convention and, as a result, they asked the Court to strike the application out of its list, in accordance with that provision.

127. The applicant disagreed with that argument. He took the view that the mere fact that the situation had evolved in such a way that his name had been deleted from the Sanctions Committee’s list, that the Taliban Ordinance had been amended accordingly and that the sanctions against him had been lifted, since the beginning of October 2009, had not deprived him of his victim status as regards the breaches of his rights prior to that date.

2. *The Court’s assessment*

128. It is the settled case-law of the Court that the word “victim” in the context of Article 34 of the Convention denotes the person directly affected by the act or omission in issue, the existence of a violation of the Convention being conceivable even in the absence of prejudice; prejudice is relevant only in the context of Article 41. Consequently, a decision or measure favourable to an applicant is not in principle sufficient to deprive him of his status as a “victim” unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention (see, among other authorities, *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 115, ECHR 2010; *Association Ekin v. France* (dec.), no. 39288/98, 18 January 2000; *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 50, ECHR 1999-VII; *Amuur v. France*, 25 June 1996, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III; and *Eckle v. Germany*, 15 July 1982, § 66, Series A no. 51).

129. In the present case, the Court observes that the sanctions imposed on the applicant have been lifted and that he is now authorised to cross the border of Campione d’Italia to enter or pass through Switzerland freely. However, the lifting of sanctions, which was not decided until September-October 2009, has not deprived the applicant of his status as victim of the

restrictions from which he suffered from the time his name was added, in November 2001, to the Sanctions Committee's list and to the list annexed to the Taliban Ordinance, or at least from 27 November 2003, when he was informed that he was no longer authorised to cross the border (see paragraph 26 above). The lifting of the sanctions cannot be regarded as an acknowledgment by the Government, even implicitly, of a violation of the Convention, for the purposes of the above-cited case-law. Moreover, it was not followed by any redress within the meaning of that case-law.

130. Accordingly, the applicant may claim to have been the victim of the alleged violations of the Convention for a period of at least six years. As a result, the Government's objection as to an alleged lack of victim status should be dismissed.

C. Whether domestic remedies have been exhausted

1. The parties' submissions

(a) The Government

131. The Government observed that, according to the Security Council's sanctions regime, exemptions from the entry-and-transit ban could be granted when they were necessary for the fulfilment of a judicial process, or for other reasons, in particular of a medical, humanitarian or religious nature, subject to the approval of the Sanctions Committee (see Resolution 1390 (2002), paragraph 2(b)). To take account of such situations, Article 4a § 2 of the Taliban Ordinance provided that the FOM could, in accordance with the decisions of the Security Council or for the protection of Swiss interests, grant exemptions.

132. The Government contended that the various decisions given by the FOM had not been appealed against, and the action taken before it concerned only the question of the delisting of the applicant and the organisations associated with him from Annex 2 to the Taliban Ordinance.

133. The Government pointed out that, both before and after the Federal Court's judgment, the applicant had not appealed against any decision of the former IMES or of the FOM (the IMES having been incorporated into the FOM on its creation in 2005) concerning exemptions from the sanctions regime. In addition, the authorities had granted exemptions (in decisions of 20 September 2006 and 11 September 2008) that had not been used by the applicant. The applicant had explained in this connection that the duration of the exemptions had not been sufficient, in view of his age and the distance to be travelled, for him to make the intended journeys. On

this subject the Government pointed out that the first exemption, for one day, had been granted for a journey to Milan in connection with judicial proceedings, and that it took only one hour to drive from Campione d'Italia to the centre of Milan. The second exemption, for two days, had been granted to the applicant for a journey to Berne and Sion, both cities being less than three and a half hours away from Campione by car.

134. Lastly, the Government argued that the applicant could at any time have requested to move house, even temporarily, to another part of Italy, the country of which he was a national. Such a request would have been submitted by the competent Swiss authority (the IMES, then the FOM) to the Sanctions Committee. As the sanctions had been formulated in general terms, the Government were of the opinion that the Committee would most probably have authorised the applicant's move.

135. For these reasons the Government submitted that the applicant had failed to exhaust domestic remedies.

(b) The applicant

136. Concerning the first three refusals by the FOM (26 March 2004, 11 May 2007 and 2 August 2007), the applicant contended that there was no clear domestic case-law as to whether the Swiss authorities had any margin of appreciation in the granting of exemptions from the restrictions imposed on him and that no clarification had been provided by the Federal Court in this connection. Furthermore, no action appeared to have been taken by the FOM or any other authority to clarify the position regarding the grant of exemptions. In his submission it could not therefore be said that an effective remedy, within the meaning of the Court's case-law, was available.

137. As regards the Government's argument that he had failed to make use of the exemptions granted to him by the FOM (on 20 September 2006 and 11 September 2008), he alleged that they concerned only a partial lifting of the measures imposed on him, in respect of very specific situations. Given his age and the length of the journeys involved, he argued that the exemptions for one or two days were far from sufficient.

138. As to the general sanctions regime, the applicant submitted that he had exhausted domestic remedies, because he had challenged before the Federal Court the restrictions imposed by the Taliban Ordinance, of which he complained before the Court.

139. The applicant further observed that the Government's argument that a request to move to another part of Italy would have had greater prospects of success than the request for delisting was purely speculative. He also pointed out that such an option – which he did not consider possible

in his case, particularly because of the freezing of his assets by the sanctions regime and the fact that it had not been envisaged by the Federal Court – would in any event have provided redress only for part of the impugned restrictions.

2. *The Court's assessment*

140. The Court reiterates that the only remedies Article 35 of the Convention requires to be exhausted are those that are available and sufficient and relate to the breaches alleged (see *Tsomtsos and Others v. Greece*, 15 November 1996, § 32, *Reports* 1996-V).

141. The burden of proof is on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that an effective remedy was available in theory and in practice at the relevant time; that is to say, that the remedy was accessible, capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success (see *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 57, ECHR 1999-IX).

142. Moreover, an applicant who has availed himself of a remedy that is apparently effective and sufficient cannot be required also to have tried others that were available but probably no more likely to be successful (see, for example, *Aquilina v. Malta* [GC], no. 25642/94, § 39, ECHR 1999-III, and *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, § 33, *Reports* 1996-IV).

143. In the present case the Court notes that the applicant did not challenge the refusals by the IMES and the FOM to grant his requests for exemption from the sanctions regime and that on two occasions he was granted exemptions that he did not use (see paragraphs 34 and 57 above).

144. However, even supposing that those exemptions had alleviated certain effects of the sanctions regime, by allowing him to leave the enclave of Campione d'Italia for medical or legal reasons, the Court is of the view that the issue of exemptions was part of a broader situation whose origin lay in the addition by the Swiss authorities of the applicant's name to the list annexed to the Taliban Ordinance, which was based on the Sanctions Committee's list. In this connection, it should be observed that the applicant submitted many requests to the national authorities for the deletion of his name from the list annexed to the Taliban Ordinance – requests that were denied by the State Secretariat for Economic Affairs (SECO) and the Federal Department of Economic Affairs (see paragraphs 30-32 above). The Federal Council, to which he appealed against the Department's decision, referred the case to the Federal Court. By a judgment of 14 November 2007, that court dismissed his appeal without examining the merits of the complaints under the Convention. Consequently, the Court takes the view that the

applicant has exhausted domestic remedies relating to the sanctions regime as a whole, the application of which in his case stemmed from the addition of his name to the list annexed to the Taliban Ordinance.

145. In these circumstances, the Court does not find it necessary to address, at this stage, the argument raised by the Government to the effect that the applicant could have been reasonably expected to move from Campione d'Italia, where he had been living since 1970, to another region of Italy. That question will, by contrast, play a certain role when it comes to examining the proportionality of the impugned measures (see paragraph 190 below).

146. As to the complaint under Article 8 that the addition of the applicant's name to the list annexed to the Taliban Ordinance had impugned his honour and reputation, the Court acknowledges that it was raised, at least in substance, before the domestic authorities. The applicant indeed claimed that the addition of his name to the Sanctions Committee's list was tantamount to accusing him publicly of being associated with Osama bin Laden, al-Qaeda and the Taliban, when that was not the case (see paragraphs 33 and 38 above).

147. Consequently, the Court dismisses the Government's objection as to the inadmissibility of the application for failure to exhaust domestic remedies in respect of the applicant's complaints under Articles 5 and 8.

148. As regards the complaint under Article 13, the Court finds that the objection of non-exhaustion of remedies is closely linked to the merits of the complaint. Accordingly, the Court joins it to the merits.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

149. The applicant complained that the measure by which he was prohibited from entering or passing through Switzerland had breached his right to respect for his private life, including his professional life, and his family life. He contended that this ban had prevented him from seeing his doctors in Italy or in Switzerland and from visiting his friends and family. He further claimed that the addition of his name to the list annexed to the Taliban Ordinance had impugned his honour and reputation. In support of these complaints he 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. Admissibility

150. The Court finds that it should first examine the applicability of Article 8 in the present case.

151. It reiterates that “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition (see, for example, *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 52, ECHR 2009; *Tysiāc v. Poland*, no. 5410/03, § 107, ECHR 2007-I; *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, no. 55525/00, § 51, 14 February 2008; *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III; and *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 66, ECHR 2008). The Court has found that health, together with physical and moral integrity, falls within the realm of private life (see *Glor*, cited above, § 54, and *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 22, Series A no. 91; see also *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, § 36, Series A no. 247-C). The right to private life also encompasses the right to personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world in general (see, for example, *S. and Marper*, cited above, § 66).

152. It should moreover be observed that Article 8 also protects the right to respect for “family life”. Under that provision the State must in particular act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31). The Court determines the existence of family life on a case-by-case basis, looking at the circumstances of each case. The relevant criterion in such matters is the existence of effective ties between the individuals concerned (*ibid.*; see also *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 150, ECHR 2001-VII, and *Şerife Yiğit v. Turkey* [GC], no. 3976/05, § 93, 2 November 2010).

153. The Court would further reiterate that Article 8 also protects the right to respect for one’s home (see, for example, *Gillow v. the United Kingdom*, 24 November 1986, § 46, Series A no. 109).

154. In the light of that case-law, the Court finds that the complaints submitted by the applicant under Article 8 are indeed to be examined under that Article. It cannot be excluded that the measure prohibiting him from entering Switzerland prevented him – or at least made it more difficult for him – to consult his doctors in Italy or Switzerland or to visit his friends and family. Article 8 therefore applies in the present case in both its “private life” aspect and its “family life” aspect.

155. Furthermore, this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and no other ground for

declaring it inadmissible has been established. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicant

156. The applicant alleged that the restrictions on his freedom of movement had prevented him from taking part in family events (such as funerals or weddings), which had taken place during the period when he was unable to travel freely on account of the sanctions regime. He thus claimed to be a victim of a violation of his right to respect for his private and family life. In this connection, he contended that his status as an Italian national, not resident in the territory of the respondent State, did not prevent him from complaining of a violation of his rights by Switzerland, especially given the very special situation of the Campione d'Italia enclave, being surrounded by Swiss territory. He even took the view that, given the integration of Campione d'Italia into the Canton of Ticino, in particular its economic integration, it would have been appropriate for the Swiss authorities to treat him as a Swiss national for the purposes of the sanctions regime. Moreover, he asserted that, contrary to the Government's allegation, he did not have the option of living elsewhere in Italy.

157. The applicant further observed that the addition of his name to the list annexed to the Taliban Ordinance had caused damage to his honour and reputation, since that list enumerated persons suspected of helping to finance terrorism. In support of that view he referred to the case of *Sayadi and Vinck v. Belgium* (see paragraphs 88-92 above) in which the Human Rights Committee found that the addition of the complainants' names to the Sanctions Committee's list had constituted an unlawful attack on their honour.

158. In the applicant's submission, those circumstances were aggravated by the fact that he had never been given an opportunity to challenge the merits of the allegations against him.

159. There had thus been a violation of Article 8 on various counts.

(b) The Government

160. The Government observed that the applicant had been free to receive all the visits he wished in Campione d'Italia, in particular from his grandchildren. The applicant had not alleged that it would have been

impossible or particularly difficult for his family or friends to go to Campione d'Italia, where he could have carried on his family and social life as he saw fit, without any restriction whatsoever. As regards exceptional events, such as the marriage of a friend or relative, he could have sought an exemption from the applicable rules. In addition, as shown in connection with the exhaustion of domestic remedies, the applicant could have requested to move to another part of Italy. Lastly, the Convention did not protect the right of a foreign national to visit a State that had prohibited him from entering it simply so that he could maintain his residence in an enclave which he could not leave without crossing that State. For all those reasons the Government were of the opinion that the disputed measures did not constitute interference with the rights guaranteed by Article 8.

161. In response to the applicant's allegation that he had never been able to find out the factors which had led to the impugned measures, or to challenge them before a court, the Government stated that, as shown in their earlier observations, the impugned measures had not breached the applicant's rights under Article 8. Consequently, the procedural aspect of that provision was not applicable.

162. For those reasons the Government were of the opinion that the restrictions imposed did not constitute an interference with the applicant's rights under Article 8. If the Court were to find otherwise, the Government argued that the measure was in any event necessary in a democratic society under Article 8 § 2.

2. *The Court's assessment*

(a) **Whether there has been an interference**

163. The Court finds it appropriate to begin by examining the applicant's allegation that he sustained interference with his right to respect for his private and family life on account of the fact that he was prohibited from entering or passing through Switzerland.

164. The Court reiterates that a State is entitled, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, to control the entry of non-nationals into its territory. In other words, the Convention does not as such guarantee the right of an alien to enter a particular country (see, among many other authorities, *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 68, ECHR 2008; *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, § 54, ECHR 2006-XII; *Boujlifa v. France*, 21 October 1997, § 42, *Reports* 1997-VI; and *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 67, Series A no. 94).

165. In the present case, the Court observes that the Federal Court found that the impugned measure constituted a significant restriction on the applicant's freedom (see paragraph 52 above), as he was in a very specific situation on account of the location of Campione d'Italia, an enclave surrounded by the Swiss Canton of Ticino. The Court would endorse that opinion. It takes the view that the measure preventing the applicant from leaving the very confined area of Campione d'Italia for at least six years was likely to make it more difficult for him to exercise his right to maintain contact with others – in particular his friends and family – living outside the enclave (see, *mutatis mutandis*, *Agraw v. Switzerland*, no. 3295/06, § 51, and *Mengesha Kimfe v. Switzerland*, no. 24404/05, §§ 69-72, both judgments of 29 July 2010).

166. In view of the foregoing, the Court finds that there has been an interference with the applicant's right to respect for his private and family life within the meaning of Article 8 § 1.

(b) Whether the interference was justified

167. The interference with the applicant's right to respect for his private and family life, as found above, will breach Article 8 unless it satisfies the requirements of paragraph 2 of that provision. It thus remains to be determined whether it was "in accordance with the law", pursued one or more of the legitimate aims enumerated in that paragraph and was "necessary in a democratic society" to achieve such aims. The Court finds it appropriate first to reiterate certain principles that will guide it in its subsequent examination.

(i) General principles

168. According to established case-law, 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 *Bosphorus*, cited above, § 153, and *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 29, *Reports* 1998-I). Treaty commitments entered into by a State subsequent to the entry into force of the Convention in respect of that State may thus engage its responsibility for Convention purposes (see *Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010, and *Bosphorus*, cited above, § 154, and the cases cited therein).

169. Moreover, the Court reiterates that the Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, and in particular the rules concerning the international protection of human rights (see, for example, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 131, ECHR 2010; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI; and *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18).

170. When creating new international obligations, States are assumed not to derogate from their previous obligations. Where a number of apparently contradictory instruments are simultaneously applicable, international case-law and academic opinion endeavour to construe them in such a way as to coordinate their effects and avoid any opposition between them. Two diverging commitments must therefore be harmonised as far as possible so that they produce effects that are fully in accordance with existing law (see, to this effect, *Al-Saadoon and Mufdhi*, cited above, § 126; *Al-Adsani*, cited above, § 55; and the *Banković* decision, cited above, §§ 55-57; see also the references cited in the International Law Commission study group’s report entitled “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”, paragraph 81 above).

171. As regards, more specifically, the question of the relationship between the Convention and Security Council resolutions, the Court found as follows in its *Al-Jedda* judgment (cited above):

“101. Article 103 of the Charter of the United Nations provides that the obligations of the members of the United Nations under the Charter shall prevail in the event of a conflict with obligations under any other international agreement. Before it can consider whether Article 103 had any application in the present case, the Court must determine whether there was a conflict between the United Kingdom’s obligations under United Nations Security Council Resolution 1546 and its obligations under Article 5 § 1 of the Convention. In other words, the key question is whether Resolution 1546 placed the United Kingdom under an obligation to hold the applicant in internment.

102. In its approach to the interpretation of Resolution 1546, the Court has reference to the considerations set out in paragraph 76 above. In addition, the Court must have regard to the purposes for which the United Nations was created. As well as the purpose of maintaining international peace and security, set out in the first sub-paragraph of Article 1 of the Charter of the United Nations, the third sub-paragraph provides that the United Nations was established to ‘achieve international cooperation in ... promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms’. Article 24 § 2 of the Charter requires the Security Council, in discharging its duties with respect to its primary responsibility for the maintenance of international peace and

security, to ‘act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations’. Against this background, the Court considers that, in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a United Nations Security Council resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations’ important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law.”

172. The Grand Chamber confirms those principles. However, in the present case it observes that, contrary to the situation in *Al-Jedda*, where the wording of the resolution in issue did not specifically mention internment without trial, Resolution 1390 (2002) expressly required States to prevent the individuals on the United Nations list from entering or transiting through their territory. As a result, the above-mentioned presumption is rebutted in the present case, having regard to the clear and explicit language, imposing an obligation to take measures capable of breaching human rights, that was used in that Resolution (see also paragraph 7 of Resolution 1267 (1999), paragraph 70 above, in which the Security Council was even more explicit in setting aside any other international obligations that might be incompatible with the Resolution).

(ii) *Legal basis*

173. The Court notes that the question of the existence of a legal basis is not a matter of dispute between the parties. It observes that the impugned measures were taken pursuant to the Taliban Ordinance, adopted to implement the relevant Security Council resolutions. To be precise, the ban on entry into and transit through Switzerland was based on Article 4a of that Ordinance (see paragraph 66 above). The measures therefore had a sufficient legal basis.

(iii) *Legitimate aim*

174. The applicant did not appear to deny that the impugned restrictions were imposed in pursuit of legitimate aims. The Court finds it established that those restrictions pursued one or more of the legitimate aims enumerated in Article 8 § 2: firstly, they sought to prevent crime, and, secondly, as the relevant Security Council resolutions had been adopted to combat international terrorism under Chapter VII of the United Nations Charter (“Action with respect to threats to the peace, breaches of the

peace, and acts of aggression”), they were also capable of contributing to Switzerland’s national security and public safety.

(iv) “Necessary in a democratic society”

(a) Implementation of Security Council resolutions

175. The respondent Government, together with the French and United Kingdom Governments, intervening as third parties, argued that the Swiss authorities had no latitude in implementing the relevant Security Council resolutions in the present case. The Court must therefore firstly examine those resolutions in order to determine whether they left States any freedom in their implementation and, in particular, whether they allowed the authorities to take into account the very specific nature of the applicant’s situation and therefore to meet the requirements of Article 8 of the Convention. In order to do so, it will particularly take account of the wording of those resolutions and the context in which they were adopted (see *Al-Jedda*, cited above, § 76, with the reference cited therein to the relevant case-law of the International Court of Justice). It will moreover have regard to the objectives pursued by those resolutions (see, to that effect, the *Kadi* judgment of the CJEC, § 296, paragraph 86 above), as stated mainly in the preambles thereto, read in the light of the purposes and principles of the United Nations.

176. The Court observes that Switzerland did not become a member of the United Nations until 10 September 2002: it had thus adopted the Taliban Ordinance of 2 October 2000 before even becoming a member of that organisation, whereas it was already bound by the Convention. Similarly, it had implemented at domestic level the entry-and-transit ban concerning the applicant, as required by Resolution 1390 (2002) of 16 January 2002 (see paragraph 74 above), on 1 May of that year by the amendment of Article 4a of the Taliban Ordinance. The Court acknowledges that this Resolution, particularly in the light of paragraph 2, was addressed to “all States” and not only the members of the United Nations. However, the Court observes that the United Nations Charter does not impose on States a particular model for the implementation of the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII. Without prejudice to the binding nature of such resolutions, the Charter in principle leaves to United Nations member States a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. The Charter thus imposes on States an obligation of result, leaving them to choose the means by which they give effect to the resolutions (see to the same effect, *mutatis mutandis*, the *Kadi* judgment of the CJEC, § 298, paragraph 86 above).

177. In the present case, the applicant mainly challenged the Swiss entry-and-transit ban imposed on him in particular through the implementation of Resolution 1390 (2002). Whilst paragraph 2(b) of that Resolution required States to take such measures, it stated that the ban did “not apply where entry or transit [was] necessary for the fulfilment of a judicial process ...” (see paragraph 74 above). In the Court’s view, the term “necessary” was to be construed on a case-by-case basis.

178. In addition, in paragraph 8 of Resolution 1390 (2002), the Security Council “[urged] all States to take immediate steps to enforce and strengthen through legislative enactments or administrative measures, where appropriate, the measures imposed under domestic laws or regulations against their nationals and other individuals or entities operating on their territory ...” (see paragraph 74 above). The wording “where appropriate” also had the effect of affording the national authorities a certain flexibility in the mode of implementation of the Resolution.

179. Lastly, the Court would refer to the motion by which the Foreign Policy Commission of the Swiss National Council requested the Federal Council to inform the United Nations Security Council that it would no longer unconditionally be applying the sanctions prescribed against individuals under the counterterrorism resolutions (see paragraph 63 above). Even though that motion was drafted in rather general terms, it can nevertheless be said that the applicant’s case was one of the main reasons for its adoption. In any event, in the Court’s view, the Swiss Parliament, in adopting that motion, was expressing its intention to allow a certain discretion in the application of the Security Council’s counterterrorism resolutions.

180. In view of the foregoing, the Court finds that Switzerland enjoyed some latitude, which was admittedly limited but nevertheless real, in implementing the relevant binding resolutions of the United Nations Security Council.

(β) Whether the interference was proportionate in the present case

181. An interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient” (see, for example, *S. and Marper*, cited above, § 101, and *Coster v. the United Kingdom* [GC], no. 24876/94, § 104, 18 January 2001, with the cases cited therein).

182. The object and purpose of the Convention, being a human rights treaty protecting individuals on an objective basis (see *Neulinger and Shuruk*,

cited above, § 145), call for its provisions to be interpreted and applied in a manner that renders its guarantees practical and effective (see, among other authorities, *Artico v. Italy*, 13 May 1980, § 33, Series A no. 37). Thus, in order to ensure “respect” for private and family life within the meaning of Article 8, the realities of each case must be taken into account in order to avoid the mechanical application of domestic law to a particular situation (see, *mutatis mutandis*, *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, § 86, 13 December 2007).

183. The Court has previously found that, for a measure to be regarded as proportionate and as necessary in a democratic society, the possibility of recourse to an alternative measure that would cause less damage to the fundamental right in issue whilst fulfilling the same aim must be ruled out (see *Glor*, cited above, § 94).

184. In any event, the final evaluation of whether the interference is necessary remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (see, for example, *S. and Marper*, cited above, § 101, and *Coster*, cited above, § 104). A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this connection. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference (see *S. and Marper*, cited above, § 102).

185. In order to address the question whether the measures taken against the applicant were proportionate to the legitimate aim that they were supposed to pursue, and whether the reasons given by the national authorities were “relevant and sufficient”, the Court must examine whether the Swiss authorities took sufficient account of the particular nature of his case and whether they adopted, in the context of their margin of appreciation, the measures that were called for in order to adapt the sanctions regime to the applicant’s individual situation.

186. In doing so, the Court is prepared to take account of the fact that the threat of terrorism was particularly serious at the time of the adoption, between 1999 and 2002, of the resolutions prescribing those sanctions. That is unequivocally shown by both the wording of the resolutions and the context in which they were adopted. However, the maintaining or even reinforcement of those measures over the years must be explained and justified convincingly.

187. The Court observes in this connection that the investigations conducted by the Swiss and Italian authorities concluded that the suspicions about the applicant’s participation in activities related to international terrorism were clearly unfounded. On 31 May 2005 the Swiss Federal

Prosecutor closed the investigation opened in October 2001 in respect of the applicant, and on 5 July 2008 the Italian government submitted to the Sanctions Committee a request for the applicant's delisting on the ground that the proceedings against him in Italy had been discontinued (see paragraph 56 above). The Federal Court, for its part, observed that the State which had conducted the investigations and criminal proceedings could not itself proceed with the deletion, but it could at least transmit the results of its investigations to the Sanctions Committee and request or support the person's delisting (see paragraph 51 above).

188. In this connection the Court is surprised by the allegation that the Swiss authorities did not inform the Sanctions Committee until 2 September 2009 of the conclusions of investigations closed on 31 May 2005 (see paragraph 61 above). Observing, however, that the veracity of this allegation has not been disputed by the Government, and without any explanation having been given by the latter for such delay, the Court finds that a more prompt communication of the investigative authorities' conclusions might have led to the deletion of the applicant's name from the United Nations list at an earlier stage, thereby considerably reducing the period of time in which he was subjected to the restrictions of his rights under Article 8 (see, in this connection, *Sayadi and Vinck* (Human Rights Committee), § 12, paragraphs 88 to 92 above).

189. As regards the scope of the prohibition in question, the Court emphasises that it prevented the applicant not only from entering Switzerland but also from leaving Campione d'Italia at all, in view of its situation as an enclave, even to travel to any other part of Italy, the country of which he was a national, without breaching the sanctions regime.

190. Moreover, the Court considers that the applicant could not reasonably have been required to move from Campione d'Italia, where he had been living since 1970, to settle in another region of Italy, especially as it cannot be ruled out that, as a result of the freeze imposed by paragraph 1(c) of Resolution 1373 (2001) (see paragraph 73 above), he could no longer dispose freely of all his property and assets. Regardless of whether a request for authorisation to move house would have had any chance of success, it should be pointed out that the right to respect for one's home is protected by Article 8 of the Convention (see, for example, *Prokopovich v. Russia*, no. 58255/00, § 37, ECHR 2004-XI, and *Gillow*, cited above, § 46).

191. The Court would further observe that the present case has a medical aspect that should not be underestimated. The applicant was born in 1931 and has health problems (see paragraph 14 above). The Federal Court itself found that, although Article 4a § 2 of the Taliban Ordinance was formulated more as an enabling provision, it did oblige the authorities to

grant an exemption in all cases where the United Nations sanctions regime so permitted, as a more far-reaching restriction on individual freedom of movement would not have been justified either by the Security Council resolutions or by the public interest and would have been disproportionate in the light of the applicant's particular situation (see paragraph 52 above).

192. In reality, the IMES and the FOM denied a number of requests for exemption from the entry-and-transit ban that had been submitted by the applicant for medical reasons or in connection with judicial proceedings. He did not appeal against those refusals. Moreover, in the two cases where his requests were accepted, he waived the use of those exemptions (for one and two days respectively), finding that their length was not sufficient for him to make the intended journeys in view of his age and the considerable distance to be covered. The Court can understand that he may have found those exemptions to be insufficient in duration, in view of the above-mentioned factors (see, in particular, paragraph 191 above).

193. It should be pointed out in this connection that, under paragraph 2(b) of Resolution 1390 (2002), the Sanctions Committee was entitled to grant exemptions in specific cases, especially for medical, humanitarian or religious reasons. During the meeting of 22 February 2008 (see paragraph 54 above), a representative of the Federal Department of Foreign Affairs indicated that the applicant could request the Sanctions Committee to grant a broader exemption in view of his particular situation. The applicant did not make any such request, but it does not appear, in particular from the record of that meeting, that the Swiss authorities offered him any assistance to that end.

194. It has been established that the applicant's name was added to the United Nations list, not on the initiative of Switzerland but on that of the United States of America. Neither has it been disputed that, at least until the adoption of Resolution 1730 (2006), it was for the State of citizenship or residence of the person concerned to approach the Sanctions Committee for the purposes of the delisting procedure. Indeed, in the applicant's case Switzerland was neither his State of citizenship nor his State of residence, and the Swiss authorities were not therefore competent to undertake such action. However, it does not appear that Switzerland ever sought to encourage Italy to undertake such action or to offer it assistance for that purpose (see, *mutatis mutandis*, the case of *Sayadi and Vinck* (Human Rights Committee), § 12, paragraphs 88 to 92 above). It can be seen from the record of the meeting of 22 February 2008 (see paragraph 54 above) that the authorities merely suggested that the applicant contact the Italian Permanent Mission to the United Nations, adding that Italy at that time had a seat on the Security Council.

195. The Court acknowledges that Switzerland, along with other States, made considerable efforts that resulted, after a few years, in improvement to the sanctions regime (see paragraphs 64 and 78 above). It is of the opinion, however, in view of the principle that the Convention protects rights that are not theoretical or illusory but practical and effective (see *Artico*, cited above, § 33), that it is important in the present case to consider the measures that the national authorities actually took, or sought to take, in response to the applicant's very specific situation. In this connection, the Court considers in particular that the Swiss authorities did not sufficiently take into account the realities of the case, especially the unique geographical situation of Campione d'Italia, the considerable duration of the measures imposed or the applicant's nationality, age and health. It further finds that the possibility of deciding how the relevant Security Council resolutions were to be implemented in the domestic legal order should have allowed some alleviation of the sanctions regime applicable to the applicant, having regard to those realities, in order to avoid interference with his private and family life, without however circumventing the binding nature of the relevant resolutions or compliance with the sanctions provided for therein.

196. In the light of the Convention's special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (see, for example, *Soering*, cited above, § 87, and *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 239, Series A no. 25), the Court finds that the respondent State could not validly confine itself to relying on the binding nature of Security Council resolutions, but should have persuaded the Court that it had taken – or at least had attempted to take – all possible measures to adapt the sanctions regime to the applicant's individual situation.

197. That finding dispenses the Court from determining the question, raised by the respondent and intervening Governments, of the hierarchy between the obligations of the States Parties to the Convention under that instrument, on the one hand, and those arising from the United Nations Charter, on the other. In the Court's view, the important point is that the respondent Government have failed to show that they attempted, as far as possible, to harmonise the obligations that they regarded as divergent (see, in this connection, paragraphs 81 and 170 above).

198. Having regard to all the circumstances of the present case, the Court finds that the restrictions imposed on the applicant's freedom of movement for a considerable period of time did not strike a fair balance between his right to the protection of his private and family life, on the one hand, and the legitimate aims of the prevention of crime and the protection of Switzerland's national security and public safety, on the other. Consequently,

the interference with his right to respect for private and family life was not proportionate and therefore not necessary in a democratic society.

(γ) Conclusion

199. In view of the foregoing, the Court dismisses the Government's preliminary objection that the application was incompatible *ratione materiae* with the Convention and, ruling on the merits, finds that there has been a violation of Article 8 of the Convention. Having regard to that conclusion, and notwithstanding that the applicant's allegation that the addition of his name to the list annexed to the Taliban Ordinance also impugned his honour and reputation constitutes a separate complaint, the Court finds that it does not need to examine that complaint separately.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

200. The applicant complained that he had not had an effective remedy by which to have his Convention complaints examined. He thus alleged that there had been a violation of Article 13, which reads as follows:

“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.”

A. Admissibility

201. The Court observes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. It finds, moreover, that no other ground for declaring it inadmissible has been established. The complaint should thus be declared admissible.

B. Merits

1. *The parties' submissions*

(a) **The applicant**

202. The applicant argued, relying on the *Al-Nashif v. Bulgaria* case (no. 50963/99, 20 June 2002), that the competing interests of the protection of sources and information critical to national security, on the one hand, and the right to an effective remedy, on the other, could be reconciled through a specially adapted procedure. In the present case, however, no such procedure had been available, either before United Nations bodies or before the domestic authorities.

203. He further pointed out that the above-mentioned *Sayadi and Vinck* case (see paragraphs 88-92 above), where the Human Rights Committee had concluded that an effective remedy was constituted by the court order requiring the Belgian government, which had forwarded the complainants' names to the Sanctions Committee in the first place, to submit a delisting request to that Committee, was not relevant to the present case for two reasons. Firstly, because he was not complaining that Switzerland had failed to have his name removed from the United Nations list; the Human Rights Committee had clearly confirmed that the relevant authority lay entirely with the Sanctions Committee and not with the State itself. Secondly, in his case, the Federal Court, unlike the Brussels Court of First Instance in *Sayadi and Vinck*, although observing that the respondent Government were obliged to support the applicant in any endeavour to secure delisting, had not actually ordered it to do so.

204. The applicant thus argued that the conformity of the impugned measures with Articles 3, 8 and 9 of the Convention was not subject to the scrutiny of any domestic court and that, accordingly, there had been a violation of Article 13.

(b) The Government

205. In the Government's submission, Article 13 required that where an individual had an arguable complaint that there had been a violation of the Convention, he or she should have a remedy before a "national authority". The Government submitted that, having regard to their previous arguments, the applicant's complaints were not made out. They argued that, should the Court decide not to follow that assessment, there had not in any event been a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 8 in the present case.

206. The Government pointed out that the applicant had requested the deletion of his name and those of the organisations with which he was associated from the list annexed to the Taliban Ordinance. That request had apparently been examined by the Federal Court, which had found that the applicant did not have an effective remedy in respect of that issue since, being bound by the Security Council resolutions, it was not able to annul the sanctions imposed on the applicant. The Federal Court had nevertheless emphasised that, in that situation, it was for Switzerland to request the applicant's delisting or to support such a procedure initiated by him. In this connection, the Government observed that Switzerland was not itself entitled to lodge a delisting request – as the applicant did not have Swiss nationality and did not live in Switzerland – as had been confirmed by the Sanctions Committee. Switzerland had simply had the possibility of

supporting a request lodged by the applicant himself, and it had apparently done so by sending his lawyer a formal attestation of the discontinuance of criminal proceedings against him.

2. *The Court's assessment*

(a) **Applicable principles**

207. The Court observes that Article 13 guarantees the availability at national level of a remedy by which to complain about a breach of the Convention rights and freedoms. Therefore, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision, there must be a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention, but the remedy must in any event be "effective" in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the State (see *Büyükdag v. Turkey*, no. 28340/95, § 64, 21 December 2000, with the cases cited therein, especially *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, § 95, *Reports* 1996-VI). Under certain conditions, the aggregate of remedies provided for under domestic law may satisfy the requirements of Article 13 (see, in particular, *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 77, Series A no. 116).

208. However, Article 13 requires that a remedy be available in domestic law only in respect of grievances which can be regarded as "arguable" in terms of the Convention (see, for example, *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, 27 April 1988, § 54, Series A no. 131). It does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's laws to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention (see *Costello-Roberts*, cited above, § 40), but seeks only to ensure that anyone who makes an arguable complaint about a violation of a Convention right will have an effective remedy in the domestic legal order (*ibid.*, § 39).

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

209. The Court is of the opinion that, in view of its finding of a violation of Article 8 above, the complaint is arguable. It therefore remains to be ascertained whether the applicant had, under Swiss law, an effective remedy by which to complain of the breaches of his Convention rights.

210. The Court observes that the applicant was able to apply to the national authorities to have his name deleted from the list annexed to

the Taliban Ordinance and that this could have provided redress for his complaints under the Convention. However, those authorities did not examine on the merits his complaints concerning the alleged violations of the Convention. In particular, the Federal Court took the view that whilst it could verify whether Switzerland was bound by the Security Council resolutions, it could not lift the sanctions imposed on the applicant on the ground that they did not respect human rights (see paragraph 50 above).

211. The Federal Court, moreover, expressly acknowledged that the delisting procedure at United Nations level, even after its improvement by the most recent resolutions, could not be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention (*ibid.*).

212. The Court would further refer to the finding of the CJEC that “it is not a consequence of the principles governing the international legal order under the United Nations that any judicial review of the internal lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental freedoms is excluded by virtue of the fact that that measure is intended to give effect to a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations” (see the *Kadi* judgment of the CJEC, § 299, paragraph 86 above). The Court is of the opinion that the same reasoning must be applied, *mutatis mutandis*, to the present case, more specifically to the review by the Swiss authorities of the conformity of the Taliban Ordinance with the Convention. It further finds that there was nothing in the Security Council Resolutions to prevent the Swiss authorities from introducing mechanisms to verify the measures taken at national level pursuant to those Resolutions.

213. Having regard to the foregoing, the Court finds that the applicant did not have any effective means of obtaining the removal of his name from the list annexed to the Taliban Ordinance and therefore no remedy in respect of the Convention violations that he alleged (see, *mutatis mutandis*, Lord Hope, in the main part of the *Ahmed and others* judgment, §§ 81-82, paragraph 96 above).

214. Accordingly, the Court dismisses the preliminary objection raised by the Government as to the non-exhaustion of domestic remedies and, ruling on the merits, finds that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

IV. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 5 OF THE CONVENTION

215. Relying on Article 5 § 1 of the Convention, the applicant argued that by preventing him from entering or transiting through Switzerland, because his name was on the Sanctions Committee’s list, the Swiss authorities had deprived him of his liberty. Under Article 5 § 4, he complained that

the authorities had not undertaken any review of the lawfulness of the restrictions to his freedom of movement. Those provisions read as follows:

“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:

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

...

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.

...”

1. Submissions of the parties and third-party interveners

(a) The Government

216. The Government, referring to the *Guzzardi v. Italy* (6 November 1980, Series A no. 39) and *S.F. v. Switzerland* (no. 16360/90, Commission decision of 2 March 1994, Decisions and Reports 76-B, pp. 13 et seq.) cases, argued that there had been no “deprivation of liberty” in the present case. They stated that the purpose of the measure in question had never been to confine the applicant to the territory of Campione d’Italia. Only a ban on entering and transiting through Switzerland had been imposed on him. The fact that the applicant found that his movements were restricted by the impugned measure was attributable only to himself, because he had chosen to live in an Italian enclave surrounded by Swiss territory. Neither

the sanctions as decided by the United Nations, nor their implementation by the Swiss authorities, had obliged him to remain a resident of Campione d'Italia. At any time he could thus have requested authorisation to transfer his home to another part of Italy.

217. As regards the effects and conditions of the measure, the Government observed that the applicant was not subject to any restriction apart from the ban – albeit theoretical in their view – on his entry into or transit through Switzerland. In particular, he was not under surveillance by the Swiss authorities, had no specific obligations and could have received as many visits as he wished. He was also able, at all times, to meet his lawyers freely. The Government further pointed out that the border between Campione d'Italia and Switzerland was not patrolled, so the ban on entry into Switzerland could not have been perceived by him as a physical obstacle.

218. For those reasons the Government contended that the impugned measure could not be regarded as a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1.

(b) The applicant

219. The applicant argued that the present case could not be compared to *S.F. v. Switzerland* (cited above), in which the Commission had declared inadmissible the complaint of an applicant under Article 5 that he had not been authorised to leave Campione d'Italia for several years. Firstly, in the applicant's case the inability to leave the area was not the result of a criminal conviction and, secondly, he had been unable to challenge the impugned restrictions in the context of a fair hearing, unlike the applicant in *S.F. v. Switzerland*.

220. The applicant did not dispute the fact that no physical obstacle prevented him from leaving Campione d'Italia, but he pointed out that the border with Switzerland was nevertheless occasionally subject to spot-checks and that, if it had been discovered in the context of such a check that he was attempting to enter a territory from which he was banned, he would have faced proceedings entailing heavy penalties.

221. The applicant stated that Campione d'Italia had a surface area of 1.6 sq. km and that, therefore, the space in which he could move freely was even smaller than that of the applicant in *Guzzardi* (cited above), who was on an island of 2.5 sq. km.

222. Moreover, the applicant pointed out that even the Federal Court itself had recognised that the restrictions amounted in effect to house arrest. For all those reasons, he contended that Article 5 § 1 should be applicable in his case.

(c) **The French Government**

223. The French Government, intervening as a third party, were of the opinion that Article 5 of the Convention could not be applicable to the situation of a person who was refused entry into or transit through a given territory, and that the particular circumstances of the case, stemming from the applicant's residence in an Italian enclave within the Canton of Ticino, could not change that assessment, unless the substance of that provision were to be substantially distorted.

2. *The Court's assessment*

224. The Court reiterates that Article 5 enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty. The text of Article 5 makes it clear that the guarantees it contains apply to "everyone". Sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1 contain an exhaustive list of permissible grounds on which persons may be deprived of their liberty. No deprivation of liberty will be compatible with Article 5 § 1 unless it falls within one of those grounds or is provided for by a lawful derogation under Article 15 of the Convention, which allows for a Contracting State "[i]n time of war or other public emergency threatening the life of the nation" to take measures derogating from its obligations under Article 5 "to the extent strictly required by the exigencies of the situation" (see, among other authorities, *Al-Jedda*, cited above, § 99; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, §§ 162-63, ECHR 2009; and *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 194).

225. Article 5 § 1 is not concerned with mere restrictions on liberty of movement, which are governed by Article 2 of Protocol No. 4, a Protocol not ratified by Switzerland. In order to determine whether someone has been "deprived of his liberty" within the meaning of Article 5, the starting-point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation and restriction of liberty is one of degree or intensity, and not one of nature or substance (see *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, § 57, ECHR 2012; *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, § 115, ECHR 2012; *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, § 73, ECHR 2010; *Guzzardi*, cited above, §§ 92-93; *Storck v. Germany*, no. 61603/00, § 71, ECHR 2005-V; and *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, § 59, Series A no. 22).

226. The Court is further of the view that the requirement to take account of the “type” and “manner of implementation” of the measure in question (see *Engel and Others*, § 59, and *Guzzardi*, § 92, both cited above) enables it to have regard to the specific context and circumstances surrounding types of restriction other than the paradigm of confinement in a cell (see, for example, *Engel and Others*, § 59, and *Amuur*, § 43, both cited above). Indeed, the context in which the measure is taken is an important factor, since situations commonly occur in modern society where the public may be called on to endure restrictions on freedom of movement or liberty in the interests of the common good (see, *mutatis mutandis*, *Austin and Others*, cited above, § 59).

227. The Court observes that, in support of his argument that Article 5 must apply in the present case, the applicant relied particularly on the above-cited *Guzzardi* case. In that case, the application had been lodged by an individual who, being suspected of belonging to a “band of mafiosi”, had been forced to live on an island within an (unfenced) area of 2.5 sq. km, together with other residents in a similar situation and supervisory staff. The Court found that the applicant had been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5 and that he could therefore rely on the guarantees under that provision (see also *Giulia Manzoni v. Italy*, 1 July 1997, §§ 18-25, *Reports* 1997-IV).

228. By contrast, in the *S.F. v. Switzerland* case (cited above), where the applicant complained about not being authorised to leave Campione d’Italia for several years, the Commission declared the complaint inadmissible, finding that Article 5 was not applicable in that case. The Grand Chamber finds it appropriate in the present case to opt for the latter approach, for the following reasons.

229. In the applicant’s concrete situation, the Court acknowledges that the restrictions were maintained for a considerable length of time. However, it observes that the area in which the applicant was not allowed to travel was the territory of a third country, Switzerland, and that, under international law, that country had the right to prevent the entry of an alien (see paragraph 164 above). The restrictions in question did not prevent the applicant from freely living and moving within the territory of his permanent residence, where he had chosen, of his own free will, to live and carry on his activities. The Court considers that, in these circumstances, his case differs radically from the factual situation in *Guzzardi* (cited above) and that the prohibition imposed upon the applicant does not raise an issue under Article 5 of the Convention.

230. The Court further recognises that Campione d’Italia represents a small area of territory. However, it observes that the applicant was not,

strictly speaking, in a situation of detention, nor was he actually under house arrest: he was merely prohibited from entering or transiting through a given territory, and as a result of that measure he was unable to leave the enclave.

231. In addition, the Court notes that the applicant did not dispute before it the Swiss Government's assertion that he had not been subjected to any surveillance by the Swiss authorities and had not been obliged to report regularly to the police (contrast *Guzzardi*, cited above, § 95). Nor does it appear, moreover, that he was restricted in his freedom to receive visitors, whether his family, his doctors or his lawyers (*ibid.*).

232. Lastly, the Court would point out that the sanctions regime permitted the applicant to seek exemptions from the entry or transit ban and that such exemptions were indeed granted to him on two occasions but he did not make use of them.

233. Having regard to all the circumstances of the present case, and in accordance with its case-law, the Court, like the Federal Court (see paragraph 48 above), finds that the applicant was not "deprived of his liberty" within the meaning of Article 5 § 1 by the measure prohibiting him from entering and transiting through Switzerland.

234. It follows that the complaints under Article 5 of the Convention are manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 and 4.

V. OTHER ALLEGED VIOLATIONS OF THE CONVENTION

235. Relying essentially on the same arguments as those examined by the Court under Articles 5 and 8, the applicant complained of treatment in breach of Article 3. He further alleged that his inability to leave the enclave of Campione d'Italia to go to a mosque had breached his freedom to manifest his religion or belief as guaranteed by Article 9.

236. In view of all the material in its possession, and even supposing that those complaints had been duly raised before the domestic courts, the Court does not find any appearance of a violation of Articles 3 and 9 of the Convention.

237. It follows that this part of the application must be rejected as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

VI. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

238. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only

partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

239. The applicant did not submit any claim in respect of pecuniary or non-pecuniary damage.

240. Accordingly, there is no call to award him any sum on that account.

B. Costs and expenses

241. As regards costs and expenses, the applicant sought the reimbursement of 75,000 pounds sterling plus value-added tax, for his lawyers’ fees in connection with the proceedings before the Court, together with 688.22 euros (EUR) for expenses incurred by his lawyer in travelling to Campione d’Italia, for telephone calls and for office expenses.

242. The Government pointed out that the applicant had chosen to be represented by a lawyer practising in London who charged an hourly rate that was much higher than the average rates in Switzerland, and that this choice had entailed considerable travel expenses. In their submission, even if it were to be accepted that the present case was indeed as complex as the applicant claimed, the number of hours invoiced was excessive. Consequently, they submitted that in the event of the application being upheld, an amount of no more than 10,000 Swiss francs would be a fair award.

243. The Court reiterates that if it finds that there has been a violation of the Convention, it may award the applicant the costs and expenses incurred before the national courts for the prevention or redress of that violation by them (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 159, ECHR 2010). Moreover, such costs and expenses must have been actually and necessarily incurred and must be reasonable as to quantum (*ibid.*).

244. The Court does not share the Government’s opinion that the applicant should assume the consequences of his choice to be represented by a British lawyer. It would point out in this connection that, under Rule 36 § 4 (a) of the Rules of Court, the applicant’s representative must be “an advocate authorised to practise in any of the Contracting Parties and resident in the territory of one of them ...”. However, it notes that only the complaints submitted under Articles 8 and 13 resulted, in the present case, in a finding of a violation of the Convention. The remainder of the application is inadmissible. The sum claimed by the applicant is therefore excessive.

245. Consequently, having regard to the material in its possession and the criteria set out above, the Court finds it reasonable to award the

applicant the sum of EUR 30,000 for the costs and expenses he has incurred in the proceedings before it.

C. Default interest

246. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Dismisses* the Government's preliminary objections that the application is incompatible *ratione personae* with the Convention and that the applicant lacks victim status;
2. *Joins to the merits* the Government's preliminary objection that the application is incompatible *ratione materiae* with the Convention;
3. *Dismisses* the Government's preliminary objection of non-exhaustion of domestic remedies in respect of the complaints under Articles 5 and 8, and *joins this objection to the merits* in respect of the Article 13 complaint;
4. *Declares* the complaints concerning Articles 8 and 13 admissible and the remainder of the application inadmissible;
5. *Dismisses* the Government's preliminary objection that the application is incompatible *ratione materiae* with the Convention and *holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
6. *Dismisses* the Government's preliminary objection of non-exhaustion of domestic remedies in respect of the Article 13 complaint and *holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8;
7. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the sum of EUR 30,000 (thirty thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant on that sum, in respect of costs and expenses, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
8. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 September 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) joint concurring opinion of Judges Bratza, Nicolaou and Yudkivska;
- (b) concurring opinion of Judge Rozakis joined by Judges Spielmann and Berro-Lefèvre;
- (c) concurring opinion of Judge Malinverni.

N.B.
M.O'B.

JOINT CONCURRING OPINION OF
JUDGES BRATZA, NICOLAOU AND YUDKIVSKA

1. While we have joined in the finding of a violation of Article 8 of the Convention in the present case, we cannot fully share the reasoning in the judgment leading to such a finding. In particular, we entertain considerable doubts about the conclusion that Switzerland “enjoyed some latitude, which was admittedly limited but nevertheless real, in implementing the relevant binding resolutions of the United Nations Security Council” (see paragraph 180 of the judgment). This conclusion is not in our view borne out by the terms of the resolutions themselves or by the provisions of the United Nations Charter under which they were issued. Moreover, despite the attention devoted to the point in the judgment, it does not ultimately appear to have played a central role in the Court’s conclusion that Article 8 was violated, a conclusion which is founded less on Switzerland’s failure to exploit any latitude afforded to it in the relevant resolutions than on its failure to take any, or any sufficient, measures to safeguard the applicant’s Convention rights within the constraints set by those resolutions.

2. As is correctly pointed out in the judgment, Resolution 1390 (2002) expressly required States to prevent individuals whose names appeared in the list of the Sanctions Committee of the United Nations from entering or transiting through their territory. In this respect, the case differs from that examined by the Court in *Al-Jedda v. the United Kingdom* ([GC], no. 27021/08, ECHR 2011), where the Court held that the wording of the Resolution in issue did not specifically mention internment without trial and that, in the absence of clear and explicit language to the contrary, there was a presumption that the Security Council did not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the present case, clear and specific language was used in the relevant Resolution, as well as in paragraph 7 of Resolution 1267 (1999) in which the Security Council was even more explicit, setting aside any other international obligations that might be incompatible with the Resolution in question.

3. True it is, as is pointed out in the judgment, that at the time when it adopted the Taliban Ordinance of 2 October 2000 and when it added Article 4 (a) of the Ordinance to give effect to Resolution 1390 (2002), Switzerland was not a member of the United Nations but was already bound by the European Convention. However this is, we consider, of little significance. As is noted in the judgment, the relevant resolutions were addressed to “all States” and not only to the member States of the United

Nations. It is also clear that the requirement to prevent the entry into or transit through Swiss territory in any event applied to Switzerland from the date on which it became a member of the United Nations in September 2002. Not only was Switzerland obliged to add the applicant to the list of proscribed persons at the latest from that date but we note that, in October 2003, following criticism by the Monitoring Group established under Resolution 1363 (2001), Switzerland was obliged to revoke the applicant's special border-crossing permit which had enabled him to travel relatively freely between Switzerland and Italy (see paragraph 25 of the judgment).

4. The finding in the judgment that a latitude was left to States is essentially based on an argument that the United Nations Charter does not impose a particular model for the implementation of resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII, the Charter leaving in principle to the member States of the United Nations a free choice among the various possible models for transposing those resolutions into their domestic legal order (see paragraph 176 of the judgment).

5. We readily accept that different means may be open to States by which to give effect to obligations imposed on them by the relevant Security Council resolutions. But the obligation imposed on States under Resolution 1390 (2002) was a binding one which, subject to the exceptions or exemptions expressly contained in the Resolution itself, allowed no flexibility or discretion to the States as to whether to give full effect to the sanctions imposed but required them to prohibit the entry into or transit through their territories of all persons included in the Sanctions Committee list. The only relevant exception was that contained in paragraph 2 (b) of the Resolution which disapplied the provisions where entry or transit was necessary for the fulfilment of a judicial process.

6. We similarly find no support for the view in paragraph 178 of the judgment that latitude was afforded to States by paragraph 8 of the Resolution itself, in which States were urged to take immediate steps to enforce and strengthen "through legislative enactments or administrative measures, where appropriate, the measures imposed under domestic law or regulations against their nationals and other individuals or entities operating on their territory, to prevent and punish violations of the measures referred to in paragraph 2 of this Resolution". Certainly, as noted in the judgment, the words "where appropriate" contemplated that the authorities would have a choice between legislative and administrative measures and were thereby granted a certain flexibility in the means by which the measures were enforced and strengthened. But those words certainly do not suggest that any latitude was granted so far as concerned the obligations on States to give full effect to the terms of paragraph 2 of the Resolution.

7. We are also unpersuaded by the reliance in paragraph 179 of the judgment on the motion of 1 March 2010 by which the Foreign Policy Commission of the Swiss National Council requested the Federal Council to inform the United Nations Security Council that, from the end of 2010, it would no longer in certain cases apply the sanctions prescribed against individuals under the counterterrorism resolutions. Doubtless, the Swiss Parliament by adopting that motion may have been “expressing its intention to allow a certain discretion in the application of the ... counterterrorism resolutions”. However, the fact that several months after the applicant’s name had been deleted from the list the Parliament unilaterally asserted a discretion to refuse to comply unconditionally with the terms of the Resolution is one thing; whether any such discretion or latitude was afforded to Switzerland under the Resolution itself is quite another. In our view, it clearly was not.

8. Like the Swiss Federal Court, we accordingly consider that States enjoyed no latitude in their obligation to implement the sanctions imposed by the relevant Security Council regulations and that Switzerland was debarred from deciding of its own motion whether or not sanctions should continue to be imposed on a person or organisation appearing on the Sanctions Committee list.

9. However, this does not resolve the issue under Article 8 of the Convention. Although constrained to act strictly in accordance with the provisions of Resolution 1390 (2002) notwithstanding any rights or obligations conferred under the Convention, States were not absolved from the obligations to take such steps as were open to them to mitigate the effects of the measures in so far as they had an impact on the private or family life of the individuals concerned.

10. The situation of the present applicant was, if not unique, highly exceptional and the impact of the Taliban Ordinance on his private and family life was indisputably serious. The impugned measures constituted, as the Federal Court expressly found, a significant restriction on the applicant’s freedom on account of the location of Campione d’Italia, a small enclave surrounded by the Swiss Canton of Ticino where he had established his home since 1970. He was prevented, at least from October 2003, not only from entering Switzerland but from leaving Campione d’Italia at all, even to travel to other parts of Italy, the country of which he was a national. The prohibition made it exceptionally difficult for him to maintain contact with others, including members of his own family, living outside the enclave. In these circumstances, the Swiss authorities were, as the Federal Court put it, “obliged to exhaust all the relaxations of the sanctions regime available under the United Nations Security Council Resolutions”. They were also,

in our view, required to take all such other steps as were reasonably open to them to bring about a change in the regime so as to reduce so far as possible its serious impact on the private and family life of the applicant.

11. Switzerland was not able of its own motion and consistently with the relevant resolutions, to delete the applicant's name from Annex 2 to the Taliban Ordinance, the Sanctions Committee alone being responsible for the deletion of persons or entities. Nor, since the applicant's name was not added to the list on the initiative of Switzerland and since it was neither the State of the applicant's citizenship nor that of his residence, did Switzerland have any formal competence under the resolutions to take action to have the applicant's name deleted by the Sanctions Committee. Nevertheless, in common with the other members of the Grand Chamber, we consider that the Swiss authorities did not sufficiently take into account the specific circumstances of the applicant's case, including the considerable duration of the measures imposed, and the applicant's nationality, age and health. Nor, in our view, did those authorities take all reasonable steps open to them to seek to mitigate the effect of the sanctions regime by the grant of requests for exemption for medical reasons or in connection with judicial proceedings, or to bring about a change in the sanctions regime against the applicant so as to secure so far as possible his Convention rights.

12. Of the measures open to the authorities which are referred to in the judgment, we attach special importance to the failure of the authorities to inform the Sanctions Committee until 2 September 2009 of the conclusions of the investigation against the applicant, which had been discontinued well over four years before, on 31 May 2005. The fact that the investigation against the applicant had been discontinued was of obvious importance to the prospect of the removal of the sanctions against him. In this regard, we note that the applicant's name was in fact deleted from the list on 23 September 2009, shortly after Switzerland sent to the Sanctions Committee a copy of the letter from the Federal Prosecutor's Office confirming that the judicial police investigation against the applicant had not produced any indications or evidence to show that he had ties with persons or organisations associated with Osama bin Laden, al-Qaeda or the Taliban. The failure to communicate this information was the subject of specific criticism by the Federal Court which, while noting that by the date of its judgment in November 2007 the applicant was able to apply himself to initiate the delisting procedure, emphasised that he continued to rely on the support of Switzerland, since this was the only country to have conducted a comprehensive preliminary investigation into the applicant's activities. We fully share the view of the Federal Court that, while Switzerland could not itself proceed with deletion, it could at the very least have transmitted the results of the investigation to

the Sanctions Committee and have actively supported the delisting of the applicant. With the benefit of the results of its own investigation, it could also have encouraged Italy, as the State of nationality and residence of the applicant, to take steps earlier than July 2008 to request the deletion of the applicant's name. Such measures were not bound to have met with success. There remained, however, a real prospect that they would have resulted in the deletion of the applicant's name and the restoration of his Article 8 rights at a much earlier stage than eventually occurred.

CONCURRING OPINION OF JUDGE ROZAKIS
JOINED BY JUDGES SPIELMANN AND BERRO-LEFÈVRE

I fully share the decisions of the Court under all heads, and have voted accordingly. There is nevertheless a point on which I wish to depart from the reasoning of my colleagues. It is a matter which does not affect the overall approach or the way that I have voted. And it consists of the following.

The applicant complained that the measure by which he was prohibited from entering or passing through Switzerland had breached his right to respect for his private life, including his professional life and his family life (see paragraph 149 of the judgment). In support of his contention, he invoked a number of instances showing that his private and family life had been affected. Among them he claimed that the addition of his name to the list annexed to the Taliban Ordinance had impugned his honour and reputation, and he thus relied for all these complaints on Article 8 of the Convention.

The Court, while it examined in detail all the particular aspects of his complaints, when dealing both with the admissibility and with the merits of the case, preferred not to raise at all the issue of his honour and reputation. In its concluding paragraph (see paragraph 199) it simply refers to the honour and reputation complaint by “side-stepping” it, using the well-known formula that there is no need to examine this complaint separately.

Here, then, lies my difference of approach. The applicant’s complaint concerning his honour and reputation is not a distinct complaint which is independent from all the other aspects of his allegation of a violation of Article 8 of the Convention. It is one of the constitutive parts of his main complaint that his private and family life was affected by the Swiss authorities’ conduct. It is well known – and undoubtedly the applicant was relying on this – that honour and reputation have been considered by the Court as an element of private life worthy of particular protection under Article 8. By discarding this particular aspect of an otherwise homogeneous and comprehensive complaint, the Court has given the wrong impression that honour and reputation should be examined separately – if at all – and that they do not necessarily belong to the hard core of the constitutive parts of private life.

For these reasons I would like to express my disagreement with the way that paragraph 199 is drafted and the failure by the Court to take on board the issue of honour and reputation. After all, the reasoning required to encompass that particular aspect as well would not have differed radically

from that adopted by the Court in its overall analysis of Article 8, leading to the finding of a violation.

CONCURRING OPINION OF JUDGE MALINVERNI

(Translation)

1. I share the Court's opinion that in the present case there has been a violation of Article 8 of the Convention. I am not, however, convinced by the reasoning through which it reached that conclusion.

I

2. The Court's entire line of argument is based on the statement that, in implementing the Security Council resolutions, the respondent State "enjoyed some latitude, which was admittedly limited but nevertheless real" (see paragraph 180 of the judgment). To support that statement it gives the following reasons (see paragraphs 175-79).

3. The Court begins by noting that the respondent State's latitude derives from the very wording of those resolutions. Paragraph 2(b) of Resolution 1390 (2002) thus provides that the prohibition does not apply "where entry or transit is necessary for the fulfilment of a judicial process ...". The Court infers from this that the adjective "necessary" allows the authorities a certain latitude and is "to be construed on a case-by-case basis" (see paragraph 177). Whilst that is certainly true, the Court appears to overlook the fact that the wording here concerns an exception to the general rule set out in that same provision, far more than being an acknowledgment of any room for manoeuvre that the domestic authorities may have had in applying the latter. Moreover, apart from the case of judicial proceedings, this provision grants such latitude to the Sanctions Committee, but not to the States.

4. The Court further relies on the expression "where appropriate" in paragraph 8 of Resolution 1390 (2002) to assert that the wording also had the effect of "affording the national authorities a certain flexibility in the mode of implementation of the Resolution" (see paragraph 178). In my view, however, it misconstrues that provision of Resolution 1390. The expression "where appropriate" in fact relates to the words immediately before it, namely "legislative enactments or administrative measures". This simply means that, depending on the legal order of the various States, and in the particular circumstances, the State will either have to make legislative enactments or to take administrative measures. No conclusion can thus be drawn from this about the latitude afforded to States in the implementation of the Resolution.

5. The Court's last argument concerns the motion by which the Foreign Policy Commission of the Swiss National Council requested the

Federal Council to inform the United Nations Security Council that it would no longer unconditionally be applying the sanctions prescribed against individuals under the counterterrorism resolutions. In adopting that motion, it is said, the Federal Parliament was expressing “its intention to allow a certain discretion in the application of the Security Council’s counterterrorism resolutions” (see paragraph 179). Whilst that is certainly true, no inferences can be drawn from this about the latitude afforded to Switzerland in the present case, as the motion was adopted on 1 March 2010 (see paragraph 63), that is to say after the applicant’s name had been deleted from the list, on 23 September 2009 (see paragraph 62).

6. On the strength of its finding that the respondent State enjoyed a certain latitude in the implementation of the United Nations resolutions, the Court then examined whether, in the present case, the interference with the rights protected by Article 8 respected the principle of proportionality. It answered that question in the negative, finding in particular that “the Swiss authorities did not sufficiently take into account the realities of the case, especially the unique geographical situation of Campione d’Italia, the considerable duration of the measures imposed or the applicant’s nationality, age and health”. Accordingly, in the Court’s view, the interference with the applicant’s right to respect for his private and family life “was not necessary in a democratic society”.

7. Some of the arguments used by the Court to reach this conclusion do not, however, appear convincing. Thus, can Switzerland seriously be criticised – bearing in mind that the applicant was not a Swiss national – for failing to provide him with assistance in seeking from the Sanctions Committee a broader exemption from the sanctions affecting him because of his specific situation, when he had not even requested such assistance (see paragraph 193)? Or for failing to encourage Italy to take steps to obtain the deletion of the applicant’s name from the Sanctions Committee’s list, when it was for the State of citizenship or residence of the person concerned to initiate the delisting procedure (see paragraph 194)?

II

8. The opinion that Switzerland had not been afforded any room for manoeuvre was, moreover, also expressed by the Federal Court, which found as follows in this connection (see paragraph 50):

“8.1 ... The sanctions (freezing of assets, entry-and-transit ban, arms embargo) are described in detail and afford member States no margin of appreciation in their implementation ...

The member States are thus debarred from deciding of their own motion whether or not sanctions should continue to be imposed on a person or organisation appearing on the Sanctions Committee's list.”

Further on, the Federal Court examined whether the travel ban under Article 4(a) of the Federal Taliban Ordinance went beyond the sanctions introduced by the Security Council resolutions and, if so, whether the Swiss authorities had a certain latitude in this area. It answered in the negative (see paragraph 52):

“10.2 Article 4a § 2 of the ... Ordinance is formulated as an ‘enabling’ provision and gives the *impression* that the Federal Office for Migration has a certain margin of appreciation ...

The Federal Office for Migration thus has no margin of appreciation. Rather, it must examine whether the conditions for the granting of an *exemption* are met.” (Emphasis added)

9. The French and United Kingdom Governments, intervening as third parties, shared this opinion and stated that the Swiss authorities had no latitude in the implementation of the Security Council resolutions (see paragraph 175). In the submission of the United Kingdom Government, in particular, the Security Council had used “clear and explicit language” to impose specific measures on States (see paragraph 111).

10. In conclusion, taking into account the very clear and mandatory terms of the Security Council resolutions in question, obliging States to apply them strictly and in full, without consideration of the rights and obligations arising from any other international conventions that they had ratified, and since the sanctions were described in a detailed manner, with the names of the persons concerned appearing on exhaustive lists, it is difficult, in my opinion, to sustain the argument that Switzerland had any room for manoeuvre in the present case. The situation here was undeniably one of *mandatory* power and not one of *discretionary* power. I therefore believe that the Court erred in its approach. In my view, it should have followed that of the Federal Court, but to arrive at the opposite conclusion.

III

11. The Federal Court, as it could not infer from the wording of the United Nations resolutions which it had to apply that there was any room for manoeuvre enabling it to interpret them consistently with the applicant's fundamental rights, had no choice but to settle the question before it on the basis of the hierarchy of norms principle. It gave priority to Switzerland's obligations under the resolutions in question over those imposed on it by the Convention and by the International Covenant on Civil and Political Rights. Was that decision correct or can the Swiss Supreme Court be criticised for

blindly enforcing, without calling into question, the obligations imposed on Switzerland by the Security Council resolutions?

12. The Court did not address this question. In its view, the conclusion that it had reached dispensed it from “determining the question, raised by the respondent and intervening Governments, of the hierarchy between the obligations of the States Parties to the Convention under that instrument, on the one hand, and those arising from the United Nations Charter, on the other. ... [T]he important point is that the respondent Government have failed to show that they attempted, as far as possible, to harmonise the obligations that they regarded as divergent” (see paragraph 197). I have great difficulty sharing this view, for the following reasons.

13. The Security Council was well aware of the conflict that would inevitably arise between its own resolutions and the obligations that certain States had assumed in ratifying international human rights treaties. For each of the resolutions that it adopted, it thus expressly stipulated that States were obliged to comply with them “notwithstanding the existence of any rights or obligations conferred or imposed by any international agreement ... prior to the date of coming into force of the measures imposed” (Resolution 1267 (1999), paragraph 7 and Resolution 1333 (2000), paragraph 17, as quoted in paragraphs 70 and 71 of the judgment).

14. Was the Security Council entitled to act in that manner? Of course, under Article 25 of the United Nations Charter, the member States are required to accept and apply its decisions. Moreover, Article 103 of the Charter stipulates that in the event of any conflict between the obligations of United Nations members under the Charter and their obligations under any other international agreement, the Charter obligations will prevail. And according to the case-law of the International Court of Justice, that primacy is not limited to the provisions of the Charter itself but extends to all obligations arising from binding resolutions of the Security Council¹.

15. But do those two Charter provisions actually give the Security Council *carte blanche*? That is far from certain. Like any other organ of the United Nations, the Security Council is itself also bound by the provisions of the Charter. And Article 25 *in fine* thereof stipulates that members of the world organisation are required to carry out the decisions of the Security Council “in accordance with the present Charter”. In Article 24 § 2 the Charter also provides that in discharging its duties “the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations”. Article 1 § 3 of the Charter reveals that those purposes and

1. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, § 42.

principles precisely include “respect for human rights and for fundamental freedoms”. One does not need to be a genius to conclude from this that the Security Council itself must also respect human rights, even when acting in its peace-keeping role. This view indeed seems to have been confirmed by decisions recently taken by certain international bodies.

16. In its *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* judgment of 3 September 2008 (hereinafter “*Kadi*”)¹, the Court of Justice of the European Communities (“CJEC”) readily found that it had jurisdiction to examine the lawfulness of Regulation (EC) No. 881/2002, which implemented the Security Council’s al-Qaeda and Taliban Resolutions. It went on to find that the applicants’ rights, in particular their defence rights, right to effective judicial review and their right to property, had been infringed (§ 326):

“It follows from the foregoing that the Community judicature must, in accordance with the powers conferred on it by the EC Treaty, ensure the review, in principle the full review, of the lawfulness of all Community acts in the light of the fundamental rights forming an integral part of the general principles of Community law, *including review of Community measures which, like the contested Regulation, are designed to give effect to the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations.*” (Emphasis added.)

17. The CJEC thus set aside the two judgments under appeal, finding that the Court of First Instance had erred in law when it held that

“it followed from the principles governing the relationship between the international legal order under the United Nations and the Community legal order that the contested Regulation, since it [was] designed to give effect to a resolution adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations affording no latitude in that respect, must enjoy immunity from jurisdiction so far as concern[ed] its internal lawfulness ...” (§ 327).

18. That judgment of the Luxembourg Court may be described as historic, as it made the point that respect for human rights formed the constitutional foundation of the European Union, with which it was required to ensure compliance, including when examining acts implementing Security Council resolutions².

19. The Human Rights Committee, in its findings of 22 October 2008 in *Sayadi and Vinck v. Belgium* (see paragraph 88 of the judgment), also found that it was competent to rule on the communication addressed to it, “regardless of the source of the obligations implemented by the State

1. See paragraph 83 of the present judgment.

2. See Hanspeter Mock and Alvaro Borghi, “Vers une sortie du labyrinthe des listes antiterroristes de l’ONU”, in *Les droits de l’homme en évolution : mélanges en l’honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athens-Brussels, 2009, p. 406.

party” (point 7.2), that is to say even if that source were to be found in a Security Council resolution. It therefore examined the compatibility with the Covenant of the national measures adopted to implement the relevant Security Council resolution and found that there had been a violation of some of the Covenant’s provisions.

20. This raises a question: should the Court, as guarantor of respect for human rights in Europe, not be more audacious than the European Court of Justice or the Human Rights Committee when it comes to addressing and settling the sensitive issue of conflict of norms that underlies the present case? After all, is the Court not the “ultimate bulwark against the violation of fundamental rights”?¹ I am totally aware of the fact that the Security Council resolutions as such fall outside the Court’s direct supervision, the United Nations not being a party to the Convention. That is not the case, however, for acts taken by States pursuant to those resolutions. Such acts are capable of engaging the responsibility of States under the Convention. Moreover, the fundamental principles in matters of human rights are nowadays not only enshrined in specific international instruments, but are also part of customary law, which is binding on all subjects of international law, including international organisations.²

IV

21. Article 103 of the Charter played a decisive role in the Federal Court’s reasoning. It was on the basis of that provision that it gave priority to the Security Council resolutions over Switzerland’s obligations under the Convention and the International Covenant on Civil and Political Rights. It may be questioned, however, whether such an interpretation of Article 103 is not open to criticism from the standpoint of the balance that States should strike between the requirements of collective security and respect for fundamental rights, since it means that rights will be sacrificed for the sake of security³. In its *Kadi* judgment, the CJEC certainly implied that Security Council resolutions did not enjoy absolute priority in the hierarchy of Community norms, especially in relation to fundamental rights (see *Kadi*, § 293). In other words, the *Kadi* judgment is unquestionably the result of

1. See Josiane Auvret-Finck, “Le contrôle des décisions du Conseil de sécurité par la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union européenne ; équilibres et déséquilibres de la balance*, Constance Grewe et al. (eds.), Brussels, 2010, p. 214.

2. See, to this effect, Luigi Condorelli, “Conclusions”, in G.M. Palmieri (ed.), *Les évolutions de la protection juridictionnelle des fonctionnaires internationaux et européens – développements récents*, Brussels, 2012, p. 359.

3. See Pasquale De Sena, “Le Conseil de sécurité et le contrôle du juge”, in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union européenne* (supra), p. 44.

a balance between the requirement of the fight against terrorism on the one hand and respect for human rights on the other.

22. Article 103 of the Charter provides for the pre-eminence of that instrument over any other international agreement. As I have already noted, according to the International Court of Justice this primacy is not confined to the Charter provisions alone but extends to all binding provisions of Security Council resolutions. Nevertheless, according to the very wording of Article 103 of the Charter, this provision applies exclusively to “the obligations ... under the present Charter”. Would it not then be appropriate to draw a distinction between the Charter itself, as the *primary* legislation of the United Nations, and the Security Council resolutions, which, although binding (Article 25), may be regarded more as *secondary* or *subordinate* United Nations legislation? Their superiority over “any other international agreement” could then be seen in relative terms, in the light of Article 103 of the Charter, particularly where the agreement in question is an international human rights treaty¹.

23. Such an approach would be all the more justified by the consideration that, as the Parliamentary Assembly Resolution of 23 January 2008² rightly stated, despite some recent improvements, the basic substantive and procedural standards applied by the Security Council “in no way fulfil the minimum standards ... and violate the fundamental principles of human rights and the rule of law”. The system in place in the United Nations at the material time was thus far from offering an *equivalent* protection to that guaranteed by the Convention, with the result that it does not seem possible to rely here on a presumption of Convention compliance on the part of the Security Council. The *Bosphorus* case-law is not yet applicable to the law of the United Nations³.

24. This is all the more true as the situation in the present case concerned not *general* sanctions but *targeted* sanctions, which as such had a direct impact on the applicant’s fundamental rights, in relation both to the manner of his inclusion on the Sanctions Committee’s list and to the lack of remedies⁴. As one commentator has rightly stated “for as long as the United Nations has not introduced a human rights protection mechanism ... comparable or equivalent to that introduced in the member States and at European level, the domestic and European courts remain competent to verify that

1. See, to this effect, Mock/Borghi, *supra*, p. 42

2. Resolution 1597 (2008), *United Nations Security Council and European Union blacklists*.

3. See Josiane Auvret-Finck, *supra*, p. 235.

4. See the report by Dick Marty, Doc. 11454, *United Nations Security Council and European Union blacklists*.

acts implementing Security Council decisions respect fundamental rights”¹. Accordingly, any insufficient, or even deficient, protection of those rights in the context of the United Nations system, where it has not been compensated for by a review of such respect at domestic level, should lead the Court to find a violation of the Convention².

25. It cannot be claimed nowadays that the human rights obligations of States vanish in the event that, instead of acting individually, they decide to cooperate by entrusting certain powers to international organisations that they themselves have set up. In its *Waite and Kennedy v. Germany* judgment of 18 February 1999, the Court indeed asserted 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”. Also that it “would be incompatible with the purpose and object of the Convention, however, if the Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution”³.

26. International organisations themselves are thus also bound by international human rights norms, since respect for such rights “far from hindering the fight against terrorism, constitutes a weapon against extremist ideologies that prosper by negating them”⁴.

V

27. One last point: in paragraph 199 of its judgment, the Court states that “[h]aving regard to that conclusion [the finding of a violation of Article 8 on account of the restriction of the applicant’s freedom of movement], and notwithstanding that the applicant’s allegation that the addition of his name to the list annexed to the Taliban Ordinance also impugned his honour and reputation constitutes a separate complaint, ... it does not need to examine that complaint separately”.

28. The merits of that conclusion are open to question. The applicant certainly raised two totally separate complaints before the Court (see paragraphs 156 and 157), even though they both fell within the scope of Article 8 in terms of the protection of private life. However, whilst the first

1. Constance Grewe, “Les exigences de la protection des droits fondamentaux”, in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union européenne* (supra).

2. See Josiane Auvret-Fink, supra, p. 241.

3. See *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 67, ECHR 1999-I. See also, to this effect, Luigi Condorelli, “Conclusions”, in *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l’homme*, Paris, Pédone, 2009, p. 132.

4. See Josiane Auvret-Finck, supra, p. 243.

complaint concerned physical liberty to move around freely, the second concerned damage to the applicant's moral integrity, resulting from the very fact that his name appeared on the Sanctions Committee's list. In addition, whilst the first complaint was intrinsically linked to the highly specific geographical situation of the Campione d'Italia enclave, with its very confined territory, the second was much more general in effect. That aspect of his application was certainly, in the applicant's view, equally as important – if not more so – as the restrictions that had been imposed on his freedom of movement.

29. For all these reasons, the applicant's second complaint, in my view, warranted a separate examination; especially as I fail to see how the Court could have, in respect of this complaint, used the same reasoning as that adopted for the first complaint, which was based solely on the latitude afforded to the respondent State in implementing the Security Council resolutions, or could then have found a violation of Article 8 for failure to respect the proportionality principle. For the purposes of examining whether a person's name should be included on the Sanctions Committee's list, I certainly find it difficult to imagine a balancing of the interests at stake by the respondent State.

CATAN AND OTHERS v. THE REPUBLIC OF MOLDOVA AND RUSSIA
(Applications nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 19 OCTOBER 2012¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention. Extracts.

SUMMARY¹

Jurisdiction of Moldovan and Russian Governments in relation to educational policy within separatist region of the Republic of Moldova

Article 1 of the Convention

Jurisdiction of States – Jurisdiction of Moldovan and Russian Governments in relation to educational policy within separatist region of the Republic of Moldova – Extraterritorial jurisdiction – Obligation on territorial State to use all available legal and diplomatic means to guarantee enjoyment of Convention rights and freedoms to those living there – Effective control owing to ongoing military presence, historical background and economic support

Article 2 of Protocol No. 1

Right to education – Right of access to educational institutions – Right to be educated in one’s national language – Respect for parents’ religious and philosophical convictions – Closure of schools teaching in Latin script and harassment of pupils wishing to be educated in their national language – Absence of legitimate aim – Positive obligations – Considerable efforts by territorial State to provide alternative solutions – Responsibility of State in effective control for policies and actions of subordinate local administration

*

* *

The applicants were children and parents from the Moldovan community in Transnistria, a region in the eastern part of the territory of the Republic of Moldova over which Moldova did not exercise control. This area was governed by the “Moldavian Republic of Transnistria” (the “MRT”), a separatist movement. The “MRT” has not been recognised by the international community. The applicants complained about the effects on their and their children’s education and family lives brought about by the language policy of the separatist authorities. The core of their complaints related to measures taken by the “MRT” authorities in 2002 and 2004 which forbade the use of the Latin alphabet in schools and required all schools to register and start using an “MRT”-approved curriculum and the Cyrillic script. The enforcement of these measures led to the forcible eviction of pupils and teachers from their schools, and the subsequent closure and relocation of the schools to

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

distant and poorly equipped premises. The applicants further contended that they had been subjected to a systematic campaign of harassment and intimidation by representatives of the “MRT” regime and private individuals. They claimed that the children were verbally abused on their way to school and stopped and searched by the “MRT” police and border guards, who confiscated Latin-script books when they found them, and that in addition the two schools located in “MRT”-controlled territory were the target of repeated acts of vandalism. The applicants alleged that the events in question fell within the jurisdiction of both of the respondent States.

Held

(1) Article 1: A State’s jurisdictional competence under Article 1 is primarily territorial. However, in exceptional cases, acts of the Contracting States performed or producing effects outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction. A State can exercise jurisdiction extraterritorially through the assertion of authority and control by its agents over an individual or individuals; or when as a consequence of lawful or unlawful military action it exercises effective control of an area outside its national territory.

(a) Jurisdiction of the Republic of Moldova: All three schools were at all times situated within Moldovan territory. Though it was not disputed that Moldova had no authority over the area in question, and did not control the acts of the “MRT”, in the *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* judgment ([GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII) the Court held that individuals detained in Transdnistria fell within Moldova’s jurisdiction because Moldova was the territorial State, even though it did not have effective control over the Transdnistrian region. The Court held in that case that Moldova therefore had an obligation under Article 1 of the Convention to take the measures within its power to secure the Convention rights and freedoms. The Court saw no ground here on which to distinguish the present case. The fact that the region was recognised under public international law as part of Moldova’s territory gave rise to an obligation to use all legal and diplomatic means available to it to continue to guarantee the enjoyment of the rights and freedoms defined in the Convention to those living there.

Conclusion: within the jurisdiction (unanimously).

(b) Jurisdiction of the Russian Federation: As the key events in this case fell within the period of time considered by the Court in *Ilaşcu and Others*, and given that in that case the Court had concluded that the applicants came within the “jurisdiction” of the Russian Federation for the purposes of Article 1 of the Convention, in the present case the burden lay on the Russian Government to establish that Russia did not exercise jurisdiction in relation to the events complained of. The Court accepted that there was no evidence of any direct involvement of Russian agents in the *action* taken against the applicants’ schools, and went on to consider whether Russia had effective control over the “MRT”. Having regard to the Russian military presence in the area, the Court accepted that the size of Russian forces stationed there had decreased significantly and was small in relation to the size of the

territory. Nevertheless, as the Court had found in *Ilaşcu and Others*, in view of the size of the Russian army's arsenal in the region its influence persisted. The historical background also had a significant bearing – the separatists had managed to secure power in 1992 only with the help of the Russian military. Further, the Court had found in *Ilaşcu and Others* that the “MRT” had only survived during the period in question by virtue of Russia's economic support, and it was noted that the Russian government continued to spend large sums every year providing humanitarian aid to the population of Transdnistria.

No evidence to discredit the findings in *Ilaşcu and Others* had been adduced, and the ongoing Russian military presence sent a strong signal of continued support for the “MRT” regime. Therefore, the Russian Government had not persuaded the Court that the conclusions it reached in *Ilaşcu and Others* were inaccurate, and the applicants in the present case fell within Russia's jurisdiction.

Conclusion: within the jurisdiction (sixteen votes to one).

(2) Article 2 of Protocol No. 1: It was difficult to establish in detail the facts relating to the applicants' experiences following the reopening of the schools, but the Court noted that the use of the Latin alphabet constituted an offence in the “MRT”; that it was clear that the schools had had to move to new buildings which were often at significant distances; and that the number of pupils attending the schools affected had significantly decreased. These uncontested facts corroborated the general thrust of the applicant's allegations. The measures taken and the harassment that the applicants suffered constituted interferences with the applicant pupils' rights of access to educational institutions and to be educated in their national language. In addition, the Court considered that the measures amounted to an interference with the applicant parents' rights to ensure their children's education and teaching in accordance with their philosophical convictions, and the Court noted that Article 2 of Protocol No. 1 must be read in the light of Article 8 of the Convention. In considering whether the interference with the applicants' rights could be considered to be justified, it was observed that there was no evidence to suggest that the measures taken by the “MRT” authorities in respect of these schools pursued a legitimate aim. Indeed, it appeared that the “MRT”'s language policy, as applied to these schools, was intended to enforce the Russification of the language and culture of the Moldovan community. The Court then considered the responsibility of the respondent States as regards this interference.

(a) Obligations of the Republic of Moldova: In contrast to the position in *Ilaşcu and Others*, in which the Court found that Moldova had not taken all available measures to end the Convention violation in that case, in the instant case it considered that the Moldovan Government had made considerable efforts to support the applicants. In particular, following the requisitioning of the schools' former buildings by the “MRT”, they had paid for the rent and refurbishment of new premises as well as equipment, staff salaries and transport costs. They had thus fulfilled their positive obligations in respect of the applicants.

Conclusion: no violation (unanimously).

(b) Obligations of the Russian Federation: There was no evidence of any direct participation by Russian agents in the measures taken against the applicants. Nor was there any evidence of Russian involvement in or approbation for the “MRT”’s language policy in general. However, Russia had exercised effective control over the “MRT” during the period in question. It was not necessary to determine whether or not Russia had exercised detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration. By virtue of its continued military, economic and political support for the “MRT”, which could not otherwise survive, it had responsibility under the Convention for the violation of the applicants’ right to education.

Conclusion: violation (sixteen votes to one).

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

Case-law cited by the Court

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

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

Artico v. Italy, 13 May 1980, Series A no. 37

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

Loizidou v. Turkey (preliminary objections), 23 March 1995, Series A no. 310

Loizidou v. Turkey (merits), 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI

Cyprus v. Turkey [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV

Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI

Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII

Podkolzina v. Latvia, no. 46726/99, ECHR 2002-II

Assanidze v. Georgia [GC], no. 71503/01, ECHR 2004-II

Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII

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

Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI

Timishev v. Russia, nos. 55762/00 and 55974/00, ECHR 2005-XII

Folgerø and Others v. Norway [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III

Saadi v. the United Kingdom [GC], no. 13229/03, ECHR 2008

Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, ECHR 2008

Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, ECHR 2008

Rantsev v. Cyprus and Russia, no. 25965/04, ECHR 2010

Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011

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

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, [GC], no. 55721/07, ECHR 2011

Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia, no. 23687/05, 15 November 2011

Austin and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and
41008/09, ECHR 2012

In the case of Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia,

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

Nicolas Bratza, *President*,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Lech Garlicki,
Karel Jungwiert,
Anatoly Kovler,
Egbert Myjer,
David Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Mihai Poalelungi,
Helen Keller, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 25 January and 5 September 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in three applications (nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06) against the Republic of Moldova and the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a number of Moldovan nationals (“the applicants”), on 25 October 2004.

2. The applicants, one of whom was granted legal aid, were represented by Mr A. Postică and Mr I. Manole, lawyers practising in Chişinău and Mr P. Hughes and Ms H. Duffy, lawyers with Interights, a human rights organisation based in London. The Government of the Republic of Moldova were represented by their Agents, Mr V. Grosu and Mr L. Apostol and the Government of the Russian Federation were represented by

Mr G. Matyushkin, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights.

3. The applicants, Moldovans who lived in Transnistria and who were at the time of lodging the application pupils at three Moldovan-language schools and their parents ..., complained under Article 2 of Protocol No. 1 and Article 8 of the Convention taken alone and in conjunction with Article 14 of the closure of their schools and their harassment by the separatist Transnistrian authorities.

4. The applications were allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 15 June 2010, following a hearing on admissibility and the merits (Rule 54 § 3), they were joined and declared partly admissible by a Chamber of that Section composed of Nicolas Bratza, Lech Garlicki, Anatoly Kovler, Ljiljana Mijović, David Thór Björgvinsson, Jan Šikuta, Mihai Poalelungi, judges, and Lawrence Early, Section Registrar. On 14 December 2010 the Chamber relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

5. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

6. The applicants and the respondent Governments filed further observations (Rule 59 § 1) on the merits.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 25 January 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government of the Republic of Moldova*

Mr V. Grosu, *Agent,*
Mr L. Apostol, *Adviser;*

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

Mr G. Matyushkin, *Agent,*
Ms O. Sirotkina,
Ms I. Korieva,
Ms A. Dzutseva,
Mr N. Fomin,
Ms M. Molodtsova,
Ms V. Utkina,
Mr A. Makhnev, *Advisers;*

(c) *for the applicants*

Mr P. Hughes,

Ms H. Duffy,

Mr A. Postică,

Mr I. Manole,

Mr P. Postica,

Counsel,

Advisers.

The Court heard addresses by Mr Hughes, Mr A. Postică, Mr Grosu and Mr Matyushkin.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The historical background

8. The country which subsequently became the Republic of Moldova was created as the Moldavian Soviet Socialist Republic on 2 August 1940 from a part of Bessarabia and a strip of land on the eastern bank of the Dniester (for further details, see *Tănase v. Moldova* [GC], no. 7/08, §§ 11-17, ECHR 2010). This eastern region, now known as Transdniestria, had since 1924, together with a number of territories which are now part of Ukraine, been part of the Moldavian Autonomous Soviet Socialist Republic. The population of Transdniestria was originally composed principally of Ukrainians and Moldovans/Romanians, but from the 1920s onwards it was subject to significant immigration by industrial workers from elsewhere in the Soviet Union, particularly Russians and Ukrainians. According to a census organised by the Soviet Union in 1989, the population of Transdniestria stood at 679,000, and was composed ethnically and linguistically of 40% Moldovans, 28% Ukrainians, 24% Russians and 8% others.

9. According to the 1978 Constitution of the Moldavian Soviet Socialist Republic, there were two official languages: Russian and “Moldavian” (Moldovan/Romanian written using the Cyrillic alphabet).

10. In August and September 1989 the Latin alphabet was reintroduced in Moldova for written Moldovan/Romanian, which became the first official language.

11. On 23 June 1990 Moldova proclaimed its sovereignty; on 23 May 1991 it changed its name to the Republic of Moldova; and on 27 August 1991 the Moldovan Parliament adopted the Declaration of Independence of the Republic of Moldova, whose territory included Transdniestria.

B. The Transdniestrian conflict

12. The facts concerning the armed conflict of 1991-92 and the period up to late 2003 are set out in more detail in *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* ([GC], no. 48787/99, §§ 28-183, ECHR 2004-VII) and only a summary of the key events is provided here for ease of reference. The Court notes that in their observations the Russian Government submitted that the facts concerning the armed conflict were not relevant to the issues arising in present case.

13. From 1989 onwards, a movement of resistance to Moldovan independence had been forming in Transdnistria. On 2 September 1990 Transdnistrian separatists announced the creation of the “Moldavian Republic of Transdnistria” (the “MRT”). On 25 August 1991 the “Supreme Council of the MRT” adopted the “declaration of independence” of the “MRT”. On 1 December 1991 a “presidential election”, declared illegal by the Moldovan authorities, was organised in the Transdnistrian provinces and Mr Igor Smirnov claimed to have been elected “President of the MRT”. To date, the “MRT” has not been recognised by the international community.

14. At the time of Moldova’s declaration of independence, it did not have its own army. The USSR’s 14th Army, whose headquarters had been in Chişinău since 1956, remained on Moldovan territory, although from 1990 onwards equipment and personnel began to be withdrawn. In 1991 the 14th Army in Moldova was composed of several thousand soldiers, infantry units, artillery (notably an anti-aircraft missile system), armoured vehicles and aircraft (including planes and strike helicopters). It had a number of ammunition stores, including one of the largest in Europe at Colbaşna in Transdnistria.

15. By Decree no. 234 of 14 November 1991, the President of Moldova declared that ammunition, weapons, military transport, military bases and other property belonging to the military units of the Soviet armed forces stationed in Moldovan territory were the property of the Republic of Moldova. This decree was not given effect within Transdnistria.

16. By a decree dated 5 December 1991, Mr Smirnov decided to place the military units of the 14th Army deployed in Transdnistria under the command of “the National Defence and Security Department of the Moldavian Republic of Transdnistria” and appointed as its head the Commander of the 14th Army, Lieutenant-General Iakovlev. In December 1991 Lieutenant-General Iakovlev was arrested by the Moldovan authorities, who accused him of helping the Transdnistrian separatists to

arm themselves by using the weapon stocks of the 14th Army. However, he was subsequently released following the intercession of the government of the Russian Federation.

17. At the end of 1991 and the beginning of 1992 violent clashes broke out between the Transdnestrian separatist forces and the Moldovan security forces, claiming the lives of several hundred people.

18. On 6 December 1991, in an appeal to the international community and the United Nations Security Council, the Moldovan government protested against the occupation, on 3 December 1991, of the Moldovan towns of Grigoriopol, Dubăsari, Slobozia, Tiraspol and Ribnița, situated on the left bank of the Dniester, by the 14th Army, under the command of Lieutenant-General Iakovlev. They accused the authorities of the USSR, particularly the Ministry of Defence, of having prompted these acts. The soldiers of the 14th Army were accused of distributing military equipment to the Transdnestrian separatists and organising the separatists into military detachments which were terrorising the civilian population.

19. In 1991-92 a number of 14th Army military units joined the Transdnestrian separatists. In *Ilașcu and Others*, cited above, the Court found it established beyond reasonable doubt that Transdnestrian separatists were able, with the assistance of 14th Army personnel, to arm themselves with weapons taken from the stores of the 14th Army stationed in Transdnestria. In addition, large numbers of Russian nationals from outside the region, particularly Cossacks, went to Transdnestria to fight with the separatists against the Moldovan forces. Given the support provided to the separatists by the troops of the 14th Army and the massive transfer to them of arms and ammunition from the 14th Army's stores, the Moldovan army was in a position of inferiority that prevented it from regaining control of Transdnestria. On 1 April 1992 the President of the Russian Federation, Mr Boris Yeltsin, officially transferred the 14th Army to Russian command, and it thereafter became the "Russian Operational Group in the Transdnestrian region of Moldova" ("the ROG"). On 2 April 1992 General Netkachev, the new Commander of the ROG, ordered the Moldovan forces which had surrounded the town of Tighina (Bender), held by the separatists, to withdraw immediately, failing which the Russian army would take counter-measures. In May the ROG launched attacks against the Moldovan forces, driving them out of some villages from the left bank of the Dniester. In June the ROG intervened officially in favour of the separatists who were losing the city of Tighina, driving out the Moldovan forces.

C. The ceasefire agreement, the 1997 Memorandum and the Istanbul Commitments

20. On 21 July 1992 the President of the Republic of Moldova, Mr Mircea Snegur, and Mr Yeltsin signed an agreement on the principles for the friendly settlement of the armed conflict in the Transdnistrian region of the Republic of Moldova (“the ceasefire agreement”).

21. This agreement introduced the principle of a security zone to be created by the withdrawal of the armies of the “parties to the conflict” (Article 1 § 2). Under Article 2, a Joint Control Commission (“the JCC”) was set up, composed of representatives of Moldova, the Russian Federation and Transdnistria, with its headquarters in Tighina. It also provided for a peacekeeping force charged with ensuring observance of the ceasefire and security arrangements, composed of five Russian battalions, three Moldovan battalions and two Transdnistrian battalions under the orders of a joint military command structure which was itself subordinate to the JCC. Under Article 3 of the ceasefire agreement, the town of Tighina was declared a region subject to a security regime and its administration was put in the hands of “local organs of self-government, if necessary acting together with the control commission”. The JCC was given the task of maintaining order in Tighina, together with the police. Article 4 required Russian troops stationed in the territory of the Republic of Moldova, to remain strictly neutral. Article 5 prohibited sanctions or blockades and laid down the objective of removing all obstacles to the free movement of goods, services and persons. The measures provided for in the ceasefire agreement were defined as “a very important part of the settlement of the conflict by political means” (Article 7).

22. On 29 July 1994 Moldova adopted a new Constitution. It provided, *inter alia*, that Moldova was neutral, that it prohibited the stationing in its territory of troops belonging to other States and that a form of autonomy might be granted to regions which included some areas on the left bank of the Dniester. According to Article 13 of the Constitution, the national language was Moldovan, to be written using the Latin alphabet.

23. On a number of occasions from 1995 onwards, the Moldovan authorities complained that ROG army personnel and the Russian contingent of the JCC’s peacekeeping force had infringed the principle of neutrality set out in the ceasefire agreement and that, *inter alia*, Transdnistrians had been able to acquire further military equipment and assistance from the ROG. These allegations were firmly denied by the Russian authorities. In addition, the Moldovan delegation to the JCC alleged that the Transdnistrians had created new military posts and customs checkpoints within the security

zone, in breach of the ceasefire agreement. In *Ilaşcu and Others*, cited above, the Court found it established, by the evidence contained in the JCC's official documents, that in various areas of Transdniestria under the control of the Russian peacekeeping forces, such as Tighina, the Transdniestrian separatist forces were breaching the ceasefire agreement.

24. On 8 May 1997 in Moscow, Mr Petru Lucinschi, the President of Moldova, and Mr Smirnov, the "President of the MRT", signed a memorandum laying down the basis for the normalisation of relations between the Republic of Moldova and Transdniestria ("the 1997 Memorandum"). Under the terms of the 1997 Memorandum, decisions concerning Transdniestria had to be agreed by both sides, powers had to be shared and delegated and guarantees had to be secured reciprocally. Transdniestria had to be allowed to participate in the conduct of the foreign policy of the Republic of Moldova on questions concerning its own interests to be defined by mutual agreement. Transdniestria would have the right unilaterally to establish and maintain international contacts in economic, scientific, technical, cultural and other fields, to be determined by mutual agreement. The parties undertook to settle conflicts through negotiation, with the assistance where necessary of the Russian Federation and Ukraine, as guarantors of compliance with the agreements reached, and of the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) and the Commonwealth of Independent States (CIS). The 1997 Memorandum was countersigned by the representatives of the guarantor States, namely Mr Yeltsin for the Russian Federation and Mr Leonid Kuchma for Ukraine, and by Mr Helveg Petersen, the President of the OSCE.

25. In November 1999 the OSCE held its sixth summit, in Istanbul. During the summit, fifty-four member States signed the Charter for European Security and the Istanbul Summit Declaration and thirty member States, including Moldova and Russia, signed the Agreement on Adaptation of the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe ("the adapted CFE treaty"). The adapted CFE treaty set out, *inter alia*, the principle that foreign troops should not be stationed in Moldovan territory without Moldovan consent. Russia's agreement to withdraw from Transdniestria (one of the "Istanbul Commitments") was set out in an annex to the adapted CFE Final Act. In addition, the Istanbul Summit Declaration, at paragraph 19, recorded, *inter alia*, the commitment of the Russian Federation to withdraw its forces from Transdniestria by the end of 2002.

"Recalling the decisions of the Budapest and Lisbon Summits and Oslo Ministerial Meeting, we reiterate our expectation of an early, orderly and complete withdrawal of Russian troops from Moldova. In this context, we welcome the recent progress achieved in the removal and destruction of the Russian military equipment stockpiled

in the Trans-Dniestrian region of Moldova and the completion of the destruction of non-transportable ammunition.

We welcome the commitment by the Russian Federation to complete withdrawal of the Russian forces from the territory of Moldova by the end of 2002. We also welcome the willingness of the Republic of Moldova and of the OSCE to facilitate this process, within their respective abilities, by the agreed deadline.

We recall that an international assessment mission is ready to be dispatched without delay to explore removal and destruction of Russian ammunition and armaments. With the purpose of securing the process of withdrawal and destruction, we will instruct the Permanent Council to consider the expansion of the mandate of the OSCE Mission to Moldova in terms of ensuring transparency of this process and coordination of financial and technical assistance offered to facilitate withdrawal and destruction. Furthermore, we agree to consider the establishment of a fund for voluntary international financial assistance to be administered by the OSCE.”

In 2002, during an OSCE Ministerial Conference in Lisbon, Russia was granted a one-year extension for the removal of troops, up until the end of December 2003.

26. Russia did not comply with the commitments given at the OSCE Istanbul Summit and Lisbon Ministerial Conference to withdraw militarily from Transdnistria by the end of 2003. At the OSCE Ministerial Council in December 2003, it was impossible to reach a common position on Transdnistria, and the published statement recorded that:

“Most Ministers noted the efforts made by the Russian Federation to fulfil the commitments undertaken at the OSCE Istanbul Summit in 1999 to complete the withdrawal of Russian forces from the territory of Moldova. They noted that concrete progress was achieved in 2003 on the withdrawal/disposal of some ammunition and other military equipment belonging to the Russian Federation. They appreciated the efforts of all participating States of the OSCE that have contributed to the Voluntary Fund established to support this effort. They were, however, deeply concerned that the withdrawal of the Russian forces will not be completed by 31 December 2003. They stressed the need for the fulfilment of this commitment without further delay.”

NATO’s member States have refused to ratify the adapted CFE until Russia has complied with the Istanbul Commitments.

D. The “Kozak Memorandum”

27. In 2001 the Communist Party were successful in elections and became the governing party in Moldova. The new President of Moldova, Mr Vladimir Voronin, entered into direct negotiation with Russia over the future of Transdnistria. In November 2003, the Russian Federation put forward a settlement proposal, the “Memorandum on the Basic Principles of the State Structure of a United State in Moldova” (referred to as the “Kozak Memorandum”, after the Russian politician, Mr Dimitry Kozak,

who worked on it). The Kozak Memorandum proposed a new federal structure for Moldova, under which the authorities of the “MRT” would have had a substantial degree of autonomy and guaranteed representation in the new “federal legislature”. The Kozak Memorandum included transitional provisions under which, until 2015, federal organic laws would have to be confirmed by a majority of three-quarters of a newly created legislative second chamber, composed of four representatives from Gagauzia, nine from Transdnistria and thirteen from the new federal legislature’s first chamber. This would have given the “MRT” representatives in the second chamber an effective veto over any legislation affecting all of Moldova until 2015. On 25 November 2003, having previously indicated his willingness to accept these proposals, Mr Voronin decided not to sign the Kozak Memorandum.

E. Enhanced border and customs controls

28. In December 2005 a European Union Border Assistance Mission was established to help combat illegal trade between Ukraine and Moldova. In March 2006 Ukraine and Moldova began implementing a 2003 customs agreement under which Transdnistrian companies engaged in cross-border trade had to register in Chişinău in order to be issued documents indicating the goods’ country of origin, in accordance with World Trade Organisation protocols. Ukraine undertook to refuse to permit goods without such export documents to pass across its border.

29. In what was seen as a response to these new customs measures, Transdnistrian representatives refused to continue with the 5+2 talks (see paragraph 31 below). Furthermore, in February and March 2005, “in response to the course of action taken by the Moldovan government aimed at worsening the situation around Transdnistria”, the Russian Duma adopted resolutions asking the Russian government to introduce an import ban on Moldovan alcohol and tobacco products; to export energy to Moldova (except Transdnistria) at international rates; and to require visas for Moldovan nationals visiting Russia, except residents of Transdnistria.

30. In April 2005 the Russian authorities banned imports of meat products, fruits and vegetables from Moldova, on the ground that domestic hygiene standards had not been complied with in the production of these products. Between March 2006 and November 2007 a ban was placed on the importation of Moldovan wine. The International Monetary Fund found that these measures had a combined negative effect on Moldova’s economic growth of 2-3% annually in 2006/07.

31. In January 2005 Mr Viktor Yushchenko was elected President in Ukraine. In May 2005 the Ukrainian government introduced a new proposal for the resolution of the Transdnistrian conflict, “Towards a

Settlement through Democratisation” (summarised in the report of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: see paragraph 64 below). In July 2005, citing the Ukrainian plan, the Moldovan Parliament adopted a Law on the basic principles of a special legal status of Transdniestria. Formal negotiations resumed in October 2005, with the European Union (“EU”) and the United States of America participating as observers (the so-called “5+2 talks”).

F. Russian military equipment and personnel in Transdniestria

32. On 20 March 1998 an agreement concerning the military assets of the ROG was signed in Odessa by Mr Viktor Chernomyrdin, the Prime Minister of the Russian Federation, and Mr Smirnov, “President of the MRT”. According to the timetable annexed to the agreement, the withdrawal and decommissioning of certain stocks, to be disposed of by explosion or other mechanical process, was to be completed by 31 December 2001. The withdrawal (transfer and decommissioning) of surplus ammunition and other Russian military equipment and personnel not forming part of the peacekeeping forces was planned to take place by 31 December 2002 at the latest. A number of trainloads of Russian military equipment left Transdniestria between 1999 and 2002.

33. In October 2001 the Russian Federation and the “MRT” signed a further agreement on the withdrawal of the Russian forces. Under that agreement, in compensation for the withdrawal of part of the Russian military equipment stationed in Transdniestria, the “MRT” was granted a reduction of one hundred million United States dollars (USD) in its debt for gas imported from the Russian Federation, and the transfer to it by the Russian army of part of its equipment capable of being put to civilian use.

34. According to an OSCE press release, 29 railway wagons carrying bridge-building equipment and field kitchens were removed from Colbaşna by the Russian authorities on 24 December 2002. The same press release quoted a declaration by the Commander of the ROG, General Boris Sergejev, to the effect that the latest withdrawals had been made possible by an agreement with the Transdniestrians under which the “MRT” was to receive half of the non-military equipment and supplies withdrawn. General Sergejev cited the example of the withdrawal, on 16 December 2002, of 77 lorries, which had been followed by the transfer of 77 Russian military lorries to the Transdniestrians.

35. According to the evidence heard by the Court in *Ilaşcu and Others*, in 2003 at least 200,000 tonnes of Russian arms and ammunition remained in Transdniestria, mainly at Colbaşna, together with 106 battle

tanks, 42 armoured cars, 109 armoured personnel carriers, 54 armoured reconnaissance vehicles, 123 cannons and mortars, 206 anti-tank weapons, 226 anti-aircraft guns, 9 helicopters and 1,648 vehicles of various kinds (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 131). In 2003, the OSCE observed and verified the withdrawal from Transdniestria of 11 trains of Russian military equipment and 31 trains loaded with more than 15,000 tons of ammunition. However, the following year, in 2004, the OSCE reported that only 1 train containing approximately 1,000 tons of ammunition had been removed.

36. Since 2004 there have been no verified withdrawals of any Russian arms or equipment from Transdniestria. The Court found in *Ilaşcu and Others* that, at the end of 2004, approximately 21,000 metric tons of ammunition remained, together with more than 40,000 small arms and light weapons and approximately 10 trainloads of miscellaneous military equipment. In November 2006, a delegation from the OSCE was allowed access to the ammunition stores and reported that over 21,000 tons of ammunition were still stored there (see paragraph 68 below). The Commander of the ROG reported in May 2005 that surplus stocks of 40,000 small arms and light weapons had been destroyed, but no independent observer was allowed access in order to verify these claims. In their observations in the present case, the Russian Government submitted that most of the weapons, ammunition and military property were removed between 1991 and 2003 and that all that remained in the warehouses were shells, hand grenades, mortar bombs and small-arms ammunition.

37. The parties to the present case agreed that approximately 1,000 Russian servicemen were stationed in Transdniestria to guard the arms store. In addition, the parties agreed that there were approximately 1,125 Russian soldiers stationed in the Security Area as part of the internationally agreed peacekeeping force. The Security Area was 225 km long and 12-20 km wide.

G. Alleged Russian economic and political support for the “MRT”

38. Again, it should be noted that the Russian Government contended that events in Transdniestria prior to the schools crisis were not relevant to the issues in the present case.

39. In *Ilaşcu and Others*, cited above, the Court found it uncontested that the arms industry, which was one of the pillars of the Transdniestrian economy, was directly supported by Russian firms including the Rosvoorouzhenie (*Росвооружение*) and Elektrommash companies. The Russian firm Iterra had bought the largest undertaking in Transdniestria, the Râbniţa engineering works, despite the opposition of the Moldovan

authorities. In addition, the Russian army constituted a major employer and purchaser of supplies in Transdnistria.

40. According to the applicants in the present case, Russia accounted for 18% of the “MRT”’s exports and 43.7% of its imports, primarily energy. The “MRT” paid for less than 5% of the gas it had consumed. For example, in 2011 Transdnistria consumed USD 505 million worth of gas, but paid for only 4% (USD 20 million). The Russian Government explained that since the “MRT” was not recognised as a separate entity under international law, it could not have its own sovereign debts and Russia did not effect separate gas supplies for Moldova and Transdnistria. The bill for supplying gas to Transdnistria was, therefore, attributed to Moldova. The supply of gas to the region was organised through the Russian public corporation Gazprom and the joint stock company Moldovagaz, which was owned jointly by Moldova and the “MRT”. The debt owed by Moldovagaz to Russia exceeded USD 1.8 billion, of which USD 1.5 billion related to gas consumed in Transdnistria. Gazprom could not simply refuse to supply gas to the region, since it needed pipelines through Moldova to supply the Balkan States.

41. The applicants further alleged that Russia provided direct humanitarian aid to Transdnistria, mostly in the form of contributions to old-age pensions. The applicants claimed that official Russian sources stated that between 2007 and 2010 the total volume of financial assistance to Transdnistria was USD 55 million. The Moldovan Government submitted that in 2011 the “MRT” received financial aid from Russia totalling USD 20.64 million. The Russian Government submitted that the amount of aid given to Russian citizens living in the region for humanitarian purposes, such as the payment of pensions and assistance with catering in schools, prisons and hospitals, was fully transparent, and could be compared with humanitarian aid provided by the European Union. As well as providing aid to the population living in Transdnistria, Russia provided aid to those living in other parts of Moldova.

42. In addition, the applicants claimed that some 120,000 individuals living in Transdnistria had been granted Russian citizenship. These included many of the “MRT” leaders. The Court considers that this should be put in the context of the findings of a census carried out in 2004 by the “MRT government”, which found, in the area under their control, a population of 555,347 people, approximately 32% of whom came from the Moldovan community, 30% of whom were Russian and 29% were Ukrainian, with small percentages of other national and ethnic groups.

H. The schools crisis and the facts concerning the applicants' cases

43. According to Article 12 of the “MRT Constitution”, the official languages within the “MRT” are “Moldavian”, Russian and Ukrainian. Article 6 of the “MRT Law on languages”, which was adopted on 8 September 1992, states that, for all purposes, “Moldavian” must be written with the Cyrillic alphabet. This Law provides further that use of the Latin alphabet may amount to an offence and Article 200-3 of the “MRT Code of Administrative Offences”, adopted on 19 July 2002, states that:

“Failure by persons holding public office and other persons in the executive and State administration, in public associations, as well as in other organisations, regardless of their legal status and form of ownership, and in other entities, situated on the territory of the MRT, to observe MRT’s legislation on the functioning of languages on the territory of MRT ... entails liability in the form of a fine which may amount to 50 (fifty) times the minimum wage.”

44. On 18 August 1994 the “MRT” authorities forbade the use of the Latin script in schools. By a decision of 21 May 1999, the “MRT” ordered that all schools belonging to “foreign States” and functioning on “its” territory had to register with the “MRT” authorities, failing which they would not be recognised and would be deprived of their rights.

45. On 14 July 2004 the “MRT” authorities began taking steps to close down all schools using the Latin script. At the date of adoption of the admissibility decision, there remained only six schools in Transdniestria using the Moldovan/Romanian language and the Latin script.

1. *Catan and Others (application no. 43370/04)*

46. The applicants are eighteen children who were studying at Evrica School in Rîbnița during the period in question, and thirteen parents ...

47. From 1997 Evrica School used premises situated on Gagarin Street built with Moldovan public funds. The school was registered with the Moldovan Ministry of Education and was using the Latin script and a curriculum approved by that Ministry.

48. Following the decision of the “MRT” of 21 May 1999 (see paragraph 44 above), Evrika School refused to register itself, since registration would require it to use the Cyrillic script and the curriculum devised by the “MRT” regime. On 26 February 2004 the building used by the school was transferred by the “MRT” authorities to the “Rîbnița Department of Education”. In July 2004, following a number of closures of Latin-script schools within the “MRT”, the pupils, parents and teachers of Evrika School took it upon themselves to guard the school day and night. On 29 July 2004 Transdniestrian police stormed the school and evicted

the women and children who were inside it. Over the following days local police and officials from the “Rîbnița Department of Education” visited the parents of children registered with the school, asking them to withdraw their children from the school and to put them in a school registered with the “MRT” regime. The parents were allegedly told that if they did not do so, they would be fired from their jobs and would even be deprived of their parental rights. As a result of this pressure, many parents withdrew their children and transferred them to another school.

49. On 29 September 2004, and following the intervention of the OSCE Mission to Moldova, the school was able to register with the “Tiraspol Chamber of Registration” as a foreign institution of private education, but could not resume its activity for lack of premises. On 2 October 2004 the “MRT” regime allowed the school to reopen in another building, which had previously housed a kindergarten. The building is rented from the “MRT” and the Moldovan government paid for it to be refurbished. The school’s repeated requests to be allowed to return to the building situated on Gagarin Street, which is bigger and more appropriate, were rejected on the ground that another school was now using that building. The applicants allege that the rented premises are inappropriate for a secondary school, in that the lighting, corridors and classrooms are not fully adapted and there are no laboratories or sports facilities. The school is administered by the Moldovan Ministry of Education, which pays the teachers’ salaries and provides educational material. It uses the Latin alphabet and a Moldovan curriculum.

50. The applicants filed a number of petitions and complaints with the authorities of the Russian Federation. The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation replied by making public general statements about the escalation of the conflict around the Moldovan/Romanian-language schools in Transdnistria. Stating that the underlying problem was the ongoing conflict between Moldova and the “MRT”, the Russian Ministry of Foreign Affairs drew the attention of Moldova and the “MRT” to the fact that the use of force to solve the conflict could endanger security in the region and urged them to use various types of negotiations in order to solve the conflict. The applicants also complained about their situation to the Moldovan authorities.

51. The school became the target of a systematic campaign of vandalism, including windows being broken. The applicants allege that this campaign started in 2004; the Moldovan Government claim that it started in the autumn of 2007. On 10 April 2008 the Moldovan Ministry of Reintegration asked the Special Representative of the Secretary General of the Council of

Europe to intervene to try and bring an end to the attacks. The applicants also allege that the children were intimidated by the local Russian-speaking population and were afraid to speak Moldovan outside the school.

52. On 16 July 2008 the Moldovan Ministry of Reintegration sought the assistance of the OSCE Mission to Moldova in transporting educational and construction material and money for teachers' salaries across the "border" with the "MRT".

53. There were 683 pupils at the school during the academic year 2002/03. During the year 2008/09 that number had fallen to 345.

2. *Caldare and Others (application no. 8252/05)*

54. The applicants are twenty-six children who were studying at Alexandru cel Bun School in Tighina (Bender) during the period in question, and seventeen parents ... The school had been using premises situated on Kosmodemianskaia Street built with Moldovan public funds and rented for it by the Moldovan authorities. The school was registered with the Moldovan Ministry of Education and was therefore using the Latin script and a curriculum approved by the Ministry of Education.

55. On 4 June 2004, the "MRT Ministry of Education" warned the school that it would be closed down if it did not register with them, and that disciplinary measures would be taken against the head teacher. On 18 July 2004 the school was disconnected from electricity and water supplies and on 19 July 2004 the school administration was notified that it could no longer use the premises on Kosmodemianskaia Street. However, teachers, pupils and parents occupied the building, refusing to leave. Transdnestrian police tried unsuccessfully to reoccupy the premises, and eventually surrendered the building. They withdrew on 28 July 2004. On 20 September 2004, following various negotiations with international observers, including representatives of the Council of Europe, the school was reconnected to water and electricity supplies.

56. The "MRT" regime allowed the school to reopen in September 2004, but in different premises, rented from the "MRT" authorities. The school is currently using three buildings, located in separate districts of the town. The main building has no cafeteria, science or sports facilities and cannot be reached by public transport. The Moldovan government provided the school with a bus and computers. They also paid for the refurbishment of the sanitary facilities in one of the buildings.

57. The applicants have filed a number of petitions and complaints with the Russian and Moldovan authorities.

58. There were 1,751 pupils at the school in 2002/03 and 901 in 2008/09.

3. *Cercavschi and Others (application no. 18454/06)*

59. The applicants are forty-six children who were studying at the Ștefan cel Mare School in Grigoriopol during the relevant period, and fifty parents ...

60. In 1996, at the request of the parents and their children, the school, which was using a Cyrillic-alphabet curriculum, filed a number of petitions with the “MRT” regime requesting to be allowed to use the Latin script. As a result, between 1996 and 2002, the “MRT” orchestrated a campaign of hostile press reports, intimidation and threats by security forces. These measures reached a climax on 22 August 2002 when Transdniestrian police stormed the school and evicted the teachers, the pupils and their parents who were inside it. On 28 August 2002 the President of the Pupils Committee was arrested and subsequently sentenced to fifteen days’ administrative imprisonment. Following these incidents, 300 pupils left the school.

61. Faced with the occupation of the building by the “MRT” regime, the Moldovan Ministry of Education decided that the school should be transferred temporarily to a building in Doroțcaia, a village about 20 km from Grigoriopol and which is under Moldovan control. Each day, pupils and teachers were taken to Doroțcaia in buses provided by the Moldovan government. They were subjected to bag searches and identity checks by “MRT” officials and also, allegedly, acts of harassment such as spitting and verbal abuse.

62. Representatives of the school filed a number of petitions and complained about this situation to the OSCE, the United Nations, as well as to the Russian and Moldovan authorities. The Russian authorities replied by urging both Moldova and “MRT” to use various types of negotiations in order to solve the conflict. The Moldovan authorities informed the applicants that they could do nothing further to help.

63. There were 709 pupils at the school in 2000/01 and 169 in 2008/09.

II. REPORTS OF INTERGOVERNMENTAL AND NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

A. **The Parliamentary Assembly of the Council of Europe**

64. On 16 September 2005 the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by member States of the Council of Europe (Monitoring Committee) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) issued a report entitled “Functioning of the democratic institutions in Moldova”. The section devoted to Transdniestria reads as follows.

“31. Major new developments have occurred during the last months which the Assembly has to follow very closely and accompany in the best possible way.

32. Following intense diplomatic contacts between Moldova and Ukraine, at the GUAM Summit in Chişinău on 22 April the Ukrainian President Yushchenko announced a 7-point initiative to settle the Transnistrian issue. The main thrust of this new plan is to achieve a long-lasting solution through the democratisation of Transnistria. This would entail

(a) the creation of conditions for the development of democracy, civil society, and a multi-party system in Transnistria;

(b) the holding of free and democratic elections to the Transnistrian Supreme Soviet, monitored by the European Union, the OSCE, the Council of Europe, Russia, United States, and other democratic countries including Ukraine;

(c) the transformation of the current format of peacekeeping operation into an international mission of military and civil observers under the aegis of the OSCE and the expansion of the number of Ukrainian military observers in the region;

(d) the admission by Transnistrian authorities of an international monitoring mission, to include Ukrainian experts, to military-industrial enterprises in the Transnistrian region; and

(e) a short-term OSCE monitoring mission in Ukraine to verify the movement of goods and persons through the Ukrainian-Moldovan border.

33. The full text of the Ukrainian plan was presented on 16-17 May at a meeting of the representatives of the mediators and Moldova and Transnistria in Vinnitsa, Ukraine after the Ukrainian Secretary of [the] Security Council Pyotr Poroshenko and Moldavian presidential aide Mark Tkachuk spent almost a month doing ‘shuttle diplomacy’.

34. The reactions were varied but cautiously positive.

35. On 10 June the Moldovan Parliament adopted a ‘Declaration on the Ukrainian initiative of settlement of the Transnistrian conflict’ as well as two appeals, on demilitarisation and on promoting the criteria of democratisation of the Transnistrian region of the Republic of Moldova ...

36. The declaration welcomed the initiative of President Yushchenko, hoping that it would become ‘a major factor in the achievement by Moldova of its territorial and civil unity’. The Parliament however regretted that the Ukrainian initiative did not reflect some important principles of settlement, in the first place the withdrawal of Russian troops; demilitarisation; the principles and conditions of the region’s democratisation and the establishing of a transparent and legal control over the Transnistrian segment of the Moldovan-Ukrainian border. It called for additional efforts by the international community and Ukraine in this respect.

37. The Parliament also criticised a number of provisions which might ‘infringe upon the sovereignty of the Republic of Moldova’, such as the co-participation of Transnistria in the conduct of foreign policy of the Republic of Moldova and the

proposal to create the so-called conciliation committee. The Parliament insisted on resolving the conflict within the framework of the Moldovan Constitution through dialogue with a new, democratically elected, Transnistrian leadership. There are thus a number of divergences between the Ukrainian initiative and the approach to implementing it chosen by Moldova.

38. The mediators in the Transnistrian conflict (the OSCE, Russia and Ukraine) stated that the plan provided a concrete impetus toward achieving a settlement. At all of their latest meetings they called for resuming direct, continuing dialogue on resolution of the conflict.

39. More delicate is the position of Russia. It is clear that through its military and economic presence and thanks to the strong cultural and linguistic links with Transnistria, Russia would like to retain its strong influence over the territory. The press recently reported the existence of an 'Action plan of retaining Russian influence in the Moldova Republic', details of which are kept secret. Russia is still strongly attached to the so-called 'Kozak Memorandum' of 2003, which proposed to Moldova a federal solution. Moldova had nearly accepted the plan; it refused to sign it at the last moment, allegedly under Western influence.

40. Over the last months, there have been several signs of tension. For instance, on 18 February the Russian Federation State Duma adopted with a large majority a resolution requesting from the Russian government a number of economic and other sanctions against Moldova, with the exclusion of Transnistria, if the Moldovan authorities did not change their 'economic blockade of Transdnistria'. The sanctions included a ban on imports of Moldovan alcohol and tobacco, world market prices for exports of Russian natural gas to Moldova and visas for Moldovans entering Russia.

41. Both appeals adopted by the Moldovan Parliament called on the Council of Europe for support and, concerning the democratisation of Transnistria, to engage actively in the process. During our visit in Chişinău our interlocutors repeatedly stressed the importance they attached to the expertise and experience of our organisation in this respect. The documents adopted by the Moldovan Parliament were officially submitted by its Speaker to the Monitoring Committee 'for examination in the framework of the Moldova monitoring exercise' and for 'analysis, comments and recommendations, as well as ideas of the Parliamentary Assembly that could contribute to the democratisation of the Transnistrian region and final settlement of the conflict'.

42. At the first sight, the plan should be followed closely by the Council of Europe, as the leading organisation in the field of democracy, human rights and rule of law. The Committee has therefore entrusted us with the responsibility of visiting Kiev, Moscow, Bucharest and Brussels in order to meet the main figures responsible for the Ukrainian plan and get acquainted with all its details. On the basis of this information we will make specific proposals for the Assembly to play an effective part in the plan's progress.

43. A number of questions remain about the implementation of the Ukrainian plan and the conditions set by the Moldovan Parliament. However, against the background of all the failed diplomatic attempts, it has one strong advantage. It combines diplomatic efforts with specific measures for democratisation, in Transnistria but

also in Moldova, which must serve as an example. The initiative also comes at the right moment, as it coincides with a major strive for democratisation and European integration in the entire region.

44. Not only Moldova, whose territorial integrity and sovereignty have been violated, but Europe as a whole can no longer afford to have this ‘black hole’ on its territory. Transnistria is a centre of all kinds of illicit trade and, in the first place arms trafficking and all forms of smuggling. Political life continues to be dominated by the secret police; fundamental freedom and liberties are curtailed.

45. One of the most difficult elements appears to be the possibility to organise democratic elections in Transnistria. For this the region needs to have freely functioning political parties, media and civil society. The 27 March local elections in Transnistria (to elect village, settlement, city and district councils, as well as the chairmen of village and settlement councils) showed that real strong opposition is still missing. These elections by the way were considered as a test for the scheduled December 2005 elections for the Transnistrian Supreme Soviet.

46. However, there are some interesting developments, especially concerning a group of Supreme Soviet members led by the Deputy Speaker Evgeny Shevchuk.¹ On 29 April this group initiated ambitious draft changes to the Transnistrian ‘constitution’ aim[ed] at reinforcing this ‘Parliament’s’ role *vis-à-vis* the ‘President’ and the executive – for instance by granting it the right to a no-confidence vote on ‘Ministers’ and other officials appointed by the ‘President’, or the right to control the work and the spending of the executive. Some more modest changes, as well as a draft law on local administration, stipulating that the chairmen of *raion* [district] and city councils have to be elected by the councils by secret vote, were adopted on 18 May at first reading. Mr Shevchuk is also promoting a legislative initiat[ive] to transform the regional official ‘TV PMR’ into a public broadcasting institution.

47. On 22 June the Supreme Soviet recommended that ‘President’ Smirnov dismiss the ‘Minister of Justice’ Victor Balala. Balala, who is one the closest allies of the ‘President’, recently decided to transfer registration functions from his ‘ministry’ to a quasi-commercial ‘chamber of experts.’

48. On 22 July the Moldovan Parliament approved in two readings the Law on the Main Provisions of a Special Legal Status for Populated Areas on the Left Bank of [the] Dniestr (Transnistria). The Law established an autonomous territorial unit which is an inseparable part of Moldova and – within the plenary powers established under the Constitution and legislation of Moldova – decides on questions within its jurisdiction. The Law stipulates that populated localities on the left bank of the Dniester may join Transnistria or secede from it on the basis of local referenda and in conformity with the Moldovan legislation.”

65. In the light of this report, PACE adopted Resolution 1465 (2005) in which it resolved, *inter alia*, that:

1. Note by the Registry: Mr Shevchuk was elected “President” of the “MRT” in December 2011.

“10. The Assembly welcomes the resumption of negotiations following Ukraine’s optimistic initiative of settling the Transnistrian conflict by giving priority to democratisation. It hopes that the current five-member format, involving Moldova, the Transnistrian region, Russia, Ukraine and the OSCE, will be extended to include also the Council of Europe. It emphasises the need for effective supervision of the border between Moldova and Ukraine, arms stocks and the production of armaments factories. Given their accumulated expertise, the Assembly wishes its rapporteurs to be associated with all these developments.

11. Any settlement of the Transnistrian conflict must be based on the inviolable principle of full respect for Moldova’s territorial integrity and sovereignty. In accordance with the rule of law, any solution must accord with the popular will as expressed in fully free and democratic elections run by internationally recognised authorities.”

B. The Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)

66. In its Annual Report for 2004, the OSCE referred to events in Transnistria as follows:

“... ”

The most disruptive development, however, was the Transnistrian decision in mid-July to close the Moldovan schools in Transnistrian territory teaching in Latin script. In response, the Moldovan side suspended its participation in the five-sided political settlement negotiations.

Together with co-mediators from the Russian Federation and Ukraine, the Mission went to extraordinary lengths from mid-July well into autumn to ameliorate the school crisis and to find and implement a solution. The Mission also sought to defuse tensions between the sides concerning freedom of movement, farmlands, and railways. ...”

In 2004 the OSCE also observed that:

“Only one train containing approximately 1,000 tons of ammunition was removed from the Operative Group of Russian Forces depots in Transnistria in 2004. Approximately 21,000 metric tons of ammunition remain to be removed, together with more than 40,000 small arms and light weapons and approximately ten trainloads of miscellaneous military equipment. The Mission continued to coordinate technical and financial assistance to the Russian Federation for these activities.”

67. The 2005 Annual Report stated:

“The Mission concentrated its efforts on restarting the political settlement negotiations, stalled since summer 2004. The mediators from the Russian Federation, Ukraine, and the OSCE held consultations with representatives from Chişinău and Tiraspol in January, May and September. At the May meeting, Ukraine introduced President Victor Yushchenko’s settlement plan, *Toward a Settlement through Democratization*. This initiative envisages democratization of the Transnistrian region through internationally conducted elections to the regional legislative body, along with steps to promote demilitarization, transparency and increased confidence.

In July, the Moldovan Parliament, citing the Ukrainian Plan, adopted a Law on the basic principles of a special legal status of Transnistria. During consultations in September in Odessa, Chişinău and Tiraspol agreed to invite the EU and US to participate as observers in the negotiations. Formal negotiations resumed in an enlarged format in October after a 15-month break and continued in December following the OSCE Ministerial Council in Ljubljana. On 15 December, the Presidents of Ukraine and the Russian Federation, Victor Yushchenko and Vladimir Putin, issued a joint statement welcoming the resumption of negotiations on the settlement of the Transnistrian conflict.

In September, Presidents Voronin and Yushchenko jointly requested the OSCE Chairman-in-Office to consider sending an International Assessment Mission (IAM) to analyse democratic conditions in Transnistria and necessary steps for conducting democratic elections in the region. In parallel, the OSCE Mission conducted technical consultations and analyses on basic requirements for democratic elections in the Transnistrian region, as proposed in the Yushchenko Plan. At the October negotiating round, the OSCE Chairmanship was asked to continue consultations on the possibility of organizing an IAM to the Transnistrian region.

Together with military experts from the Russian Federation and Ukraine, the OSCE Mission completed development of a package of proposed confidence- and security-building measures, which were presented by the three mediators in July. The Mission subsequently began consultations on the package with representatives of Chişinău and Tiraspol. The October negotiating round welcomed possible progress on enhancing transparency through a mutual exchange of military data, as envisaged in elements of this package.”

On the question of Russian military withdrawal, the OSCE observed:

“There were no withdrawals of Russian arms and equipment from the Transnistrian region during 2005. Roughly 20,000 metric tons of ammunition remain to be removed. The commander of the Operative Group of Russian Forces reported in May that surplus stocks of 40,000 small arms and light weapons stored by Russian forces in the Transnistrian region have been destroyed. The OSCE has not been allowed to verify these claims.”

68. In 2006, the OSCE reported as follows:

“The 17 September ‘independence’ referendum and the 10 December ‘presidential’ elections in Transnistria – neither one recognized nor monitored by the OSCE – shaped the political environment of this work. ...

To spur on the settlement talks, the Mission drafted in early 2006 documents that suggested: a possible delimitation of competencies between central and regional authorities; a mechanism for monitoring factories in the Transnistrian military-industrial complex; a plan for the exchange of military data; and an assessment mission to evaluate conditions and make recommendations for democratic elections in Transnistria. The Transnistrian side, however, refused to continue negotiations after the March introduction of new customs rules for Transnistrian exports, and thus no progress could be made including on these projects. Attempts to unblock this stalemate

through consultations among the mediators (OSCE, Russian Federation and Ukraine) and the observers (European Union and the United States of America) in April, May and November and consultations of the mediators and observers with each of the sides separately in October were to no avail.

...

On 13 November, a group of 30 OSCE Heads of Delegations, along with OSCE Mission members gained access for the first time since March 2004 to the Russian Federation ammunition depot in Colbaşna, near the Moldovan-Ukrainian border in northern Transnistria. There were no withdrawals, however, of Russian ammunition or equipment from Transnistria during 2006, and more than 21,000 tons of ammunition remain stored in the region. ...”

69. The Annual Report for 2007 stated:

“The mediators in the Transnistrian settlement process, the Russian Federation, Ukraine and the OSCE, and the observers, the European Union and the United States, met four times. The mediators and observers met informally with the Moldovan and Transnistrian sides once, in October. All meetings concentrated on finding ways to restart formal settlement negotiations, which have nonetheless failed to resume.

...

The Mission witnessed that there were no withdrawals of Russian ammunition or equipment during 2007. The Voluntary Fund retains sufficient resources to complete the withdrawal tasks.”

70. In 2008, the OSCE observed:

“Moldovan President Vladimir Voronin and Transnistrian leader Igor Smirnov met in April for the first time in seven years and followed up with another meeting on 24 December. Mediators from the OSCE, Russian Federation and Ukraine and observers from the European Union and the United States met five times. Informal meetings of the sides with mediators and observers took place five times. These and additional shuttle diplomacy efforts by the Mission notwithstanding, formal negotiations in the ‘5+2’ format were not resumed.

...

There were no withdrawals of Russian ammunition or equipment from the Transnistrian region during 2008. The Voluntary Fund retains sufficient resources to complete withdrawal tasks.”

C. International non-governmental organisations

71. In its report dated 17 June 2004, “Moldova: Regional Tensions over Transdnistria” (Europe Report no. 157), the International Crisis Group (ICG) found as follows (extract from the Executive Summary):

“Russia’s support for the self-proclaimed and unrecognised Dniestrian Moldovan Republic (DMR [– “MRT”]) has prevented resolution of the conflict and inhibited Moldova’s progress towards broader integration into European political and economic

structures. In its recent and largely unilateral attempts to resolve the Transnistrian conflict, Russia has demonstrated almost a Cold War mindset. Despite comforting rhetoric regarding Russian-European Union (EU) relations and Russian-US cooperation on conflict resolution and peacekeeping within the Newly Independent States of the former Soviet Union (NIS), old habits appear to die hard. Russia remains reluctant to see the EU, US or the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) play an active role in resolving the conflict because Moldova is still viewed by many in Moscow as a sphere of exclusively Russian geopolitical interest.

It has not been difficult for Russia to exploit Moldova's political and economic instability for its own interests. Despite having accepted concrete deadlines for withdrawing its troops, Russia has repeatedly back-pedalled while trying to force through a political settlement that would have ensured, through unbalanced constitutional arrangements, continued Russian influence on Moldovan policy-making and prolongation of its military presence in a peacekeeping guise. It has so far been unwilling to use its influence on the DMR leadership to promote an approach to conflict resolution that balances the legitimate interests of all parties.

Ukrainian and Moldovan business circles have become adept at using the parallel DMR economy to their own ends, regularly participating in re-export and other illegal practices. Some have used political influence to prevent, delay, and obstruct decisions which could have put pressure on the DMR leadership to compromise. These include abolition of tax and customs regulations favourable to the illegal re-export business, enforcement of effective border and customs control, and collection of customs and taxes at internal 'borders'.

With backing from Russian, Ukrainian and Moldovan economic elites, the DMR leadership has become more assertive. Recognising that international recognition is unlikely, it has focused on preserving *de facto* independence through a loose confederation with Moldova. Unfortunately, DMR leaders – taking advantage of contradictions in the tax and customs systems of Moldova and the DMR – continue to draw substantial profits from legal and illegal economic activities including re-exports, smuggling and arms production.

The DMR has become a self-aware actor with its own interests and strategies, possessing a limited scope for independent political manoeuvre but an extensive web of economic and other links across Russia, Moldova, and Ukraine. However, it remains heavily dependent on Russian political and economic support and does not like to put itself in a position where it must act counter to Russian policy. Russian and DMR interests often overlap but in some instances DMR leaders have been able to design and implement strategies to avoid Russian pressure, delay negotiations, obstruct Russian initiatives, and undermine Russian policies by playing up disagreements between the co-mediators and capitalising on alternative sources of external support.

Russia's most recent attempt to enforce a settlement – the Kozak Memorandum in October and November 2003 – has shown that its influence, while pervasive, has clear limits. Russia is unable to push through a settlement without the support of Moldova and the international community, especially key players such as the OSCE, EU, and the US. A comprehensive political settlement requires an approach that can bridge the

differences between Russia and other key international actors while fairly considering the interests of both the Moldovan government and the DMR.

Despite an understanding that Russia should not be antagonised, the gravitational pull of European integration is strong in Moldova. Recently, even its communist leadership has stressed the need to do more to achieve that goal. The country has rarely been on Western radar screens during the last decade, however, and it will need more demonstrable EU and US backing if it is to resist Russian political and material support for the DMR and Transnistrian obstruction of the negotiation process. International actors must also help Moldova to secure its own borders against the illicit economic activities which keep Transnistria afloat and affect its European neighbours as well.

The conflict can only be resolved if the international community uses its influence on Russia bilaterally and within the OSCE. Only then, and with a substantially more determined commitment to political, economic and administrative reform on its own part, will Moldova be able to realise its European aspirations. A comprehensive strategy towards Moldova, Ukraine and Russia within the EU's Wider Europe Policy would be a critical first step."

72. In its report of 17 August 2006, "Moldova's Uncertain Future" (Europe Report no. 175), the ICG observed (extract from the Executive Summary):

"With Romania's expected entry into the European Union in 2007, the EU will share a border with Moldova, a weak state divided by conflict and plagued by corruption and organised crime. Moldova's leadership has declared its desire to join the EU, but its commitment to European values is suspect, and efforts to resolve its dispute with the breakaway region of Transnistria have failed to end a damaging stalemate that has persisted for fifteen years. Young people have little confidence in the country's future and are leaving at an alarming rate. If Moldova is to become a stable part of the EU's neighbourhood, there will need to be much greater international engagement, not only in conflict resolution but in spurring domestic reforms to help make the country more attractive to its citizens.

Two recent initiatives by the EU and Ukraine gave rise to hopes that the balance of forces in the separatist dispute had changed significantly. An EU Border Assistance Mission (EUBAM) launched in late 2005 has helped curb smuggling along the Transnistrian segment of the Moldova-Ukraine frontier, a key source of revenue for the authorities in Tiraspol, the Transnistrian capital. At the same time, Kiev's implementation of a landmark customs regime to assist Moldova in regulating Transnistrian exports has reduced the ability of businesses in the breakaway region to operate without Moldovan oversight, striking a major psychological blow.

But optimism that these measures would ultimately force Transnistria to make diplomatic concessions appears to have been false. Although EUBAM has had significant success, particularly given its small size and budget, widespread smuggling continues. Nor has the Ukrainian customs regime had a decisive effect on Transnistrian businesses, which remain capable of profitable legal trade as they

were in the past. Moreover, domestic political uncertainty has raised questions about whether Kiev will continue to enforce the new regulations.

Russia has increased its support for Transnistria, sending economic aid and taking punitive measures against Moldova, including a crippling ban on wine exports, one of its main revenue sources. Moscow refuses to withdraw troops based in Transnistria since Soviet times whose presence serves to preserve the status quo. With Russian support, the Transnistrian leader, Igor Smirnov, has little incentive to compromise in his drive toward independence. The internationally mediated negotiations between the two parties are going nowhere, despite the presence since 2005 of the EU and US as observers. Although some understanding had been reached about the level of autonomy in a settlement, Moldova has hardened its position to match Transnistria's intransigence."

73. In its report entitled "Freedom in the World 2009", Freedom House commented, *inter alia*:

"Moldova rejected a Russian-backed federalization plan in November 2003 after it drew public protests. The latest round of formal multilateral talks collapsed in early 2006, and Transnistrian referendum voters in September 2006 overwhelmingly backed a course of independence with the goal of eventually joining Russia, although the legitimacy of the vote was not recognized by Moldova or the international community.

In the absence of active 5+2 negotiations, Voronin pursued bilateral talks with Russia and took a number of steps to bring Moldova's foreign policy into line with the Kremlin's. For much of 2008, he urged Russia to accept a proposal whereby Transnistria would receive substantial autonomy within Moldova, a strong and unitary presence in the Moldovan Parliament, and the right to secede if Moldova were to unite with Romania in the future. Russian property rights would be respected, and Russian troops would be replaced by civilian observers. Voronin defended his separate 'consultations' with Russia by saying that any settlement would be finalized in the 5+2 format.

The Transnistria issue took on an added degree of urgency in August 2008, after Russia fought a brief conflict with Georgia and recognized the independence of two breakaway regions there. Russian officials said they had no plans to recognize the PMR ["MRT"], but warned Moldova not to adopt Georgia's confrontational stance. The Moldovan government in turn rejected any comparison and repeated its commitment to peaceful negotiations. Some experts expressed concerns that Russia could impose a harsh settlement on Moldova in the bilateral talks and then recognize the PMR if the plan were rejected.

Transnistrian 'President' Igor Smirnov's relations with Voronin remained tense throughout the year, as the Moldovan leader effectively negotiated over Smirnov's head and expressed clear frustration with the PMR leadership. The two men met in April for the first time since 2001, then again in December. Days after the April meeting, Romanian President Traian Basescu indirectly raised the prospect of a partition in which Ukraine would absorb Transnistria and Romania would annex Moldova proper, prompting Voronin to accuse him of sabotaging the negotiations. Meanwhile, Russian President Dmitri Medvedev met with Voronin and Smirnov separately during the year.

...

Political Rights and Civil Liberties

Residents of Transnistria cannot elect their leaders democratically, and they are unable to participate freely in Moldovan elections. ...

Corruption and organized crime are serious problems in Transnistria. ...

The media environment is restrictive. ...

Religious freedom is restricted. ...

Although several thousand students study Moldovan using the Latin script, this practice is restricted. The Moldovan language and Latin alphabet are associated with support for unity with Moldova, while Russian and the Cyrillic alphabet are associated with separatist goals. Parents who send their children to schools using Latin script, and the schools themselves, have faced routine harassment from the security services.

The authorities severely restrict freedom of assembly and rarely issue required permits for public protests. ...

The judiciary is subservient to the executive and generally implements the will of the authorities. ...

Authorities discriminate against ethnic Moldovans, who make up about 40% of the population. It is believed that ethnic Russians and Ukrainians together comprise a slim majority, and as many as a third of the region's residents reportedly hold Russian passports."

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW

A. International law materials concerning State responsibility for unlawful acts

1. The International Law Commission's Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

74. The International Law Commission (ILC) adopted its Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ("the Draft Articles") in August 2001. The relevant Articles of Chapter II of the Draft Articles provide:

Article 6

Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State

"The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed."

Article 8

Conduct directed or controlled by a State

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct.”

2. *Case-law of the International Court of Justice (ICJ)*

75. In its advisory opinion “*Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*”, the ICJ held, on the obligation under international law to put an end to an illegal situation:

“117. Having reached these conclusions, the Court will now address itself to the legal consequences arising for States from the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). A binding determination made by a competent organ of the United Nations to the effect that a situation is illegal cannot remain without consequence. Once the Court is faced with such a situation, it would be failing in the discharge of its judicial functions if it did not declare that there is an obligation, especially upon Members of the United Nations, to bring that situation to an end. As this Court has held, referring to one of its decisions declaring a situation as contrary to a rule of international law: ‘This decision entails a legal consequence, namely that of putting an end to an illegal situation’ (ICJ Reports 1951, p. 82).

118. South Africa, being responsible for having created and maintained a situation which the Court has found to have been validly declared illegal, has the obligation to put an end to it. It is therefore under obligation to withdraw its administration from the Territory of Namibia. By maintaining the present illegal situation, and occupying the Territory without title, South Africa incurs international responsibilities arising from a continuing violation of an international obligation. It also remains accountable for any violations of its international obligations, or of the rights of the people of Namibia. The fact that South Africa no longer has any title to administer the Territory does not release it from its obligations and responsibilities under international law towards other States in respect of the exercise of its powers in relation to this Territory. Physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States.”

76. In the *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, judgment of 26 February 2007, the ICJ held, on the question of State responsibility:

“391. The first issue raised by this argument is whether it is possible in principle to attribute to a State conduct of persons – or groups of persons – who, while they do not have the legal status of State organs, in fact act under such strict control by the

State that they must be treated as its organs for purposes of the necessary attribution leading to the State's responsibility for an internationally wrongful act. The Court has in fact already addressed this question, and given an answer to it in principle, in its judgment of 27 June 1986 in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, pp. 62-64). In paragraph 109 of that judgment the Court stated that it had to

'determine . . . whether or not the relationship of the *contras* to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the *contras*, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government' (p. 62).

Then, examining the facts in the light of the information in its possession, the Court observed that 'there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf' (para. 109), and went on to conclude that 'the evidence available to the Court ... is insufficient to demonstrate [the *contras*'] complete dependence on United States aid', so that the Court was 'unable to determine that the *contra* force may be equated for legal purposes with the forces of the United States' (pp. 62-63, para. 110).

392. The passages quoted show that, according to the Court's jurisprudence, persons, groups of persons or entities may, for purposes of international responsibility, be equated with State organs even if that status does not follow from internal law, provided that in fact the persons, groups or entities act in 'complete dependence' on the State, of which they are ultimately merely the instrument. In such a case, it is appropriate to look beyond legal status alone, in order to grasp the reality of the relationship between the person taking action, and the State to which he is so closely attached as to appear to be nothing more than its agent: any other solution would allow States to escape their international responsibility by choosing to act through persons or entities whose supposed independence would be purely fictitious.

393. However, so to equate persons or entities with State organs when they do not have that status under internal law must be exceptional, for it requires proof of a particularly great degree of State control over them, a relationship which the Court's judgment quoted above expressly described as 'complete dependence'. ..."

The ICJ went on to find that Serbia was not directly responsible for genocide during the 1992-95 Bosnian war. It held nonetheless that Serbia had violated its positive obligation to prevent genocide, under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, by failing to take all measures within its power to stop the genocide that occurred in Srebrenica in July 1995 and by having failed to transfer Ratko Mladić, indicted for genocide and complicity in genocide, for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

B. Treaty provisions concerning the right to education

1. The Universal Declaration of Human Rights 1948

77. Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights provides:

“1. Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.

2. Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

3. Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children.”

2. The Convention against Discrimination in Education 1960

78. The relevant Articles of the above Convention, which was adopted by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization during its 11th session October-December 1960, provide as follows.

Article 1

“1. For the purposes of this Convention, the term ‘discrimination’ includes any distinction, exclusion, limitation or preference which, being based on race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic condition or birth, has the purpose or effect of nullifying or impairing equality of treatment in education and in particular:

(a) Of depriving any person or group of persons of access to education of any type or at any level;

(b) Of limiting any person or group of persons to education of an inferior standard;

(c) Subject to the provisions of Article 2 of this Convention, of establishing or maintaining separate educational systems or institutions for persons or groups of persons; or

(d) Of inflicting on any person or group of persons conditions which are incompatible with the dignity of man.

2. For the purposes of this Convention, the term ‘education’ refers to all types and levels of education, and includes access to education, the standard and quality of education, and the conditions under which it is given.”

Article 3

“In order to eliminate and prevent discrimination within the meaning of this Convention, the States Parties thereto undertake:

- (a) To abrogate any statutory provisions and any administrative instructions and to discontinue any administrative practices which involve discrimination in education;
- ...

Article 5

“1. The States Parties to this Convention agree that:

- (a) Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms; it shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace;
- ...

3. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
1966*

79. Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights provides:

“1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right:

- (a) Primary education shall be compulsory and available free to all;
- (b) Secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;
- (c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;
- (d) Fundamental education shall be encouraged or intensified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education;

(e) The development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, an adequate fellowship system shall be established, and the material conditions of teaching staff shall be continuously improved.

3. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

4. No part of this Article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph 1 of this Article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.”

4. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965

80. The relevant part of Article 5 of the above United Nations Convention provides:

“In compliance with the fundamental obligations laid down in Article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

...

(e) Economic, social and cultural rights, in particular:

...

(v) The right to education and training;

...”

5. The Convention on the Rights of the Child 1989

81. The relevant Articles of the above United Nations Convention provide as follows.

Article 28

“1. States Parties recognize the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, they shall, in particular:

(a) Make primary education compulsory and available free to all;

(b) Encourage the development of different forms of secondary education, including general and vocational education, make them available and accessible to every child, and take appropriate measures such as the introduction of free education and offering financial assistance in case of need;

(c) Make higher education accessible to all on the basis of capacity by every appropriate means;

(d) Make educational and vocational information and guidance available and accessible to all children;

(e) Take measures to encourage regular attendance at schools and the reduction of drop-out rates.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child's human dignity and in conformity with the present Convention.

3. States Parties shall promote and encourage international cooperation in matters relating to education, in particular with a view to contributing to the elimination of ignorance and illiteracy throughout the world and facilitating access to scientific and technical knowledge and modern teaching methods. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries."

Article 29

"1. States Parties agree that the education of the child shall be directed to:

(a) The development of the child's personality, talents and mental and physical abilities to their fullest potential;

(b) The development of respect for human rights and fundamental freedoms, and for the principles enshrined in the Charter of the United Nations;

(c) The development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values, for the national values of the country in which the child is living, the country from which he or she may originate, and for civilizations different from his or her own;

(d) The preparation of the child for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of indigenous origin;

(e) The development of respect for the natural environment.

2. No part of the present Article or Article 28 shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principle set forth in paragraph 1 of the present Article and to the requirements that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State."

THE LAW

82. The applicants complained about the forcible closure of their schools by the “MRT” authorities and measures taken by those authorities to harass and intimidate them because of their choice to pursue the children’s education at Moldovan/Romanian-language schools. The Court must first determine whether, in respect of the matters complained of, the applicants fell within the jurisdiction of either or both of the respondent States, within the meaning of Article 1 of the Convention.

I. JURISDICTION

A. The parties’ submissions

1. *The applicants*

(a) **The jurisdiction of the Republic of Moldova**

83. The applicants submitted that, although Moldova lacked effective control over Transdniestria, the region clearly remained part of the national territory and the protection of human rights there remained the responsibility of Moldova.

84. The applicants considered that Moldova’s positive obligations towards them operated on several interconnected levels. Moldova had a responsibility to take all feasible measures to restore the rule of law and its sovereign authority in Transdniestria. It also had a positive obligation to take all feasible measures specifically to remedy the situation of the applicants and to protect their freedom to study and have their children study at schools using the Moldovan national language. The applicants alleged that, despite Moldova’s lack of overall control of Transdniestria, it did have considerable means available to it in the political and economic sphere that were capable of affecting its ongoing relationship with the “MRT” authorities.

(b) **The jurisdiction of the Russian Federation**

85. The applicants pointed out that the closure of the schools took place in 2004, shortly after the Court delivered its judgment in *Ilaşcu and Others* (cited above). They submitted that the Court’s findings of fact in that case, which led it to conclude that Russia exercised decisive influence over the “MRT”, applied equally to the present case.

86. The applicants emphasised that since 2004 there had been no verified withdrawals of Russian arms and equipment. They alleged that

Russia had entered into secret deals with the “MRT” leaders in connection with the management of the arms store. In 2003 the Russian government’s own figures showed that there were 2,200 Russian troops stationed in the region and there was no evidence to show that that figure had diminished significantly. Their presence was justified by Russia as necessary to guard the arms store. The applicants submitted that the presence of both the arms and the troops was contrary to Russia’s international commitments. The applicants further submitted that there was no indication of any clear commitment to the removal of troops and weapons. Instead, official Russian statements tended to indicate that withdrawal was conditional on a political settlement being reached. In the applicants’ view, the continued Russian military presence represented a latent threat of future military intervention, which acted to intimidate the Moldovan government and opponents to the separatist regime in Transdniestria.

87. The applicants alleged that Transdniestria depended on the importation of energy from Russia and on Russian investment, aid and trade. Russia accounted for 18% of the “MRT’s” exports and 43.7% of its imports, primarily energy. The “MRT” had paid for less than 5% of the gas it had consumed, but Russia had taken no measures to recover the debt. Russia provided direct humanitarian aid to Transdniestria, mostly in the form of contributions to old-age pensions, in breach of Moldovan law. The applicants claimed that official Russian sources stated that between 2007 and 2010 the total amount of financial assistance to Transdniestria was USD 55 million.

88. The applicants submitted that the Russian political establishment regarded Transdniestria as an outpost of Russia. They provided examples of statements by members of the Duma in support of “MRT” independence from Moldova and referred to calls made by Igor Smirnov, the “President of the MRT” until January 2012, for Transdniestria to be incorporated into the Russian Federation. They also pointed out that some 120,000 individuals living in Transdniestria had been granted Russian citizenship. In February and March 2005, “in response to the course of action taken by the Moldovan government aimed at worsening the situation in respect of Transdniestria”, the Duma adopted resolutions asking the Russian government to introduce an import ban on Moldovan alcohol and tobacco products; to export energy to Moldova (except Transdniestria) at international rates; and to require visas for Moldovan nationals visiting Russia, except residents of Transdniestria. The applicants quoted the findings of the International Monetary Fund, according to whom these measures had a combined negative effect on Moldova’s economic growth of 2-3% annually in 2006/07.

2. *The Moldovan Government*

(a) **The jurisdiction of the Republic of Moldova**

89. The Moldovan Government submitted that according to the rationale of the judgment in *Ilaşcu and Others* (cited above), the applicants fell within Moldova's jurisdiction because, by claiming the territory and by trying to secure the applicants' rights, the Moldovan authorities assumed positive obligations in respect of them. The Moldovan Government maintained that they still had no jurisdiction, in the sense of authority and control, over the Transdnestrian territory; nonetheless, they continued to fulfil the positive obligations instituted by *Ilaşcu and Others*. For the Moldovan Government, the central issue in respect of Moldova was how far such a positive obligation might act to engage a State's jurisdiction. They relied, in this respect, on the Partly Dissenting Opinion of Judge Sir Nicolas Bratza joined by Judges Rozakis, Hedigan, Thomassen and Panîru annexed to the *Ilaşcu and Others* judgment.

(b) **The jurisdiction of the Russian Federation**

90. The Moldovan Government considered that, in the light of the principles set out in *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 55721/07, ECHR 2011), the facts of the present case fell within Russia's jurisdiction due to the continuous military presence which had prevented the settlement of the conflict.

91. The Moldovan Government emphasised that they did not have access to the arms store at Colbaşna and thus had no real knowledge as to the quantity of armaments still held by the Russian Federation in Transdnestria. They contended that it was difficult to distinguish between Russian soldiers making up the peacekeeping force under the terms of the ceasefire agreement and Russian soldiers within the Russian Operational Group ("ROG"), stationed in Transdnestria to guard the arms store. They submitted that, leaving aside the high-level commanders who were probably recruited directly from Russia, many of the ordinary soldiers within both forces were Russian nationals from Transdnestria who supported the separatist regime. Finally, they pointed out that Tiraspol military airport was under Russian control and that "MRT" officials were able to use it freely.

92. The Moldovan Government submitted that the Russian military and armaments presence in Transdnestria impeded efforts to resolve the conflict and helped to keep the separatist regime in power. They were put at a disadvantage and could not negotiate freely without the threat

that Russian military withdrawal would be suspended, as occurred when Moldova rejected the Kozak Memorandum (see paragraph 27 above). The opposition of the “MRT” to the removal of the arms did not, in their view, provide an acceptable excuse for not removing or destroying them and the Russian authorities should not accept or rely on such opposition. The Moldovan Government were prepared to cooperate in any way, except where cooperation entailed unduly onerous conditions, such as those included in the “Kozak Memorandum”. The active involvement of the other international partners in the negotiation process should also act to mitigate any excessive burden on Russia arising out of practical arrangements for the destruction of the arms store.

93. The Moldovan Government submitted that the “MRT” economy was geared towards the export of goods to Russia and Ukraine; there were no real trading links between the “MRT” and Moldova proper. However, only about 20% of the population was economically active and the region survived as a result of financial support from Russia, in the form of waiver of gas debts and aid donations. For example, in 2011 the “MRT” received financial aid from Russia totalling USD 20.64 million. In 2011 Transdniestria consumed USD 505 million worth of gas, but paid for only 4% of that consumed (USD 20 million).

94. Finally, the Moldovan Government submitted that the policies of the “MRT” were entirely oriented towards Russia and away from Moldova. There were many high-level visits between Russia and Transdniestria and statements of support from senior Russian politicians. However, the political situation was constantly evolving and it was difficult to give a comprehensive assessment.

3. *The Russian Government*

(a) **The jurisdiction of the Republic of Moldova**

95. The Russian Government did not comment on whether the Republic of Moldova had jurisdiction in this case.

(b) **The jurisdiction of the Russian Federation**

96. The Russian Government took issue with the Court’s approach to jurisdiction in *Ilașcu and Others* and *Al-Skeini and Others* (both cited above). They contended that it was the will of the Contracting States, as expressed in the text of Article 1 of the Convention, that in the absence of an express declaration under Article 56 each State’s jurisdiction should be limited to its territorial borders. In the alternative, the approach followed by the Court in *Banković and Others v. Belgium and Others* ((dec.) [GC], no. 52207/99,

ECHR 2001-XII) was a more accurate interpretation, since it recognised that jurisdiction could be extended extraterritorially only in exceptional cases. For the Russian Government, jurisdiction could exceptionally be extended extraterritorially where a Contracting State exercised effective control over another territory, equivalent to the degree of control exercised over its own territory in peacetime. This might include cases where the State Party was in long-term settled occupation or where a territory was effectively controlled by a government which was properly regarded as an organ of the relevant State Party, in accordance with the test applied by the International Court of Justice in the *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (see paragraph 76 above). It could not be said that Russia exercised jurisdiction in the present case, where the territory was controlled by a *de facto* government which was not an organ or instrument of Russia.

97. In the further alternative, the Russian Government contended that the present case should be distinguished from previous cases because there was no evidence of any extraterritorial act by the Russian authorities. In contrast, in *Al-Skeini and Others*, for example, the Court found that the applicants' relatives fell within United Kingdom jurisdiction because they had been killed by British soldiers. Even in *Ilaşcu and Others* the Court based itself on two sets of arguments in order to find Russian jurisdiction: firstly, that the "MRT" was subject to Russia's dominant influence, but also that the applicants had been arrested and transferred to "MRT" custody by Russian soldiers. In *Ilaşcu and Others* the Court's decision was based on the fact that Russia had been directly involved in the arrest and, following the ratification of the Convention, did not make sufficient efforts to secure their release. In the present case, the Russian Government emphasised that there was no causal link between the presence of the Russian forces in Transdniestria and the treatment of the applicants' schools. On the contrary, the Russian Government had tried to resolve the schools crisis by acting as a mediator. Moreover, the Russian Government contended that there was no evidence that Russia exercised effective military or political control in Transdniestria. If the Court were to find Russian jurisdiction in this case, this would effectively mean that Russia would be responsible under the Convention for any violations taking place in Transdniestria, notwithstanding the insignificant size of the Russian military presence there. The Court should, therefore, find that the facts complained of fell outside Russia's jurisdiction under Article 1 of the Convention.

98. The Russian Government did not provide any figures regarding the amount of weapons still stored at Colbaşna in Transdniestria. However, they insisted that most of the weapons, ammunition and military property

was removed between 1991 and 2003. In 2003, when the Moldovan government refused to sign the Kozak Memorandum, the “MRT” blocked the removal of any further items. According to the Russian Government, the cooperation of the Moldovan authorities was also needed, since they had blocked the use of the railway line from Transdnistria into Moldovan-controlled territory. At present, only shells, hand grenades, mortar bombs and small-arms ammunition were stored in the warehouses. Over 60% of this equipment was to be destroyed at the end of its warranty period, but the Russian Government did not specify when this would be. Moreover, its destruction would only be possible once agreement had been reached on environmental safety. The Russian Government emphasised that they had a responsibility to safeguard the arms store and protect against theft but nonetheless felt themselves under pressure to remove the 1,000 servicemen stationed in Transdnistria to guard it. In addition to this small contingent, there were approximately 1,125 Russian soldiers stationed in the 225 km long and 12-20 km wide Security Area as part of the internationally agreed peacekeeping force. In the Russian Government’s view, it was evident that the presence of a few hundred Russian soldiers guarding the military warehouses and executing their peacekeeping functions could not be the instrument of effective overall control in Transdnistria.

99. The Russian Government denied that they provided any economic support to the “MRT”. As regards the supply of gas, they explained that since the “MRT” was not recognised as a separate entity under international law, it could not have its own sovereign debts and Russia did not effect separate gas supplies for Moldova and Transdnistria. The bill for supplying gas to Transdnistria was, therefore, attributed to Moldova. The supply of gas to the region was organised through the Russian public corporation Gazprom and the joint stock company Moldovagaz, which was owned jointly by Moldova and the “MRT”. The debt owed by Moldovagaz to Russia exceeded USD 1.8 billion, of which USD 1.5 billion related to gas consumed in Transdnistria. Gazprom could not simply refuse to supply gas to the region, since it needed pipelines through Moldova to supply the Balkan States. Complex negotiations were ongoing between Gazprom and Moldovagaz concerning the repayment of the debt. In 2003/04 a solution was proposed whereby the “MRT” would permit Russia to remove military equipment to the value of USD 1 million in return for Russia writing off an equivalent sum from the gas debt, but this scheme was never implemented because at that point relations between Moldova and the “MRT” deteriorated and neither was prepared to consent. The Russian Government denied that there were separate contracts for gas supply to Moldova and Transdnistria and contended that it was impossible for Gazprom to fix different rates

for consumers in each part of the country. From 2008 Moldova has been required to pay for gas at European prices, rather than on preferential internal rates.

100. With regard to financial aid, the Russian Government submitted that the amount of aid given to Russian citizens living in the region for humanitarian purposes, such as the payment of pensions and assistance with catering in schools, prisons and hospitals, was fully transparent, and could be compared with humanitarian aid provided by the European Union. As well as providing aid to the population living in Transdnistria, Russia provided aid to those living in other parts of Moldova. In addition, the Russian Government denied that Moldova was ever subject to economic sanctions because of its position as regards the “MRT” and underlined that the President and the government, rather than the Duma, were in charge of economic policy. In March 2006 restrictions were placed on the importation of wine from Moldova because violations of sanitary norms were discovered. Importation of Moldovan wine resumed from 1 November 2007 following an expert report. The authorities of the Russian Federation considered the Republic of Moldova as a single State and had no separate trading and economic arrangements with Transdnistria.

101. On the issue of political support, the Russian Government argued that, as a matter of international law, even if it could be established that Russia politically supported the “MRT” authorities in any relevant way, this would not establish that Russia was responsible for human rights violations committed by them. In their view, it was absurd to say that where a local government had a democratic mandate, any outside power that supported it became responsible for its human rights abuses.

B. The Court’s assessment

1. General principles relevant to jurisdiction under Article 1 of the Convention

102. 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.”

103. The Court has established a number of clear principles in its case-law under Article 1. Thus, 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” (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 86, Series A no. 161; *Banković and Others*, cited above, § 66). “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 *Ilaşcu and Others*, cited above, § 311, and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 130).

104. A State's jurisdictional competence under Article 1 is primarily territorial (see *Soering*, cited above, § 86; *Banković and Others*, cited above, §§ 61-67; *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312; and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 131). Jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State's territory (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312, and *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 139, ECHR 2004-II). Conversely, acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 only in exceptional cases (see *Banković and Others*, cited above, § 67, and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 131).

105. To date, the Court has recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extraterritorially must be determined with reference to the particular facts (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 132).

106. One exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration (see *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 62, Series A no. 310; *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 76, ECHR 2001-IV; *Banković and Others*, cited above, § 70; *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 314-16; *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI; and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 138). Where the fact of such domination over the territory is established, it is not necessary to determine whether the Contracting State exercises detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration. The fact that the local administration survives as a result of the Contracting State's military and other support entails that State's responsibility for its policies and actions. The controlling State has the responsibility under Article 1 to secure, within the area under its control,

the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it has ratified. It will be liable for any violations of those rights (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, §§ 76-77, and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 138).

107. It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area (see *Loizidou* (merits), cited above, §§ 16 and 56, and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 387). Other indicators may also be relevant, such as the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region (see *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 388-94, and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 139).

2. Application of these principles to the facts of the case

108. It is appropriate at this point to recall the central facts of the case. The applicants are children and parents from the Moldovan community in Transdniestria who complain about the effects on their and their children's education and family lives brought about by the language policy of the separatist authorities. The core of their complaints relates to actions taken by the "MRT" authorities in 2002 and 2004, to enforce decisions adopted some years previously, forbidding the use of the Latin alphabet in schools and requiring all schools to register and start using an "MRT"-approved curriculum and the Cyrillic script. Thus, on 22 August 2002 "MRT" police forcibly evicted the pupils and teachers from the Ştefan cel Mare School in Grigoriopol. The school was not allowed to reopen in the same building and subsequently transferred to premises some 20 km away, in Moldovan-controlled territory. The children and staff were evicted from the Evrica School in Ribniţa in July 2004. The same month, the Alexandru cel Bun School in Tighina was threatened with closure and the electricity and water supplies were disconnected. Both schools were required to move to less convenient and less well-equipped premises in their home towns at the start of the following academic year.

(a) The Republic of Moldova

109. The Court must first determine whether the case falls within the jurisdiction of the Republic of Moldova. In this connection, it notes that all three schools have at all times been situated within Moldovan territory. It is true, as all the parties accept, that Moldova has no authority over the part of its territory to the east of the River Dniester, which is controlled by the "MRT". Nonetheless, in *Ilaşcu and Others* the Court held that

individuals detained in Transdnistria fell within Moldova's jurisdiction because Moldova was the territorial State, even though it did not have effective control over the Transdnistrian region. Moldova's obligation under Article 1 of the Convention, to "secure to everyone within their jurisdiction the [Convention] rights and freedoms", was, however, limited in the circumstances to a positive obligation to take the diplomatic, economic, judicial or other measures that were both in its power to take and in accordance with international law (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 331). The Court reached a similar conclusion in *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia* (no. 23687/05, §§ 105-11, 15 November 2011).

110. The Court sees no ground on which to distinguish the present case. Although Moldova has no effective control over the acts of the "MRT" in Transdnistria, the fact that the region is recognised under public international law as part of Moldova's territory gives rise to an obligation, under Article 1 of the Convention, to use all legal and diplomatic means available to it to continue to guarantee the enjoyment of the rights and freedoms defined in the Convention to those living there (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 333). The Court will consider below whether Moldova has satisfied this positive obligation.

(b) The Russian Federation

111. The Court must next determine whether or not the applicants also fall within the jurisdiction of the Russian Federation. It takes as its starting point the fact that the key events in this case, namely the forcible eviction of the schools, took place between August 2002 and July 2004. Those two years fell within the period of time considered by the Court in *Ilaşcu and Others* (cited above), which was delivered in July 2004. It is true that in that case the Court considered it relevant to the question whether Russian jurisdiction was engaged that Mr Ilaşcu, Mr Leşco, Mr Ivanțoc and Mr Petrov-Popa had been arrested, detained and ill-treated by soldiers of the 14th Army in 1992, who then transferred them to "MRT" custody. The Court considered that these acts, although they took place before Russia ratified the Convention on 5 May 1998, formed part of a continuous and uninterrupted chain of responsibility on the part of the Russian Federation for the detainees' fate. The Court also found, as part of that chain of responsibility, that during the uprising in Transdnistria in 1991-92, the authorities of the Russian Federation contributed both militarily and politically to the establishment of the separatist regime (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 382). Furthermore, during the period between May 1998, when Russia ratified the Convention, and May 2004, when the Court adopted the judgment, the Court found that the "MRT" survived by virtue of the military, economic,

financial and political support given to it by the Russian Federation and that it remained under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of Russia (*ibid.*, § 392). The Court therefore concluded that the applicants came within the “jurisdiction” of the Russian Federation for the purposes of Article 1 of the Convention (*ibid.*, §§ 393-94).

112. In these circumstances, where the Court has already concluded that the Russian Federation had jurisdiction over certain events in Transnistria during the relevant period, it considers that the burden now lies on the Russian Government to establish that Russia did not exercise jurisdiction in relation to the events complained of by the present applicants.

113. The Russian Government deny that Russia exercised jurisdiction in Transnistria during the relevant period. They emphasise, firstly, that the present case is clearly distinguishable from *Ilaşcu and Others*, cited above, where the Court found that Russian soldiers had carried out the initial arrest and imprisonment of the applicants, and *Al-Skeini and Others*, also cited above, where the Court found that the United Kingdom had jurisdiction in respect of Iraqi civilians killed in the course of security operations carried out by British soldiers.

114. The Court observes that it has held that a State can, in certain exceptional circumstances, exercise jurisdiction extraterritorially through the assertion of authority and control by that State’s agents over an individual or individuals, as for example occurred in *Al-Skeini and Others* (cited above, § 149). However, the Court has also held that a State can exercise jurisdiction extraterritorially when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory (see paragraph 106 above). The Court accepts that there is no evidence of any direct involvement of Russian agents in the action taken against the applicants’ schools. However, it is the applicants’ submission that Russia had effective control over the “MRT” during the relevant period and the Court must establish whether or not this was the case.

115. The Russian Government contend that the Court could only find that Russia was in effective control if it found that the “government of the MRT” could be regarded as an organ of the Russian State in accordance with the approach of the International Court of Justice in the *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (see paragraph 76 above). The Court notes that in the judgment relied upon by the Russian Government, the International Court of Justice was concerned with determining when the conduct of a person or group of persons could be attributed to a State, so that the State could be held responsible under

international law in respect of that conduct. In the instant case, however, the Court is concerned with a different question, namely whether facts complained of by an applicant fell within the jurisdiction of a respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention. As the summary of the Court's case-law set out above demonstrates, the test for establishing the existence of "jurisdiction" under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under international law.

116. In the circumstances of the present case, the Court must ascertain whether, as a matter of fact, Russia exercised effective control over the "MRT" during the period August 2002 to July 2004. In making this assessment, the Court will take as its basis all the material placed before it or, if necessary, material obtained *proprio motu* (see, *mutatis mutandis*, *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 128, ECHR 2008).

117. The Russian Government emphasised that its military presence in Transdniestria during the relevant period was insignificant, comprising only approximately 1,000 ROG servicemen to guard the arms store at Colbaşna and a further 1,125 soldiers stationed in the Security Area as part of the internationally agreed peacekeeping force. In *Ilaşcu and Others* the Court found that there were approximately 1,500 ROG personnel guarding the arms store in 2002 (cited above, § 131). The numbers of Russian troops are not disputed by the other parties to the case (see paragraph 37 above). As for the Colbaşna arms store, it is impossible accurately to establish its size and contents for the period 2002-04, since the Russian Government did not provide the Court with the detailed information it had requested and since no independent observer was allowed access. However, in *Ilaşcu and Others* (loc. cit.) the Court referred to evidence to the effect that in 2003 the ROG had at least 200,000 tonnes of military equipment and ammunition there, and also 106 battle tanks, 42 armoured cars, 109 armoured personnel carriers, 54 armoured reconnaissance vehicles, 123 cannons and mortars, 206 anti-tank weapons, 226 anti-aircraft guns, 9 helicopters and 1,648 vehicles of various kinds.

118. The Court accepts that, by the end of the period 2002-04, the number of Russian military personnel stationed in Transdniestria had decreased significantly (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 387) and was small in relation to the size of the territory. Nonetheless, in view of the size of the arsenal stored at Colbaşna, the Russian army's military importance in the region and its dissuasive influence persisted. Moreover, in connection with both the arms store and the troops, the Court considers that the historical background has a significant bearing on the position during the period under examination in the present case. It should not be forgotten that

in *Ilaşcu and Others* the Court held that the separatists were able to secure power in 1992 only as a result of the assistance of the Russian military. The Colbaşna arms store was originally the property of the USSR's 14th Army and the Court found it established beyond reasonable doubt that during the armed conflict the separatists were able, with the assistance of 14th Army personnel, to equip themselves from the arms store. The Court further found that the massive transfer to the separatists of arms and ammunition from the 14th Army's stores was pivotal in preventing the Moldovan army from regaining control of Transdnistria. In addition, the Court found that, from the start of the conflict, large numbers of Russian nationals from outside the region, particularly Cossacks, went to Transdnistria to fight with the separatists against the Moldovan forces. Finally, it found that in April 1992 the Russian army stationed in Transdnistria (ROG) intervened in the conflict, allowing the separatists to gain possession of Tighina.

119. The Russian Government has not provided the Court with any evidence to show that these findings made in *Ilaşcu and Others* were unreliable. In the Court's view, given its finding that the separatist regime was initially established only as a result of Russian military assistance, the fact that Russia maintained the arms store on Moldovan territory, in breach of its international commitments and shrouded in secrecy, together with 1,000 troops to defend it, sent a strong signal of continued support for the "MRT" regime.

120. As mentioned above, the Court also found in *Ilaşcu and Others* that the "MRT" only survived during the period in question by virtue of Russia's economic support, *inter alia* (see paragraph 111 above). The Court does not consider that the Russian Government have discharged the burden of proof upon them and established that this finding was incorrect. In particular, the Russian Government have not denied that the Russian public corporation Gazprom supplied gas to the region and that the "MRT" paid for only a tiny fraction of the gas consumed, both by individual households and by the large industrial complexes established in Transdnistria, many of them found by the Court to be Russian-owned (see paragraphs 39-40 above). The Russian Government accept that they spend millions of dollars every year in the form of humanitarian aid to the population of Transdnistria, including the payment of old-age pensions and financial assistance to schools, hospitals and prisons. In the light of the statistic, supplied by the Moldovan Government and undisputed by the Russian Government, that only approximately 20% of the population of the "MRT" are economically active, the importance for the local economy of Russian pensions and other aid can be better appreciated. Finally, the Court notes that the Russian Government do not take issue with the applicants' statistics regarding

nationality, according to which almost one fifth of those living in the region controlled by the “MRT” have been granted Russian nationality (see paragraph 42 above).

121. In summary, therefore, the Russian Government have not persuaded the Court that the conclusions it reached in 2004 in *Ilaşcu and Others* (cited above) were inaccurate. The “MRT” was established as a result of Russian military assistance. The continued Russian military and armaments presence in the region sent a strong signal – to the “MRT” leaders, the Moldovan Government and international observers – of Russia’s continued military support for the separatists. In addition, the population were dependent on free or highly subsidised gas supplies, pensions and other financial aid from Russia.

122. The Court therefore upholds its findings in *Ilaşcu and Others* (cited above), that during the period 2002-04 the “MRT” was able to continue existing, resisting Moldovan and international efforts to resolve the conflict and bring democracy and the rule of law to the region, only because of Russian military, economic and political support. In these circumstances, the “MRT”’s high level of dependency on Russian support provides a strong indication that Russia exercised effective control and decisive influence over the “MRT” administration during the period of the schools crisis.

123. It follows that the applicants in the present case fall within Russia’s jurisdiction under Article 1 of the Convention. The Court must now determine whether there has been any violation of their rights under the Convention such as to incur the responsibility of the respondent States.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 1

124. Article 2 of Protocol No. 1 provides:

“No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.”

A. The parties’ submissions

1. *The applicants*

125. The applicants submitted that the Court should take the opportunity to develop its jurisprudence under Article 2 of Protocol No. 1, having regard to international standards on the right to education. For example, Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 13 § 1 of the International Covenant of Economic, Social and

Cultural Rights and Article 29 § 1 (a) of the Convention on the Rights of the Child all provided that education should be directed to the “full development of the human personality”. The Court had already recognised the importance of education for a child’s development, with reference to these instruments (*Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 64, ECHR 2005-XII). In the applicants’ submission, a further aim of education was to enable children to function and participate in society, as children and in the future as adults. Education which failed to achieve these aims could hinder a child’s access to opportunities and his or her ability to escape poverty and enjoy other human rights. In the applicants’ submission, the use of language was inherently linked to these educational priorities.

126. The applicants submitted that the main incidents on which they relied took place between 2002 and 2004, when the schools were forced to close down and reopen in different premises. They provided affidavits explaining how the “MRT” action against the schools had affected them individually. In the summer of 2004, the schools were closed and premises besieged and subsequently stormed by “MRT” police. Teachers were arrested and detained and Latin-script materials were seized and destroyed. Some parents lost their jobs because of their decision to send their children to Moldovan-language schools.

127. The applicants emphasised that there had been no significant change to their situations since then. The law banning the Latin script remained in force and teaching in Moldovan/Romanian carried a risk of harassment and criminal prosecution. Following the events of 2002 and 2004, many parents gave up the struggle to have their children educated in Moldovan/Romanian. Those that persisted had to accept that the quality of the education would be affected by lack of adequate premises, long journeys to and from school, shortage of materials, no access to extracurricular activities and ongoing harassment, vandalism of school premises, intimidation and verbal abuse. The alternative offered by the “MRT” authorities to Moldovan/Romanian speakers was education in “Moldavian” (Moldovan/Romanian written with the Cyrillic script). However, since this language was not recognised anywhere outside Transdnistria, and was not even used by the “MRT” administration, the teaching materials dated back to Soviet times and the opportunities for further and higher education or employment were diminished.

128. The failure of the “MRT” authorities to provide ongoing education in the dominant and official language of the territorial State clearly affected the substance of the right to education. In addition, there had been no attempt by the “MRT” to accommodate the ethnic Moldovan population by freely permitting access to private schools where the children could be

educated in their own language. The applicants compared their position to that of the enclaved Greek population in *Cyprus v. Turkey* (cited above, § 278). In addition, the applicant parents complained of an interference with their right to respect for their philosophical convictions in the provision by the State of education; in particular, their conviction that the best interests of their children lay in an education in the Moldovan language.

129. The applicants submitted that Moldova was under a positive obligation to take all reasonable and appropriate measures necessary to maintain and protect teaching in the Moldovan language across its territory. As regards Moldova's compliance with its positive obligation, the applicants submitted that the treatment of Latin-script schools had not been made a condition of the settlement of the conflict during the multilateral negotiations and did not appear to have featured in representations to the "MRT" authorities and the Russian government. "MRT" officials were permitted to travel through Moldova without hindrance, in contrast with the action taken by the European Union to ban high-ranking members of the "MRT" establishment from its territory, expressly because of the treatment of Latin-script schools, *inter alia*. The applicants also claimed that the Moldovan Government had made insufficient efforts to ensure that the children were restored to adequate educational facilities and to protect them from harassment.

130. The applicants submitted that the violations in this case had a direct and uninterrupted link to the Russian Federation's establishment and ongoing support for the "MRT" administration. There was no indication of any measures having been taken by Russia to prevent the violations or to express opposition to them. Instead, Russia supported the "MRT" educational policy by providing teaching materials to Russian-language schools within the region, recognising "MRT" Russian-language schools' qualifications and opening Russian institutes of higher education within Transdnistria, without consulting with the Moldovan government.

2. *The Moldovan Government*

131. The Moldovan Government had no detailed information about the applicants' continuing situation. However, they were able to confirm that although the initial crisis phase appeared to have passed and the situation had "normalised", the number of children at each of the three schools continued to decrease. For example, numbers of children at Alexandru cel Bun and Evrica Schools had virtually halved between 2007 and 2011, although the numbers at Ștefan cel Mare had remained relatively stable. Overall, the

number studying in the Moldovan/Romanian language in Transnistria had decreased from 2,545 in 2009 to 1,908 in 2011.

132. The Moldovan Government submitted that they had taken all reasonable steps to improve the situation, both generally as regards the Transnistrian conflict and particularly as regards their support for the schools. They declared that the Transnistrian separatist regime had never been supported or sustained by Moldova. The Moldovan Government's only objective was to settle the dispute, gain control over the territory and establish the rule of law and respect for human rights.

133. As regards the schools themselves, the Moldovan State had paid for the rent and refurbishment of the buildings, the teachers' salaries, educational materials, buses and computers. According to Moldovan law, these applicants, in common with all graduates from schools in Transnistria, had special privileges in applying for places at Moldovan universities and institutes of higher education. Moreover, the Moldovan government had raised the Transnistrian schools issue at international level and sought international assistance and mediation at, for example, a conference held under the auspices of the European Union and the OSCE in Germany in 2011. The Moldovan Government could not be expected to do more to fulfil its positive obligation in respect of the applicants, given that it exercised no actual authority or control over the territory in question.

134. The steps which Moldova had taken to ameliorate the applicants' position could be taken as an implicit acknowledgement that their rights had been violated. The Moldovan Government did not contend, therefore, that there had been no violation of the right to education in the present case. Instead, they asked the Court to assess carefully the respective responsibility of each of the respondent States in respect of any such breach of the applicants' rights.

3. The Russian Government

135. The Russian Government, which denied any responsibility for the acts of the "MRT", submitted only limited observations with respect to the merits of the case. However, they emphasised that Russia could not be held accountable for the acts of the "MRT" police in storming the school buildings or the "MRT" local authorities for shutting off the water and electricity supplies. They emphasised that Russia had been involved in the schools crisis solely in the role of mediator. Together with Ukrainian and OSCE mediators, they had sought to help the parties to resolve the dispute. Moreover, they pointed out that from September to October 2004, following this international mediation, the problems had been resolved and the children at the three schools were able to resume their education.

B. The Court's assessment

1. General principles

136. In interpreting and applying Article 2 of Protocol No. 1, the Court must have regard to the fact that its context is a treaty for the effective protection of individual human rights and that the Convention must be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005-X; *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, § 54, ECHR 2012). The two sentences of Article 2 of Protocol No. 1 must therefore be read not only in the light of each other but also, in particular, of Articles 8, 9 and 10 of the Convention which proclaim the right of everyone, including parents and children, “to respect for his private and family life”, to “freedom of thought, conscience and religion”, and to “freedom ... to receive and impart information and ideas” (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 52, Series A no. 23; *Folgero and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, § 84, ECHR 2007-III; *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, § 60, ECHR 2011; see also *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 278). In interpreting and applying this provision, account must also be taken of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties and the Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part (see *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 67, ECHR 2008; *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 62, ECHR 2008; and *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, §§ 273-74, ECHR 2010). The provisions relating to the right to education set out in the Universal Declaration of Human Rights, the Convention against Discrimination in Education, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the Convention on the Rights of the Child are therefore of relevance (see paragraphs 77-81 above; see also *Timishev*, cited above, § 64). Finally, the Court emphasises that the object and purpose of the Convention, as an instrument for the protection of individual human beings, requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, *inter alia*, *Soering*, cited above, § 87, and *Artico v. Italy*, 13 May 1980, § 33, Series A no. 37).

137. By binding themselves, in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, not to “deny the right to education”, the Contracting States guarantee to anyone within their jurisdiction a right of access to educational institutions existing at a given time (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), 23 July 1968, pp. 30-32, §§ 3-4, Series A no. 6). This right of access constitutes only one part of the right to education set out in the first sentence. For the right to be effective, it is further necessary that, *inter alia*, the individual who is the beneficiary should have the possibility of drawing profit from the education received, that is to say, the right to obtain, in conformity with the rules in force in each State, and in one form or another, official recognition of the studies which he has completed (*ibid.*, pp. 31-32, § 4). Moreover, although the text of Article 2 of Protocol No. 1 does not specify the language in which education must be conducted, the right to education would be meaningless if it did not imply in favour of its beneficiaries, the right to be educated in the national language or in one of the national languages, as the case may be (*ibid.*, pp. 30-31, § 3).

138. The right set out in the second sentence of the Article is an adjunct of the fundamental right to education set out in the first sentence. Parents are primarily responsible for the education and teaching of their children and they may therefore require the State to respect their religious and philosophical convictions (*ibid.*, pp. 30-32, §§ 3-5, and *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, § 52). The second sentence aims to safeguard the possibility of pluralism in education, which possibility is essential for the preservation of the “democratic society” as conceived by the Convention. It implies that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, §§ 50 and 53; *Folgerø*, cited above, § 84; and *Lautsi and Others*, cited above, § 62).

139. The rights set out in Article 2 of Protocol No. 1 apply with respect to both State and private institutions (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, § 50). In addition, the Court has held that the provision applies to primary, secondary and higher levels of education (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, §§ 134 and 136, ECHR 2005-XI).

140. The Court however recognises that, in spite of its importance, the right to education is not absolute, but may be subject to limitations. Provided that there is no injury to the substance of the right, these limitations are

permitted by implication since the right of access “by its very nature calls for regulation by the State” (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”*, cited above, pp. 30-31, § 3). In order to ensure that the restrictions that are imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness, the Court must satisfy itself that they are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. However, unlike the position with respect to Articles 8 to 11 of the Convention, it is not bound by an exhaustive list of “legitimate aims” under Article 2 of Protocol No. 1 (see, *mutatis mutandis*, *Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, § 36, ECHR 2002-II). Furthermore, a limitation will only be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see *Leyla Şahin*, cited above, § 154). Although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere. This margin of appreciation increases with the level of education, in inverse proportion to the importance of that education for those concerned and for society at large (see *Ponomaryovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 56, ECHR 2011).

2. *Whether there has been a violation of the applicants’ right to education in the present case*

141. The Court notes that neither of the respondent Governments have challenged the applicants’ allegations about the closure of the schools. Indeed, the core events of 2002 and 2004 were monitored and documented by a number of international organisations, including the OSCE (see paragraph 66 above). The applicants further complain that, although the schools were subsequently allowed to reopen, their buildings were commandeered by the “MRT” authorities and they had to move to new premises which were less well equipped and less conveniently situated. The applicants contend that they were subjected to a systematic campaign of harassment and intimidation by representatives of the “MRT” regime and private individuals. The children were verbally abused on their way to school and stopped and searched by the “MRT” police and border guards, who confiscated Latin-script books when they found them. In addition, the two schools located in “MRT”-controlled territory were the target of repeated acts of vandalism. The applicants submitted that the choice for parents and children from the Moldovan community was either to suffer this harassment or change to a school where teaching was carried out in Russian, Ukrainian or “Moldavian”, that is, Moldovan/Romanian written in the Cyrillic script. “Moldavian” was not a language used or recognised

anywhere else in the world, although it had been one of the official languages in Moldova in Soviet times. This meant that the only teaching materials available to “Moldavian” schools in modern-day Transdnistria dated back to Soviet times. There were no “Moldavian” language colleges or universities, so children from such schools who wished to pursue higher education had to learn a new alphabet or language.

142. While it is difficult for the Court to establish in detail the facts relating to the applicants’ experiences following the reopening of the schools, it nonetheless notes the following. Firstly, Article 6 of the “MRT Law on languages” was in force at the material time and the use of the Latin alphabet constituted an offence in the “MRT” (see paragraph 43 above). Secondly, it is clear that the schools had to move to new buildings, with the Alexandru cel Bun School divided between three sites and pupils at the Ștefan cel Mare School having to travel 40 km each day. Thirdly, according to figures provided by the Moldovan Government, the number of pupils enrolled in the two schools still in “MRT”-controlled territory approximately halved between 2007 and 2011 and there has also been a significant reduction in children studying in Moldovan/Romanian throughout Transdnistria. Although it appears that Transdnistria has an ageing population and that Moldovans in particular are emigrating (see paragraphs 8 and 42 above), the Court considers that the 50% attendance drop at Evrica and Alexandru cel Bun Schools is too high to be explained by demographic factors alone. For the Court, these uncontested facts serve to corroborate the general thrust of the allegations contained in the eighty-one affidavits submitted by the applicant parents and pupils describing the constant harassment they suffered.

143. The schools were at all times registered with the Moldovan Ministry of Education, using a curriculum set by that Ministry and providing teaching in the first official language of Moldova. The Court therefore considers that the forced closure of the schools, based on the “MRT Law on languages” (see paragraphs 43-44 above) and the subsequent measures of harassment constituted interferences with the applicant pupils’ right of access to educational institutions existing at a given time and right to be educated in their national language (see paragraph 137 above). In addition, the Court considers that these measures amounted to an interference with the applicant parents’ right to ensure their children’s education and teaching in accordance with their philosophical convictions. As stated above, Article 2 of Protocol No. 1 must be read in the light of Article 8 of the Convention, which safeguards the right to respect for private and family life, *inter alia*. The applicant parents in this case wanted their children to be educated in the official language of their country, which was also their own mother

tongue. Instead, they were placed in the invidious position of having to choose between either sending their children to schools where they would face the disadvantage of pursuing their entire secondary education in a combination of language and alphabet which they consider artificial and which is unrecognised anywhere else in the world, using teaching materials produced in Soviet times or, alternatively, subjecting their children to long journeys and/or substandard facilities, harassment and intimidation.

144. There is no evidence before the Court to suggest that the measures taken by the “MRT” authorities in respect of these schools pursued a legitimate aim. Indeed, it appears that the “MRT”’s language policy, as applied to these schools, was intended to enforce the Russification of the language and culture of the Moldovan community living in Transdnistria, in accordance with the “MRT”’s overall political objectives of uniting with Russia and separating from Moldova. Given the fundamental importance of primary and secondary education for each child’s personal development and future success, it was impermissible to interrupt these children’s schooling and force them and their parents to make such difficult choices with the sole purpose of entrenching the separatist ideology.

3. *The responsibility of the respondent States*

(a) **The Republic of Moldova**

145. The Court must next determine whether the Republic of Moldova has fulfilled its obligation to take appropriate and sufficient measures to secure the applicants’ rights under Article 2 of Protocol No. 1 (see paragraph 110 above). In *Ilașcu and Others* (cited above, §§ 339-40) the Court held that Moldova’s positive obligations related both to the measures needed to re-establish its control over the Transdnistrian territory, as an expression of its jurisdiction, and to measures to ensure respect for the individual applicants’ rights. The obligation to re-establish control over Transdnistria required Moldova, firstly, to refrain from supporting the separatist regime and, secondly, to act by taking all the political, judicial and other measures at its disposal for re-establishing control over that territory.

146. As regards the fulfilment of these positive obligations, the Court further found in *Ilașcu and Others* that from the onset of hostilities in 1991-92 until the date of the judgment, in July 2004, Moldova had taken all measures in its power to re-establish control over the Transdnistrian territory (cited above, §§ 341-45). There is no evidence before the Court to suggest that it should reach any different conclusion in the present case.

147. The Court also found that Moldova had failed fully to comply with its positive obligation to the extent that it had failed to take all the measures

available to it in the course of negotiations with the “MRT” and Russian authorities to bring about the end of the violation of the applicants’ rights (ibid., §§ 348-52). In the present case, in contrast, the Court considers that the Moldovan Government have made considerable efforts to support the applicants. In particular, following the requisitioning of the schools’ former buildings by the “MRT”, the Moldovan Government have paid for the rent and refurbishment of new premises and have also paid for all equipment, staff salaries and transport costs, thereby enabling the schools to continue operating and the children to continue learning in Moldovan, albeit in far from ideal conditions (see paragraphs 49, 56 and 61 above).

148. In the light of the foregoing, the Court considers that the Republic of Moldova has fulfilled its positive obligations in respect of these applicants. It does not, therefore, find that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 by the Republic of Moldova.

(b) The Russian Federation

149. The Court notes that there is no evidence of any direct participation by Russian agents in the measures taken against the applicants. Nor is there any evidence of Russian involvement in or approbation for the “MRT”’s language policy in general. Indeed, it was through efforts made by Russian mediators, acting together with mediators from Ukraine and the OSCE, that the “MRT” authorities permitted the schools to reopen as “foreign institutions of private education” (see paragraphs 49, 56 and 66 above).

150. Nonetheless, the Court has established that Russia exercised effective control over the “MRT” during the period in question. In the light of this conclusion, and in accordance with the Court’s case-law, it is not necessary to determine whether or not Russia exercised detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration (see paragraph 106 above). By virtue of its continued military, economic and political support for the “MRT”, which could not otherwise survive, Russia incurs responsibility under the Convention for the violation of the applicants’ rights to education. In conclusion, the Court holds that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 in respect of the Russian Federation.

...

V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

161. 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.”

162. The applicants claimed amounts for non-pecuniary damage and legal costs and expenses.

...

166. It is clear, however, that the applicants, both parents and children, have sustained non-pecuniary damage as a consequence of the “MRT”’s language policy, for which the finding of a violation of the Convention does not afford sufficient redress. However, the amounts claimed by the applicants are excessive. Ruling on an equitable basis, the Court assesses the non-pecuniary damage sustained by each of the applicants at 6,000 euros.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* unanimously that the facts complained of by the applicants fall within the jurisdiction of the Republic of Moldova;
2. *Holds* by sixteen votes to one that the facts complained of by the applicants fall within the jurisdiction of the Russian Federation, and *dismisses* the Russian Federation’s preliminary objection;
3. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 2 of Protocol No. 1 in respect of the Republic of Moldova;
4. *Holds* by sixteen votes to one that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 in respect of the Russian Federation;

...

7. *Holds* by sixteen votes to one
 - (a) that the Russian Federation is to pay the applicants, within three months, the following amounts:
 - (i) EUR 6,000 (six thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage, to each applicant named in the Schedule attached [to the complete judgment];
 - (ii) EUR 50,000 (fifty thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses, to all the applicants jointly;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

8. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 October 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) partly dissenting opinion of Judges Tulkens, Vajić, Berro-Lefèvre, Bianku, Poalelungi and Keller;
- (b) partly dissenting opinion of Judge Kovler.

N.B.
M.O'B.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES
TULKENS, VAJIĆ, BERRO-LEFÈVRE, BIANKU,
POALELUNGI AND KELLER

(Translation)

1. In the light of the findings made in relation to Article 2 of Protocol No. 1, the majority takes the view that there is no need to examine the complaint under Article 8 of the Convention or the complaint under Article 14 separately. We can certainly understand that in some cases, either where the judgment has dealt with the main legal issue or where the complaints coincide or overlap, the Court should take this approach, which could be described as procedural economy. In the instant case, however, it appears to us to be unduly reductive, giving an incomplete picture of the situation and the consequences it entails.

Article 8

2. We believe it is important to stress that the right under Article 8 of the Convention to respect for private and family life, in both its individual and social aspects, encompasses the right to the recognition of one's language as a component of cultural identity. Language is an essential factor in both personal development and social interaction.

3. The 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child expressly provides that a child's education should be directed to respect for the identity, language and values of the country in which the child is living or from which he or she originates (Article 29 § 1 (c)).

4. From the standpoint of private and family life, the applicants' argument that the imposition of an alien script was aimed at undermining, and even eliminating, the linguistic heritage of the Moldovan population and in a sense forcing them to adopt a new "identity" unquestionably has some force and merited separate examination. This is particularly true since the issue at stake concerns the children's intellectual development – a matter which clearly comes within the scope of private life – in a society which *speaks* the same language but *writes* it in a different alphabet. The risk of impoverishment of this linguistic and cultural identity cannot be ruled out.

5. A further consideration arises, likewise linked to the lives of the families and the interaction within them using their common language. Let us take the example of a letter, email or text message written by the parents in Romanian, using Latin script, to their children, who learn Romanian using the Cyrillic script: being required to write the same language in a

different alphabet could conceivably, in some circumstances, give rise to difficulties in communicating.

6. In the instant case one cannot disregard the repercussions, on both the private and the family lives of the applicants, of the intimidation and harassment to which the pupils and their parents were subjected. It is clear from the case file that the authorities in the “Moldavian Republic of Transdnistria” created a climate of intimidation such that it had a “chilling effect” on the pupils, not just when it came to, say, using textbooks written in Latin script but also, more broadly, when it came to using their language within and outside school.

7. On 29 July 2004, for instance, the Transdnistrian police stormed Evrica School in Rîbnița and evicted the women and children who were inside it. Over the following days police and officials from the Rîbnița Department of Education visited parents and threatened them with the loss of their jobs if they did not transfer their children to another school (see paragraph 48 of the judgment). In our view, these actions were disproportionate and amounted to threats against the families not just in school but also at home.

8. There was also a series of other incidents intended purely to harass, such as the cutting off of water and electricity supplies to Alexandru cel Bun School in Tighina (see paragraph 55), the failure to protect Evrica School in Rîbnița against a systematic campaign of vandalism (see paragraph 51) and the transfer of Ștefan cel Mare School (Grigoriopol) to a village about twenty kilometres away which was under Moldovan control and to which the children had to travel by bus, being subjected to daily bag searches and identity checks at the border, sometimes accompanied by insults.

9. With more specific reference to the issue of checks and searches, the Court’s judgment in *Gillan and Quinton v. the United Kingdom* (no. 4158/05, §§ 85-86, ECHR 2010) demonstrates very clearly, albeit in a different context, the dangers of arbitrariness in this sphere and the absolute necessity of putting safeguards in place.

10. Hence, it seems clear to us that this atmosphere of intimidation affected the day-to-day lives of the families, who lived in a permanently hostile environment.

11. These are the reasons why we believe that there has been a violation of Article 8 of the Convention in the present case.

12. Furthermore, all these measures were applied systematically against the Moldovan population which uses the Latin alphabet; this leads us to the question of Article 14 of the Convention.

Article 14

13. The applicants complained that they had been subjected to discrimination based on their language. More specifically, they maintained that the requirement to study in a language which they considered artificial caused them disadvantages in their private and family lives, and particularly in their education, not experienced by the members of the other communities in Transnistria, namely Russians and Ukrainians. Again, this argument merited separate examination in our opinion.

14. We are all aware that language is the essential vehicle for education, the latter being the key to socialisation. This was aptly pointed out by the 1960 United Nations Convention against Discrimination in Education and by the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 21 December 1965 (Article 5 (e) (v)). Conversely, language barriers are liable to place pupils in a position of inferiority and hence, in some cases, of exclusion. The Council of Europe's 1982 report entitled: "Prevention of juvenile delinquency: the role of institutions of socialisation in a changing society"¹ highlights the fundamental role played by school, which can be a factor not only in promoting but also in hindering integration.

15. In the social and political context of this case, we therefore consider that there was no objective and reasonable justification, within the meaning of our Court's case-law, for the difference in treatment to which the pupils were subjected and its potential consequences. This leads us to conclude that there has been a violation of Article 14 of the Convention.

1. European Committee on Crime Problems, "Prevention of juvenile delinquency: the role of institutions of socialisation in a changing society", Council of Europe, Strasbourg, 1982.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE KOVLER

(Translation)

I regret that, as in the earlier cases of *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* ([GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII) and *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia* (no. 23687/05, 15 November 2011), I do not share the conclusions of the majority regarding a number of points. In those cases I expressed my disagreement with the methodology of the analysis (wrong parallels with a Cyprus-type conflict), the (somewhat selective) presentation of the facts, the analysis (both disputable and disputed by a number of specialists¹) of the concepts of “jurisdiction” and “responsibility”, so there is no need for me to do so again here as the present case is one of a series of Transdnistrian cases. I shall therefore concentrate on the aspects peculiar to this particular case.

In my view, the Court has sought to avoid at all costs “a legal vacuum” in the territorial application of the Convention. The Court should therefore establish first and foremost what the exceptional circumstances are that are capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by the Contracting State (Russia here) outside its own territorial borders. This is the thrust of the assessment of the general principles relevant to jurisdiction, within the meaning of Article 1 of the Convention, expressed by the Court in paragraphs 104 and 105 of the judgment, supported by numerous examples from its own case-law including its most recent decisions. It appears to establish such circumstances by suggesting, in paragraph 114, that such extraterritorial control can be exercised directly by a State through its agents or the assertion of its authority, but concludes immediately afterwards, in the same paragraph: “The Court accepts that there is no evidence of any direct involvement of Russian agents in the action taken against the applicants’ schools.” So, what exceptional circumstances remain? The “effective control over the ‘MRT’ during the relevant period” (see paragraphs 114 and 116 of the judgment), plus the conclusions containing strong political overtones (see paragraphs 117-21). Is this sufficient?

Some observers refer to “the unforeseeability” of the Court’s case-law in certain areas, particularly humanitarian law (see *Kononov v. Latvia* [GC],

1. Referring to the Court’s conclusion in *Ilaşcu and Others* regarding “the effective authority” and “the decisive influence” of Russia in the region, G. Cohen-Jonathan observes: “This reiterates the terms and the solution analysed in *Cyprus v. Turkey*: the important point under Article 1 is to determine which State exercises effective control (or ‘decisive influence’) where overall control is not exercised” – G. Cohen-Jonathan, “Quelques observations sur les notions de ‘jurisdiction’ et d’injonction”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, no. 2005/64, p. 772.

no. 36376/04, ECHR 2010)¹. By contrast, the outcome of the present case was only too foreseeable, given that the judgments in *Ilașcu and Others* and *Ivanțoc and Others* are – rightly or wrongly – already established case-law. What is “unforeseeable” in this judgment, however, is the controversial interpretation of the content and scope of the right to education set forth in Article 2 of Protocol No. 1. In the leading “*Belgian linguistic*” case, the Court’s interpretation of the second sentence of that Article dispelled any ambiguities: “This provision does not require of States that they should, in the sphere of education or teaching, respect parents’ linguistic preferences, but only their religious and philosophical convictions. To interpret the terms ‘religious’ and ‘philosophical’ as covering linguistic preferences would amount to a distortion of their ordinary and usual meaning and to read into the Convention something which is not there” (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), 23 July 1968, p. 32, § 6, Series A no. 6). Admittedly, that judgment also says that the right to education would be meaningless if it did not imply, in favour of its beneficiaries, the right to be educated in the national language or in one of the national languages, as the case may be. The Court could therefore have concentrated on the exercise of this “linguistic” right which, in the present case, ran up against the problem of the use of a particular alphabet.

In its admissibility decision the Court reiterated the position of the Moldovan Government in that connection: “According to the information available to the Moldovan Government, education in the three schools which were the subject of the present applications was currently being carried out in the official Moldovan language, using the Latin script, and based on curricula approved by the Moldovan Ministry of Education and Youth ... The applicants had not provided any evidence to prove that the ‘MRT’ authorities had been successful in their attempts to impose the Cyrillic script and an ‘MRT’ curriculum ... Thus, despite the attempts of the ‘MRT’ authorities, the children were receiving an education in their own language and according to the convictions of their parents” (see *Catan and Others v. Moldova and Russia* (dec.), nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, § 117, 15 June 2010).

In my view, the schooling issue as such and the language-alphabet aspect stops there. Regard must of course be had to Article 32 of the Convention, and also the notion that the Convention is a living instrument, but it should not be forgotten that the Convention is an international treaty to which

1. E. Decaux, “De l’imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, no. 2011/86, pp. 343-57.

the Vienna Convention on the Law of Treaties applies: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (Article 31 “General rule of interpretation”). In my view, the Court should not examine the complaint under Article 2 of Protocol No. 1 on the merits because this complaint goes well beyond the ordinary meaning given to the right to education.

However, the Court goes down the slippery slope proposed by the applicants: “education should be directed to the ‘full development of the human personality’” (see paragraph 125 of the judgment). In its examination of this application, the Court seeks to develop its case-law on Article 2 of Protocol No. 1 while refraining, by a majority, from placing the problem within the context of the provisions of Article 8. The magic wand consisting in an “evolutive interpretation” of the Convention is applied only to Article 2 of Protocol No. 1, giving it a meaning hitherto unseen. The task that the Court sets itself at the beginning of its analysis of the context of this Article (see paragraph 136 of the judgment) conflicts with the *ratione materiae* criterion. I fear that, in taking this approach, the Court is setting a bad example of what is called “judicial activism”. In my view, the case is too sensitive to be used as a trial ground for judicial activism.

This activism is also apparent, alas, in the application of Article 41 of the Convention. What I find particularly shocking is the “egalitarian” approach: children aged six at the time of the events (born in 1997 or 1998) are placed on an equal footing with secondary-school pupils, and parents of schoolchildren with parents who have not included their children in their application. In the fairly recent judgment in *Ponomaryovi v. Bulgaria* (no. 5335/05, § 56, ECHR 2011), the Court awarded each of the applicants 2,000 euros (EUR) on account of the violation of Article 14 taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1. In *Oršuš and Others v. Croatia* ([GC], no. 15766/03, ECHR 2010), which concerns the education of Roma children, it awarded each applicant, for several violations, among which was Article 2 of Protocol No. 1, EUR 4,500, and in *Sampanis and Others v. Greece* (no. 32526/05, 5 June 2008) it awarded each applicant EUR 6,000 on account of the greater seriousness of the violation (Article 13 and Article 14 taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1). In the present case, however, a far more generous award is made in respect of *a single* violation. This observation also concerns the costs and expenses: EUR 10,000 in *Oršuš and Others* and EUR 50,000 in the present case, whereas these are both Grand Chamber cases. The principle “it’s not my money” is irrelevant because it is the taxpayer’s money of a member State of the Council of Europe.

It is in the light of all the foregoing considerations that I am unable to subscribe to the majority view regarding certain points that I consider to be of major importance.

...

CATAN ET AUTRES c. RÉPUBLIQUE DE MOLDOVA ET RUSSIE
(Requêtes n^{os} 43370/04, 8252/05 et 18454/06)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 19 OCTOBRE 2012¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention. Extraits.

SOMMAIRE¹**Juridiction des Etats moldave et russe concernant la politique éducative au sein d'une région séparatiste de la République de Moldova****Article 1 de la Convention**

Juridiction des Etats – Juridiction des Etats moldave et russe concernant la politique éducative au sein d'une région séparatiste de la République de Moldova – Juridiction extraterritoriale – Obligation pour l'Etat territorial d'user de tous les moyens légaux et diplomatiques dont il dispose pour garantir aux personnes qui vivent dans la région la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention – Contrôle effectif, compte tenu du maintien de la présence militaire, du contexte historique et du soutien économique

Article 2 du Protocole n° 1

Droit à l'instruction – Droit d'accès aux établissements scolaires – Droit de recevoir un enseignement dans sa langue nationale – Respect des convictions religieuses et philosophiques des parents – Fermeture d'établissements scolaires utilisant l'alphabet latin et actes de harcèlement contre des élèves souhaitant une instruction dans leur langue nationale – Absence de but légitime – Obligations positives – Efforts considérables de l'Etat territorial pour offrir des solutions de remplacement – Responsabilité de l'Etat qui exerce un contrôle effectif sur les politiques et actes de l'administration locale subordonnée

*

* *

Les requérants sont des enfants et des parents appartenant à la communauté moldave de Transnistrie, région de la partie orientale du territoire de la République de Moldova sur laquelle le gouvernement moldave n'exerce pas de contrôle. Cette région est administrée par la « République moldave de Transnistrie » (la « RMT »), entité séparatiste. La « RMT » n'a pas été reconnue par la communauté internationale. Les requérants se plaignent des effets produits sur leur éducation et leur vie familiale par la politique linguistique des autorités séparatistes. L'essentiel de leurs griefs porte sur les mesures prises par les autorités de la « RMT » en 2002 et en 2004 pour interdire l'usage de l'alphabet latin dans les établissements scolaires et imposer à l'ensemble de ceux-ci l'obligation de se faire enregistrer, de suivre un

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

programme approuvé par la «RMT» et d'utiliser l'alphabet cyrillique. Dans le cadre de ces mesures, des élèves et des enseignants furent expulsés de force de leurs écoles, lesquelles furent ensuite fermées et transférées dans des locaux éloignés et mal équipés. Les requérants affirment par ailleurs avoir été la cible d'une campagne systématique de harcèlement et d'intimidation menée par des représentants du régime de la «RMT» et par des particuliers. Les enfants auraient été insultés sur le chemin de l'école et arrêtés et fouillés par la police de la «RMT» et les gardes-frontières, qui auraient confisqué les manuels en alphabet latin trouvés par eux. De plus, les deux écoles situées sur le territoire contrôlé par la «RMT» auraient été la cible d'actes répétés de vandalisme. Selon les requérants, les faits litigieux relèvent de la juridiction des deux Etats défendeurs.

1. Article 1 de la Convention : la juridiction d'un Etat, au sens de l'article 1, est principalement territoriale. Cependant, les actes des Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent dans des circonstances exceptionnelles s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction. L'Etat peut exercer une juridiction extraterritoriale par l'affirmation, au travers de ses agents, de son autorité et de son contrôle sur un individu ou des individus, et également lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, il exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire.

a) Juridiction de la République de Moldova : les trois établissements scolaires concernés ont toujours été situés sur le territoire moldave. S'il n'est pas en litige que la Moldova n'exerce aucune autorité sur la région en question ni aucun contrôle sur les actes de la «RMT», dans l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* ([GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII) la Cour a dit néanmoins que des individus détenus en Transnistrie relevaient de la juridiction de la Moldova du fait que celle-ci était l'Etat territorial même si elle n'exerçait pas un contrôle effectif sur la région transnistrienne. La Cour a aussi déclaré dans cette affaire que l'obligation incombait dès lors à la Moldova, en vertu de l'article 1 de la Convention, de prendre les mesures qui étaient en son pouvoir pour protéger les droits et libertés garantis par la Convention. La Cour ne voit aucune raison de distinguer la présente espèce de cette affaire. Le fait qu'au regard du droit international public la région est reconnue comme faisant partie du territoire de la Moldova engendre pour celle-ci une obligation d'user de tous les moyens légaux et diplomatiques dont elle dispose pour continuer à garantir aux personnes qui vivent dans la région la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention.

Conclusion : juridiction établie (unanimité).

b) Juridiction de la Fédération de Russie : étant donné que les événements clés de l'espèce entrent dans la période examinée par la Cour dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* et que dans cette affaire la Cour avait conclu que les requérants relevaient de la «juridiction» de la Fédération de Russie aux fins de l'article 1 de la Convention, il appartient en l'espèce au gouvernement russe d'établir que la Russie n'exerçait pas sa juridiction en Transnistrie à l'époque des événements incriminés. La Cour

admet que rien n'indique que des agents russes aient été directement impliqués dans les mesures prises contre les écoles des requérants. Elle recherche ensuite si la Russie exerçait un contrôle effectif sur la « RMT ». En ce qui concerne la présence militaire russe dans la région, la Cour admet que l'effectif militaire russe basé en Transnistrie avait déjà beaucoup diminué et était modeste au regard de la superficie du territoire. Cependant, ainsi que la Cour l'a constaté dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*, l'armée russe, compte tenu du poids de son arsenal dans la région, conservait son influence. Le contexte historique est également important, puisque les séparatistes n'avaient pu arriver au pouvoir en 1992 qu'avec l'aide de l'armée russe. En outre, la Cour a considéré dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* que la « RMT » n'avait survécu pendant la période en question que grâce au soutien économique de la Russie, et elle relève en l'espèce que le gouvernement russe continue à dépenser chaque année de grandes sommes d'argent en aide humanitaire destinée à la population de Transnistrie.

Il n'a été soumis aucun élément remettant en question les constats formulés dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*, et le maintien de la présence militaire russe indiquait clairement que la Russie continuait à soutenir le régime de la « RMT ». Dès lors, le gouvernement russe n'a pas convaincu la Cour que les conclusions auxquelles elle était parvenue dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* étaient erronées. Les requérants en l'espèce relevaient de la juridiction de la Russie.

Conclusion: juridiction établie (seize voix contre une).

2. Article 2 du Protocole n° 1: il est difficile d'établir précisément ce que les requérants ont vécu après la réouverture des écoles; la Cour relève toutefois que l'usage de l'alphabet latin constituait une infraction au sein de la « RMT », qu'à l'évidence les établissements en question ont dû déménager dans de nouveaux bâtiments, souvent fort éloignés, et que la fréquentation des écoles touchées a considérablement baissé. Ces éléments incontestés viennent corroborer l'essentiel des allégations formulées par les requérants. Les mesures prises et les actes de harcèlement subis par les intéressés ont porté atteinte au droit d'accès des élèves requérants aux établissements scolaires, ainsi qu'à leur droit de recevoir un enseignement dans leur langue nationale. De plus, la Cour estime que les mesures en question s'analysent en une atteinte au droit des parents requérants d'assurer à leurs enfants une éducation et un enseignement conformes à leurs convictions philosophiques et elle relève que l'article 2 du Protocole n° 1 doit être lu à la lumière de l'article 8 de la Convention. Recherchant si l'atteinte aux droits des requérants peut passer pour justifiée, la Cour observe que rien ne donne à penser que les mesures prises par les autorités de la « RMT » contre ces établissements scolaires poursuivaient un but légitime. Il apparaît en effet que la politique linguistique de la « RMT », telle qu'appliquée à ces écoles, avait pour but la russification de la langue et de la culture de la communauté moldave. La Cour se penche ensuite sur la responsabilité des Etats défendeurs en ce qui concerne l'ingérence.

a) Obligations de la République de Moldova: alors que dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* la Cour avait dit que la Moldova n'avait pas pris toutes les mesures qui étaient à

sa disposition pour faire cesser la violation de la Convention dans cette affaire, en l'espèce elle estime en revanche que le gouvernement moldave a déployé des efforts considérables pour soutenir les requérants. Ainsi, après la réquisition par la « RMT » des anciens bâtiments des écoles concernées, le gouvernement moldave a payé le loyer et la rénovation de nouveaux locaux, de même que l'équipement, les salaires du personnel et les frais de transport. Il a donc satisfait à ses obligations positives à l'égard des requérants.

Conclusion : non-violation (unanimité).

b) Obligations de la Fédération de Russie : il n'y a aucune preuve d'une participation directe d'agents russes aux mesures prises contre les requérants. De même, rien n'indique que la Fédération de Russie soit intervenue dans la politique linguistique de la « RMT » en général ou qu'elle l'ait approuvée. Cela étant, la Russie exerçait un contrôle effectif sur la « RMT » pendant la période en question. Il n'y a pas lieu de déterminer si la Russie exerçait un contrôle précis sur les politiques et les actes de l'administration locale subordonnée. Du fait de son soutien militaire, économique et politique continu à la « RMT », laquelle n'aurait pu survivre autrement, la responsabilité de la Russie se trouve engagée au regard de la Convention à raison de l'atteinte au droit des requérants à l'instruction.

Conclusion : violation (seize voix contre une).

Article 41 : la Cour alloue des sommes pour préjudice moral et pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6

Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, série A n° 23

Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n° 37

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

Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310

Loizidou c. Turquie (fond), 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI

Chypre c. Turquie [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV

Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI

Banković et autres c. Belgique et autres (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII

Podkolzina c. Lettonie, n° 46726/99, CEDH 2002-II

Assanidzé c. Géorgie [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II

Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII

Stec et autres c. Royaume-Uni (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X

Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI

Timichev c. Russie, n°s 55762/00 et 55974/00, CEDH 2005-XII

Folgerø et autres c. Norvège [GC], n° 15472/02, CEDH 2007-III

Saadi c. Royaume-Uni [GC], n° 13229/03, CEDH 2008

Saadi c. Italie [GC], n° 37201/06, CEDH 2008

Demir et Baykara c. Turquie [GC], n° 34503/97, CEDH 2008

Rantsev c. Chypre et Russie, n° 25965/04, CEDH 2010

Lautsi et autres c. Italie [GC], n° 30814/06, CEDH 2011

Ponomaryovi c. Bulgarie, n° 5335/05, CEDH 2011

Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 55721/07, CEDH 2011

Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie, n° 23687/05, 15 novembre 2011

Austin et autres c. Royaume-Uni [GC], nos 39692/09, 40713/09 et 41008/09, CEDH 2012

En l'affaire Catan et autres c. République de Moldova et Russie,

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

Nicolas Bratza, *président*,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

Dean Spielmann,

Lech Garlicki,

Karel Jungwiert,

Anatoly Kovler,

Egbert Myjer,

David Thór Björgvinsson,

Ján Šikuta,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi,

Helen Keller, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 25 janvier et le 5 septembre 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent trois requêtes (n^{os} 43370/04, 8252/05 et 18454/06) dirigées contre la République de Moldova et la Fédération de Russie et dont un certain nombre de ressortissants moldaves (« les requérants ») ont saisi la Cour le 25 octobre 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants, dont l'un a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, ont été représentés par M^{es} A. Postică et I. Manole, avocats à Chişinău, ainsi que par M. P. Hughes et M^{me} H. Duffy, juristes à Interights, organisation de défense des droits de l'homme ayant son siège à Londres. Le gouvernement de la République de Moldova a été représenté par ses agents, M. V. Grosu et M. L. Apostol, et le gouvernement de la Fédération

de Russie par M. G. Matyushkin, représentant de la Fédération de Russie auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

3. Les requérants, des Moldaves résidant en Transnistrie, étaient au moment de l'introduction de leurs requêtes élèves ou parents d'élèves (...) de trois écoles de langue moldave. Dans leurs requêtes, ils se plaignaient sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1 et de l'article 8 de la Convention, pris isolément ou combinés avec l'article 14, de la fermeture de leurs écoles et d'actes de harcèlement de la part des autorités transnistriennes séparatistes.

4. Les requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 15 juin 2010, à la suite d'une audience sur la recevabilité et le fond (article 54 § 3 du règlement), une chambre de ladite section composée de Nicolas Bratza, Lech Garlicki, Anatoly Kovler, Ljiljana Mijović, Davíd Thór Björgvinsson, Jan Šikuta, Mihai Poalelungi, juges, ainsi que de Lawrence Early, greffier de section, les a jointes et les a déclarées partiellement recevables. Le 14 décembre 2010, la chambre s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

6. Les requérants et chacun des gouvernements défendeurs ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement) sur le fond.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 25 janvier 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement de la République de Moldova*

MM. V. Grosu,

L. Apostol,

*agent,
conseiller;*

– *pour le gouvernement de la Fédération de Russie*

M. G. Matyushkin,

M^{mes} O. Sirotkina,

I. Korieva,

A. Dzutseva,

M. N. Fomin,

M^{mes} M. Molodtsova,

V. Utkina,

M. A. Makhnev,

conseillers;

– *pour les requérants*

M. P. Hughes,

M^{me} H. Duffy, *conseils,*
 MM. A. Postică,
 I. Manole,
 P. Postica, *conseillers.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Hughes, M. A. Postică, M. Grosu et M. Matyushkin.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Le contexte historique

8. Le pays qui allait plus tard devenir la République de Moldova fut créé le 2 août 1940 sous le nom de République socialiste soviétique moldave sur une partie de la Bessarabie et une bande de terre située sur la rive orientale du Dniestr (pour plus de détails, voir *Tănase c. Moldova* [GC], n° 7/08, §§ 11-17, CEDH 2010). Cette région orientale, aujourd'hui connue sous le nom de Transnistrie, faisait partie depuis 1924 – à l'instar d'un certain nombre de territoires appartenant actuellement à l'Ukraine – de la République autonome socialiste soviétique moldave. A l'origine, la population de la Transnistrie était composée essentiellement d'Ukrainiens et de Moldaves/Roumains, mais à compter des années 1920 il se produisit une importante immigration de travailleurs de l'industrie venus d'autres parties de l'Union soviétique, notamment des Russes et des Ukrainiens. D'après un recensement effectué par l'Union soviétique en 1989, la Transnistrie avait alors une population de 679 000 habitants, dont la composition ethnique et linguistique était la suivante: Moldaves 40 %, Ukrainiens 28 %, Russes 24 % et divers 8 %.

9. Dans la Constitution de la République socialiste soviétique moldave de 1978, deux langues officielles étaient reconnues: le russe et le « moldavien » (moldave/roumain écrit avec l'alphabet cyrillique).

10. En août-septembre 1989, la Moldova réintroduisit l'alphabet latin pour le moldave/roumain écrit, qui devint la première langue officielle.

11. Le 23 juin 1990, la Moldova proclama sa souveraineté. Le 23 mai 1991, elle devint la République de Moldova. Le 27 août 1991, le Parlement moldave adopta la déclaration d'indépendance de la République de Moldova, dont le territoire englobait la Transnistrie.

B. Le conflit transnistrien

12. Les faits relatifs au conflit armé de 1991-1992 et à la période allant jusqu'à fin 2003 se trouvent exposés en détail dans l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* ([GC], n° 48787/99, §§ 28-183, CEDH 2004-VII); par commodité, seul un résumé des principaux événements est présenté ci-après. La Cour relève que le gouvernement russe soutient dans ses observations que les faits liés au conflit armé sont étrangers aux questions soulevées en l'espèce.

13. A partir de 1989, un mouvement de résistance à l'indépendance moldave commença à émerger en Transnistrie. Le 2 septembre 1990, des séparatistes transnistriens annoncèrent la création de la « République moldave de Transnistrie » (la « RMT »). Le 25 août 1991, le « Soviet suprême de la RMT » adopta la « déclaration d'indépendance » de la « RMT ». Le 1^{er} décembre 1991, une « élection présidentielle », déclarée illégale par les autorités moldaves, fut organisée dans les départements de Transnistrie, et M. Igor Smirnov se proclama élu « président de la RMT ». La communauté internationale n'a pas, à ce jour, reconnu la « RMT ».

14. À l'époque de sa déclaration d'indépendance, la Moldova ne possédait pas d'armée propre. La 14^e armée de l'URSS, dont le quartier général se trouvait à Chişinău depuis 1956, resta sur le territoire moldave, bien que l'on eût commencé à assister au retrait de matériel et d'effectifs à partir de 1990. En 1991, la 14^e armée en Moldova se composait de plusieurs milliers de soldats, d'unités d'infanterie, d'artillerie (avec notamment un système de missiles antiaériens), de blindés et d'aviation (y compris des avions et des hélicoptères de combat). Elle était dotée de plusieurs dépôts de munitions, dont un des plus grands d'Europe situé à Colbaşna, en Transnistrie.

15. Par le décret n° 234 du 14 novembre 1991, le président de la Moldova déclara propriété de la République de Moldova les munitions, armements, moyens de transport militaires, bases militaires et autres biens appartenant aux unités militaires des forces armées soviétiques stationnées sur le territoire moldave. Ce décret ne fut pas appliqué en Transnistrie.

16. Par un décret du 5 décembre 1991, M. Smirnov décida de placer les unités militaires de la 14^e armée déployées en Transnistrie sous le commandement de la « Direction nationale de la défense et de la sécurité » de la « RMT ». M. Smirnov désigna comme chef de cette direction le lieutenant général Iakovlev. En décembre 1991, celui-ci fut arrêté par les autorités moldaves, qui l'accusaient d'avoir aidé les séparatistes transnistriens à s'armer au moyen de l'arsenal de la 14^e armée. Il fut toutefois relâché à la suite de l'intervention du gouvernement de la Fédération de Russie.

17. A la fin de 1991 et au début de 1992, de violents affrontements éclatèrent entre les forces séparatistes transnistriennes et les forces de l'ordre moldaves, qui se soldèrent par la mort de plusieurs centaines de personnes.

18. Dans un appel lancé le 6 décembre 1991 à la communauté internationale et au Conseil de sécurité des Nations unies, le gouvernement moldave protesta contre l'occupation, le 3 décembre 1991, des villes moldaves de Grigoriopol, Dubăsari, Slobozia, Tiraspol et Rîbnița, situées sur la rive gauche du Dniestr, par la 14^e armée placée sous le commandement du lieutenant général Iakovlev. Le gouvernement moldave reprochait aux autorités soviétiques, en particulier le ministère de la Défense, d'être à l'origine de ces actes. Les militaires de la 14^e armée étaient accusés d'avoir distribué du matériel militaire aux séparatistes de Transnistrie et d'avoir organisé ceux-ci en détachements militaires terrorisant la population civile.

19. En 1991-1992, plusieurs unités militaires de la 14^e armée rejoignirent les rangs des séparatistes transnistriens. Dans l'arrêt *Ilașcu et autres*, précité, la Cour a jugé établi au-delà de tout doute raisonnable que des séparatistes transnistriens avaient pu s'armer grâce à l'aide de militaires de la 14^e armée, en puisant dans l'arsenal de cette dernière stationnée en Transnistrie. De plus, de nombreux ressortissants russes venus d'ailleurs, en particulier des Cosaques, affluèrent en Transnistrie pour se battre aux côtés des séparatistes contre les forces moldaves. Compte tenu du soutien apporté par les troupes de la 14^e armée aux forces séparatistes et du transfert massif d'armes et de munitions de l'arsenal de la 14^e armée aux séparatistes, l'armée moldave se trouva dans une situation d'infériorité qui l'empêcha de reprendre le contrôle de la Transnistrie. Le 1^{er} avril 1992, M. Boris Eltsine, président de la Fédération de Russie, plaça officiellement sous commandement russe la 14^e armée, qui devint ainsi le « Groupement opérationnel des forces russes dans la région transnistrienne de la Moldova » (« GOR »). Le 2 avril 1992, le général Netkatchev, nouveau commandant du GOR, ordonna aux forces moldaves qui avaient encerclé la ville de Tighina (Bender), tenue par les séparatistes, de se retirer immédiatement, faute de quoi l'armée russe riposterait. En mai de la même année, le GOR lança des attaques contre les forces moldaves, qu'il chassa de certains villages de la rive gauche du Dniestr. En juin, intervenant officiellement en faveur des séparatistes qui perdaient la ville de Tighina, le GOR en délogea les forces moldaves.

C. L'accord de cessez-le-feu, le mémorandum de 1997 et les engagements d'Istanbul

20. Le 21 juillet 1992, M. Mircea Snegur, président de la République de Moldova, et M. Eltsine signèrent un accord sur les principes du règlement

amiable du conflit armé dans la région transnistrienne de la République de Moldova (l'« accord de cessez-le-feu »).

21. Cet accord posait le principe d'une zone de sécurité, qui devait résulter du retrait des armées des « parties au conflit » (article 1 § 2). Il prévoyait en son article 2 la création d'une Commission de contrôle unifiée (la « CCU »), composée de représentants de la Moldova, de la Fédération de Russie et de la Transnistrie et siégeant à Tighina. Il prévoyait également la mise en place de forces de maintien de la paix chargées de veiller au respect du cessez-le-feu et à la sécurité. Ces forces consistaient en cinq bataillons russes, trois bataillons moldaves et deux bataillons transnistriens, subordonnés à un commandement militaire unifié, lui-même placé sous l'autorité de la CCU. En vertu de l'article 3 de l'accord, la ville de Tighina était déclarée « région placée sous régime de sécurité », et son administration était confiée aux « organes de l'auto-administration locale [agissant], le cas échéant, de concert avec la Commission de contrôle ». La CCU était chargée d'assurer, conjointement avec la police, le maintien de l'ordre public à Tighina. L'article 4 prévoyait que les troupes russes stationnées sur le territoire de la République de Moldova observeraient rigoureusement la neutralité, tandis que l'article 5 interdisait l'application de toute sanction ou de tout blocus et fixait comme objectif la suppression de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises, des services et des personnes. Les mesures prévues dans cet accord étaient définies comme « une partie très importante du règlement du conflit par des moyens politiques » (article 7).

22. Le 29 juillet 1994, la Moldova se dota d'une nouvelle Constitution. Celle-ci prévoyait en particulier la neutralité du pays, l'interdiction pour les troupes appartenant à d'autres Etats de stationner sur son territoire et la possibilité d'octroyer une forme d'autonomie, notamment, aux localités se situant sur la rive gauche du Dniestr. L'article 13 de la Constitution dispose que la langue nationale est le moldave, écrit avec l'alphabet latin.

23. A plusieurs reprises à partir de 1995, les autorités moldaves se plaignirent que le personnel du GOR et le contingent russe des forces de maintien de la paix de la CCU eussent enfreint le principe de neutralité posé par l'accord de cessez-le-feu et que, notamment, les Transnistriens eussent pu obtenir du matériel militaire supplémentaire et une assistance auprès du GOR. Ces accusations furent fermement démenties par les autorités russes. En outre, la délégation moldave auprès de la CCU alléguait que les Transnistriens avaient créé au sein de la zone de sécurité de nouveaux postes militaires et postes de contrôle douanier, en violation de l'accord de cessez-le-feu. Dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*, la Cour a jugé établi, sur la base des éléments contenus dans les documents officiels de la CCU, que dans différentes zones de Transnistrie placées sous le contrôle des forces de

maintien de la paix de la Fédération de Russie, par exemple Tighina, les forces séparatistes transnistriennes avaient agi en violation de l'accord de cessez-le-feu.

24. Le 8 mai 1997, M. Petru Lucinschi, président de la Moldova, et M. Smirnov, « président de la RMT », signèrent à Moscou un mémorandum posant les bases de la normalisation des relations entre la République de Moldova et la Transnistrie (« le mémorandum de 1997 »). Il prévoyait que les décisions concernant la Transnistrie devaient être prises d'un commun accord, les compétences partagées et déléguées et les garanties assurées réciproquement. La Transnistrie devait pouvoir participer à la conduite de la politique extérieure de la République de Moldova pour les questions touchant à ses intérêts propres, la définition de ces questions devant être établie d'un commun accord. La Transnistrie aurait le droit d'instaurer et d'entretenir unilatéralement des contacts internationaux dans les domaines économique, scientifique, technique, culturel et autres à déterminer d'un commun accord. Les parties s'engageaient à régler les conflits par la négociation, avec l'assistance le cas échéant de la Fédération de Russie et de l'Ukraine, Etats garants du respect des accords conclus, ainsi qu'avec l'appui de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et de la Communauté des Etats indépendants (CEI). Le mémorandum de 1997 fut contresigné par les représentants des Etats garants, à savoir M. Eltsine pour la Fédération de Russie et M. Leonid Koutchma pour l'Ukraine, ainsi que par M. Helveg Petersen, président de l'OSCE.

25. En novembre 1999, l'OSCE tint son sixième sommet à Istanbul. A cette occasion, cinquante-quatre Etats membres de l'Organisation signèrent la Charte pour la sécurité en Europe et la Déclaration du sommet d'Istanbul, et trente Etats membres, dont la Moldova et la Russie, signèrent l'Accord d'adaptation du Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (« Traité FCE adapté »). Le Traité FCE adapté pose notamment le principe selon lequel aucune troupe étrangère ne peut stationner sur le territoire de la Moldova sans l'accord de cet Etat. Le consentement de la Fédération de Russie à se retirer de la Transnistrie (l'un des « engagements d'Istanbul ») se trouve consigné dans une annexe à l'Acte final du Traité FCE adapté. Par ailleurs, au paragraphe 19 de la Déclaration du sommet d'Istanbul, il est pris acte, entre autres, de l'engagement de la Fédération de Russie de retirer ses troupes de Transnistrie pour la fin de 2002 :

« Rappelant les décisions des sommets de Budapest et de Lisbonne et de la réunion ministérielle d'Oslo, nous réitérons que nous nous attendons à un retrait rapide, en bon ordre et complet des troupes russes de la Moldavie. A ce propos, nous accueillons avec satisfaction le progrès récemment fait en ce qui concerne le retrait et la destruction

des équipements militaires russes entreposés dans la région transnistrienne de Moldavie et l'achèvement de la destruction des munitions non transportables.

Nous nous félicitons de l'engagement de la Fédération de Russie d'achever d'ici à la fin de 2002 le retrait des forces russes du territoire de la Moldavie. Nous nous réjouissons également de la volonté de la République de Moldavie et de l'OSCE de faciliter ce processus, dans les limites de leurs capacités respectives, d'ici à la date limite convenue.

Nous rappelons qu'une mission internationale d'évaluation est prête à partir sans délai pour examiner le retrait et la destruction des munitions et armements russes. Dans le but d'assurer le bon déroulement du processus de retrait et de destruction, nous chargerons le Conseil permanent d'étudier la possibilité d'élargir le mandat de la mission de l'OSCE en Moldavie afin d'assurer la transparence du processus et la coordination de l'assistance financière et technique proposée pour faciliter le retrait et la destruction. De plus, nous convenons d'étudier la possibilité de créer, pour cette assistance financière internationale volontaire, un fonds administré par l'OSCE.»

En 2002, lors d'une conférence ministérielle de l'OSCE à Lisbonne, la Russie se vit accorder une prolongation d'une année pour le retrait de ses troupes, qui devait désormais se faire avant la fin de 2003.

26. La Russie manqua à l'engagement pris par elle au sommet de l'OSCE à Istanbul et au Conseil ministériel de Lisbonne de retirer ses troupes de Transnistrie avant la fin de 2003. Lors du Conseil ministériel de l'OSCE tenu en décembre 2003, il se révéla impossible de parvenir à une position commune sur la Transnistrie. La déclaration publiée à cette occasion énonce :

«Les ministres ont, pour la plupart d'entre eux, pris note des efforts faits par la Fédération de Russie pour s'acquitter des engagements qu'elle a pris au Sommet de l'OSCE à Istanbul en 1999 d'achever le retrait de ses troupes du territoire de la Moldavie. Ils ont noté que des progrès concrets avaient été accomplis en 2003 en ce qui concerne le retrait/l'élimination d'une certaine quantité de munitions et d'autres équipements militaires appartenant à la Fédération de Russie. Ils ont accueilli avec satisfaction les efforts consentis par tous les Etats participants de l'OSCE qui ont contribué au Fonds volontaire établi à cet effet. Ils se sont toutefois déclarés vivement préoccupés par le fait que le retrait des forces russes ne sera pas achevé d'ici au 31 décembre 2003. Ils ont souligné qu'il était indispensable que cet engagement soit exécuté sans plus tarder.»

Les Etats membres de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) refusèrent de ratifier le Traité FCE adapté tant que la Russie n'aurait pas rempli les engagements d'Istanbul.

D. Le « mémorandum de Kosak »

27. En 2001, le Parti communiste remporta les élections législatives et devint le parti dirigeant de la Moldova. M. Vladimir Voronine, le nouveau président de la Moldova, entama des négociations directes avec la Russie

au sujet de l'avenir de la Transnistrie. En novembre 2003, la Fédération de Russie présenta une proposition de règlement, «le mémorandum sur les principes fondamentaux de la structure de l'Etat uni» (appelé «mémorandum de Kosak», du nom de l'homme politique russe Dimitry Kosak, cheville ouvrière de ce plan). Le mémorandum de Kosak proposait de doter la Moldova d'une nouvelle structure fédérale qui permettrait aux autorités de la «RMT» de jouir d'une autonomie importante et garantirait leur représentation au sein du nouveau «parlement fédéral». Il comportait des dispositions transitoires prévoyant que, jusqu'en 2015, les lois organiques fédérales devraient être confirmées par une majorité des trois quarts des membres d'une seconde chambre législative nouvellement créée, composée de quatre représentants de la Gagaouzie, neuf de la Transnistrie et treize de la première chambre du nouveau parlement fédéral. Ce dispositif aurait donné aux représentants de la «RMT» au sein de la seconde chambre un droit de veto sur toute législation touchant l'ensemble de la Moldova, ce jusqu'en 2015. Le 25 novembre 2003, bien qu'il se fût auparavant déclaré disposé à accepter ces propositions, M. Voronine décida de ne pas signer le mémorandum de Kosak.

E. Le renforcement des contrôles frontaliers et douaniers

28. En décembre 2005 fut établie à la frontière entre l'Ukraine et la Moldova une Mission d'assistance de l'Union européenne, chargée de lutter contre le commerce illicite entre ces deux pays. En mars 2006, ceux-ci commencèrent à mettre en œuvre un accord douanier de 2003 en vertu duquel les sociétés transnistriennes se livrant au commerce transfrontalier devaient se faire enregistrer à Chişinău pour obtenir des documents indiquant le pays d'origine des marchandises, conformément aux protocoles de l'Organisation mondiale du commerce. L'Ukraine s'engagea à exclure l'entrée sur son territoire des marchandises dépourvues d'un tel titre d'exportation.

29. Dans ce qui fut perçu comme une réaction à ces nouvelles mesures douanières, les représentants de la Transnistrie refusèrent de poursuivre les négociations à «5+2» (paragraphe 31 ci-dessous). De plus, en février et mars 2005, «en réponse à la conduite adoptée par le gouvernement moldave dans le but d'aggraver la situation concernant la Transnistrie», la Douma russe adopta des résolutions invitant le gouvernement russe à interdire l'importation d'alcool et de tabac de Moldova, à appliquer les tarifs internationaux aux exportations énergétiques destinées à la Moldova (sauf pour la Transnistrie) et à exiger des visas de la part des ressortissants moldaves (excepté ceux résidant en Transnistrie) se rendant en Russie.

30. En avril 2005, les autorités russes interdirent les importations de viande, fruits et légumes de Moldova au motif que les normes d'hygiène n'étaient pas respectées dans la production de ces denrées. De mars 2006 à novembre 2007, une interdiction frappa les importations de vin moldave. Selon le Fonds monétaire international, ces mesures eurent sur la croissance de l'économie moldave un effet négatif combiné de 2 à 3 points de pourcentage annuel en 2006-2007.

31. En janvier 2005, M. Viktor Iouchtchenko fut élu président de l'Ukraine. En mai 2005, le gouvernement ukrainien présenta une nouvelle proposition en vue de la résolution du conflit transnistrien: «Vers un règlement par le biais de la démocratisation» (résumée dans le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – paragraphe 64 ci-dessous). En juillet 2005, se référant au plan ukrainien, le Parlement moldave adopta une loi sur «les principes fondamentaux d'un statut juridique spécial pour la Transnistrie». Des négociations officielles reprirent en octobre 2005, avec la participation de l'Union européenne et des Etats-Unis d'Amérique en qualité d'observateurs («les négociations à 5+2»).

F. L'équipement et le personnel militaires russes en Transnistrie

32. Le 20 mars 1998, un protocole d'accord relatif aux biens militaires du GOR fut signé à Odessa par M. Viktor Tchernomyrdine, premier ministre de la Fédération de Russie, et M. Smirnov, «président de la RMT». Selon le calendrier annexé au protocole, le retrait et la mise au rebut de certains éléments, à éliminer par explosion ou autre procédé mécanique, devaient être achevés pour le 31 décembre 2001. Le retrait (mise au rebut ou transfert) des surplus de munitions et autres matériels et effectifs russes n'appartenant pas aux forces de maintien de la paix devait avoir lieu le 31 décembre 2002 au plus tard. Un certain nombre de trains chargés d'équipements militaires russes quittèrent la Transnistrie entre 1999 et 2002.

33. En octobre 2001, la Fédération de Russie et la «RMT» signèrent un nouvel accord relatif au retrait des forces russes. Celui-ci accordait à la «RMT», en compensation du retrait d'une partie de l'équipement militaire russe stationné en Transnistrie, une réduction de cent millions de dollars américains (USD) sur la dette contractée pour le gaz importé de la Fédération de Russie ainsi que la cession par l'armée russe d'une partie de son équipement se prêtant à un usage civil.

34. Ainsi qu'il ressort d'un communiqué de presse de l'OSCE, le 24 décembre 2002 les autorités russes évacuèrent de Colbaşna 29 wagons transportant du matériel de construction de ponts et des cuisines de

campagne. Le même communiqué de presse reprenait aussi la déclaration du commandant du GOR, le général Boris Sergueïev, selon laquelle les derniers retraits avaient été possibles grâce à un accord, conclu avec les Transnistriens, prévoyant que la « RMT » recevrait la moitié de l'équipement et des fournitures non militaires retirés. Le général Sergueïev donna pour exemple le retrait le 16 décembre 2002 de 77 camions, qui avait été suivi par le transfert de 77 autres camions militaires russes au profit des Transnistriens.

35. Selon les témoignages recueillis par la Cour dans l'affaire *Ilaşcu et autres*, il demeurait encore en Transnistrie en 2003 au moins 200 000 tonnes d'armes et de munitions russes, principalement au dépôt de Colbaşna, ainsi que 106 chars de combat, 42 véhicules blindés de combat, 109 véhicules blindés de transport de troupes, 54 véhicules blindés de reconnaissance, 123 canons et mortiers, 206 armes antichars, 226 armes antiaériennes, 9 hélicoptères et 1 648 véhicules divers (*Ilaşcu et autres*, précité, § 131). En 2003, l'OSCE observa et contrôla le retrait de Transnistrie de 11 trains d'équipements militaires russes et de 31 trains chargés de plus de 15 000 tonnes de munitions. L'année suivante, l'OSCE signala en revanche qu'un seul train, contenant environ 1 000 tonnes de munitions, avait quitté la Transnistrie.

36. Depuis 2004, il n'y a pas eu de retraits contrôlés d'armes ou d'équipements russes hors de Transnistrie. Dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*, la Cour a constaté qu'à la fin de 2004 il restait approximativement 21 000 tonnes de munitions, plus de 40 000 armes légères et de petit calibre, et environ 10 trains chargés d'équipements militaires divers. En novembre 2006, une délégation de l'OSCE, qui avait été autorisée à voir les dépôts de munitions, rapporta que plus de 21 000 tonnes de munitions restaient entreposées dans la région (paragraphe 68 ci-dessous). En mai 2005, le commandant du GOR signala que des stocks excédentaires de 40 000 armes légères et de petit calibre avaient été détruits, mais aucun observateur indépendant ne fut autorisé à se rendre sur place pour vérifier ces dires. Dans ses observations livrées en l'espèce, le gouvernement russe soutient que la plupart des armes, munitions et biens militaires ont été retirés entre 1991 et 2003 et que seuls demeurent dans les entrepôts des obus, des grenades à main, des mortiers et des munitions de petit calibre.

37. Les parties à la présente cause s'accordent à dire qu'environ un millier de militaires russes sont basés en Transnistrie, avec pour mission de surveiller le dépôt d'armes, et que quelque 1 125 soldats russes appartenant à la force de maintien de la paix négociée au plan international sont stationnés dans la zone de sécurité, qui s'étend sur 225 km de long et 12 à 20 km de large.

G. L'allégation relative au soutien économique et politique apporté à la « RMT » par la Fédération de Russie

38. Il convient là encore de relever que selon le gouvernement russe les faits survenus en Transnistrie avant la crise des écoles sont étrangers aux questions soulevées par la présente affaire.

39. Dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*, la Cour a estimé qu'il n'était pas contesté que l'industrie de l'armement, qui représentait l'un des piliers de l'économie transnistrienne, était directement soutenue par des entreprises russes, notamment Rosvooroujenie (*Росвооружение*) et Elektrommash. Elle a relevé que l'entreprise russe Iterra avait acheté l'usine de métallurgie de Râbnița, la plus grande entreprise de Transnistrie, malgré l'opposition des autorités moldaves à cette opération. De plus, l'armée russe était en Transnistrie un important pourvoyeur d'emplois et acheteur de fournitures.

40. Selon les requérants en l'espèce, 18 % des exportations de la « RMT » sont destinées à la Russie, et 43,7 % de ses importations, principalement les ressources énergétiques, proviennent de ce pays. La « RMT » aurait payé moins de 5 % du gaz consommé par elle. En 2011, par exemple, la Transnistrie aurait consommé pour 505 millions d'USD de gaz, mais n'aurait payé que 4 % de ce montant (soit 20 millions d'USD). Le gouvernement russe soutient que la « RMT » ne peut avoir de dettes souveraines parce qu'elle n'est pas reconnue comme une entité distincte en droit international, et que la Russie ne livre pas de gaz séparément à la Moldova et à la Transnistrie. La facture pour le gaz fourni à la Transnistrie serait donc à la charge de la Moldova. L'approvisionnement de la région en gaz serait organisé par l'intermédiaire de l'entreprise publique russe Gazprom et de la société par actions Moldovagaz, qui appartiendrait conjointement à la Moldova et à la « RMT ». La dette de Moldovagaz à l'égard de la Russie dépasserait 1,8 milliard d'USD, dont 1,5 milliard pour le gaz consommé en Transnistrie. Gazprom ne pourrait pas simplement refuser de fournir du gaz à la région, car elle aurait besoin des pipelines traversant la Moldova pour approvisionner les Etats des Balkans.

41. Selon les requérants, la Russie apporte en outre une aide humanitaire directe à la Transnistrie, principalement sous forme de contributions aux pensions de retraite. Ils ajoutent que, selon des sources russes officielles, l'aide financière totale fournie à la Transnistrie s'est élevée à 55 millions d'USD pour la période 2007-2010. Le gouvernement moldave soutient qu'en 2011 la « RMT » a reçu de la Russie une aide financière d'un montant total de 20,64 millions d'USD. D'après le gouvernement russe, le montant de l'aide fournie à des fins humanitaires (versement de pensions et soutien à

la restauration en milieu scolaire, carcéral ou hospitalier) aux ressortissants russes vivant dans la région est parfaitement transparent et comparable à l'aide humanitaire dispensée par l'Union européenne. La Russie fournirait une assistance non seulement à la population de Transnistrie, mais également aux habitants d'autres régions de la Moldova.

42. Les requérants affirment par ailleurs que quelque 120 000 personnes résidant en Transnistrie ont obtenu la nationalité russe, notamment de nombreux dirigeants de la «RMT». Pour la Cour, cette information est à mettre en rapport avec les résultats d'un recensement effectué en 2004 par le «gouvernement de la RMT», selon lesquels la zone contrôlée par celui-ci comptait 555 347 habitants, dont environ 32 % appartenaient à la communauté moldave, 30 % étaient russes, 29 % ukrainiens, et de faibles pourcentages faisaient partie d'autres groupes nationaux ou ethniques.

H. La crise des écoles et les faits relatifs aux causes des requérants

43. L'article 12 de la «Constitution» de la «RMT» dispose que les langues officielles de la «RMT» sont le «moldavien», le russe et l'ukrainien. Selon l'article 6 de la «loi de la RMT sur les langues» (adoptée le 8 septembre 1992), le «moldavien» doit dans tous les cas s'écrire avec l'alphabet cyrillique. Cette «loi» indique également que l'utilisation de l'alphabet latin peut constituer une infraction, et l'article 200-3 du «code des infractions administratives de la RMT» (adopté le 19 juillet 2002) énonce :

«Tout manquement à la législation de la RMT relative à l'utilisation des langues sur le territoire de la RMT par une personne occupant un poste dans la fonction publique ou travaillant pour l'exécutif ou l'administration publique, une association publique ou une autre organisation, indépendamment de son statut juridique et de la détention de son capital, ou une autre entité, se trouvant sur le territoire de la RMT (...) est passible d'une amende pouvant atteindre l'équivalent de 50 (cinquante) fois le salaire minimum.»

44. Le 18 août 1994, les autorités de la «RMT» interdirent l'utilisation de l'alphabet latin à l'école. Le 21 mai 1999, la «RMT» décida que tout établissement scolaire appartenant à un «Etat étranger» et fonctionnant sur «son» territoire devait se faire enregistrer auprès des autorités de la «RMT», faute de quoi il ne serait pas reconnu et serait déchu de ses droits.

45. Le 14 juillet 2004, les autorités de la «RMT» commencèrent à prendre des mesures en vue de la fermeture de toute école employant l'alphabet latin. A la date de l'adoption de la décision sur la recevabilité dans la présente affaire, seules six écoles de Transnistrie utilisaient encore la langue moldave/roumaine et l'alphabet latin.

1. Catan et autres (requête n° 43370/04)

46. Les requérants sont dix-huit enfants qui fréquentaient l'établissement scolaire Evrica à Rîbnița pendant la période considérée et treize parents d'élèves (...)

47. Depuis 1997, l'école Evrica était abritée dans des locaux situés rue Gagarine, qui avaient été construits à l'aide de fonds publics moldaves. Elle était enregistrée auprès du ministère moldave de l'Éducation, utilisait l'alphabet latin et suivait un programme approuvé par ce ministère.

48. A la suite de la « décision de la RMT » du 21 mai 1999 (paragraphe 44 ci-dessus), l'école Evrica refusa de se faire enregistrer au motif que cela l'aurait ensuite contrainte à employer l'alphabet cyrillique et à suivre le programme conçu par le régime de la « RMT ». Le 26 février 2004, les autorités de la « RMT » attribuèrent le bâtiment occupé par l'école à la « Direction de l'éducation de Rîbnița ». En juillet 2004, après la fermeture d'un certain nombre d'écoles de la « RMT » qui utilisaient l'alphabet latin, les élèves, parents d'élèves et enseignants de l'école Evrica prirent l'initiative de garder l'établissement jour et nuit. Le 29 juillet 2004, la police transnistrienne prit d'assaut l'école et expulsa les femmes et les enfants qui s'y trouvaient. Au cours des jours suivants, la police locale ainsi que des responsables de la « Direction de l'éducation de Rîbnița » rendirent visite aux parents des élèves inscrits à l'école, leur demandant de retirer leurs enfants de cet établissement et de les inscrire dans une école enregistrée auprès des autorités de la « RMT ». Les parents se seraient entendu dire que s'ils n'obtempéraient pas ils seraient renvoyés de leur travail et même déchés de leurs droits parentaux. Consécutivement à ces pressions, de nombreux parents retirèrent leurs enfants de l'école en question pour les inscrire ailleurs.

49. Le 29 septembre 2004, à la suite de l'intervention de la mission de l'OSCE en Moldova, l'école put se faire enregistrer auprès de la « chambre d'enregistrement de Tiraspol » en tant qu'établissement scolaire privé étranger ; elle ne put cependant reprendre ses activités, faute de locaux. Le 2 octobre 2004, le régime de la « RMT » autorisa la réouverture de l'école dans un bâtiment qui avait auparavant abrité une maternelle. Ce bâtiment est loué auprès de la « RMT » et sa rénovation a été financée par l'Etat moldave. Les demandes répétées que l'établissement forma en vue de sa réintégration dans les locaux plus vastes et mieux adaptés de la rue Gagarine furent rejetées au motif qu'ils étaient désormais utilisés par une autre école. Selon les requérants, le bâtiment loué est inadéquat pour un établissement d'enseignement secondaire, en ce que l'éclairage, les couloirs et les salles de classe ne sont pas tout à fait adaptés et qu'il n'y a ni laboratoires ni installations sportives. L'école est gérée par le ministère moldave de l'Éducation, qui paye

les salaires des enseignants et fournit le matériel scolaire. Il utilise l'alphabet latin et suit un programme moldave.

50. Les requérants déposèrent un certain nombre de demandes et de plaintes auprès des autorités de la Fédération de Russie. Le ministère des Affaires étrangères de la Fédération de Russie répondit par des déclarations publiques de portée générale sur l'escalade du conflit relatif aux écoles de langue moldave/roumaine en Transnistrie. Affirmant que le problème fondamental était le conflit en cours entre la Moldova et la «RMT», le ministère en question attirait l'attention de la Moldova et de la «RMT» sur le fait que le recours à la force pour résoudre le différend risquait de mettre en péril la sécurité dans la région, et les engageait à recourir à divers types de négociations pour parvenir à un règlement. Les requérants se plaignirent aussi de leur situation auprès des autorités moldaves.

51. L'établissement scolaire devint la cible d'une campagne systématique de vandalisme, notamment de bris de fenêtres. Celle-ci débuta en 2004 selon les requérants, à l'automne 2007 d'après le gouvernement moldave. Le 10 avril 2008, le ministère moldave de la Réintégration pria le représentant spécial du Secrétaire général du Conseil de l'Europe d'intervenir pour tenter de faire cesser les attaques. Les requérants allèguent par ailleurs que les enfants étaient la cible d'actes d'intimidation de la part de la population russophone locale et avaient peur de parler moldave en dehors de l'école.

52. Le 16 juillet 2008, le ministère moldave de la Réintégration sollicita l'aide de la mission de l'OSCE en Moldova pour le transport et le passage de la «frontière» avec la «RMT» de matériel scolaire, de matériaux de construction et des fonds destinés au paiement des salaires des enseignants.

53. Pendant l'année scolaire 2002-2003, l'établissement comptait 683 élèves; en 2008-2009, les effectifs étaient tombés à 345.

2. *Caldare et autres (requête n° 8252/05)*

54. Les requérants sont vingt-six enfants qui fréquentaient l'établissement scolaire Alexandru cel Bun à Tighina (Bender) pendant la période considérée et dix-sept parents d'élèves (...) L'école était abritée dans des locaux situés rue Kosmodemianskaia, qui avaient été construits à l'aide de fonds publics moldaves et qui étaient loués auprès des autorités moldaves. Elle était enregistrée auprès du ministère moldave de l'Education, utilisait l'alphabet latin et suivait un programme approuvé par ce ministère.

55. Le 4 juin 2004, le «ministère de l'Education de la RMT» avertit l'école qu'elle serait fermée si elle ne se faisait pas enregistrer auprès de ses services, et que le chef d'établissement ferait l'objet de mesures disciplinaires. Le 18 juillet 2004, le raccordement de l'école à l'eau et à l'électricité fut coupé et, le 19 juillet 2004, l'administration scolaire fut informée qu'elle ne

pourrait plus utiliser les locaux de la rue Kosmodemianskaia. Enseignants, élèves et parents d'élèves occupèrent cependant le bâtiment et refusèrent de le quitter. La police transnistrienne essaya en vain de reprendre possession des locaux; elle finit par y renoncer et se retira le 28 juillet 2004. Le 20 septembre 2004, à l'issue de diverses négociations avec des observateurs internationaux, notamment des représentants du Conseil de l'Europe, le raccordement à l'eau et à l'électricité fut rétabli.

56. Le régime de la «RMT» autorisa la réouverture de l'école en septembre 2004, mais dans d'autres locaux, loués auprès des autorités de la «RMT». A l'heure actuelle, l'établissement utilise trois bâtiments, situés dans des quartiers distincts de la ville. Le bâtiment principal ne comporte ni cantine ni salles de sciences ou aménagements sportifs, et il n'est pas desservi par les transports publics. Le gouvernement moldave a fourni à l'école un bus et des ordinateurs; par ailleurs, il a financé la rénovation des installations sanitaires de l'un des bâtiments.

57. Les requérants ont déposé un certain nombre de demandes et de plaintes auprès des autorités russes et moldaves.

58. En 2002-2003, l'établissement comptait 1 751 élèves; en 2008-2009, ils étaient au nombre de 901.

3. Cercavshi et autres (requête n° 18454/06)

59. Les requérants sont quarante-six enfants qui fréquentaient l'établissement scolaire Ștefan cel Mare à Grigoriopol pendant la période considérée, et cinquante parents d'élèves (...)

60. En 1996, à la demande des parents et de leurs enfants, l'école, qui suivait un programme utilisant l'alphabet cyrillique, effectua un certain nombre de démarches auprès des autorités de la «RMT» afin d'être autorisée à employer l'alphabet latin. A la suite de cela, la «RMT» orchestra entre 1996 et 2002 une campagne faite d'articles de presse hostiles, d'intimidations et de menaces proférées par les forces de l'ordre. Ces mesures atteignirent leur paroxysme le 22 août 2002, lorsque la police transnistrienne prit d'assaut l'école et expulsa les enseignants, les élèves et les parents d'élèves qui s'y trouvaient. Le 28 août 2002, le président du comité des élèves fut arrêté; il fut condamné à une peine de quinze jours de détention administrative. Après ces incidents, 300 élèves quittèrent l'école.

61. En réaction à l'occupation du bâtiment par le régime de la «RMT», le ministère moldave de l'Education décida de transférer provisoirement l'école dans un bâtiment de Doroțcaia, village situé à environ 20 km de Grigoriopol et contrôlé par la Moldova. Tous les jours, les élèves et les enseignants étaient conduits à Doroțcaia dans des autocars fournis par le gouvernement moldave. Ils étaient soumis à la fouille des sacs et à des

contrôles d'identité par des fonctionnaires de la «RMT» ; à leurs dires, ils subissaient en outre des actes de harcèlement tels que des crachats et des injures.

62. Les représentants de l'école ont accompli un certain nombre de démarches et ont dénoncé la situation auprès de l'OSCE, de l'Organisation des Nations unies et des autorités russes et moldaves. En réponse, les autorités russes ont engagé tant la Moldova que la «RMT» à recourir à divers types de négociations pour résoudre le conflit. Quant aux autorités moldaves, elles ont déclaré aux requérants qu'elles ne pouvaient rien faire d'autre pour les aider.

63. En 2000-2001, l'école comptait 709 élèves ; en 2008-2009, ils étaient au nombre de 169.

II. RAPPORTS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES ET NON GOUVERNEMENTALES

A. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

64. Le 16 septembre 2005, la Commission pour le respect des obligations et engagements des Etats membres du Conseil de l'Europe (Commission de suivi) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) rendit un rapport sur le «fonctionnement des institutions démocratiques en Moldova». La partie consacrée à la Transnistrie se lit ainsi :

«31. Pendant les derniers mois se sont produits de nouveaux développements très importants que l'Assemblée devrait suivre de très près et accompagner du mieux possible.

32. A la suite des intenses négociations diplomatiques entre la Moldova et l'Ukraine, le président ukrainien, M. Iouchtchenko a annoncé, lors du Sommet du GUAM à Chişinău le 22 avril, une initiative en 7 points pour résoudre le conflit en Transnistrie. Ce nouveau plan cherche principalement à établir un règlement durable au moyen de la démocratisation de la Transnistrie. Ceci nécessitera en particulier :

- la création des conditions nécessaires au développement de la démocratie, de la société civile et d'un système multipartiste en Transnistrie ;
- la tenue d'élections libres et démocratiques au Soviet suprême de Transnistrie sous la supervision de l'Union européenne, de l'OSCE, du Conseil de l'Europe, de la Russie, des Etats-Unis et d'autres pays démocratiques dont l'Ukraine ;
- la transformation des modalités actuelles de l'opération de maintien de la paix en une mission internationale composée d'observateurs militaires et civils et placée sous l'égide de l'OSCE, et l'augmentation du nombre d'observateurs militaires ukrainiens dans la région ;

– l'accueil par les autorités transnistriennes d'une mission internationale de contrôle, avec la participation d'experts ukrainiens, dans les entreprises militaro-industrielles de la zone transnistrienne;

– l'organisation d'une mission à court terme de l'OSCE en Ukraine afin de contrôler la circulation des biens et des personnes à la frontière entre l'Ukraine et la Moldova.

33. Le texte complet du plan ukrainien a été présenté les 16 et 17 mai lors d'une réunion des représentants des médiateurs de la Moldova et de la Transnistrie, qui a eu lieu à Vinnitsa (Ukraine), après que le Secrétaire ukrainien du Conseil de sécurité, M. Pyotr Poroshenko, et le représentant du président moldove, M. Mark Tkachuk, eurent fait la « navette diplomatique » pendant près d'un mois.

34. Ce plan a suscité des réactions diverses mais prudemment positives.

35. Le 10 juin, le parlement moldove a adopté une déclaration sur l'initiative de l'Ukraine dans le problème du règlement du conflit en Transnistrie, ainsi que deux appels, l'un sur la démilitarisation et l'autre sur la promotion des critères de démocratisation de la zone transnistrienne de la République de Moldova (...)

36. La déclaration salue l'initiative du président Iouchtchenko, en espérant qu'elle devienne « un pas essentiel sur la voie de la consolidation de l'unité territoriale de notre Etat ». Le parlement, cependant, regrette que l'initiative ukrainienne ne tienne pas compte de certains principes de règlement importants, en premier lieu l'évacuation des troupes russes, mais aussi la démilitarisation, les principes et conditions de démocratisation de la région et l'institution d'un contrôle transparent et légal du segment transnistrien de la frontière moldo-ukrainienne. Il appelle la communauté internationale et l'Ukraine à engager des efforts supplémentaires à cet égard.

37. Le parlement critique aussi un certain nombre de dispositions qui risquent, à son avis, de « porter atteinte à la souveraineté de la République de Moldova », notamment l'idée de participation de la Transnistrie à la conduite de la politique étrangère de la République de Moldova et la proposition de créer un « comité de conciliation ». Le parlement insiste sur la résolution du conflit dans le cadre de la constitution moldove, au moyen d'un dialogue avec les nouveaux dirigeants démocratiquement élus de la Transnistrie. Il y a donc certaines divergences entre l'initiative ukrainienne et l'approche choisie par la Moldova pour mettre le plan en œuvre.

38. Les médiateurs du conflit transnistrien (l'OSCE, la Russie et l'Ukraine) ont déclaré que le plan représente un pas en avant concret sur la voie d'un règlement. Lors de leur dernière réunion, ils ont appelé à la reprise d'un dialogue direct et continu pour la résolution du conflit.

39. La position de la Russie, cependant, est plus complexe. Il est clair en effet que ce pays, en raison de sa présence économique et militaire et de ses liens culturels et linguistiques étroits avec la Transnistrie et sa population, souhaite conserver une forte influence sur le territoire. La presse a rapporté récemment l'existence d'un « plan d'action pour le maintien de l'influence russe en République de Moldova », dont les détails sont restés secrets. La Russie est encore fortement attachée au « Mémoire de Kozak » de 2003, qui proposait à la Moldova d'adopter une solution fédérale. La

Moldova, qui avait pratiquement accepté ce mémorandum, a refusé de le signer au dernier moment, sous l'influence des pays occidentaux.

40. Plusieurs signes de tension sont apparus au cours des derniers mois. Le 18 février, par exemple, la Douma d'Etat de la Fédération de Russie a adopté à une forte majorité une résolution demandant au gouvernement russe de mettre en place un certain nombre de sanctions économiques ou autres contre la Moldova, à l'exclusion de la Transnistrie, si les autorités moldoves maintiennent le « blocus économique de la Transnistrie ». Les sanctions en question comprenaient l'interdiction des importations d'alcool et de tabac moldoves, le relèvement au prix du marché mondial des exportations de gaz naturel russe vers la Moldova et l'imposition de visas aux nationaux moldoves entrant en Russie.

41. Les deux appels adoptés par le parlement moldove demandent l'appui du Conseil de l'Europe et, en particulier, sa participation active au processus de démocratisation de la Transnistrie. Lors de notre visite à Chişinău, nos interlocuteurs ont souligné de manière répétée l'importance qu'ils attachent à l'expertise et à l'expérience de notre Organisation à cet égard. Les documents adoptés par le parlement moldove ont été officiellement soumis par son président à la commission de suivi « pour examen dans le cadre de l'exercice de suivi concernant la Moldova » et pour « analyse, commentaires et recommandations et afin de recueillir les idées de l'Assemblée parlementaire en vue de la démocratisation de la zone transnistrienne et du règlement final du conflit ».

42. A première vue, le plan ukrainien devrait être suivi de très près par le Conseil de l'Europe, en tant qu'organisation principale dans le domaine de la démocratie, des droits de l'homme et de l'Etat de droit. C'est pourquoi la commission nous a demandé de nous rendre à Kiev, Moscou, Bucarest et Bruxelles afin de rencontrer les personnalités compétentes en charge du plan ukrainien et de nous informer de ses détails. Ces informations nous permettront ensuite de proposer des mesures spécifiques en vue d'une participation efficace de l'Assemblée à l'évolution de ce dossier.

43. Il y a plusieurs points d'interrogation sur les modalités de mise en œuvre du plan ukrainien et des conditions posées par le parlement moldove. Toutefois, compte tenu de l'échec de toutes les tentatives diplomatiques antérieures, ce plan présente un avantage important. Il combine en effet des efforts diplomatiques et des mesures spécifiques de démocratisation en Transnistrie mais aussi en Moldova, qui doit donner l'exemple. Cette initiative intervient aussi au bon moment car elle coïncide avec un mouvement puissant en faveur de la démocratisation et de l'intégration européenne dans l'ensemble de la région.

44. La Moldova amputée dans son intégrité territoriale et sa souveraineté – mais aussi l'Europe dans son ensemble – ne peut plus se permettre de laisser subsister ce « trou noir » sur son espace. La Transnistrie est le centre de toutes sortes de trafics illégaux, en premier lieu le trafic d'armes et de toutes activités de contrebande. La police secrète continue à exercer un contrôle dominant sur la vie politique; les libertés et droits fondamentaux sont soumis à des restrictions.

45. L'un des problèmes les plus difficiles concerne la possibilité d'organiser des élections démocratiques en Transnistrie. Pour cela, la région a besoin de partis

politiques, de médias et d'une société civile fonctionnant en toute liberté. Les élections locales du 27 mars en Transnistrie (élections des conseils de village, de localité, de ville et de district, ainsi que des présidents des conseils de village et de localité) ont montré qu'il n'existe toujours pas d'opposition forte et véritable en Transnistrie. Ces élections étaient d'ailleurs considérées comme un test en vue de l'élection des membres du Soviet suprême de Transnistrie, prévue en décembre 2005.

46. Certains développements intéressants doivent être notés cependant, en particulier ceux qui ont été initiés par un groupe de membres du Soviet suprême dirigés par le président adjoint du Soviet, M. Evgeny Shevchuk¹¹. Le 29 avril, ce groupe a pris l'initiative de plusieurs projets ambitieux d'amendement de la « constitution » transnistrienne visant à renforcer le rôle du « parlement » à l'égard du « président » et de l'exécutif, par exemple en lui reconnaissant le droit de refuser la confiance aux « ministres » ou à d'autres officiels nommés par le « président » et le droit de contrôler le travail et les dépenses de l'exécutif. Quelques changements de portée plus modeste, ainsi que le projet de loi sur l'administration locale stipulant que les présidents des « raïons » [districts] et des conseils municipaux doivent être élus par les conseils à bulletin secret, ont été adoptés en première lecture le 18 mai. M. Shevchuk soutient aussi une initiative législative visant à transformer la chaîne officielle de télévision de la région (« TV PM. ») en un établissement public de radiodiffusion.

47. Le 22 juin, le Soviet suprême a recommandé le renvoi du « ministre » de la justice, M. Victor Balala, par le « président », M. Smirnov. M. Balala, qui est l'un des plus proches alliés du « président », a récemment décidé de transférer les fonctions d'accréditation de son « ministère » à une « chambre d'experts » présentant un caractère quasiment lucratif.

48. Le 22 juillet, le parlement moldove a approuvé en seconde lecture la loi relative aux principales dispositions du statut juridique spécial des localités situées sur la rive gauche de la Dniestr (Transnistrie). Cette loi crée une unité territoriale autonome faisant partie inséparable de la Moldova et pouvant décider des questions placées sous sa juridiction, en vertu des pouvoirs qui lui sont reconnus par la constitution et la législation moldoves. Elle stipule également que des référendums locaux seront organisés, dans le respect de la législation moldove, pour permettre aux localités situées sur la rive gauche de la Dniestr de décider si elles souhaitent faire partie ou non de l'unité autonome de Transnistrie. »

65. Sur la base de ce rapport, l'APCE adopta une résolution (n°1465 (2005)) dans laquelle elle déclarait notamment :

« 10. L'Assemblée salue la reprise des négociations à la suite de l'initiative optimiste de l'Ukraine visant à régler le conflit transnistrien en priorité par la démocratisation. Elle souhaite que le format actuel à cinq (impliquant la Moldova, la région de Transnistrie, la Fédération de Russie, l'Ukraine et l'OSCE (...)) soit élargi également au Conseil de l'Europe. Elle insiste sur la nécessité d'un contrôle efficace de la frontière entre la Moldova et l'Ukraine, des stocks d'armes et de la production des usines

11. Note du greffe: M. Shevchuk a été élu « président » de la « RMT » en décembre 2011.

d'armement. L'Assemblée souhaite que ses rapporteurs, compte tenu de leur expertise, soient associés à toutes ces démarches.

11. Le règlement du conflit transnistrien doit partir du principe intangible du plein respect de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de la République de Moldova. Dans un Etat de droit, toute solution passe par la volonté exprimée par le peuple à l'occasion d'élections véritablement libres et démocratiques, dont la mise en œuvre appartient aux autorités internationalement reconnues.»

B. L'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)

66. Dans son rapport annuel de 2004, l'OSCE évoquait comme suit les événements survenus en Transnistrie :

« (...)

L'événement le plus déstabilisateur a cependant été constitué par la décision prise à la mi-juillet par la Transnistrie de fermer les écoles moldaves situées sur son territoire qui enseignent en alphabet latin. En réponse, la partie moldave a suspendu sa participation aux négociations pentapartites pour un règlement politique.

Conjointement avec les comédiateurs de la Fédération de Russie et de l'Ukraine, la Mission a déployé beaucoup d'efforts depuis la mi-juillet jusque bien avant dans l'automne pour remédier à la crise scolaire et pour trouver une solution et l'appliquer. Elle s'est également efforcée de dissiper les tensions entre les parties au sujet de la liberté de mouvement, des terres agricoles et des chemins de fer. (...)»

Toujours en 2004, l'OSCE observait également :

« Un seul train contenant environ 1 000 tonnes de munitions a quitté les dépôts du Groupe opérationnel des forces russes en Transnistrie en 2004. Il reste encore environ 21 000 tonnes de munitions à enlever, ainsi que plus de 40 000 armes légères et de petit calibre et environ 10 trains d'équipements militaires divers. La Mission a continué à coordonner l'assistance technique et financière fournie à la Fédération de Russie pour ces activités. »

67. Dans son rapport annuel de 2005, l'OSCE déclarait :

« La Mission a axé ses efforts sur la relance des négociations pour un règlement politique, qui étaient dans l'impasse depuis l'été 2004. Les médiateurs de la Fédération de Russie, de l'Ukraine et de l'OSCE ont tenu des consultations avec les représentants de Chişinău et de Tiraspol en janvier, en mai et en septembre. A la réunion de mai, l'Ukraine a présenté le plan de règlement du président Viktor Youchtchenko intitulé *Vers un règlement par le biais de la démocratisation*. Cette initiative prévoit une démocratisation de la région transnistrienne grâce à des élections à l'organe législatif régional sous le contrôle de la communauté internationale en même temps que des mesures propres à favoriser la démilitarisation, la transparence et le renforcement de la confiance.

En juillet, le Parlement moldave, citant le plan ukrainien, a adopté une loi sur *les principes fondamentaux d'un statut juridique spécial de la Transnistrie*. Au cours des consultations tenues en septembre à Odessa, Chişinău et Tiraspol sont convenus d'inviter l'Union européenne et les Etats-Unis à participer aux négociations en qualité d'observateurs. Les négociations formelles ont repris dans un cadre élargi en octobre après une interruption de 15 mois. Une autre série de négociations était prévue en décembre, à la suite de la réunion du Conseil ministériel de l'OSCE à Ljubljana. Le 15 décembre, les présidents de l'Ukraine et de la Fédération de Russie, Viktor Youchtchenko et Vladimir Poutine, ont publié une déclaration commune dans laquelle ils se sont félicités de la reprise des négociations pour un règlement du conflit transnistrien.

En septembre, les présidents Voronine et Youchtchenko ont demandé conjointement au président en exercice de l'OSCE d'envisager d'envoyer une mission internationale d'évaluation pour analyser les conditions démocratiques en Transnistrie et les mesures nécessaires pour tenir des élections démocratiques dans la région. Parallèlement, la mission de l'OSCE a procédé à des consultations et à des analyses techniques sur les conditions fondamentales à réunir pour des élections démocratiques dans la région transnistrienne, conformément à ce qui était proposé dans le plan Youchtchenko. Lors de la série de négociations d'octobre, il a été demandé à la présidence de l'OSCE de poursuivre les consultations au sujet de la possibilité d'envoyer une mission internationale d'évaluation dans la région transnistrienne.

De concert avec des experts militaires de la Fédération de Russie et de l'Ukraine, la mission de l'OSCE a achevé de mettre au point un ensemble de mesures de confiance et de sécurité qui a été présenté aux trois médiateurs en juillet. La Mission a ensuite engagé des consultations sur cet ensemble de mesures avec des représentants de Chişinău et de Tiraspol. Lors des négociations d'octobre, on s'est félicité de la possibilité qu'offrirait l'échange mutuel de données militaires, envisagé dans certains éléments de cet ensemble, de progresser dans le renforcement de la transparence.»

Sur la question du retrait militaire russe, l'OSCE observait :

«Il n'y a eu aucun retrait d'armements et d'équipements russes de la région transnistrienne en 2005. Environ 20 000 tonnes de munitions doivent encore être retirées. Le commandant du Groupe opérationnel des forces russes a signalé en mai que des stocks excédentaires de 40 000 armes légères et de petit calibre entreposées par les forces russes dans la région transnistrienne avaient été détruits. L'OSCE n'a pas été autorisée à vérifier ces dires.»

68. En 2006, l'OSCE rapporta ce qui suit :

«Le référendum du 17 septembre sur «l'indépendance» et les «élections présidentielles» du 10 décembre en Transnistrie – qui n'ont été ni reconnus ni observés par l'OSCE – ont déterminé le cadre politique de ces travaux. (...)

Afin de stimuler les négociations en vue d'un règlement, la Mission a élaboré, au début de 2006, des documents dans lesquels elle suggérait : une délimitation possible des compétences entre autorités centrales et régionales ; un mécanisme d'observation des entreprises du complexe militaro-industriel transnistrien ; un plan pour l'échange

de données militaires; ainsi qu'une mission pour évaluer les conditions et formuler des recommandations en vue de la tenue d'élections démocratiques en Transnistrie. Toutefois, la partie transnistrienne a refusé de poursuivre les négociations après l'introduction, en mars, de nouvelles dispositions douanières pour les exportations transnistriennes et aucun progrès n'a donc pu être accompli en ce qui concerne, notamment, ces projets. Les tentatives de sortir de cette impasse par des consultations entre les médiateurs (OSCE, Fédération de Russie et Ukraine) et les observateurs (Union européenne et Etats-Unis d'Amérique) en avril, mai et novembre, ainsi que les consultations menées par les médiateurs et les observateurs avec chacune des parties séparément en octobre, sont restées vaines.

(...)

Le 13 novembre, un groupe de 30 chefs de délégation de l'OSCE et de membres de la Mission de l'OSCE ont pu accéder, pour la première fois depuis mars 2004, au dépôt de munitions de la Fédération de Russie situé à Colbasna, près de la frontière entre la Moldavie et l'Ukraine en Transnistrie septentrionale. Il n'y a toutefois pas eu de retraits de munitions ou d'équipements russes de Transnistrie en 2006 et plus de 21 000 tonnes de munitions restent entreposées dans la région.

(...)

69. Le rapport annuel de 2007 relevait ceci :

«Les médiateurs du processus de règlement du conflit transnistrien, à savoir la Fédération de Russie, l'Ukraine et l'OSCE, ainsi que les observateurs, à savoir l'Union européenne et les Etats-Unis, se sont réunis à quatre reprises. Les médiateurs et les observateurs se sont réunis de façon informelle avec les parties moldave et transnistrienne une fois en octobre. Toutes ces réunions visaient essentiellement à trouver des moyens de relancer les négociations officielles en vue d'un règlement, qui n'ont cependant pas repris.

(...)

La Mission a constaté qu'il n'y a pas eu de retraits de munitions ou d'équipements russes en 2007. Le Fonds volontaire dispose de ressources suffisantes pour achever les tâches de retrait.»

70. Le rapport de 2008 comportait le passage suivant :

«Le président moldave, Vladimir Voronine, et le dirigeant transnistrien, Igor Smirnov, se sont rencontrés en avril pour la première fois depuis sept ans, puis à nouveau le 24 décembre. Les médiateurs (OSCE, Fédération de Russie et Ukraine) et les observateurs (Union européenne et Etats-Unis) se sont rencontrés cinq fois. Les parties, les médiateurs et les observateurs ont tenu cinq réunions informelles. Malgré cette activité diplomatique menée notamment par la Mission, les négociations officielles à «5+2» n'ont pas repris (...)

Il n'a été effectué, en 2008, aucun retrait de munitions ou de matériels russes de Transnistrie. Le Fonds volontaire dispose de moyens suffisants pour mener à bien ce retrait.»

C. Les organisations internationales non gouvernementales

71. Dans son rapport du 17 juin 2004 intitulé «Moldavie: tensions régionales autour de la Transnistrie» (Europe rapport n° 157), l'organisation non gouvernementale International Crisis Group (ICG) relevait (extrait du résumé):

«Le soutien russe à la République Moldave de Transnistrie (RMT), autoproclamée et officiellement non reconnue, a empêché toute résolution du conflit et inhibé les avancées de la Moldavie en faveur d'une intégration plus large aux structures économiques et politiques européennes. Lors de ses récentes tentatives, largement unilatérales, l'action de la Russie en vue de résoudre le conflit avait presque des relents de «Guerre Froide». En dépit d'un discours rassurant sur les relations Russie-Union européenne et la coopération américano-russe en matière de résolution de conflit et de maintien de la paix dans le cadre des Nouveaux Etats Indépendants de l'ex-Union soviétique (NIS), les vieilles habitudes ne se perdent pas facilement. La Russie voit d'un mauvais œil un rôle actif de l'Union européenne, des Etats-Unis ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) en matière de résolution de conflit dans la mesure où nombreux sont ceux à Moscou qui perçoivent encore la Moldavie comme appartenant à la sphère géopolitique d'influence russe.

La Russie n'a pas eu beaucoup de difficultés à exploiter l'instabilité politique et économique de la Moldavie à son profit. Bien qu'ayant accepté des dates limites concrètes pour le retrait de ses troupes, la Russie n'a pas cessé de rétropédaler tout en essayant d'imposer un règlement politique qui lui aurait permis, à travers des dispositions constitutionnelles partiales, de maintenir son influence dans l'élaboration des politiques moldaves et de prolonger sa présence militaire en guise de force de maintien de la paix. Jusqu'ici, elle a refusé d'user de son influence auprès des dirigeants de la RMT en faveur d'une approche de résolution de conflit capable de prendre en compte les intérêts légitimes de toutes les parties.

Les milieux d'affaires ukrainiens et moldaves sont devenus des adeptes d'un usage de l'économie parallèle en RMT à des fins personnelles, en prenant part régulièrement aux exportations illégales et autres pratiques illicites. Certains ont usé de leur influence politique pour empêcher, retarder et faire obstruction aux décisions susceptibles de forcer les dirigeants de la RMT à transiger en faveur d'une suppression des taxes et réglementations douanières favorables aux exportations illégales, de la mise en place de frontières et de contrôles douaniers efficaces, et de la collecte de droits et taxes au niveau des «frontières» intérieures.

Fort du soutien des élites économiques russes, ukrainiennes et moldaves, les autorités de la RMT sont devenues plus péremptoires. Conscientes qu'une reconnaissance internationale n'est pas pour demain, elles se sont consacrées à préserver une indépendance *de facto* à travers une confédération vague avec la Moldavie. Malheureusement, les dirigeants de la RMT (profitant des contradictions existant entre les systèmes fiscaux et douaniers de la Moldavie et de la RMT) continuent de tirer profit des activités économiques légales et illégales, notamment des exportations illégales, de la contrebande et de la fabrication d'armes.

La RMT est devenue un acteur averti avec ses propres intérêts et stratégies, possédant une marge de manœuvre politique indépendante limitée mais disposant d'un important carnet de contacts sur le plan économique et d'autres liens à travers la Russie, la Moldavie et l'Ukraine. Toutefois, elle demeure largement dépendante du soutien politique et économique russe et n'aime guère se retrouver en porte à faux vis-à-vis de la politique russe. Les intérêts russes et [de la RMT] sont souvent imbriqués, quoique dans certaines circonstances les dirigeants de la [RMT] ont su concevoir et appliquer des stratégies afin d'éviter la pression russe, retarder des négociations, saper certaines initiatives et politiques russes en jouant sur les désaccords existant entre les co-médiateurs ainsi qu'en misant sur des sources alternatives de soutien extérieur.

La dernière tentative russe de résolution en date (le Mémoire Kozak d'octobre-novembre 2003) a montré que son influence, certes prépondérante, connaît ses limites. La Russie n'est pas en mesure d'avancer un règlement sans le soutien de la Moldavie et de la communauté internationale, notamment sans celui des acteurs clés tels que l'OSCE, l'Union européenne et les États-Unis. Un règlement politique global exige une approche capable d'aplanir les divergences entre la Russie et les autres acteurs principaux, tout en prenant en compte équitablement les intérêts du gouvernement moldave et de la RMT.

Sans chercher à contrarier la Russie, l'attraction gravitationnelle qu'exerce l'intégration européenne est forte en Moldavie. Même ses dirigeants communistes ont récemment souligné la nécessité de faire davantage pour atteindre cet objectif. Le pays a généralement été absent des écrans de radar occidentaux au cours de cette dernière décennie, pourtant le soutien américain et européen devra se faire plus démonstratif pour résister aux obstructions de la Transnistrie au processus de négociations ainsi qu'au soutien politique et matériel que la Russie apporte à la RMT. Les acteurs internationaux doivent également aider la Moldavie à protéger ses propres frontières des activités économiques illicites qui maintiennent à flot la Transnistrie et affectent aussi ses voisins européens.

Le conflit ne peut être résolu que dans la mesure où la communauté internationale joue de son influence sur la Russie en bilatéral ainsi qu'au sein de l'OSCE. Seulement alors, la Moldavie pourra réaliser ses aspirations européennes à condition cependant qu'elle démontre un engagement plus substantiel en faveur d'une réforme politique, économique et administrative. L'élaboration d'une stratégie globale à l'égard de la Moldavie, de l'Ukraine et de la Russie, dans le cadre de la politique européenne de l'Union européenne élargie serait une première étape indispensable.»

72. Dans son rapport du 17 août 2006 intitulé «L'avenir incertain de la Moldova» (Europe rapport n° 175), l'ICG observait (extrait du résumé) :

[Traduction du greffe]

« Avec l'entrée de la Roumanie dans l'Union européenne, prévue pour 2007, l'Union européenne aura une frontière commune avec la Moldova, Etat faible divisé par un conflit et rongé par la corruption et le crime organisé. Les dirigeants de la Moldova ont exprimé le souhait d'adhérer à l'Union européenne, mais leur attachement aux valeurs européennes est suspect et les efforts déployés pour régler le conflit avec la région

sécessionniste de Transnistrie n'ont pas permis de sortir de la dommageable impasse qui perdure depuis quinze ans. Les jeunes n'ont guère confiance en l'avenir du pays, qu'ils quittent dans une proportion alarmante. Pour que la Moldova puisse devenir un élément stable du voisinage de l'Union européenne, il faudrait un engagement international bien plus fort non seulement pour résoudre le conflit, mais aussi pour encourager des réformes nationales aptes à rendre le pays plus attrayant pour ses citoyens.

Deux initiatives récentes de l'Union européenne et de l'Ukraine ont fait naître l'espoir d'un changement tangible dans l'équilibre des forces en jeu dans le conflit séparatiste. Une Mission d'assistance à la frontière de l'Union européenne (EUBAM) lancée à la fin de 2005 a contribué à diminuer la contrebande le long du segment transnistrien de la frontière entre la Moldova et l'Ukraine, pratique qui constitue une source essentielle de recettes pour les autorités de Tiraspol, capitale de la Transnistrie. En parallèle, la mise en application par Kiev d'un régime douanier historique devant aider la Moldova à réguler ses exportations transnistriennes a affaibli la capacité des entreprises de la région sécessionniste à opérer en dehors de tout contrôle moldave, ce qui a porté un coup psychologique crucial.

Cependant, l'optimisme né de l'idée que ces mesures finiraient par contraindre la Transnistrie à faire des concessions diplomatiques était semble-t-il infondé. Bien que l'EUBAM ait obtenu des résultats non négligeables, eu égard en particulier à la modestie de ses effectifs et de son budget, la contrebande à grande échelle sévit toujours. Le régime douanier ukrainien n'a pas non plus eu un effet déterminant sur les entreprises de Transnistrie, qui demeurent capables, comme par le passé, de se livrer de façon licite à un commerce lucratif. De plus, l'incertitude politique au niveau national pose la question de savoir si Kiev continuera à faire appliquer la nouvelle réglementation.

La Russie a renforcé son soutien en faveur de la Transnistrie en fournissant à celle-ci une aide économique et en adoptant des mesures de rétorsion contre la Moldova, notamment un embargo sur les exportations de vin, l'une des principales sources de revenus du pays. Moscou refuse de retirer ses troupes stationnées en Transnistrie depuis l'époque soviétique, dont la présence permet de maintenir le *statu quo*. Fort du soutien de la Russie, M. Igor Smirnov, le dirigeant de la Transnistrie, n'est guère incité au compromis dans son aspiration à l'indépendance. Les négociations entre les deux parties avec médiation internationale ne mènent à rien, malgré la présence depuis 2005 de l'Union européenne et des Etats-Unis en tant qu'observateurs. Alors que l'on était parvenu à un certain accord quant au niveau d'autonomie à prévoir dans le cadre d'un règlement, la Moldova a durci sa position pour faire face à l'intransigeance de la Transnistrie.»

73. Dans son rapport «Freedom in the World 2009», l'organisation Freedom House faisait notamment les commentaires suivants :

[Traduction du greffe]

«En novembre 2003, la Moldova a rejeté, après qu'il eut suscité des protestations publiques, un plan de fédéralisation soutenu par la Russie. La dernière session de discussions multilatérales officielles a échoué début 2006, et au référendum sur la

Transnistrie tenu en septembre 2006 les électeurs se sont massivement prononcés en faveur d'une évolution vers l'indépendance avec pour but ultime le rattachement à la Russie, mais la légitimité du scrutin n'a pas été reconnue par la Moldova et la communauté internationale.

En l'absence de négociations actives à «5+2», M. Voronine a mené des discussions bilatérales avec la Russie et pris un certain nombre de mesures pour mettre la politique étrangère de la Moldova en phase avec celle du Kremlin. Pendant une grande partie de l'année 2008, il a pressé la Russie d'accepter une proposition selon laquelle la Transnistrie se verrait conférer une importante autonomie au sein de la Moldova, une présence solide et unitaire au Parlement moldave, ainsi que le droit de faire sécession si la Moldova venait à s'unir à la Roumanie; les droits de propriété russes seraient respectés, et les troupes russes seraient remplacées par des observateurs civils. M. Voronine a défendu ses «consultations» séparées avec la Russie en déclarant que tout règlement serait parachevé à «5+2».

L'urgence de la question transnistrienne est montée d'un cran en août 2008, après que la Russie eut connu un bref conflit avec la Géorgie et reconnu l'indépendance de deux régions sécessionnistes de ce pays. Des dirigeants russes ont déclaré qu'ils n'avaient pas l'intention de reconnaître la RMT, mais ont conseillé à la Moldova de ne pas adopter l'attitude agressive de la Géorgie. Pour sa part, le gouvernement moldave a écarté toute comparaison et réitéré son engagement à mener des négociations pacifiques. Certains experts se sont inquiétés de ce que la Russie pourrait imposer à la Moldova un règlement rigoureux dans le cadre des discussions bilatérales, puis reconnaître la RMT en cas de rejet du plan.

Les relations entre M. Igor Smirnov, président de la Transnistrie, et M. Voronine sont restées tendues tout au long de l'année, le dirigeant moldave ayant en fait négocié dans le dos de M. Smirnov et clairement exprimé sa frustration au sujet des autorités de la RMT. Les deux hommes se sont rencontrés en avril pour la première fois depuis 2001, puis à nouveau en décembre. Quelques jours après la rencontre d'avril, M. Traian Basescu, président de la Roumanie, a indirectement évoqué la perspective d'une partition dans le cadre de laquelle l'Ukraine absorberait la Transnistrie et la Roumanie annexerait la Moldova proprement dite, ce qui a poussé M. Voronine à l'accuser de saboter les négociations. Entre-temps, M. Dmitri Medvedev, président de la Fédération de Russie, a rencontré M. Voronine et M. Smirnov séparément au cours de l'année.

(...)

Droits politiques et libertés civiles

Les habitants de la Transnistrie ne peuvent élire leurs dirigeants démocratiquement et ne peuvent participer librement aux élections moldaves. (...)

La corruption et le crime organisé sont de graves problèmes en Transnistrie. (...)

Le secteur des médias n'est pas libre. (...)

La liberté de religion est limitée. (...)

Plusieurs milliers d'élèves étudient certes le moldave en utilisant l'alphabet latin, mais cette pratique est toutefois restreinte. La langue moldave et l'alphabet latin sont associés au soutien en faveur de l'unité de la Moldova, tandis que le russe et l'alphabet cyrillique sont assimilés à des visées séparatistes. Les parents qui envoient leurs enfants dans des établissements scolaires utilisant l'alphabet latin, ainsi que les établissements eux-mêmes, sont systématiquement confrontés à des actes de harcèlement de la part des forces de l'ordre.

Les autorités appliquent des restrictions sévères à la liberté de réunion et délivrent rarement les autorisations requises pour les manifestations publiques. (...)

L'ordre judiciaire est asservi à l'exécutif et accomplit généralement la volonté des autorités. (...)

Les autorités font subir une discrimination aux personnes d'origine moldave, qui constituent environ 40 % de la population. On estime que, pris ensemble, les Russes et les Ukrainiens de souche représentent une faible majorité; par ailleurs, pas moins d'un tiers des habitants de la région seraient titulaires d'un passeport russe.»

III. LE DROIT INTERNATIONAL PERTINENT

A. Textes juridiques internationaux concernant la responsabilité de l'Etat pour fait illicite

1. *Le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*

74. En août 2001, la Commission du droit international a adopté le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (le « projet d'articles »). Les articles 6 et 8 du chapitre II de ce texte énoncent :

Article 6 – Comportement d'un organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat

« Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier Etat d'après le droit international. »

Article 8 – Comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat. »

2. *Jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ)*

75. Dans son avis consultatif sur les « *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* », la CIJ a déclaré ce qui suit au sujet de l'obligation que le droit international fait à un Etat responsable d'une situation irrégulière d'y mettre fin :

« 117. Etant parvenue à ces conclusions, la Cour en vient maintenant aux conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Quand un organe compétent des Nations unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence. Placée en face d'une telle situation, la Cour ne s'acquitterait pas de ses fonctions judiciaires si elle ne déclarait pas qu'il existe une obligation, pour les Membres des Nations unies en particulier, de mettre fin à cette situation. A propos d'une de ses décisions, par laquelle elle avait déclaré qu'une situation était contraire à une règle de droit international, la Cour a dit : « Cette décision entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière » (*CIJ Recueil 1951*, p. 82).

118. L'Afrique du Sud, à laquelle incombe la responsabilité d'avoir créé et prolongé une situation qui, selon la Cour, a été valablement déclarée illégale, est tenue d'y mettre fin. Elle a donc l'obligation de retirer son administration du territoire de la Namibie. Tant qu'elle laisse subsister cette situation illégale et occupe le territoire sans titre, l'Afrique du Sud encourt des responsabilités internationales pour violation persistante d'une obligation internationale. Elle demeure aussi responsable de toute violation de ses obligations internationales ou des droits du peuple namibien. Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres Etats et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats.

76. Dans l'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, la CIJ s'est prononcée comme suit sur la question de la responsabilité de l'Etat :

« 391. La première question que soulève une telle argumentation est de savoir si un Etat peut, en principe, se voir attribuer les comportements de personnes – ou de groupes de personnes – qui, sans avoir le statut légal d'organes de cet Etat, agissent en fait sous un contrôle tellement étroit de ce dernier qu'ils devraient être assimilés à des organes de celui-ci aux fins de l'attribution nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. En vérité, la Cour a déjà abordé cette question, et lui a donné une réponse de principe, dans son arrêt du 27 juin 1986 en l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci

(Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) (fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 62-64). Au paragraphe 109 de cet arrêt, la Cour a indiqué qu'il lui appartenait de

«déterminer si les liens entre les *contras* et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement» (p. 62).

Puis, examinant les faits à la lumière des informations dont elle disposait, la Cour a relevé qu'«il n'[était] pas clairement établi que [les Etats-Unis] exer[çai]ent en fait sur les *contras* dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on [pût] considérer les *contras* comme agissant en leur nom» (par. 109), avant de conclure que «les éléments dont [elle] dispos[ait] (...) ne suffis[ai]ent pas à démontrer [la] totale dépendance [des *contras*] par rapport à l'aide des Etats-Unis», si bien qu'«il lui [était] (...) impossible d'assimiler, juridiquement parlant, la force *contra* aux forces des Etats-Unis» (p. 63, par. 110).

392. Il résulte des passages précités que, selon la jurisprudence de la Cour, une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peuvent être assimilés – aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale – à un organe de l'Etat même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la «totale dépendance» de l'Etat, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument. En pareil cas, il convient d'aller au-delà du seul statut juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'Etat auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent: toute autre solution permettrait aux Etats d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction.

393. Cependant, une telle assimilation aux organes de l'Etat de personnes ou d'entités auxquelles le droit interne ne confère pas ce statut ne peut que rester exceptionnelle; elle suppose, en effet, que soit établi un degré particulièrement élevé de contrôle de l'Etat sur les personnes ou entités en cause, que l'arrêt précité de la Cour a caractérisé précisément comme une «totale dépendance» (...)

Tout en précisant que la Serbie n'était pas directement responsable du génocide survenu pendant la guerre de Bosnie de 1992-1995, la CIJ a néanmoins conclu que la Serbie avait manqué à son obligation positive de prévenir le génocide, en vertu de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, en ce qu'elle n'avait pas pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour empêcher le génocide commis à Srebrenica en juillet 1995 et n'avait pas transféré Ratko Mladić, accusé de génocide et de complicité de génocide, au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie afin qu'il fût jugé.

B. Dispositions conventionnelles concernant le droit à l'éducation

1. La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)

77. L'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce :

« 1. Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite.

2. L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations unies pour le maintien de la paix.

3. Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants. »

2. La Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (1960)

78. Adoptée par l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture lors de sa 11^e session (octobre-décembre 1960), cette Convention dispose en ses articles 1, 3 et 5 :

Article premier

« 1. Aux fins de la présente Convention, le terme « discrimination » comprend toute distinction, exclusion, limitation ou préférence qui, fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la condition économique ou la naissance, a pour objet ou pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de traitement en matière d'enseignement et, notamment :

a) d'écarter une personne ou un groupe de l'accès aux divers types ou degrés d'enseignement ;

b) de limiter à un niveau inférieur l'éducation d'une personne ou d'un groupe ;

c) sous réserve de ce qui est dit à l'article 2 de la présente Convention, d'instituer ou de maintenir des systèmes ou des établissements d'enseignement séparés pour des personnes ou des groupes ; ou

d) de placer une personne ou un groupe dans une situation incompatible avec la dignité de l'homme.

2. Aux fins de la présente Convention, le mot « enseignement » vise les divers types et les différents degrés de l'enseignement et recouvre l'accès à l'enseignement, son niveau et sa qualité, de même que les conditions dans lesquelles il est dispensé. »

Article 3

« Aux fins d'éliminer et de prévenir toute discrimination au sens de la présente Convention, les Etats parties s'engagent à :

a) abroger toutes dispositions législatives et administratives et à faire cesser toutes pratiques administratives qui comporteraient une discrimination dans le domaine de l'enseignement ;

(...) »

Article 5

« 1. Les Etats parties à la présente Convention conviennent :

a) que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qu'elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations unies pour le maintien de la paix ; »

3. *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)*

79. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est ainsi libellé :

« 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. Ils conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations unies pour le maintien de la paix.

2. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit :

- a) l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous ;
- b) l'enseignement secondaire, sous ses différentes formes, y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel, doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;
- c) l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;

d) l'éducation de base doit être encouragée ou intensifiée, dans toute la mesure possible, pour les personnes qui n'ont pas reçu d'instruction primaire ou qui ne l'ont pas reçue jusqu'à son terme;

e) il faut poursuivre activement le développement d'un réseau scolaire à tous les échelons, établir un système adéquat de bourses et améliorer de façon continue les conditions matérielles du personnel enseignant.

3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'Etat en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions.

4. Aucune disposition du présent article ne doit être interprétée comme portant atteinte à la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, sous réserve que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient observés et que l'éducation donnée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales qui peuvent être prescrites par l'Etat.»

4. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965)

80. L'article 5 de cette convention des Nations unies dispose, en ses parties pertinentes en l'espèce :

« Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les Etats parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants :

(...)

e) droits économiques, sociaux et culturels, notamment :

(...)

v. droit à l'éducation et à la formation professionnelle; »

5. La Convention relative aux droits de l'enfant (1989)

81. Les articles 28 et 29 de cette convention des Nations unies énoncent :

Article 28

« 1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

a) ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ;

b) ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin ;

c) ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés ;

d) ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles ;

e) ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les Etats parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement. »

Article 29

« 1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

a) favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et des ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ;

b) inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations unies ;

c) inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ;

d) préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone ;

e) inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'Etat aura prescrites. »

EN DROIT

82. Les requérants se plaignent de la fermeture forcée de leurs écoles par les autorités de la «RMT» et des mesures de harcèlement et d'intimidation qu'ils accusent les autorités d'avoir prises contre eux parce qu'ils avaient choisi de continuer à s'instruire, ou à faire instruire leurs enfants, dans des établissements scolaires dispensant un enseignement en moldave/roumain. La Cour doit tout d'abord déterminer si, concernant les faits incriminés, les requérants relèvent de la juridiction de l'un des Etats défendeurs, ou des deux, au sens de l'article 1 de la Convention européenne.

I. SUR LA JURIDICTION

A. Thèses des parties

1. *Les requérants*

a) La juridiction de la République de Moldova

83. Pour les requérants, même si la Moldova n'exerce pas un contrôle effectif sur la Transnistrie, cette région n'en demeure pas moins une partie du territoire national et la protection des droits de l'homme continue à y relever de la responsabilité de cet Etat.

84. Les obligations positives de la Moldova à leur égard se situeraient à plusieurs niveaux liés entre eux. Il lui incomberait de prendre toutes les mesures possibles pour rétablir l'état de droit ainsi que son autorité souveraine en Transnistrie. La Moldova aurait également l'obligation positive de prendre toutes les mesures réalisables pour redresser la situation des requérants et défendre leur liberté d'étudier et de faire étudier leurs enfants dans des écoles utilisant la langue nationale moldave. Bien que n'exerçant pas un contrôle global sur la Transnistrie, la Moldova disposerait, dans les domaines politique et économique, de moyens considérables propres à influencer sur ses relations actuelles avec les autorités de la «RMT».

b) La juridiction de la Fédération de Russie

85. Les requérants observent que la fermeture des écoles s'est produite en 2004, peu après le prononcé par la Cour de l'arrêt *Ilaşcu et autres* (précité). Selon eux, les constatations de fait ayant amené la Cour à conclure dans l'affaire *Ilaşcu* que la Russie exerçait une influence décisive sur la «RMT» sont également valables dans la présente affaire.

86. Depuis 2004, aucun retrait contrôlé d'armes ou d'équipements russes n'aurait eu lieu. La Russie aurait passé avec les dirigeants de la

«RMT» des accords secrets concernant la gestion du dépôt d'armes. Il ressortirait des données fournies par le gouvernement russe lui-même qu'en 2003 2 200 militaires russes étaient basés dans la région ; or rien ne montrerait que ce chiffre ait connu une baisse sensible. La Russie aurait justifié cette présence comme étant nécessaire à la surveillance du dépôt d'armes. D'après les requérants, la présence des armes aussi bien que des militaires est contraire aux engagements internationaux pris par la Russie. Aucun élément n'attesterait une volonté claire de procéder au retrait des troupes et des armes ; au contraire, des déclarations officielles de source russe porteraient à croire que le retrait est subordonné à un règlement politique. Le maintien de la présence militaire russe représenterait une menace latente d'intervention militaire, qui aurait un effet intimidant sur le gouvernement moldave et les opposants au régime séparatiste de Transnistrie.

87. La Transnistrie serait dépendante des importations énergétiques de Russie ainsi que des investissements, de l'assistance et du commerce russes. Dix-huit pour cent des exportations de la «RMT» seraient destinées à la Russie, et 43,7 % de ses importations, principalement les ressources énergétiques, proviendraient de ce pays. La «RMT» aurait payé moins de 5 % du gaz consommé par elle, mais la Russie n'aurait pris aucune mesure aux fins de recouvrer sa créance. De plus, la Russie fournirait une aide humanitaire directe à la Transnistrie, essentiellement sous forme de contributions aux pensions de retraite, en violation de la législation de la Moldova. Selon des sources officielles russes, l'aide financière totale fournie à la Transnistrie se serait élevée à 55 millions d'USD pendant la période allant de 2007 à 2010.

88. Les instances politiques russes considéreraient la Transnistrie comme un avant-poste de la Russie. Les requérants fournissent des exemples de déclarations de membres de la Douma favorables à l'indépendance de la «RMT» à l'égard de la Moldova et évoquent des appels lancés par Igor Smirnov – le président de la «RMT» jusqu'en janvier 2012 – pour le rattachement de la Transnistrie à la Fédération de Russie. De plus, quelque 120 000 personnes résidant en Transnistrie auraient obtenu la nationalité russe. En février et mars 2005, «en réponse aux mesures prises par le gouvernement moldave dans le but d'aggraver la situation concernant la Transnistrie», la Douma aurait adopté des résolutions invitant le gouvernement russe à interdire l'importation d'alcool et de tabac de Moldova, à appliquer les tarifs internationaux aux exportations énergétiques destinées à la Moldova (sauf pour la Transnistrie) et à exiger des visas de la part des ressortissants moldaves (excepté ceux résidant en Transnistrie) se rendant en Russie. Les requérants citent les conclusions du Fonds monétaire international selon lesquelles ces

mesures auraient eu sur la croissance de l'économie moldave un effet négatif combiné de 2 à 3 points de pourcentage annuel en 2006-2007.

2. *Le gouvernement moldave*

a) **La juridiction de la République de Moldova**

89. Le gouvernement moldave soutient que, d'après le raisonnement suivi dans l'arrêt *Ilașcu et autres* (précité), les requérants relèvent de la juridiction de la Moldova dès lors que, en revendiquant le territoire et en s'efforçant de faire respecter les droits des intéressés, les autorités moldaves assument à leur égard des obligations positives. Le gouvernement moldave n'exercerait toujours pas sa juridiction – au sens de son autorité et de son contrôle – sur le territoire transnistrien, mais il continuerait néanmoins à remplir les obligations positives établies par l'arrêt *Ilașcu et autres*. La principale question au sujet de la Moldova serait celle de savoir dans quelle mesure pareille obligation positive pourrait faire entrer en jeu la juridiction d'un Etat. Le gouvernement moldave renvoie à cet égard à l'opinion partiellement dissidente émise par le juge Bratza dans l'affaire *Ilașcu* et à laquelle s'étaient ralliés les juges Rozakis, Hedigan, Thomassen et Panțiru (opinion annexée à l'arrêt *Ilașcu et autres*, précité).

b) **La juridiction de la Fédération de Russie**

90. Le gouvernement moldave considère, à la lumière des principes exposés dans l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 55721/07, CEDH 2011), que les faits de l'espèce relèvent de la juridiction de la Russie en raison de la présence militaire continue de celle-ci, qui aurait empêché le règlement du conflit.

91. Le gouvernement moldave n'aurait pas accès au dépôt d'armes de Colbașna et ignorerait donc la quantité réelle d'armes conservée par la Fédération de Russie en Transnistrie. De plus, il serait difficile de distinguer clairement les militaires russes qui composent la force de maintien de la paix établie par l'accord de cessez-le-feu des soldats russes du Groupement opérationnel des forces russes (« GOR »), basés en Transnistrie pour garder le dépôt d'armes. Hormis les membres du haut commandement, probablement recrutés directement en Russie, nombre de soldats ordinaires au sein des deux forces seraient des ressortissants russes de Transnistrie favorables au régime séparatiste. Enfin, l'aéroport militaire de Tiraspol serait sous contrôle russe et les autorités de la « RMT » en jouiraient librement.

92. La présence de militaires et d'armes russes en Transnistrie entraverait les efforts visant à résoudre le conflit et contribuerait à maintenir le régime séparatiste au pouvoir. Le gouvernement moldave serait désavantagé et dans

l'incapacité de négocier librement sans être confronté à la menace d'une suspension du retrait militaire russe, suivant le scénario qui s'est produit lors du rejet du « mémorandum de Kosak » par la Moldova (paragraphe 27 ci-dessus). L'opposition de la « RMT » au retrait des armes ne constituerait pas une excuse valable justifiant un refus de la Russie de retirer ou de détruire les armes, et le gouvernement russe serait infondé à l'accepter ou à l'invoquer. Le gouvernement moldave serait prêt à toute coopération, pourvu qu'elle n'implique pas des conditions exorbitantes comme celles prévues par le « mémorandum de Kosak ». Par ailleurs, la participation active des autres partenaires internationaux au processus de négociation devrait contribuer à alléger toute charge excessive que les modalités pratiques de la destruction du dépôt d'armes pourraient faire peser sur la Russie.

93. L'économie de la « RMT » serait orientée vers l'exportation de marchandises à destination de la Russie et de l'Ukraine, et il n'y aurait pas de véritables liens commerciaux entre la « RMT » et la Moldova proprement dite. Or, environ 20 % de la population seulement serait économiquement active, et la région survivrait grâce au soutien financier de la Russie, qui prendrait la forme d'un effacement des dettes contractées pour le gaz et de dons. C'est ainsi qu'en 2011 la « RMT » aurait reçu de la Russie une aide financière d'un montant total de 20,64 millions d'USD. En 2011, la Transnistrie aurait consommé pour 505 millions d'USD de gaz, mais n'aurait payé que 4 % de ce montant (soit 20 millions d'USD).

94. Enfin, la politique de la « RMT » serait entièrement tournée vers la Russie et éloignée de la Moldova. Il y aurait de nombreuses visites de haut niveau entre la Russie et la Transnistrie, ainsi que des déclarations de soutien émanant de personnalités politiques russes. Toutefois, la situation politique évoluant en permanence, il serait difficile de livrer un état des lieux complet.

3. Le gouvernement russe

a) La juridiction de la République de Moldova

95. Le gouvernement russe n'a pas formulé d'observations sur la juridiction de la République de Moldova en l'espèce.

b) La juridiction de la Fédération de Russie

96. Le gouvernement russe critique la façon dont la Cour a envisagé la juridiction dans les arrêts *Ilaşcu et autres* et *Al-Skeini et autres* (tous deux précités). La volonté des Etats contractants, telle qu'exprimée dans le libellé de l'article 1 de la Convention, aurait été qu'en l'absence d'une déclaration expresse fondée sur l'article 56 la juridiction de chaque Etat se limite à ses frontières territoriales. Subsidiairement, l'approche suivie par la Cour dans

l'affaire *Banković et autres c. Belgique et autres* ((déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII) constituerait une interprétation plus correcte en ce qu'elle reconnaîtrait qu'il ne peut y avoir exercice extraterritorial de la juridiction que dans des circonstances exceptionnelles. Pour le gouvernement russe, la juridiction peut exceptionnellement s'étendre hors du territoire lorsqu'un Etat contractant exerce sur un autre territoire un contrôle effectif, équivalent au niveau de contrôle exercé sur son propre territoire en temps de paix. Cette situation pourrait englober les cas où l'Etat partie est soumis à une occupation longue et stable ou les cas où un territoire est contrôlé de manière effective par un gouvernement légitimement considéré comme un organe de l'Etat partie concerné, conformément au critère appliqué par la Cour internationale de justice dans l'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (paragraphe 76 ci-dessus). Selon le gouvernement russe, on ne peut affirmer que la Fédération de Russie exerce sa juridiction dans le cas présent, le territoire étant contrôlé par un gouvernement *de facto* qui n'est ni un organe ni un instrument de la Fédération de Russie.

97. Plus subsidiairement encore, le gouvernement russe estime qu'il faut distinguer l'espèce des affaires antérieures, rien ne montrant selon lui qu'il y ait eu un quelconque acte extraterritorial des autorités russes. A l'inverse, dans l'affaire *Al-Skeini et autres*, par exemple, la Cour aurait jugé que les proches des requérants relevaient de la juridiction du Royaume-Uni parce qu'ils avaient été tués par des militaires britanniques. Même dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*, la Cour se serait appuyée sur deux arguments pour conclure que les faits relevaient de la juridiction de la Fédération de Russie : elle aurait déclaré, premièrement, que la « RMT » se trouvait sous l'influence dominante de la Fédération de Russie et, deuxièmement, que les requérants avaient été arrêtés, puis remis à la « RMT », par des soldats russes. Dans *Ilaşcu et autres*, la Cour aurait fondé sa décision sur le fait que la Fédération de Russie avait été directement impliquée dans l'arrestation des intéressés et, après la ratification de la Convention, n'avait pas déployé des efforts suffisants pour assurer leur remise en liberté. En l'espèce, il n'y aurait pas de lien de causalité entre la présence des forces russes en Transnistrie et le traitement réservé aux écoles des requérants. Au contraire, le gouvernement russe aurait tenté de résoudre la crise des écoles en intervenant en qualité de médiateur. De plus, rien ne prouverait que la Fédération de Russie exerce un contrôle militaire ou politique effectif en Transnistrie. Pour le gouvernement russe, si la Cour devait conclure en l'espèce à l'exercice de sa juridiction par la Fédération de Russie, cela signifierait dans la pratique que la responsabilité de cet Etat se trouverait engagée au regard de la Convention pour toute violation qui se

produirait en Transnistrie, ce malgré le caractère insignifiant de la présence militaire russe dans cette région. La Cour devrait dès lors conclure que les faits incriminés ne relèvent pas de la juridiction de la Fédération de Russie au sens de l'article 1 de la Convention.

98. Le gouvernement russe ne fournit pas de chiffres concernant la quantité d'armes toujours stockées à Colbaşna, en Transnistrie. Il soutient toutefois que la plupart des armes, munitions et équipements militaires ont été retirés de 1991 à 2003. En 2003, après le refus du gouvernement moldave de signer le mémorandum sur la création d'un Etat moldave uni (« le mémorandum de Kosak »), la « RMT » aurait bloqué tout autre retrait. Le gouvernement russe aurait également besoin de la coopération des autorités moldaves, qui auraient bloqué la ligne de chemin de fer reliant la Transnistrie au territoire contrôlé par la Moldova. A l'heure actuelle, seuls des obus, des grenades, des mortiers et des munitions de petit calibre seraient stockés dans les entrepôts. Plus de 60 % de ce matériel devrait être détruit au terme de sa période de garantie; le gouvernement russe n'indique toutefois aucune époque précise à cet égard. De plus, la destruction ne serait possible qu'à condition que l'on parvienne à un accord sur la sécurité environnementale. Le gouvernement russe expose que, d'un côté, il a l'obligation de protéger le dépôt d'armes et de le défendre contre les vols, mais que, de l'autre, on le presse de retirer le millier de militaires stationnés en Transnistrie pour surveiller ce stock. Outre ce petit contingent, environ 1 125 soldats russes appartenant à la force de maintien de la paix négociée au plan international seraient basés dans la zone de sécurité, qui s'étendrait sur 225 km de long et 12 à 20 km de large. Pour le gouvernement russe, la présence de quelques centaines de soldats russes chargés de garder les entrepôts militaires et de veiller au maintien de la paix ne peut manifestement pas être l'instrument d'un contrôle global effectif en Transnistrie.

99. Le gouvernement russe se défend de fournir un quelconque soutien économique à la « RMT ». Concernant l'approvisionnement en gaz, il soutient que la « RMT » ne peut avoir de dettes souveraines, parce qu'elle n'est pas reconnue comme une entité distincte en droit international, et que la Russie ne livre pas du gaz séparément à la Moldova et à la Transnistrie. La facture pour le gaz fourni à la Transnistrie serait donc à la charge de la Moldova. L'approvisionnement de la région en gaz serait organisé par l'intermédiaire de l'entreprise publique russe Gazprom et de la société par actions Moldovagaz, qui appartiendrait conjointement à la Moldova et à la « RMT ». La dette de Moldovagaz à l'égard de la Russie dépasserait 1,8 milliard d'USD, dont 1,5 milliard pour le gaz consommé en Transnistrie. Gazprom ne pourrait pas simplement refuser de fournir du gaz à la région,

car elle aurait besoin des pipelines traversant la Moldova pour approvisionner les Etats des Balkans. Des négociations complexes sur le remboursement de la dette se poursuivraient entre Gazprom et Moldovagaz. En 2003-2004, une solution aurait été proposée: la «RMT» permettrait à la Russie de procéder au retrait de matériel militaire d'une valeur de 1 millions d'USD, en échange de quoi la Russie effacerait le montant correspondant de la dette du gaz. Cependant, ce plan n'aurait jamais été mis en œuvre car, à partir de ce moment-là, les relations se seraient dégradées entre la Moldova et la «RMT» et aucune des deux parties ne se serait montrée disposée à marquer son accord. Le gouvernement russe nie l'existence de contrats distincts pour l'approvisionnement en gaz de la Moldova et de la Transnistrie et, selon lui, Gazprom n'a pas la possibilité de fixer des tarifs différents pour les consommateurs de chaque région du pays. Depuis 2008, la Moldova serait tenue de payer le gaz aux tarifs européens et ne bénéficierait plus de tarifs internes préférentiels.

100. Concernant l'aide financière, le montant alloué à des fins humanitaires (versement de pensions et soutien à la restauration en milieu scolaire, carcéral ou hospitalier) aux ressortissants russes vivant dans la région serait parfaitement transparent et comparable à l'aide humanitaire dispensée par l'Union européenne. La Russie fournirait une assistance non seulement à la population de Transnistrie, mais également aux habitants d'autres régions de la Moldova. En outre, le gouvernement russe dément avoir jamais imposé des sanctions économiques à la Moldova en raison de sa position vis-à-vis de la «RMT» et arguë que ce sont le président et le gouvernement qui sont responsables de la politique économique, et non la Douma. Les restrictions à l'importation de vin de Moldova appliquées en mars 2006 auraient été décidées après la découverte d'infractions aux normes sanitaires. Les importations de vin moldave auraient repris le 1^{er} novembre 2007, à la suite d'une expertise. Les autorités de la Fédération de Russie considéreraient la République de Moldova comme un Etat unique et elles n'auraient pas d'arrangements commerciaux et économiques séparés avec la Transnistrie.

101. Sur la question du soutien politique, le gouvernement russe plaide qu'au regard du droit international, même si l'on pouvait démontrer que la Russie a apporté un appui politique significatif aux autorités de la «RMT», cela n'établirait pas la responsabilité de la Russie pour les violations des droits de l'homme commises par lesdites autorités. Il serait absurde de dire, en présence d'une administration locale investie d'un mandat démocratique, que tout pouvoir extérieur qui la soutient est responsable des violations des droits de l'homme commises par elle.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux relatifs à la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention

102. L'article 1 de la Convention est ainsi libellé :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

103. La Cour a établi un certain nombre de principes clairs dans sa jurisprudence relative à l'article 1. Ainsi, aux termes de cette disposition, l'engagement des Etats contractants se borne à « reconnaître » (en anglais « *to secure* ») aux personnes relevant de leur « juridiction » les droits et libertés énumérés (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161 ; *Banković et autres*, décision précitée, § 66). La « juridiction » 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 (*Ilaşcu et autres*, précité § 311 ; *Al-Skeini et autres*, précité, § 130).

104. La juridiction d'un Etat, au sens de l'article 1, est principalement territoriale (*Soering*, précité, § 86 ; *Banković et autres*, décision précitée, §§ 61-67 ; *Ilaşcu et autres*, précité, § 312 ; *Al-Skeini et autres*, précité, § 131). Elle est présumée s'exercer normalement sur l'ensemble du territoire de l'Etat (*Ilaşcu et autres*, précité, § 312, et *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 139, CEDH 2004-II). A l'inverse, les actes des Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire ne peuvent que dans des circonstances exceptionnelles s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 (*Banković et autres*, décision précitée, § 67, et *Al-Skeini et autres*, précité, § 131).

105. A ce jour, la Cour a reconnu un certain nombre de circonstances exceptionnelles susceptibles d'emporter exercice par l'Etat contractant de sa juridiction à l'extérieur de ses propres frontières. Dans chaque cas, c'est au regard des faits particuliers de la cause qu'il faut apprécier l'existence de pareilles circonstances exigeant et justifiant que la Cour conclue à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l'Etat (*Al-Skeini et autres*, précité, § 132).

106. Le principe voulant que la juridiction de l'Etat contractant au sens de l'article 1 soit limitée à son propre territoire connaît une exception lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, l'Etat exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire. L'obligation d'assurer dans une telle zone le respect des droits et libertés garantis par la

Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat ou par le biais d'une administration locale subordonnée (*Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 62, série A n° 310; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 76, CEDH 2001-IV; *Banković et autres*, décision précitée, § 70; *Ilaşcu et autres*, précité, §§ 314-316; *Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, § 52, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, et *Al-Skeini et autres*, précité, § 138). Dès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'Etat contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. Du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet Etat engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle. L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables (*Chypre c. Turquie*, précité, §§ 76-77; *Al-Skeini et autres*, précité, § 138).

107. La question de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'Etat sur le territoire en cause (*Loizidou* (fond), précité, §§ 16 et 56, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 387). D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'Etat à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région (*Ilaşcu et autres*, précité, §§ 388-394; *Al-Skeini et autres*, précité, § 139).

2. Application de ces principes aux faits de la cause

108. Il convient à ce stade de rappeler les principaux faits de la cause. Les requérants sont des enfants et des parents appartenant à la communauté moldave de Transnistrie qui se plaignent des effets produits sur leur éducation et leur vie familiale par la politique linguistique des autorités séparatistes. L'essentiel de leurs griefs porte sur les mesures prises par les autorités de la « RMT » en 2002 et en 2004 aux fins de la mise en œuvre de décisions adoptées quelques années plus tôt qui interdisaient l'usage de l'alphabet latin dans les établissements scolaires et imposaient à l'ensemble de ceux-ci l'obligation de se faire enregistrer, de suivre un programme approuvé par la « RMT » et d'utiliser l'alphabet cyrillique. Ainsi, le 22 août 2002, la police de la « RMT » expulsa de force les élèves et les enseignants

de l'établissement scolaire Ștefan cel Mare à Grigoriopol. L'école, qui ne fut pas autorisée à rouvrir dans le même bâtiment, fut par la suite transférée à une vingtaine de kilomètres de là, sur le territoire contrôlé par la Moldova. En juillet 2004, les élèves et le personnel de l'école Evrica à Rîbnița furent expulsés de l'établissement. Au cours du même mois, l'école Alexandru cel Bun à Tighina fut menacée de fermeture et se vit couper ses raccordements à l'eau et à l'électricité. Au début de l'année scolaire suivante, les deux écoles durent s'installer dans des locaux moins adaptés et moins bien équipés situés dans leur ville d'origine.

a) La République de Moldova

109. La Cour doit tout d'abord déterminer si l'affaire relève de la juridiction de la République de Moldova. Elle observe à cet égard que les trois établissements scolaires concernés ont toujours été situés sur le territoire moldave. Il est vrai – comme l'admettent l'ensemble des parties – que la Moldova n'exerce aucune autorité sur la portion de son territoire située à l'est du Dniestr, qui est contrôlée par la « RMT ». Néanmoins, dans l'arrêt *Ilașcu et autres*, précité, la Cour a dit que des individus détenus en Transnistrie relevaient de la juridiction de la Moldova du fait que la Moldova était l'Etat territorial même si elle n'exerçait pas un contrôle effectif sur la région transnistrienne. L'obligation incombant à la Moldova, en vertu de l'article 1 de la Convention, de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés [garantis par la Convention] » se limitait toutefois, dans les circonstances de l'affaire, à l'obligation positive de prendre les mesures qui étaient en son pouvoir et en conformité avec le droit international, qu'elles fussent d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre (*Ilașcu et autres*, précité, § 331). La Cour est parvenue à une conclusion similaire dans l'arrêt *Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie* (n° 23687/05, §§ 105-111, 15 novembre 2011).

110. La Cour ne voit aucune raison de distinguer la présente espèce des autres affaires. Bien que la Moldova n'exerce pas un contrôle effectif sur les actes de la « RMT » en Transnistrie, le fait qu'au regard du droit international public la région est reconnue comme faisant partie du territoire de la Moldova engendre pour celle-ci une obligation, fondée sur l'article 1 de la Convention, d'user de tous les moyens légaux et diplomatiques dont elle dispose pour continuer à garantir aux personnes qui vivent dans la région la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention (*Ilașcu et autres*, précité, § 333). La Cour recherchera ci-après si la Moldova a satisfait à cette obligation positive.

b) La Fédération de Russie

111. La Cour doit ensuite déterminer si les requérants relèvent également de la juridiction de la Fédération de Russie. Elle prend pour point de départ le fait que les événements clés de l'affaire, à savoir les épisodes d'expulsion forcée des écoles, se sont déroulés entre août 2002 et juillet 2004. Ces deux années entrent dans la période examinée par la Cour dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* (précité), rendu en juillet 2004. Il est vrai que dans cette affaire la Cour avait jugé pertinent, pour rechercher si la juridiction de la Fédération de Russie était en cause, le fait qu'en 1992 MM. Ilaşcu, Leşco, Ivanţoc et Petrov-Popa avaient été arrêtés, détenus et soumis à des mauvais traitements par des soldats de la 14^e armée, qui les avaient ensuite remis à la « RMT ». La Cour avait considéré que ces actes, bien qu'antérieurs à la date de la ratification de la Convention par la Russie (5 mai 1998), s'inscrivaient dans une chaîne continue et ininterrompue de responsabilité de la part de la Fédération de Russie quant au sort des détenus. La Cour avait ajouté que, dans le cadre de cette chaîne de responsabilité, les autorités de la Fédération de Russie avaient, lors du soulèvement survenu en Transnistrie en 1991-1992, contribué, tant militairement que politiquement, à la création d'un régime séparatiste (*Ilaşcu et autres*, précité, § 382). En outre, elle avait estimé que, pendant la période comprise entre mai 1998, époque de la ratification de la Convention par la Russie, et mai 2004, époque de l'adoption de l'arrêt par la Cour, la « RMT » avait survécu grâce au soutien militaire, économique, financier et politique fourni par la Fédération de Russie, et avait continué à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Russie (*ibidem*, § 392). La Cour en avait conclu que les requérants relevaient de la « juridiction » de la Fédération de Russie aux fins de l'article 1 de la Convention (*ibidem*, §§ 393-394).

112. Dès lors qu'elle a déjà eu l'occasion de conclure que certains faits survenus en Transnistrie pendant la période en question relevaient de la juridiction de la Fédération de Russie, la Cour considère qu'il appartient à présent au gouvernement russe d'établir que la Russie n'exerçait pas sa juridiction en Transnistrie à l'époque des événements incriminés par les requérants en l'espèce.

113. Le gouvernement russe conteste que la Russie exerçât sa juridiction en Transnistrie pendant la période pertinente. Il estime tout d'abord que le cas d'espèce se distingue clairement de l'affaire *Ilaşcu et autres*, précitée, dans laquelle la Cour aurait conclu que c'étaient des soldats russes qui avaient procédé à l'arrestation initiale et à la mise en détention des requérants, ainsi que de l'affaire *Al-Skeini et autres*, également précitée, dans laquelle elle aurait jugé que la juridiction du Royaume-Uni était en cause relativement

aux civils irakiens tués lors d'opérations de sécurité menées par des soldats britanniques.

114. La Cour rappelle qu'elle a déclaré qu'un Etat peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, exercer une juridiction extraterritoriale par l'affirmation, au travers de ses agents, de son autorité et de son contrôle sur un individu ou des individus, comme cela s'est produit par exemple dans l'affaire *Al-Skeini et autres* (arrêt précité, § 149). Elle a toutefois également dit qu'il peut y avoir exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, cet Etat exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire (paragraphe 106 ci-dessus). La Cour admet que rien n'indique que des agents russes aient été directement impliqués dans les mesures prises contre les écoles des requérants. Dès lors toutefois que les requérants soutiennent que la Russie exerçait un contrôle effectif sur la « RMT » pendant la période pertinente, elle doit rechercher si tel était ou non le cas.

115. Le gouvernement russe soutient que la Cour ne peut conclure à l'exercice par la Russie d'un contrôle effectif que si elle estime que le « gouvernement » de la « RMT » peut passer pour un organe de l'Etat russe, suivant l'approche adoptée par la Cour internationale de justice dans l'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (paragraphe 76 ci-dessus). La Cour rappelle que dans celle-ci la Cour internationale de justice devait déterminer à quel moment un Etat pouvait se voir attribuer le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes, de sorte qu'il pût être tenu pour responsable au regard du droit international du comportement en cause. Or en l'espèce la Cour est appelée à connaître d'une question différente, celle de savoir si des faits incriminés par un requérant relevaient de la juridiction d'un Etat défendeur au sens de l'article 1 de la Convention. Comme le montre le bref exposé de la jurisprudence de la Cour livré ci-dessus, les critères permettant d'établir l'existence de la « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un Etat concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international.

116. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour doit déterminer si, en fait, la Russie exerçait un contrôle effectif sur la « RMT » pendant la période allant d'août 2002 à juillet 2004. Elle s'appuiera pour ce faire sur l'ensemble des éléments qui lui ont été fournis ou, au besoin, sur des éléments recueillis d'office (voir, *mutatis mutandis*, *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 128, CEDH 2008).

117. Le gouvernement russe soutient que sa présence militaire en Transnistrie pendant la période pertinente était insignifiante : elle se serait limitée à quelque 1 000 soldats du GOR chargés de surveiller le dépôt d'armes de Colbaşna, plus 1 125 militaires stationnés à l'intérieur de la zone de sécurité dans le cadre de la force de maintien de la paix négociée au plan international. Dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* (précité, § 131), la Cour avait constaté qu'en 2002 on comptait environ 1 500 membres du GOR chargés de garder le dépôt d'armes. Le nombre de soldats russes n'est pas contesté par les autres parties à l'affaire (paragraphe 37 ci-dessus). Quant au dépôt d'armes de Colbaşna, il est impossible de déterminer précisément quels étaient sa taille et son contenu pendant la période allant de 2002 à 2004, le gouvernement russe n'ayant pas fourni à la Cour les informations détaillées sollicitées par elle et aucun observateur indépendant n'ayant été autorisé à se rendre sur place. Cependant, dans l'arrêt précité (*ibidem*), la Cour s'était référée à des éléments selon lesquels le GOR disposait en 2003 d'au moins 200 000 tonnes d'équipement militaire et de munitions en Transnistrie, ainsi que de 106 chars de combat, 42 véhicules blindés de combat, 109 véhicules blindés de transport de troupes, 54 véhicules blindés de reconnaissance, 123 canons et mortiers, 206 armes antichars, 226 armes antiaériennes, 9 hélicoptères et 1 648 véhicules divers.

118. La Cour admet qu'en 2002-2004 l'effectif militaire russe basé en Transnistrie avait déjà beaucoup diminué (*Ilaşcu et autres*, précité, § 387) et était modeste au regard de la superficie du territoire. Cependant, l'importance militaire de l'armée russe dans la région et son rôle dissuasif subsistaient, compte tenu du poids de l'arsenal de Colbaşna. De plus, concernant à la fois le dépôt d'armes et les troupes, la Cour considère qu'il existe un lien important entre le contexte historique et la situation qui prévalait pendant la période examinée en l'espèce. On ne saurait oublier que dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* la Cour a dit que les séparatistes n'avaient pu arriver au pouvoir en 1992 que grâce à l'appui de l'armée russe. Le dépôt d'armes de Colbaşna appartenait au départ à la 14^e armée de l'URSS, et la Cour a estimé établi au-delà de tout doute raisonnable que pendant le conflit armé les séparatistes avaient pu, avec le soutien du personnel de la 14^e armée, s'équiper grâce à ce dépôt. La Cour a par ailleurs jugé que le transfert massif, en faveur des séparatistes, d'armes et de munitions de l'arsenal de la 14^e armée avait joué un rôle crucial et empêché l'armée moldave de reprendre le contrôle de la Transnistrie. De plus, la Cour a constaté que depuis le début du conflit de nombreux ressortissants russes venus d'ailleurs, en particulier des Cosaques, avaient afflué en Transnistrie pour se battre aux côtés des séparatistes contre les forces moldaves. Enfin, elle a considéré qu'en avril 1992 l'armée russe

basée en Transnistrie (GOR) était intervenue dans le conflit en permettant aux séparatistes de reprendre Tighina.

119. Le gouvernement russe n'a fourni à la Cour aucun élément dont il ressortirait que ces constats formulés dans l'arrêt *Ilașcu et autres* ne sont pas fiables. Dès lors qu'elle a jugé que le régime séparatiste n'avait été établi à l'origine que grâce au soutien militaire russe, la Cour estime qu'en maintenant sur le territoire moldave le dépôt d'armes – ce dans le plus grand secret et en violation de ses obligations internationales – ainsi qu'un millier d'hommes chargés de le défendre, la Russie a clairement signalé qu'elle continuait à fournir son appui au régime de la «RMT».

120. Cela a été dit ci-dessus, la Cour a également considéré dans l'arrêt *Ilașcu et autres* que la «RMT» n'avait survécu pendant la période en question que grâce au soutien, économique notamment, de la Russie (paragraphe 111 ci-dessus). Elle estime que le gouvernement russe n'a pas réussi à démontrer, comme cela lui incombait, que ce constat était erroné. En particulier, il ne nie pas que l'entreprise publique russe Gazprom fournissait du gaz à la région et que la «RMT» ne payait qu'une petite partie du gaz consommé, que ce fût par chaque foyer ou par les grands complexes industriels implantés en Transnistrie, dont la Cour a constaté que beaucoup appartenaient à la Russie (paragraphe 39-40 ci-dessus). Le gouvernement russe reconnaît qu'il dépense chaque année des millions de dollars américains en aide humanitaire destinée à la population de Transnistrie, notamment par le versement de pensions de retraite et un soutien financier aux écoles, aux hôpitaux et aux prisons. L'information – fournie par le gouvernement moldave et non contestée par le gouvernement russe – selon laquelle seule une proportion de 20 % environ de la population de la «RMT» est économiquement active permet de mieux se rendre compte de l'importance des pensions russes et d'autres types d'aide pour l'économie locale. Enfin, la Cour observe que le gouvernement russe ne conteste pas l'exactitude des chiffres soumis par les requérants au sujet de la nationalité, dont il ressort que près d'un cinquième des habitants de la région contrôlée par la «RMT» ont obtenu la nationalité russe (paragraphe 42 ci-dessus).

121. Il s'ensuit, en résumé, que le gouvernement russe n'a pas convaincu la Cour que les conclusions auxquelles elle était parvenue en 2004 dans l'arrêt *Ilașcu et autres* (précité) étaient erronées. La «RMT» avait été établie grâce au soutien militaire russe. Le maintien de la présence de militaires et d'armes russes dans la région indiquait clairement aux dirigeants de la «RMT», au gouvernement moldave et aux observateurs internationaux que la Russie continuait à fournir un soutien militaire aux séparatistes. De surcroît, la population était tributaire d'un approvisionnement gratuit ou

fortement subventionné en gaz, du versement de pensions et d'autres types d'aide financière de la part de la Russie.

122. La Cour confirme donc les conclusions formulées par elle dans son arrêt *Ilaşcu et autres* (précité) et selon lesquelles de 2002 à 2004 la «RMT» n'avait pu continuer à exister – en résistant aux efforts déployés par la Moldova et les acteurs internationaux pour régler le conflit et rétablir la démocratie et la primauté du droit dans la région – que grâce à l'appui militaire, économique et politique de la Russie. Dès lors, le degré élevé de dépendance de la «RMT» à l'égard du soutien russe constitue un élément solide permettant de considérer que la Russie exerçait un contrôle effectif et une influence décisive sur l'administration de la «RMT» à l'époque de la crise des écoles.

123. Il s'ensuit que les requérants en l'espèce relevaient de la juridiction de la Russie au sens de l'article 1 de la Convention. La Cour doit à présent déterminer s'ils ont eu à subir une violation de leurs droits protégés par la Convention de nature à engager la responsabilité des Etats défendeurs.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1

124. L'article 2 du Protocole n° 1 dispose :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

A. Thèses des parties

1. Les requérants

125. Les requérants estiment que la Cour devrait saisir l'occasion qui se présente à elle pour développer sa jurisprudence relative à l'article 2 du Protocole n° 1 en tenant compte des normes internationales sur le droit à l'éducation, par exemple de l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 13 § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de l'article 29 § 1 a) de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui énoncent tous que l'éducation doit viser au « plein épanouissement de la personnalité humaine ». Renvoyant à l'arrêt *Timichev c. Russie* (n°s 55762/00 et 55974/00, § 64, CEDH 2005-XII), ils soutiennent que la Cour s'est déjà appuyée sur lesdits instruments pour reconnaître l'importance de l'éducation pour le développement de l'enfant. L'éducation aurait également pour objet de permettre à l'individu de

fonctionner dans la société et d'y participer, d'abord en tant qu'enfant puis, plus tard, en tant qu'adulte. Une éducation qui n'atteindrait pas ces objectifs risquerait d'entraver l'accès de l'enfant aux possibilités existantes ainsi que sa capacité à échapper à la pauvreté et à jouir d'autres droits fondamentaux. L'usage de la langue serait intrinsèquement lié à ces priorités éducatives.

126. Les principaux incidents évoqués par les requérants auraient eu lieu entre 2002 et 2004, à une époque où les établissements scolaires auraient été contraints de fermer leurs portes puis de reprendre leurs activités dans d'autres locaux. Les requérants ont soumis des déclarations écrites sous serment exposant les répercussions qu'auraient eues sur chacun d'eux les mesures prises par la « RMT » contre les écoles. Pendant l'été 2004, les écoles auraient été fermées, occupées, puis prises d'assaut par la police de la « RMT ». Des enseignants auraient été arrêtés et détenus, le matériel pédagogique utilisant l'alphabet latin aurait été saisi et détruit. Certains parents auraient perdu leur emploi pour avoir décidé d'envoyer leurs enfants dans des écoles enseignant en langue moldave.

127. La situation des requérants n'aurait pas beaucoup évolué depuis lors. La loi interdisant l'usage de l'alphabet latin serait toujours en vigueur, et une personne enseignant en moldave/roumain s'exposerait à des actes de harcèlement et à des poursuites pénales. A la suite des incidents de 2002 et de 2004, de nombreux parents auraient abandonné la lutte menée par eux en faveur de l'instruction de leurs enfants en moldave/roumain. Les parents persévérants auraient été contraints d'accepter que la qualité de l'enseignement soit amoindrie par l'absence de locaux adéquats, la longueur des trajets scolaires, la pénurie de matériel, le défaut d'accès aux activités parascolaires, des actes persistants de harcèlement, de vandalisme contre les locaux scolaires et d'intimidation, ainsi que des injures. La solution de remplacement offerte par les autorités de la « RMT » aux élèves parlant moldave/roumain aurait été de suivre un enseignement en « moldavien » (moldave/roumain écrit avec l'alphabet cyrillique). Or, cette langue n'étant reconnue nulle part ailleurs qu'en Transnistrie et n'étant pas même employée par l'administration de la « RMT », le matériel pédagogique existant daterait de l'époque soviétique, et les possibilités de suivre des études supérieures ou de trouver un emploi en seraient diminuées.

128. Le refus des autorités de la « RMT » de maintenir un enseignement dans la langue dominante et officielle de l'Etat territorial toucherait de toute évidence à la substance même du droit à l'instruction. Par ailleurs, la « RMT » n'aurait pas cherché à tenir compte de la population de souche moldave en permettant le libre accès à des écoles privées où les enfants auraient pu recevoir un enseignement dans leur propre langue. Les requérants comparent leur situation à celle de la population grecque enclavée dont il

était question dans l'affaire *Chypre c. Turquie* (précitée, § 278). En outre, les parents requérants se plaignent d'une atteinte à leur droit au respect de leurs convictions philosophiques, eu égard à la manière dont l'Etat assure l'enseignement; ils mentionnent en particulier leur conviction que l'intérêt supérieur de leurs enfants est de recevoir une instruction dans la langue moldave.

129. Pour les requérants, la Moldova avait l'obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables et appropriées qui s'imposaient pour maintenir et préserver l'enseignement en langue moldave sur l'ensemble de son territoire. En ce qui concerne le respect par la Moldova de cette obligation positive, le sort des écoles utilisant l'alphabet latin n'aurait pas figuré au nombre des conditions du règlement du conflit lors des négociations multilatérales et ne semblerait pas avoir fait partie des doléances adressées aux autorités de la «RMT» et au gouvernement russe. De plus, les responsables de la «RMT» pourraient librement traverser la Moldova alors que l'Union européenne aurait interdit son territoire aux membres haut placés du pouvoir de la «RMT», ce expressément en raison notamment du sort réservé aux écoles employant l'alphabet latin. En outre, le gouvernement moldave n'aurait pas déployé suffisamment d'efforts pour permettre aux enfants de retrouver des locaux scolaires adéquats et pour les protéger contre le harcèlement.

130. Les violations commises en l'espèce auraient un lien direct et ininterrompu avec la mise en place de l'administration de la «RMT» par la Fédération de Russie et le soutien constant que celle-ci lui apporte. Rien n'indiquerait que la Russie ait pris des mesures pour prévenir les violations ou s'élever contre elles. Au contraire, elle soutiendrait la politique éducative de la «RMT» en fournissant du matériel pédagogique aux écoles russophones de la région, en reconnaissant les diplômes délivrés par les écoles russophones de la «RMT» et en ouvrant en Transnistrie des établissements d'enseignement supérieur, sans consulter le gouvernement moldave.

2. *Le gouvernement moldave*

131. Le gouvernement moldave déclare ne pas disposer d'informations précises sur l'évolution de la situation des requérants. Il confirme toutefois que, même si la phase initiale de la crise semble révolue et si les choses se sont «normalisées», les effectifs de chacun des trois établissements scolaires concernés ont continué de baisser. Ainsi, le nombre d'élèves des écoles Alexandru cel Bun et Evrica aurait quasiment diminué de moitié de 2007 à 2011, tandis que les effectifs de l'établissement Ștefan cel Mare seraient demeurés relativement stables. Globalement, le nombre d'élèves étudiant en

langue moldave/roumaine en Transnistrie serait passé de 2 545 en 2009 à 1 908 en 2011.

132. Le gouvernement moldave affirme avoir pris toutes les mesures raisonnables pour améliorer la situation, tant en ce qui concerne le conflit transnistrien en général qu'en ce qui concerne son appui aux établissements scolaires en particulier. La Moldova n'aurait jamais ni soutenu ni conforté le régime séparatiste transnistrien. Le seul but du gouvernement moldave serait de régler le conflit, de rétablir son contrôle sur le territoire et d'y restaurer l'état de droit et le respect des droits de l'homme.

133. En ce qui concerne les écoles elles-mêmes, le gouvernement moldave aurait payé le loyer et la rénovation des locaux, les salaires des enseignants, le matériel éducatif, les autocars et les ordinateurs. Conformément au droit moldave, les requérants en l'espèce, comme tous les diplômés d'écoles transnistriennes, bénéficieraient d'avantages particuliers lorsqu'ils demandent à intégrer une université ou un établissement d'enseignement supérieur moldave. Par ailleurs, le gouvernement moldave aurait soulevé la question des écoles transnistriennes au niveau international et aurait sollicité une aide et une médiation internationales, par exemple lors de la conférence tenue en Allemagne en 2001 sous les auspices de l'Union européenne et de l'OSCE. Arguant qu'il n'exerce ni une autorité ni un contrôle effectifs sur le territoire en question, il estime que l'on ne peut lui demander d'en faire davantage pour remplir son obligation positive à l'égard des requérants.

134. Le gouvernement moldave admet que les initiatives prises par la Moldova pour améliorer la situation des requérants peuvent passer pour une reconnaissance implicite d'un manquement aux droits des intéressés. Il ne défend donc pas la thèse de la non-violation du droit à l'instruction en l'espèce, mais prie la Cour d'apprécier soigneusement la responsabilité de chacun des Etats défendeurs à cet égard.

3. Le gouvernement russe

135. Le gouvernement russe, qui nie toute responsabilité relativement aux actes de la «RMT», n'a soumis que des observations limitées sur le fond de l'affaire. Il estime toutefois que la Russie ne peut être tenue pour responsable des actes commis par la police de la «RMT» lors de la prise d'assaut des locaux scolaires, ou de la coupure du raccordement de l'un des établissements à l'eau et à l'électricité décidée par les autorités locales de la «RMT». Dans la crise des écoles, la Russie n'aurait joué que le rôle de médiateur. Avec les médiateurs ukrainiens et de l'OSCE, elle aurait tenté d'aider les parties à résoudre le conflit. De plus, à partir de septembre-octobre 2004, grâce à la médiation internationale, les problèmes auraient été réglés et les élèves des trois écoles auraient pu reprendre les cours.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

136. En interprétant et en appliquant l'article 2 du Protocole n° 1, la Cour doit garder à l'esprit que le contexte de cet article réside dans un traité pour la protection effective des droits individuels de l'homme et que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 48, CEDH 2005-X; *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09, § 54, CEDH 2012). Dès lors, il faut lire les deux phrases de l'article 2 du Protocole n° 1 à la lumière non seulement l'une de l'autre, mais aussi, notamment, des articles 8, 9 et 10 de la Convention qui proclament le droit de toute personne, y compris les parents et les enfants, «au respect de sa vie privée et familiale», à «la liberté de pensée, de conscience et de religion» et à «la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées» (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 52, série A n° 23; *Folgero et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, § 84, CEDH 2007-III; *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, § 60, CEDH 2011; voir également *Chypre c. Turquie*, précité, § 278). Dans l'interprétation et l'application de l'article en question, il faut aussi tenir compte de toute règle et de tout principe de droit international applicables aux relations entre les parties contractantes, et la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 67, CEDH 2008; *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 62, CEDH 2008; *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, §§ 273-274, CEDH 2010). Les dispositions relatives au droit à l'éducation énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention relative aux droits de l'enfant sont donc à prendre en considération (paragraphe 77-81 ci-dessus; voir aussi *Timichev*, précité, § 64). Enfin, la Cour souligne que l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les

exigences concrètes et effectives (voir notamment *Soering*, précité, § 87, et *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33, série A n° 37).

137. En s'engageant, par la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, à ne pas «refuser le droit à l'instruction», les Etats contractants garantissent à quiconque relève de leur juridiction un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné (*Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»* (fond), 23 juillet 1968, pp. 30-32, §§ 3 et 4, série A n° 6) («*l'affaire linguistique belge*»). Ce droit d'accès ne forme qu'une partie du droit à l'instruction énoncé dans la première phrase. Pour qu'il produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies (*ibidem*, pp. 31-32, § 4). De plus, bien que les termes de l'article 2 du Protocole n° 1 ne spécifient pas la langue dans laquelle l'enseignement doit être dispensé, le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas (*ibidem*, pp. 30-31, § 3).

138. Sur le droit fondamental à l'instruction consacré par la première phrase se greffe le droit énoncé par la seconde phrase de l'article. C'est aux parents qu'il incombe en priorité d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants; en conséquence, les parents peuvent exiger de l'Etat le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques (*ibidem*, pp. 30-32, §§ 3-5, et *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, précité, § 52). La seconde phrase vise à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la «société démocratique» telle que la conçoit la Convention. Cette phrase implique que l'Etat, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, précité, §§ 50 et 53; *Folgerø et autres*, précité, § 84; *Lautsi et autres*, précité, § 62).

139. Les droits énoncés à l'article 2 du Protocole n° 1 s'appliquent aux établissements publics comme privés (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, précité, § 50). De plus, la Cour a déclaré que cette disposition vaut pour les niveaux primaire, secondaire et supérieur de l'enseignement (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, §§ 134 et 136, CEDH 2005-XI).

140. La Cour reconnaît toutefois que, pour important qu'il soit, le droit à l'instruction n'est pas absolu mais peut donner lieu à des limitations. Celles-ci sont implicitement admises tant qu'il n'y a pas d'atteinte à la substance du droit ; en effet, le droit d'accès « appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat » (« *l'affaire linguistique belge* », arrêt précité, pp. 30-31, § 3). Afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. Toutefois, à la différence des articles 8 à 11 de la Convention, l'article 2 du Protocole n° 1 ne lie pas la Cour par une énumération exhaustive des « buts légitimes » (voir, *mutatis mutandis*, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 36, CEDH 2002-II). En outre, une limitation ne se concilie avec ladite clause que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Leyla Şahin*, précité, § 154). S'il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation dans le domaine de l'instruction. Cette marge s'accroît à mesure que l'on s'élève dans le niveau d'enseignement, et ce de manière inversement proportionnelle à l'importance que revêt cet enseignement pour l'individu et pour la société dans son ensemble (*Ponomaryovi c. Bulgarie*, n° 5335/05, § 56, CEDH 2011).

2. *Sur la question de savoir s'il y a eu en l'espèce violation du droit des requérants à l'instruction*

141. La Cour relève que ni l'un ni l'autre des gouvernements défendeurs ne contestent les allégations des requérants relatives à la fermeture des établissements scolaires. D'ailleurs, les principaux événements survenus en 2002 et en 2004 ont été observés et attestés par un certain nombre d'organisations internationales, notamment l'OSCE (paragraphe 66 ci-dessus). Même si les écoles ont par la suite été autorisées à rouvrir leurs portes, les requérants se plaignent aussi de ce que les autorités de la « RMT » aient réquisitionné les bâtiments des établissements en question, qui ont dû s'installer dans d'autres locaux, moins bien équipés et moins bien situés. Les requérants affirment avoir été la cible d'une campagne systématique de harcèlement et d'intimidation menée par des représentants du régime de la « RMT » et par des particuliers. Les enfants auraient été insultés sur le chemin de l'école et arrêtés et fouillés par la police de la « RMT » et les garde-frontières, qui auraient confisqué les manuels en alphabet latin trouvés par eux. De plus, les deux écoles situées sur le territoire contrôlé par la « RMT » auraient été la cible d'actes répétés de vandalisme. L'alternative, pour les

parents et les enfants appartenant à la communauté moldave, aurait consisté soit à subir ce harcèlement soit à opter pour un établissement scolaire où l'enseignement était dispensé en russe, en ukrainien ou en « moldavien », c'est-à-dire en moldave/roumain écrit avec l'alphabet cyrillique. Le « moldavien » ne serait ni utilisé ni reconnu ailleurs dans le monde, bien qu'il eût été l'une des langues officielles de la Moldova à l'époque soviétique. De ce fait, le seul matériel pédagogique à la disposition des écoles de langue « moldavienne », dans la Transnistrie actuelle, daterait de l'ère soviétique. Compte tenu de l'absence d'instituts ou d'universités de langue « moldavienne », les enfants issus de telles écoles et désireux de faire des études supérieures seraient contraints d'apprendre un nouvel alphabet ou une nouvelle langue.

142. Si la Cour a du mal à établir précisément ce que les requérants ont vécu après la réouverture des écoles, elle relève toutefois ce qui suit. Premièrement, l'article 6 de la « loi de la RMT sur les langues » était en vigueur et l'usage de l'alphabet latin constituait une infraction au sein de la « RMT » (paragraphe 43 ci-dessus). Deuxièmement, il est clair que les établissements en question ont dû déménager dans de nouveaux bâtiments : ainsi, les locaux de l'école Alexandru cel Bun ont été répartis sur trois sites et les élèves de l'établissement Ștefan cel Mare se sont trouvés contraints de parcourir chaque jour quarante kilomètres. Troisièmement, selon des chiffres fournis par le gouvernement moldave, entre 2007 et 2011 les effectifs des deux écoles demeurées sur le territoire contrôlé par la « RMT » ont diminué de moitié environ et le nombre d'élèves étudiant en moldave/roumain dans l'ensemble de la Transnistrie a lui aussi considérablement chuté. Même s'il semble que la population de Transnistrie soit vieillissante et que les Moldaves, en particulier, aient tendance à émigrer (paragraphe 8 et 42 ci-dessus), la Cour estime que la baisse de fréquentation de 50 % accusée par les écoles Evrica et Alexandru cel Bun est trop forte pour s'expliquer uniquement par des facteurs démographiques. Pour la Cour, ces éléments incontestés viennent corroborer l'essentiel des allégations formulées dans les quatre-vingt-une déclarations sous serment dans lesquelles les parents et élèves requérants relatent le harcèlement constant subi par eux.

143. De tout temps, les écoles en question ont été enregistrées auprès du ministère moldave de l'Éducation, ont suivi un programme établi par celui-ci et dispensé un enseignement dans la première langue officielle de la Moldova. C'est pourquoi la Cour considère que la fermeture forcée des écoles, sur le fondement de « loi de la RMT sur les langues » (paragraphe 43-44 ci-dessus), et les mesures de harcèlement consécutives ont porté atteinte au droit d'accès des élèves requérants aux établissements scolaires qui existaient à un moment donné, ainsi qu'à leur droit de recevoir un enseignement dans leur langue nationale (paragraphe 137 ci-dessus). De

plus, la Cour estime que les mesures en question s'analysent en une atteinte au droit des parents requérants d'assurer à leurs enfants une éducation et un enseignement conformes à leurs convictions philosophiques. Comme indiqué ci-dessus, l'article 2 du Protocole n° 1 doit être lu à la lumière de l'article 8 de la Convention, qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale, notamment. Les parents requérants en l'espèce souhaitaient que leurs enfants reçoivent un enseignement dans la langue officielle de leur pays, qui était aussi leur propre langue maternelle. Au lieu de cela, ils ont été placés dans la situation ingrate d'avoir à choisir entre, d'une part, envoyer leurs enfants dans des écoles où ils seraient désavantagés par le fait de devoir accomplir toute leur scolarité secondaire dans une combinaison langue/alphabet que les parents requérants jugent artificielle, qui n'est reconnue nulle part ailleurs dans le monde et qui implique l'utilisation d'un matériel pédagogique conçu à l'époque soviétique et, d'autre part, obliger leurs enfants à effectuer de longs trajets ou à aller dans des locaux ne répondant pas aux normes, et à subir des actes de harcèlement et d'intimidation.

144. Rien dans le dossier ne donne à penser que les mesures prises par les autorités de la « RMT » contre ces établissements scolaires poursuivaient un but légitime. Il apparaît en effet que la politique linguistique de la « RMT », telle qu'appliquée à ces écoles, avait pour but la russification de la langue et de la culture de la communauté moldave de Transnistrie, conformément aux objectifs politiques généraux poursuivis par la « RMT », à savoir le rattachement à la Russie et la sécession d'avec la Moldova. Compte tenu de l'importance fondamentale que revêt l'enseignement primaire et secondaire pour l'épanouissement personnel et la réussite future de tout enfant, il était inadmissible d'interrompre la scolarité des élèves concernés et de forcer ceux-ci et leurs parents à faire des choix si difficiles à la seule fin d'enraciner l'idéologie séparatiste.

3. La responsabilité des Etats défendeurs

a) La République de Moldova

145. La Cour doit ensuite déterminer si la République de Moldova a satisfait à son obligation de prendre des mesures appropriées et suffisantes pour garantir aux requérants les droits découlant de l'article 2 du Protocole n° 1 (paragraphe 110 ci-dessus). Dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* (précité, §§ 339-340), elle avait dit que les obligations positives incombant à la Moldova concernaient tant les mesures nécessaires pour rétablir son contrôle sur le territoire transnistrien, en tant qu'expression de sa juridiction, que les mesures destinées à assurer le respect des droits des requérants individuels. L'obligation relative au rétablissement du contrôle sur la Transnistrie

supposait, d'une part, que la Moldova s'abstînt de soutenir le régime séparatiste et, d'autre part, qu'elle agît et prît toutes les mesures politiques, juridiques ou autres à sa disposition pour rétablir son contrôle sur ce territoire.

146. Concernant l'exécution de ces obligations positives, la Cour avait jugé dans l'arrêt *Ilașcu et autres* que, du début des hostilités en 1991-1992 au prononcé de l'arrêt (juillet 2004), la Moldova avait pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour rétablir son contrôle sur le territoire transnistrien (*ibidem*, §§ 341-345). Or rien n'indique que la Cour doive conclure différemment en l'espèce.

147. La Cour avait dit par ailleurs que, dans la mesure où elle n'avait pas pris toutes les mesures qui étaient à sa disposition lors des négociations avec les autorités de la «RMT» et de la Russie pour faire cesser la violation des droits des requérants à cet égard, la Moldova n'avait pas satisfait pleinement à son obligation positive (*ibidem*, §§ 348-352). En l'espèce, elle estime en revanche que le gouvernement moldave a déployé des efforts considérables pour soutenir les requérants. Ainsi, après la réquisition par la «RMT» des anciens bâtiments des écoles concernées, le gouvernement moldave a payé le loyer et la rénovation de nouveaux locaux, de même que l'ensemble de l'équipement, les salaires du personnel et les frais de transport, ce qui a ainsi permis aux écoles de continuer à fonctionner et aux enfants de poursuivre leur apprentissage en langue moldave, même si les conditions étaient loin d'être idéales (paragraphe 49, 56 et 61 ci-dessus).

148. A la lumière de ce qui précède, la Cour juge que la République de Moldova a satisfait à ses obligations positives à l'égard des requérants en l'espèce. Dès lors, elle estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 par cet Etat.

b) La Fédération de Russie

149. La Cour observe qu'il n'y a aucune preuve d'une participation directe d'agents russes aux mesures prises contre les requérants. De même, rien n'indique que la Fédération de Russie soit intervenue dans la politique linguistique de la «RMT» en général ou qu'elle l'ait approuvée. De fait, c'est grâce aux efforts de médiateurs russes, agissant de concert avec des médiateurs ukrainiens et de l'OSCE, que les autorités de la «RMT» ont autorisé les écoles à rouvrir en tant qu'«établissements scolaires privés étrangers» (paragraphe 49, 56 et 66 ci-dessus).

150. Cela étant, la Cour a établi que la Russie exerçait un contrôle effectif sur la «RMT» pendant la période en question. Eu égard à cette conclusion, et conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'y a pas lieu de déterminer si la Russie exerçait un contrôle précis sur les politiques

et les actes de l'administration locale subordonnée (paragraphe 106 ci-dessus). Du fait de son soutien militaire, économique et politique continu à la «RMT», laquelle n'aurait pu survivre autrement, la responsabilité de la Russie se trouve engagée au regard de la Convention à raison de l'atteinte au droit des requérants à l'instruction. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 par la Fédération de Russie.

(...)

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

161. 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. »

162. Les requérants réclament des sommes pour préjudice moral ainsi que pour frais et dépens.

(...)

166. Il est clair cependant que les requérants – parents et enfants – ont subi, en conséquence de la politique linguistique de la «RMT», un préjudice moral auquel un constat de violation de la Convention n'apporterait pas un redressement suffisant. Les montants sollicités par les requérants sont néanmoins excessifs. Statuant en équité, la Cour évalue à 6 000 euros le préjudice moral souffert par chacun des requérants.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, que les faits incriminés par les requérants relèvent de la juridiction de la République de Moldova;
2. *Dit*, par seize voix contre une, que les faits incriminés par les requérants relèvent de la juridiction de la Fédération de Russie, et *rejette* l'exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 par la République de Moldova;
4. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 par la Fédération de Russie;

(...)

7. *Dit*, par seize voix contre une,

- a) que la Fédération de Russie doit verser, dans les trois mois, les sommes

suivantes :

- i. 6 000 EUR (six mille euros) à chacun des requérants nommés dans l'annexe [à la version intégrale de l'arrêt] pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme,
 - ii. 50 000 EUR (cinquante mille euros) conjointement à l'ensemble des requérants pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme par les requérants;
- b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
8. *Rejet*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 19 octobre 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 en partie dissidente commune aux juges Tulkens, Vajić, Berro-Lefèvre, Bianku, Poalelungi et Keller;
- opinion en partie dissidente du juge Kovler.

N.B.
M.O'.B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES TULKENS, VAJIĆ, BERRO-LEFÈVRE, BIANKU, POALELUNGI ET KELLER

1. A la lumière des conclusions sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1, la majorité estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 8 de la Convention ni celui tiré de l'article 14. Nous comprenons certainement que, dans certaines affaires, soit lorsque l'arrêt a traité la question juridique principale, soit lorsque les griefs se confondent ou se recoupent les uns les autres, la Cour utilise cette formule que l'on pourrait qualifier d'économie procédurale. Mais, en l'espèce, elle nous semble trop réductrice, ne permettant pas d'appréhender la situation dans son ensemble, avec les conséquences qui en découlent.

Article 8

2. Il nous semble important de souligner que le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, sous son double aspect individuel et social, contient un droit à la reconnaissance de la langue en tant qu'élément de l'identité culturelle. La langue est un vecteur essentiel à la fois de développement personnel et d'interaction sociale.

3. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant de 1989 dispose expressément que l'éducation doit être dirigée vers le respect de l'identité, de la langue et des valeurs du pays dans lequel l'enfant vit ou dont il est originaire (article 29 § 1 c)).

4. Au regard de la vie privée et familiale, l'argument des requérants selon lequel l'imposition d'un alphabet étranger aurait visé à porter atteinte, voire à anéantir, le patrimoine linguistique de la population moldave et à la forcer en quelque sorte à adopter une nouvelle « identité » n'est certainement pas sans force et aurait mérité un examen séparé. D'autant plus que se trouve en jeu la question du développement intellectuel des enfants – qui relève évidemment de la vie privée – dans une société qui *parle* la même langue mais qui *écrit* dans un alphabet différent. Un risque d'appauvrissement de cette identité linguistique et culturelle n'est pas à exclure.

5. A cela s'ajoute encore une autre considération, davantage liée à la vie des familles et aux échanges au sein de celles-ci dans la langue commune. Pensons, par exemple, à une lettre, un courriel ou un SMS écrit par les parents en roumain avec des lettres latines adressés à leurs enfants qui étudient le roumain avec des lettres cyrilliques : l'obligation d'écrire dans un autre alphabet la même langue pourrait peut-être, dans certaines situations, poser un problème de communication.

6. Dans le cas d'espèce, on ne peut négliger les répercussions, tant sur la vie privée que sur la vie familiale des requérants, des actes d'intimidation et de harcèlement que les élèves et leurs parents ont subis. Le dossier établit clairement que les autorités de la « République moldave de Transnistrie » ont créé un tel climat d'intimidation qu'il a eu un « *chilling effect* » sur les élèves non seulement par exemple dans l'utilisation des manuels scolaires écrits en alphabet latin mais aussi plus largement dans l'utilisation de leur langue à l'intérieur et à l'extérieur de l'école.

7. Ainsi, le 29 juillet 2004, la police transnistrienne est intervenue et a envahi l'école Evrica à Rîbnița pour faire sortir les femmes et les enfants qui s'y trouvaient. Au cours des jours suivants, la police et des responsables de la Direction de l'éducation de Rîbnița se sont rendus chez les parents pour les menacer de la perte de leur emploi s'ils ne changeaient pas leurs enfants d'école (paragraphe 48). Ces interventions nous paraissent disproportionnées et constituent des menaces sur les familles non seulement à l'école mais aussi à la maison.

8. A cela s'ajoute un ensemble d'autres actes purement vexatoires tels que les coupures d'eau et d'électricité à l'école Alexandru cel Bun à Tighina (paragraphe 55), l'absence de protection de l'école Evrica à Rîbnița contre une campagne systématique de vandalisme (paragraphe 51), ou encore le transfert de l'école Ștefan cel Mare (Grigoriopol) vingt kilomètres plus loin, dans un village sous contrôle moldave, et l'obligation pour les élèves de s'y rendre en autocar avec, tous les jours, des contrôles systématiques à la frontière, accompagnés parfois d'insultes.

9. En ce qui concerne de manière plus spécifique la question des contrôles et des fouilles, l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* (n° 4158/05, §§ 85-86, CEDH 2010) montre très clairement, quoique dans un autre contexte, le danger d'arbitraire en ce domaine et l'impérieuse nécessité de prévoir des mesures de sauvegarde.

10. Il est donc évident à nos yeux que cette atmosphère d'intimidation a affecté la vie quotidienne des familles vivant en permanence dans un environnement hostile.

11. Telles sont les raisons pour lesquelles nous pensons qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 8 de la Convention.

12. En outre, toutes ces mesures ont été utilisées systématiquement contre la communauté moldave qui utilise l'alphabet latin, ce qui nous amène à l'article 14 de la Convention.

Article 14

13. Les requérants se plaignent d'avoir subi une discrimination fondée sur leur langue. Plus précisément, ils soutiennent que l'obligation

d'étudier dans une langue artificielle pour eux leur a causé dans leur vie privée et familiale, et notamment dans leur scolarité, des difficultés que ne connaissent pas les membres des autres communautés en Transnistrie, à savoir les Ukrainiens et les Russes. Ici aussi, cet argument méritait à notre avis un examen distinct.

14. Nous savons tous, en effet, que le langage est le support essentiel de l'éducation, celle-ci étant la voie d'accès à la socialisation. La Convention des Nations unies de 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement le rappelle à juste titre, de même que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (article 5 e) v.)). Inversement, la barrière de la langue risque de placer les élèves dans une situation d'infériorité et, partant, dans certains cas, d'exclusion. Le rapport du Conseil de l'Europe de 1982 intitulé « Prévention de la délinquance juvénile: le rôle des institutions de socialisation dans une société en évolution »¹, montre de manière éclairante le rôle fondamental de l'école tout à la fois facteur d'intégration mais aussi de désintégration.

15. Dans le contexte social et politique de cette affaire, nous estimons donc que la différence de traitement à laquelle les élèves ont été soumis, avec les conséquences qui peuvent en découler, n'a pas de justification objective et raisonnable au sens de la jurisprudence de notre Cour. Ceci nous amène à conclure à la violation de l'article 14 de la Convention.

1. Comité européen pour les problèmes criminels, Prévention de la délinquance juvénile: le rôle des institutions de socialisation dans une société en évolution, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1982.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE KOVLER

Je ne puis, à regret, partager les conclusions de la majorité sur plusieurs points, comme ce fut précédemment le cas dans les affaires *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* ([GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII) et *Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie* (n° 23687/05, 15 novembre 2011). Dans ces affaires, j'avais exprimé mon désaccord concernant la méthodologie de l'analyse (fausses ressemblances avec la situation chypriote), la présentation (assez sélective) des faits, l'analyse (contestable et contestée par plusieurs spécialistes¹) des notions de « juridiction » et de « responsabilité », ce qui me dispense de le faire une nouvelle fois, la présente espèce s'inscrivant dans la série des affaires liées à la Transnistrie. Je me concentrerai donc sur les aspects propres à l'espèce.

Le souci de la Cour était à mon avis d'éviter à tout prix « un vide juridique » dans l'application territoriale de la Convention. La Cour devrait donc avant tout établir quelles sont les circonstances exceptionnelles susceptibles d'emporter exercice par l'Etat contractant (en l'occurrence la Russie) de sa juridiction à l'extérieur de ses propres frontières. Tel est le sens de l'appréciation des principes généraux relatifs à la juridiction, au sens de l'article 1 de la Convention, exprimé par la Cour dans les paragraphes 104 et 105 de l'arrêt, avec à l'appui une citation abondante de sa propre jurisprudence, y compris sa jurisprudence toute récente. Elle donne l'espoir d'une solution en laissant entendre au paragraphe 114 qu'il peut s'agir d'une action directe d'un Etat au travers de ses agents ou de son autorité, mais conclut tout de suite après, dans le même paragraphe : « La Cour admet que rien n'indique que des agents russes aient été directement impliqués dans les mesures prises contre les écoles des requérants ». Que reste-t-il alors comme circonstances exceptionnelles ? C'est « le contrôle effectif sur la « RMT » pendant la période pertinente » (paragraphes 114 et 116 de l'arrêt), auquel s'ajoutent les conclusions à forte empreinte politique (paragraphes 117-121). Est-ce suffisant ?

Certains observateurs évoquent « l'imprévisibilité » de la jurisprudence de la Cour dans certains domaines, notamment en matière de droit

1. Evoquant la conclusion de la Cour, dans l'arrêt *Ilaşcu et autres*, sur « l'autorité effective » et « l'influence décisive » de la Russie dans la région, G. Cohen-Jonathan observe : « Voilà qui rappelle les termes et la solution analysée dans l'arrêt *Chypre c. Turquie* : ce qui compte au titre de l'article 1^{er} est de savoir quel Etat exerce le contrôle effectif (ou l'influence « décisive ») à défaut d'un contrôle global » – G. Cohen-Jonathan. « Quelques observations sur les notions de « juridiction » et d'« injonction » », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 2005/64, p. 772.

humanitaire (*Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, CEDH 2010)¹. Par contraste, l'issue de la présente affaire était trop prévisible, compte tenu du fait que les arrêts *Ilaşcu et autres* et *Ivanțoc et autres* font déjà – à tort ou à raison – jurisprudence. Mais ce qui est « imprévisible » dans cet arrêt, c'est une interprétation controversée du contenu et de la portée du droit à l'instruction énoncé à l'article 2 du Protocole n° 1. Dans la très classique *Affaire linguistique belge*, l'interprétation retenue par la Cour de la seconde phrase dudit article levait toute ambiguïté : « Cette disposition n'impose pas aux Etats le respect, dans le domaine de l'éducation ou de l'enseignement, des préférences linguistiques des parents, mais uniquement celui de leurs convictions religieuses et philosophiques. Interpréter les termes « religieuses » et « philosophiques » comme couvrant les préférences linguistiques équivaldrait à en détourner le sens ordinaire et habituel et à faire dire à la Convention ce qu'elle ne dit pas » (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet 1968, p. 32, § 6, série A n° 6). Certes, le même arrêt indique que le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales selon le cas. La Cour aurait donc pu se concentrer sur l'exercice de ce droit « linguistique » qui, dans la présente affaire, se heurtait au problème de l'utilisation de tel ou tel alphabet.

Dans sa décision sur la recevabilité, la Cour a repris la position du gouvernement moldave à ce sujet : « Selon les informations dont dispose le gouvernement moldave, l'instruction dans les trois écoles qui sont au cœur des présentes requêtes serait actuellement assurée dans la langue officielle moldave, avec l'alphabet latin, et reposerait sur des programmes approuvés par le ministère moldave de l'Éducation et de la Jeunesse (MEJ). Les requérants n'auraient pas démontré que les autorités de la « RMT » soient parvenues à imposer l'alphabet cyrillique et un programme « RMT » (...) Ainsi, malgré les tentatives des autorités de la « RMT », les enfants recevraient un enseignement dispensé dans leur propre langue et de manière conforme aux convictions de leurs parents » (*Catan et autres c. République de Moldova et Russie* (déc.), nos 43370/04, 8252/05 et 18454/06, § 117, 15 juin 2010).

A mon avis, le problème de l'enseignement proprement dit et de son volet linguistico-alphabétique s'arrête là. Bien sûr, il y a l'article 32 de la Convention, et il y a aussi la conception de la Convention selon laquelle celle-ci est un instrument vivant ; mais il ne faut pas oublier que la Convention

1. E. Decaux. « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 2011/86, pp. 343-357.

est un traité international auquel s'applique la Convention de Vienne sur le droit des traités : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (article 31 « Règle générale d'interprétation »). A mes yeux, la Cour ne devait pas examiner au fond le grief tiré de l'article 2 du Protocole n° 1, car ce grief dépasse largement le sens ordinaire donné au droit à l'instruction.

Mais la Cour suit une pente glissante proposée par les requérants : « l'éducation doit viser au « plein épanouissement de la personnalité humaine » (paragraphe 125 de l'arrêt). Saisie de cette demande, la Cour cherche à développer sa jurisprudence relative à l'article 2 du Protocole n° 1 tout en renonçant, à la majorité, à replacer le problème dans le cadre des dispositions de l'article 8. La baguette magique de la doctrine de « l'interprétation évolutive » de la Convention ne touche que l'article 2 du Protocole n° 1 en lui donnant un sens jamais vu. La tâche annoncée par la Cour au début de son analyse du contexte de cet article (paragraphe 136 de l'arrêt) entre en conflit avec le critère *ratione materiae*. Je crains que, par cette approche, la Cour fournisse un mauvais exemple de ce que l'on appelle « activisme judiciaire » : à mon avis, l'affaire est trop sensible pour être choisie comme champ d'essai de l'activisme judiciaire.

Cet activisme se manifeste aussi, hélas, dans l'application de l'article 41 de la Convention. Ce qui me choque avant tout, c'est l'approche « égalitariste » : les enfants de six ans au moment des faits (nés en 1997 ou en 1998) sont mis sur un pied d'égalité avec des élèves du secondaire, les parents d'élèves avec les parents qui n'ont pas inclus leurs enfants dans les requêtes. Dans l'arrêt assez récent *Ponomaryovi c. Bulgarie* (n° 5335/05, § 56, CEDH 2011), la Cour a alloué à chacun des deux requérants 2 000 EUR en raison de la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 ; dans *Oršuš et autres c. Croatie* ([GC], n° 15766/03, CEDH 2010), qui concerne l'instruction des enfants roms, elle a octroyé pour plusieurs violations, notamment de l'article 2 du Protocole n° 1, 4 500 EUR à chaque requérant, et dans *Sampanis et autres c. Grèce* (n° 32526/05, 5 juin 2008) la somme de 6 000 EUR a été allouée à chacun des requérants compte tenu de la gravité plus grande de la violation (article 13 et article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1). Or dans le cas d'espèce une seule violation est indemnisée beaucoup plus généreusement. Cette observation concerne aussi les frais et dépens : 10 000 EUR dans *Oršuš et autres* (précité) et 50 000 EUR en l'espèce, alors qu'il s'agit de deux affaires de Grande Chambre. Le principe « ce n'est pas mon argent » ne joue pas, car il s'agit de l'argent des contribuables d'un Etat membre du Conseil de l'Europe.

Toutes ces considérations m'ont contraint à ne pas me rallier à la majorité sur certains points que j'estime être de première importance.

(...)

HRISTOZOV AND OTHERS v. BULGARIA
(Applications nos. 47039/11 and 358/12)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 13 NOVEMBER 2012¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Refusal to allow the use of an unauthorised experimental drug for medical treatment****Article 8**

Positive obligations – Respect for private life – Personal autonomy and quality of life – Refusal to allow the use of an unauthorised experimental drug for medical treatment – Absence of consensus among Contracting States regarding use of unauthorised medicinal products – Solution tilting the balance decisively in favour of medicine risk avoidance rather than potential therapeutic benefit within State’s wide margin of appreciation regarding matters of health-care policy

Article 2

Positive obligations – Life – Refusal to allow the use of an unauthorised experimental drug for medical treatment – No positive obligation on States to frame in a particular way regulations governing access to unauthorised medicinal products in cases where conventional forms of medical treatment appeared insufficient

Article 3

Positive obligations – Inhuman or degrading treatment – Refusal to allow the use of an unauthorised experimental drug for medical treatment – Denial of potentially life-saving treatment whose safety and efficacy were in doubt did not cause mental suffering of a sufficient level of severity to fall within the scope of Article 3 – No positive obligation to alleviate disparities between levels of health care available in various countries

*

* *

The ten applicants were cancer sufferers who complained that they had been denied access to an unauthorised experimental drug. Having exhausted a number of conventional treatments for cancer, the applicants were advised by a private clinic about an experimental drug in development in Canada, the provision of which was offered free of charge by the drug company. Permission was sought from the Government to use the drug. Domestic law stated that such permission could only

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

be given where the drug in question had been authorised in another country, but while the drug was permitted for “compassionate use” in a number of countries, it had not been officially authorised anywhere. Accordingly, permission was refused.

Held

(1) Article 8: It is under Article 8 that the extent to which States may use their power to protect people from the consequences of their own conduct is examined, as it concerns issues of personal autonomy and quality of life, even when that conduct poses a danger to health or is of a life-threatening nature. The salient issue was to determine whether a fair balance had been struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, with due regard to the State’s margin of appreciation.

The applicants’ interest was described as “the freedom to opt, as a measure of last resort, for an untested treatment which may carry risks but which the applicants and their medical doctors consider appropriate to their circumstances, in an attempt to save their lives”. The countervailing public interest was threefold: first, to protect patients from the risks of unauthorised treatment; second, to ensure the statutory framework governing the provision of unauthorised medicine was not circumvented; and, third, to ensure that the development of medicinal products would not be compromised by, for instance, diminished patient participation in clinical trials.

The Court noted that generally matters of health-care policy fall within the Contracting States’ margin of appreciation. In addition, while the clear trend among the Contracting States is towards allowing the use of unauthorised medicinal products, there is no consensus on the precise manner in which this is regulated, nor is there a settled principle of law on the matter. The Bulgarian authorities had chosen to balance the competing interests by allowing patients who could not be satisfactorily treated with authorised medicinal products, including terminally ill patients like the applicants, to obtain, under certain conditions, medicinal products which had not been authorised in Bulgaria, but only if those products had already been authorised in another country. Such a solution tilted the balance between potential therapeutic benefit and medicine risk avoidance decisively in favour of the latter, because medicinal products authorised in another country were likely to already have been subjected to comprehensive safety and efficacy testing. At the same time, it excluded products which were still in the various stages of development. In view of the authorities’ broad margin of appreciation in this domain, the Court did not consider that that regulatory solution fell foul of Article 8. It was not for an international court to determine in the place of the competent national authorities what was the acceptable level of risk in such circumstances. The salient question in terms of Article 8 was not whether a different solution might have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which they did, the Bulgarian authorities had exceeded the wide margin of appreciation afforded to

them. In view of the considerations set out above, the Court was unable to find that they did.

Conclusion: no violation (four votes to three).

(2) Article 2: The Court took note of the fact that Bulgaria had regulations governing access to unauthorised medicinal products in cases where conventional forms of medical treatment appeared insufficient. It held that there was no positive obligation under Article 2 to frame those regulations in a particular way.

Conclusion: no violation (five votes to two).

(3) Article 3: Suffering which flows from an illness may be covered by Article 3 where it is exacerbated by treatment for which the authorities can be held responsible. However the threshold in such situations is high because the alleged harm emanates not from the authorities but from the illness. In this case, the complaint arose not from inadequate treatment but from the denial of potentially life-saving treatment, the safety and efficacy of which were still in doubt. The Court could not accept that such denial could be characterised as inhuman or degrading treatment. While the refusal may have caused the applicants mental suffering, it was not of a sufficient level of severity to fall within the scope of Article 3. Article 3 did not place an obligation on the Contracting States to alleviate the disparities between the levels of health care available in various countries.

Conclusion: no violation (five votes to two).

Case-law cited by the Court

- Acmanne and Others v. Belgium*, no. 10435/83, Commission decision of 10 December 1984, Decisions and Reports 40
Powell and Rayner v. the United Kingdom, 21 February 1990, Series A no. 172
Pham Hoang v. France, 25 September 1992, Series A no. 243
McCann and Others v. the United Kingdom, 27 September 1995, Series A no. 324
Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, 19 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I
Di Giovine v. Portugal (dec.), no. 39912/98, 31 August 1999
Powell v. the United Kingdom (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V
Wettstein v. Switzerland, no. 33958/96, ECHR 2000-XII
Keenan v. the United Kingdom, no. 27229/95, ECHR 2001-III
Cyprus v. Turkey [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV
Calvelli and Ciglio v. Italy [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I
Nitecki v. Poland (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002
Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, ECHR 2002-III
Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
Hermida Paz v. Spain (dec.), no. 4160/02, 28 January 2003
McGlinchey and Others v. the United Kingdom, no. 50390/99, ECHR 2003-V
Sommerfeld v. Germany [GC], no. 31871/96, 8 July 2003
Glass v. the United Kingdom, no. 61827/00, ECHR 2004-II

Somogyi v. Italy, no. 67972/01, ECHR 2004-IV
Calheiros Lopes and Others v. Portugal (dec.), no. 69338/01, 3 June 2004
Öneryıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII
Pentiacova and Others v. Moldova (dec.), no. 14462/03, ECHR 2005-I
K.A. and A.D. v. Belgium, no. 42758/98 and 45558/99, 17 February 2005
Storck v. Germany, no. 61603/00, ECHR 2005-V
Gheorghe v. Romania (dec.), no. 19215/04, 22 September 2005
Wainwright v. the United Kingdom, no. 12350/04, ECHR 2006-X
Tysiāc v. Poland, no. 5410/03, ECHR 2007-I
Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I
Böheim v. Italy (dec.), no. 35666/05, 22 May 2007
L. v. Lithuania, no. 27527/03, ECHR 2007-IV
Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V
Shelley v. the United Kingdom (dec.), no. 23800/06, 4 January 2008
N. v. the United Kingdom [GC], no. 26565/05, ECHR 2008
Sławomir Musiał v. Poland, no. 28300/06, 20 January 2009
Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia, no. 302/02, 10 June 2010
Shopov v. Bulgaria, no. 11373/04, 2 September 2010
A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, ECHR 2010
Haas v. Switzerland, no. 31322/07, ECHR 2011
R.R. v. Poland, no. 27617/04, ECHR 2011
Trzepakko v. Poland (dec.), no. 25124/09, 13 September 2011
S.H. and Others v. Austria [GC], no. 57813/00, ECHR 2011
V.C. v. Slovakia, no. 18968/07, ECHR 2011
Wiater v. Poland (dec.), no. 42290/08, 15 May 2012
N.B. v. Slovakia, no. 29518/10, 12 June 2012

In the case of Hristozov and Others v. Bulgaria,

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

Lech Garlicki, *President*,

Dauid Thór Björgvinsson,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Zdravka Kalaydjieva,

Nebojša Vučinić,

Vincent A. De Gaetano, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 9 October 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 47039/11 and 358/12) against the Republic of Bulgaria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by ten Bulgarian nationals, Mr Zapryan Hristozov, Ms Anna Staykova-Petermann, Ms Boyanka Tsvetkova Misheva, Mr Petar Dimitrov Petrov, Ms Krastinka Marinova Pencheva, Ms Tana Tankova Gavadinova, Ms Blagovesta Veselinova Stoyanova, Mr Shefka Syuleymanov Gyuzelev, Mr Yordan Borisov Tenekev and Mr David Sabbatai Behar (“the applicants”), on 15 July and 5 December 2011.

2. The applicants were represented by Mr M. Ekimdzhev, Ms K. Boncheva and Ms G. Chernicherska, lawyers practising in Plovdiv. The Bulgarian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms N. Nikolova, of the Ministry of Justice.

3. The applicants alleged, in particular, that the authorities’ refusal to give them authorisation to use an experimental medicinal product that they wished to have administered in the context of “compassionate use” was in breach of their right to life, amounted to inhuman and degrading treatment, and breached their right to respect for their private and family life. They also alleged that they did not have an effective remedy in that respect.

4. On 31 August 2011 Mr Hristozov died. His mother and father, who are also his legal heirs – Ms Staykova-Petermann (the second applicant in application no. 358/12) and Mr Hristoz Zapryanov Hristozov – expressed the wish to pursue proceedings in his stead. On 20 December 2011 Mr Petrov died. His widow and daughter, who are also his legal

heirs – Ms Zhivka Stankova Ivanova-Petrova and Ms Veneta Petrova Dimitrova-Paunova – expressed the wish to pursue proceedings in his stead. On 16 December 2011 Mr Behar died. His widow and two sons, who are also his legal heirs – Ms Vera Petrova Behar, Mr Leonid David Behar and Mr Samson David Behar – expressed the wish to pursue proceedings in his stead. On 6 March 2012 Ms Pencheva died. Her widower and daughter, who are also her legal heirs – Mr Yordan Penev Penchev and Ms Vera Yordanova Peykova – expressed the wish to pursue proceedings in her stead.

5. On 9 February 2012 the President of the Fourth Section, to which the cases had been allocated, decided to give priority to the applications under Rule 41 of the Rules of Court.

6. On 21 February 2012 the Court decided to join the applications. It declared them partly inadmissible and gave the Government notice of the complaints concerning the authorities' refusal to allow the applicants to use the above-mentioned experimental medicinal product and of the complaint of a lack of effective remedy in that respect. It was also decided to examine the merits of the applications at the same time as their admissibility (Article 29 § 1 of the Convention).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicants were born in 1977, 1954, 1948, 1947, 1948, 1973, 1948, 1966, 1935 and 1947 respectively, and live (or lived) in Plovdiv, Godech, Dobrich, Kazanlak, Plovdiv, Ruse, Samokov and Sofia.

8. The first applicant in application no. 47039/11 and all eight applicants in application no. 358/12 have or had various types of terminal cancer. The second applicant in application no. 47039/11 is the first applicant's mother. Four of them succumbed to the illness shortly after lodging their applications (see paragraph 4 above).

9. Having either tried a range of conventional treatments (including surgery, chemotherapy, radiotherapy and hormone therapy), or obtained a medical opinion that such forms of treatment would not work in their respective cases or were not available in Bulgaria, all of them approached a private clinic in Sofia, the Medical Centre for Integrative Medicine OOD (*Медицински център Интегративна Медицина ООД*), where they were told about an experimental anticancer product (MBVax Coley Fluid) which was being developed by a Canadian company, MBVax Bioscience Inc. According to information from that company, their product has not been

authorised in any country, but has been allowed for “compassionate use” (for a definition of that term and comparable terms, see paragraphs 50, 56 and 57 below) in a number of countries (the Bahamas, China, Germany, Ireland, Israel, Mexico, Paraguay, South Africa, Switzerland, the United Kingdom, and the United States of America). In a letter of 9 January 2011 to the Bulgarian Ministry of Health, the company said that as part of its pre-clinical development of the product it would be willing to provide the product free of charge to the Medical Centre for Integrative Medicine OOD, for use on cancer patients who could no longer benefit from conventional treatments, in return for data on the treatment’s adverse and beneficial effects on each patient. It appears that the Medical Centre for Integrative Medicine OOD has on a number of occasions in the past few years applied for permission to import and use the product, but to no avail.

10. The parties were in dispute as to whether MBVax Coley Fluid had recently started undergoing clinical trials. The applicants said that, according to data extracted on 18 April 2012 from the website of the United States National Cancer Institute and a website maintained by the United States National Library of Medicine, Mixed Bacteria Vaccine (MBV) was undergoing a phase one clinical trial in Germany. On that basis, they argued that it complied with the requirements of Article 83 § 2 of Regulation (EC) No 726/2004 (see paragraph 50 below). The Government disputed that assertion, and submitted that it was not acceptable to establish the existence of clinical trials in Germany through information from websites in the United States of America.

11. The Government further submitted that MBVax Coley Fluid could not be described as a medicinal product within the meaning of the applicable European Union and domestic provisions. The applicants replied that the fact that it had not been authorised did not mean that it was not a medicinal product within the meaning of those provisions.

12. According to the applicants, MBVax Coley Fluid has been used with some success on patients in clinics in Germany, Ireland, the United Kingdom, and the United States of America. In support of that assertion the applicants submitted a number of letters and e-mails from medical practitioners.

13. It appears that on 23 July 2011 one of the applicants, Mr Petrov, travelled to Germany, where he obtained the product from MBVax Bioscience Inc. free of charge and it was administered to him seven times. However, shortly afterwards he returned to Bulgaria because he could no longer afford to pay his living expenses in Germany or the fees of the health-care institution which administered the treatment.

14. Each of the applicants, including Ms Staykova-Petermann, who was acting on behalf of her sick son – applied to the authorities for permission to use MBVax Coley Fluid. In letters of 20 June, 15 July and 1 and 31 August 2011, the Director of the Medicines Executive Agency (*Изпълнителна агенция по лекарствата*), the authority in charge of supervising the quality, safety and efficacy of medicinal products, pointed out that MBVax Coley Fluid was an experimental product not yet authorised or undergoing clinical trials in any country, which meant that it could not be authorised for use in Bulgaria under Regulation no. 2 of 2001 (see paragraphs 25 and 26 below). He went on to say that Bulgarian law made no provision for the use of unauthorised medicines outside clinical trials, and that, unlike the situation obtaining in other European countries, in Bulgaria compassionate use of unauthorised products was not possible. He pointed out in this regard that under the law of the European Union there was no obligation to have a harmonised approach in this area. In some of the letters the Director added, without going into detail, that the information the applicants had about MBVax Coley Fluid was incorrect.

15. Some of the applicants appealed to the Minister of Health who, in a letter of 13 July 2011, fully agreed with the position expressed by the Medicines Executive Agency.

16. Three of the applicants in application no. 358/12 applied to the Ombudsman of the Republic. By letters of 22 July and 4 and 14 September 2011 the Ombudsman also informed them that MBVax Coley Fluid had not been authorised in any country, which meant that the only way in which they could obtain access to it in Bulgaria was as part of a clinical trial.

17. The applicants did not seek judicial review.

18. On 27 October 2011 the Sofia Regional Health Directorate decided to strike the Medical Centre for Integrative Medicine OOD out of the register of health institutions, on the ground that it was engaging in activities in breach of established medical standards. The clinic sought judicial review of the decision in the Sofia Administrative Court. A hearing was held on 8 December 2011. A second hearing was listed for 24 February 2012, but was adjourned to 14 June, then to 5 October, and then to 12 October 2012. The case is still pending before the Sofia Administrative Court.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Constitution

19. The relevant parts of Article 52 of the Constitution of 1991 provide:

“1. Citizens shall be entitled to medical insurance guaranteeing them affordable health care, and to free health care under the conditions and in the manner provided for by law ...

3. The State shall protect the health of all citizens ...

4. No one may be subjected to forcible medical treatment or sanitary measures, except in cases provided for by law.

5. The State shall exercise control over all health-care establishments and over the production of and trade in medicines, biologically active substances and medical equipment.”

20. In a decision of 22 February 2007 (*реш. № 2 от 22 февруари 2007 г. по к. д. № 12 от 2006 г., обн., ДВ, бр. 20 от 6 март 2007 г.*) the Constitutional Court said that unlike classic fundamental rights, such as the rights to life, freedom and security, private life, freedom of thought and of religion, the rights under Article 52 § 1 of the Constitution were social rights. They could not be directly enforced by the courts, and required State action to put them into effect. For that reason, the Constitution specified that health care was to be carried out in a manner provided for by law.

B. The Medicinal Products in Human Medicine Act 2007 and related regulations

21. Medicinal products in human (as opposed to veterinary) medicine are regulated by the Medicinal Products in Human Medicine Act 2007 (*Закон за лекарствените продукти в хуманната медицина*). Section 3(1) of that Act, which echoes Article 1 § 2 of Directive 2001/83/EC (see paragraph 44 below), defines a “medicinal product in human medicine” as (a) any substance or combination of substances presented as having properties for treating or preventing disease in human beings, or (b) any substance or combination of substances which may be used in or administered to human beings, with a view either to restoring, correcting or modifying physiological functions by exerting a pharmacological, immunological or metabolic action, or to making a medical diagnosis. Section 3(2), which echoes Article 1 § 3 of the above Directive, in turn defines “substance” as any matter whose origin may be human (human blood, human blood products, and so on), animal (micro-organisms, animal organs, extracts, secretions, toxins, blood products, and so on), vegetable (micro-organisms, plants, parts of plants, vegetable extracts, secretions, and so on) or chemical (elements, naturally occurring chemical materials and chemical products obtained by chemical change or synthesis, and so on).

22. Section 7(1) of the Act lays down the general rule that only medicinal products which have been authorised, either in Bulgaria or under

the European Union centralised authorisation procedure under Regulation (EC) No 726/2004 (see paragraph 48 below), may be produced, imported, traded in, advertised, or used for medical treatment, prophylaxis or diagnostics.

23. The following sections set out certain exceptions to that rule. Section 8 provides that no authorisation is required in respect of, in particular, (a) medicinal products prepared in a pharmacy in accordance with a medical prescription for an individual patient (the magistral formula); (b) medicinal products prepared in a pharmacy in accordance with the prescriptions of a pharmacopoeia (the officinal formula); and (c) medicinal products for “high-technology therapy” prepared for an individual patient in accordance with the individualised specifications of a medical doctor and for use in a health-care institution under the doctor’s direct personal responsibility. Section 10(1) empowers the Minister of Health to allow, under certain conditions, treatment with an unauthorised medicinal product in the event of an epidemic or of a chemical or nuclear contamination, if there is no suitable authorised medicinal product. Section 11(1) empowers the Minister to allow, under certain conditions, the use of a product which has not been authorised in Bulgaria but which has been authorised in another member State of the European Union.

24. Section 9(1) provides that a patient may be treated with a medicinal product which has not been authorised if a hospital makes a request to that effect. The method and criteria for doing so are to be laid down in regulations by the Minister of Health.

25. The regulation governing that issue at the time the applicants made their requests to be allowed to use MBVax Coley Fluid was Regulation no. 2 of 10 January 2001 (*Наредба № 2 от 10 януари 2001 г. за условията и реда за лечение с неразрешени за употреба в Република България лекарствени продукти*). This superseded Regulation no. 18 of 28 June 1995 (*Наредба № 18 от 28 юни 1995 г. за условията и реда за лечение с нерегистрирани лекарствени средства*). Both of these Regulations had been issued under section 35(3) of the Medicines and Pharmacies in Human Medicine Act 1995 (*Закон за лекарствата и аптеките в хуманната медицина*), which was superseded by the 2007 Act, which provided that medicinal products needed for the treatment of diseases having specific symptoms, when treatment with authorised medicinal products had proved fruitless, were to be exempted from authorisation under criteria and by methods laid down by the Minister of Health.

26. Article 2 of Regulation no. 2 provided that medicinal products which had not been authorised in Bulgaria could be prescribed if they had been authorised in other countries and were intended for the treatment of

rare diseases or diseases having specific symptoms, when treatment with authorised medicinal products had proved fruitless.

27. Similar requirements were laid down in Article 1 of Regulation no. 18. Under that provision, medicinal products not registered in Bulgaria could be used only if registered in other countries and if the disease that they were intended to treat could either not be treated with products registered in Bulgaria or such treatment had proved fruitless.

28. The procedure under Regulation no. 2 was as follows. A panel of three medical doctors appointed by the head of a hospital (one of whom was to be a specialist in the treatment of the disease in issue) was to prescribe the unauthorised product (Article 3 § 1 and 3 § 2. The prescription could not cover a period of more than three months (Article 3 § 4). After that, the prescription was to be approved by the head of the hospital (Article 3 § 3) and sent to the Medicines Executive Agency, along with a declaration by the patient (or his or her parent or guardian, as the case may be) that he or she agreed to be treated with the unauthorised product (Article 4 § 2). The Medicines Executive Agency had ten working days to decide whether to grant permission. If the relevant requirements had not been met, the Agency would issue a negative decision, which could be appealed against within seven days to the Minister of Health, who had seven days to decide the appeal (Article 5 § 1).

29. If the need for an unauthorised life-saving product arose in a health-care institution other than a hospital, the head of that institution could draw up a document specifying the product and the required quantity and, having obtained the assent of the Medicines Executive Agency, apply for permission to the Minister of Health. The Minister could then make a decision specifying the product, the quantity and its recipients (Article 8 § 1).

30. On 6 December 2011 Regulation no. 2 was superseded by Regulation no. 10 of 17 November 2011 (*Наредба № 10 от 17 ноември 2011 г. за условията и реда за лечение с неразрешени за употреба в Република България лекарствени продукти, както и за условията и реда за включване, промени, изключване и доставка на лекарствени продукти от списъка по чл. 26ба, ал. 2 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина*).

31. Article 1 § 2 of Regulation no. 10 provides that only medicinal products which can be prescribed by a doctor in another country can be authorised for use. Article 2 § 1 provides that medicinal products intended for use by an individual patient may be prescribed if they are authorised in other countries and treatment with medicinal products authorised in Bulgaria is impossible or has failed. Article 3 § 1 provides that hospitals

may also obtain unauthorised medicinal products if those have been made available under “international and national programmes” or by an international organisation which is the only entity in a position to procure those products.

32. The procedure under Regulation no. 10 is as follows. A panel of three medical doctors appointed by the head of the hospital (one of whom is a specialist in the treatment of the disease in issue) must prescribe the unauthorised product (Articles 4, 5 § 1 and 6 § 1). The prescription must be accompanied by the written informed consent of the patient (or his or her parent or guardian, as the case may be) (Articles 5 § 2 and 6 § 4), and cannot cover a period of more than three months (Articles 5 § 3 and 6 § 2). The prescription must then be approved by the head of the hospital (Article 7 § 1). After that the Medicines Executive Agency must either grant permission or issue a reasoned refusal (Article 8 § 1). It must issue a refusal if the form of the prescription or the medicinal products in issue do not meet the requirements of the Regulation (Article 8 § 2). Refusal by the Agency is subject to appeal and judicial review (Article 8 § 3).

33. On 21 July 2011 Parliament added a new section, 266a, to the 2007 Act. It came into force on 5 August 2011 and provides, in subsection 1, that where it is not possible to treat a disease with medicinal products available in the country an individual patient may be treated with a product which has been authorised in another member State of the European Union and under the Act, but which is not on the market in Bulgaria. The Minister of Health must keep a list of such products and update it annually (subsection 2). The explanatory notes to the amending bill referred to the need to allow Bulgarian patients access to authorised medicines which are not available on the Bulgarian market but which are available in other member States of the European Union.

34. There is no reported case-law relating to any of the three successive regulations (Regulation no. 18, Regulation no. 2 and Regulation no. 10).

C. The 2006 Code of Administrative Procedure

35. Under the 2006 Code of Administrative Procedure, individual administrative decisions may be challenged before a court by those affected by them, on the ground of unlawfulness (Articles 145 § 1 and 147 § 1). There is no general requirement to first exhaust administrative remedies (Article 148).

36. Statutory instruments, such as regulations, may also be challenged before the Supreme Administrative Court (Articles 185 § 1 and 191 § 1) by any individual or organisation whose rights, freedoms or legal interests have been or could be affected by such an instrument (Article 186 § 1).

The court's decision has *erga omnes* effect (Article 193 § 2). If a court strikes down a statutory instrument, it is deemed repealed from the date on which the court's decision becomes final (Article 195 § 1).

D. Case-law provided by the Government

37. In a decision of 11 December 2008 (*реш. № 13627 от 11 декември 2008 г. по адм. д. № 11799/2008 г., ВАС, петчл. с.*), the Supreme Administrative Court struck down a regulation which required telephony and Internet service providers to give the Ministry of Internal Affairs "passive" technical access to the communications data they were storing. The court held that, in not laying down any conditions or procedures for the grant of such access, the regulation enabled disproportionate interference with the rights protected under Article 32 (private life) and Article 34 (correspondence and communications) of the 1991 Bulgarian Constitution and under Article 8 of the Convention, whereas it was obligatory for any such interference to be made subject to appropriate safeguards against abuse. The court went on to say that the regulation ran counter to various provisions of Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC.

38. In decisions of 25 March and 21 April 2011 (*реш. № 384 от 25 март 2011 г. по адм. д. № 1739/2009 г., ВАС; реш. № 701 от 21 април 2011 г. по адм. д. № 660/2011 г., ПАС*), the Burgas and Plovdiv Administrative Courts set aside international travel bans imposed on account of unpaid judicially established debts. In doing so the courts held that the provisions of Bulgarian law under which those bans had been ordered ran counter to Article 27 of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territories of the Member States. Just before that, on 22 March 2011, the Supreme Administrative Court had held, in a binding interpretive decision (*тълк. р. № 2 от 22 март 2011 г. по т. д. № 6/2010 г., ВАС, ОСК*), that such bans should be set aside if in breach of this Directive.

39. In a decision of 17 May 2010 (*реш. от 17 май 2010 г. по адм. д. № 206/2010 г., МАК, I с.*), the Montana Administrative Court set aside an order for the removal of an alien who had come to Bulgaria at a very young age and had lived in the country with his family for a number of years. The court held that the order, which had not taken into account the alien's family situation and level of integration in the country, and corresponding lack of ties with the country to which he was to be removed, had been

disproportionate. To reach that conclusion the court had relied not only on the relevant provisions of Bulgarian law, but also on Article 8 of the Convention and Article 78 § 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Articles 16, 20 and 21 of Directive 2003/109/EC concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

40. In decisions of 29 June 2010 and 9 March 2012 (*онп. № 14 от 29 юни 2010 г. по ч. к. а н. д. № 162/2010 г., ХАС, II к. с.; онп. № 10 от 9 март 2012 г. по к. н. а. х. д. № 117/2012 г., КАС*), the Haskovo and Kyustendil Administrative Courts quashed the lower courts' decisions to discontinue proceedings for judicial review of fines imposed by the authorities in respect of administrative offences (which had been excluded from judicial review by statute). The courts relied on Article 6 § 1 of the Convention and the Court's judgments in *Öztürk v. Germany* (21 February 1984, Series A no. 73), and *Lauko v. Slovakia* (2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI).

E. The rights of patients

41. A patient – defined as any person who has asked for or who is being given medical treatment (section 84(1) of the Health Act 2004) – has the right to, *inter alia*, (a) respect for his or her civil, political, economic, social, cultural and religious rights; (b) clear and accessible information on his or her state of health and methods of treatment, if any; (c) security and safety of the diagnostic and treatment procedures used for his or her treatment; and (d) access to modern methods of treatment (section 86(1)(1), (1)(8), (1)(10) and (1)(11) of the Health Act). Section 87(1) of the Act lays down the general rule that medical procedures may be carried out only with the patient's informed consent. In order to obtain such consent, the medical doctor responsible for the patient's treatment has to inform the patient of (a) the diagnosis and character of the disease; (b) the aims and the nature of the proposed treatment, reasonable alternatives which may be available, the expected results and the prognosis; (c) the potential risks of the diagnostic and proposed treatment methods, including side effects and adverse reactions, pain or other difficulties; and (d) the likelihood of positive effects, as well as the risks to health of other methods of treatment or a refusal to submit to treatment (section 88(1)). All this information must be given in an appropriate volume and form, so as to ensure freedom of choice of treatment (section 88(2)). In the event of surgical intervention, general anaesthesia or other diagnostic or treatment methods which entail a heightened level of risk to life or health, this information, as well as the patient's informed consent, must be in writing (section 89(1)).

F. Regulation of the medical profession

42. The Medical Institutions Act 1999 governs, *inter alia*, the registration and licensing of medical institutions. Under section 39(1), institutions for non-hospital care and hospices are subject to registration, which has to be carried out by the health inspectorate with territorial jurisdiction (section 40(1)). Under section 46(1), hospitals, complex oncological centres, and some other institutions which are not relevant to the present case, are subject to licensing. These licences are issued by the Minister of Health (section 46(2)). Medical institutions can carry out their activities only if they have been registered or licensed, as the case may be (section 3(3)). Their medical activities are subject to monitoring by the authorities (section 4(3)).

43. Practising medical professionals must have an appropriate degree (section 183(1) and (2) of the Health Act 2004), and must be registered members of a professional association (section 183(3)).

III. RELEVANT EUROPEAN UNION LAW

44. In the European Union, a medicinal product may as a rule be placed on the market only when authorised, either via the “centralised authorisation procedure” or under national procedures (there are detailed rules as to which products must or may go through the centralised procedure). The relevant provision, Article 6 § 1 of Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use, as amended, provides as follows:

“No medicinal product may be placed on the market of a member State unless a marketing authorisation has been issued by the competent authorities of that member State in accordance with this Directive or an authorisation has been granted in accordance with Regulation (EC) No 726/2004, read in conjunction with Regulation (EC) No 1901/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on medicinal products for paediatric use and Regulation (EC) No 1394/2007.”

45. There are, however, exceptions to this rule, such as the possibility of obtaining an unauthorised medicinal product via “individual patient use”, “compassionate use” or “off-label use”. Article 5 § 1 of the above-mentioned Directive, which reproduced the wording first introduced in 1989 by the now-repealed Directive 89/341/EEC, governs “individual patient use”. It reads as follows:

“A member State may, in accordance with legislation in force and to fulfil special needs, exclude from the provisions of this Directive medicinal products supplied in response to a bona fide unsolicited order, formulated in accordance with the

specifications of an authorised health-care professional and for use by an individual patient under his direct personal responsibility.”

46. The case of *European Commission v. the Republic of Poland* (Court of Justice of the European Union, C-185/10) concerned the interpretation of those provisions. Poland argued that its domestic law complied with the derogation envisaged by Article 5 § 1 of Directive 2001/83/EC. In a judgment of 29 March 2012, the Court of Justice held that by allowing the importation and placing on the market of unauthorised medicinal products which were cheaper than, and similar to, products already authorised in Poland, the State had failed to fulfil its obligations under Article 6 of the Directive. In relation to the interpretation to be given to the derogation provided for under Article 5 § 1 of the Directive, it held as follows:

“30. As is apparent from the wording of that provision, implementation of the derogation for which it provides is conditional on fulfilment of a set of cumulative conditions.

31. In order to interpret that provision, it must be taken into account that, generally, provisions which are in the nature of exceptions to a principle must, according to settled case-law, be interpreted strictly (see in particular, to this effect, Case C-3/09 *Erotic Center* [2010] ECR I-2361, paragraph 15 and the case-law cited).

32. More specifically, as regards the derogation referred to in Article 5 § 1 of Directive 2001/83, the Court has already pointed out that the possibility of importing non-approved medicinal products, provided for under national legislation implementing the power laid down in that provision, must remain exceptional in order to preserve the practical effect of the marketing authorisation procedure (see, to this effect, Case C-143/06 *Ludwigs-Apotheke* [2007] ECR I-9623, paragraphs 33 and 35).

33. As the Advocate General stated in point 34 of his Opinion, the power, which arises from Article 5 § 1 of Directive 2001/83, to exclude the application of the Directive’s provisions can be exercised only if that is necessary, taking account of the specific needs of patients. A contrary interpretation would conflict with the aim of protecting public health, which is achieved through the harmonisation of provisions relating to medicinal products, particularly those relating to the marketing authorisation.

34. The concept of ‘special needs’, referred to in Article 5 § 1 of that Directive, applies only to individual situations justified by medical considerations and presupposes that the medicinal product is necessary to meet the needs of the patient.

35. Also, the requirement that medicinal products are supplied in response to a ‘bona fide unsolicited order’ means that the medicinal product must have been prescribed by the doctor as a result of an actual examination of his patients and on the basis of purely therapeutic considerations.

36. It is apparent from the conditions as a whole set out in Article 5 § 1 of Directive 2001/83, read in the light of the fundamental objectives of that directive,

and in particular the objective seeking to safeguard public health, that the derogation provided for in that provision can only concern situations in which the doctor considers that the state of health of his individual patients requires that a medicinal product be administered for which there is no authorised equivalent on the national market or which is unavailable on that market.”

47. Separately, Article 126a of the Directive permits a member State to allow a medicinal product authorised in another member State to be placed on its market, under certain conditions. Paragraph 1 of that Article reads:

“In the absence of a marketing authorisation or of a pending application for a medicinal product authorised in another member State in accordance with this Directive, a member State may for justified public health reasons authorise the placing on the market of the said medicinal product.”

Further conditions are laid down in paragraphs 2 and 3.

48. A further exception to the general prohibition laid down in Article 6 § 1 of Directive 2001/83/EC is contained in Article 83 of Regulation (EC) No 726/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 laying down Community procedures for the authorisation and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency.

49. The relevant part of recital 33 of the Regulation says:

“In order to meet, in particular, the legitimate expectations of patients and to take account of the increasingly rapid progress of science and therapies ... [i]n the field of medicinal products for human use, a common approach should also be followed, whenever possible, regarding the criteria and conditions for the compassionate use of new medicinal products under member States’ legislation.”

50. Article 83 of the Regulation provides:

“1. By way of exemption from Article 6 of Directive 2001/83/EC member States may make a medicinal product for human use belonging to the categories referred to in Article 3 §§ 1 and 2 of this Regulation [medicinal products to be authorised either mandatorily or optionally via the centralised authorisation procedure, listed in an annex to the Regulation] available for compassionate use.

2. For the purposes of this Article, ‘compassionate use’ shall mean making a medicinal product belonging to the categories referred to in Article 3 §§ 1 and 2 available for compassionate reasons to a group of patients with a chronically or seriously debilitating disease or whose disease is considered to be life-threatening, and who can not be treated satisfactorily by an authorised medicinal product. The medicinal product concerned must either be the subject of an application for a marketing authorisation in accordance with Article 6 of this Regulation or must be undergoing clinical trials.

3. When a member State makes use of the possibility provided for in paragraph 1 it shall notify the Agency.

4. When compassionate use is envisaged, the Committee for Medicinal Products for Human Use, after consulting the manufacturer or the applicant, may adopt opinions

on the conditions for use, the conditions for distribution and the patients targeted. The opinions shall be updated on a regular basis.

5. Member States shall take account of any available opinions.

6. The Agency shall keep an up-to-date list of the opinions adopted in accordance with paragraph 4, which shall be published on its website. Article 24 § 1 and Article 25 shall apply, *mutatis mutandis*.

7. The opinions referred to in paragraph 4 shall not affect the civil or criminal liability of the manufacturer or of the applicant for marketing authorisation.

8. Where a compassionate use programme has been set up, the applicant shall ensure that patients taking part also have access to the new medicinal product during the period between authorisation and placing on the market.

9. This Article shall be without prejudice to Directive 2001/20/EC [the Clinical Trials Directive] and to Article 5 of Directive 2001/83/EC.”

51. In July 2007 the European Medicines Agency adopted a guideline on compassionate use of medicinal products, pursuant to Article 83 of Regulation (EC) No 726/2004 (EMEA/27170/2006). It states that the implementation of compassionate use programmes remains within the competence of a member State, that Article 83 is complementary to national legislations, and that the existence of Community authorisation for a medicinal product is without prejudice to any national legislation relating to compassionate use. The guideline goes on to specify that the objectives of Article 83 are threefold: (a) to facilitate and improve access for patients in the European Union to compassionate-use programmes; (b) to favour a common approach regarding the conditions of use, the conditions for distribution and the patients at whom the compassionate use of unauthorised new medicinal products is directed; and (c) to increase transparency between member States in terms of availability of treatments. It also makes it clear that Article 83 is not applicable to products which are not eligible for the centralised authorisation procedure, nor to compassionate use on a named-patient basis, as envisaged in Article 5 of Directive 2001/83/EC (see paragraph 45 above).

52. The European Medicines Agency has so far given two opinions under Article 83, paragraph 4, of the Regulation. The first, given on 20 January 2010 in respect of Finland, concerned the product IV Tamiflu. The second, given on 18 February 2010 in respect of Sweden, concerned the product IV Zanamivir.

53. A guideline drawn up by the European Commission pursuant to Article 106 of Directive 2001/83/EC and Article 24 of Regulation (EEC) No 2309/93, and entitled ‘Volume 9A – Guidelines on Pharmacovigilance for Medicinal Products for Human Use’, states the following:

“5.7. Reporting from Compassionate/Named-patient use

Compassionate or named-patient use of a medicine should be strictly controlled by the company responsible for providing the medicine and should ideally be the subject of a protocol.

Such a protocol should ensure that the patient is registered and adequately informed about the nature of the medicine and that both the prescriber and the patient are provided with the available information on the properties of the medicine with the aim of maximising the likelihood of safe use. The protocol should encourage the prescriber to report any adverse reactions to the company, and to the Competent Authority, where required nationally.

Companies should continuously monitor the risk-benefit balance of medicines used on compassionate or named-patient basis (subject to protocol or not) and follow the requirements for reporting to the appropriate Competent Authorities. As a minimum, the requirements laid down in Chapter I.4, Section 1 [Requirements for Expedited Reporting of Individual Case Safety Reports] apply.

For inclusion of experience from compassionate or named-patient use in Periodic Safety Update Reports, see Chapter I.6 [Requirements for Periodic Safety Update Reports].”

IV. RELEVANT COMPARATIVE MATERIAL

A. Rules governing access to unauthorised medicinal products

1. *Contracting States*

54. In November 2010 the European Clinical Research Infrastructures Network published a survey of “compassionate use” programmes in ten European countries: Austria, Denmark, France, Germany, Ireland, Italy, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom (*Whitfield et al: Compassionate use of interventions: results of a European Clinical Research Infrastructures Network (ECRIN) survey of ten European countries. Trials* 2010, 11:104). It found that with one exception (Hungary) the laws of all the countries surveyed made provision for compassionate-use/expanded-access programmes. However, it also showed that those programmes had more differences than similarities. Some countries were without formal regulatory systems, and, for those who had adopted rules, they varied in content and comprehensiveness. For instance, some countries allowed “compassionate use” solely on a “named/individual patient” basis. The contents and requirements of the application for permission also varied. The survey called for European Union legislation to be more explicit with regard to regulatory requirements, restrictions and responsibilities in that area.

55. On the basis of more recent material available to the Court in respect of twenty-nine Contracting States, it appears that twenty-two States (Austria, the Czech Republic, Croatia, Estonia, France, Finland, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, the Netherlands, Poland, Romania, Serbia, Slovenia, Spain, Turkey and the United Kingdom) have in place rules, often adopted quite recently, allowing access to unauthorised medicinal products outside clinical trials for certain patients, notably for those who are terminally ill. The matter appears to be regulated in both primary and delegated legislation. In addition, in two States (Sweden and Russia) access to such products appears to be possible despite the absence of specific rules. Five States (Albania, Cyprus, Moldova, Montenegro and Ukraine) appear not to have in place rules allowing access to unauthorised medicinal products outside clinical trials. However, in two of those (Albania and Ukraine) domestic law appears to contain somewhat unclear provisions, which could be interpreted as allowing access. At the same time, there are a variety of practices among States as regards the type of access provided and the procedure to be followed. For instance, it appears that in four States (Croatia, Lithuania, Poland and Romania), access to unauthorised medicinal products is possible only if those products have been authorised in another jurisdiction. Seven States appear to allow access only for individual patients, and fifteen States allow access for both individual patients and groups (or cohorts). The procedures for individuals and groups tend to vary, with the conditions attaching to group access being more stringent.

2. Other States

56. In the United States of America, regulations were issued in May 1987 laying down conditions under which promising new drugs that had not yet been licensed could be made available to persons with serious and life-threatening illnesses for whom no comparable or satisfactory alternative drug or treatment was available. Those regulations were revised and expanded in 2009. They are currently contained in the Code of Federal Regulations, Title 21, Part 312, Subpart I (Expanded Access to Investigational Drugs for Treatment Use), Articles 312.300 to 312.320, and make provision for an “expanded access” programme, under which the Food and Drug Administration (FDA) may, under certain conditions, authorise the use of an “investigational new drug” in respect of patients suffering from “a serious or immediately life-threatening disease or condition, [when] there is no comparable or satisfactory alternative therapy to diagnose, monitor, or treat the disease or condition” (Article 312.305 (a) (1)). The general criteria governing the FDA’s decision are whether “[t]he potential patient

benefit justifies the potential risks of the treatment use and those potential risks are not unreasonable in the context of the disease or condition to be treated” and whether “[p]roviding the investigational drug for the requested use will not interfere with the initiation, conduct, or completion of clinical investigations that could support marketing approval of the expanded-access use or otherwise compromise the potential development of the expanded-access use” (Article 312.305 (a) (2) and (3)). The regulations contain separate provisions for individual patients, including for emergency use (Article 312.310), intermediate-size patient populations (Article 312.315), and widespread treatment use (Article 312.320).

57. In Canada, sections C.08.010 and C.08.011 of the Food and Drug Regulations make provision for a “special-access programme” allowing medical practitioners to request access to drugs that are unavailable for sale in Canada for the treatment of patients with serious or life-threatening conditions on a compassionate or emergency basis when conventional treatments have failed, are unsuitable, or are unavailable.

58. In Australia, the Therapeutic Goods Administration of the Department of Health and Ageing runs a “special-access scheme”, which allows, under certain conditions, the importation or supply of an unlicensed medicine for a single patient, on a case-by-case basis (section 18 of the Therapeutic Goods Act 1989 and Regulation 12A of the Therapeutic Goods Regulations 1990).

B. Relevant case-law

1. The United States of America

59. In the case of *United States v. Rutherford*, 442 US 544 (1979), the United States Supreme Court unanimously dismissed a request by terminally ill cancer patients to enjoin the authorities from interfering with the distribution of an unlicensed drug. The court held that the statutory scheme governing drug licensing did not contain an implicit exemption for drugs intended for use by the terminally ill. In its view, the safety and effectiveness standards laid down in the legislation applied equally to such drugs, because the legislature could be regarded as intending to protect terminally ill patients from ineffectual or unsafe drugs. For such patients, as for anyone else, a drug was unsafe if its potential to cause death or physical injury was not offset by the possibility of therapeutic benefit. In relation to terminally ill people, unlicensed drugs carried a further risk, namely that the individuals concerned might eschew conventional therapy in favour of a drug with no demonstrable curative properties, with potentially irreversible

consequences. In that connection the court noted, on the basis of expert evidence presented to it, that with diseases such as cancer it was often impossible to identify a patient as terminally ill other than in retrospect. It went on to say that acceptance of the proposition that statutory safety and efficacy standards have no relevance for terminally ill patients would be tantamount to denying the authorities' power to regulate any drugs, however toxic or ineffective, for such individuals, which would allow abusive marketing of many purportedly simple and painless cures. Lastly, the court observed that its ruling did not exclude all resort to experimental cancer drugs by patients for whom conventional therapy was inefficacious, because the statutory scheme exempted from pre-marketing approval drugs intended solely for investigative use if they satisfied certain pre-clinical testing and other criteria.

60. In the more recent decision in *Raich v. Gonzales* (14 March 2007, 500 F.3d 850), the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit held, *inter alia*, that as things stood there was no right under the due process clause of the United States Constitution to use medical marijuana on a physician's advice to preserve bodily integrity, avoid intolerable pain, and preserve life, even when all other prescribed medications and remedies had failed.

61. In the decision in *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs et al. v. von Eschenbach et al.* (2 May 2006, 445 F.3d 470), a three-member panel of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit held, by two votes to one, that under the due process clause of the United States Constitution terminally ill patients had the right to decide whether to take an unlicensed drug that was in Phase 2 or Phase 3 clinical trials and that the manufacturer was willing to make available. The court found that that right was deeply rooted in the traditional doctrines of self-defence and interference with rescue, and that federal regulation of the effectiveness of drugs was too recent and haphazard "to establish that the government has acquired title to [that] right by adverse possession". The panel went on to say that that right was "implicit in the concept of ordered liberty".

62. On an application by the FDA, the same court reheard the case *en banc*, and in a decision of 7 August 2007 (495 F.3d 695) held, by eight votes to two, that federal regulation of drugs was "consistent with [the] historical tradition of prohibiting the sale of unsafe drugs". The "arguably limited" history of efficacy regulation prior to 1962, when such regulation in the United States took its current shape, did not establish a fundamental right, because the legislature and the executive had "continually responded to new risks presented by an evolving technology" and because the legislature had a

“well-established power to regulate in response to scientific, mathematical, and medical advances”. The court went on to say that self-defence, the tort of interference with rescue, and the United States Supreme Court’s “life or health of the mother” abortion cases provided no support for a right to seek investigational drugs, because those doctrines protected only “necessary” life-saving measures, whereas the claimants sought “access to drugs that [were] experimental and [had] not been shown to be safe, let alone effective at (or ‘necessary’ for) prolonging life”.

63. On 14 January 2008 the United States Supreme Court denied a petition for a writ of certiorari (552 US 1159).

64. In the case of *Abney et al. v. Amgen, Inc.* (29 March 2006, 443 F.3d 540), the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit upheld a lower court’s decision not to issue an injunction sought by the claimants, who were individuals involved in a clinical drug trial sponsored by the defendant, a drug manufacturer, to require the defendant to continue providing them with the drug, even though the clinical trial had come to an end.

2. *Canada*

65. In *Delisle v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 933, the Federal Court of Canada had to deal with applications for judicial review of decisions taken by the Canadian federal health authorities under the above-mentioned special-access programme (see paragraph 57 above). The court held that in deciding to restrict access to a drug previously available under the programme the authorities had failed to strike a proper balance, because they had not taken due account of humanitarian or compassionate concerns. It referred the matter back to the authorities with instructions to weigh the “valid objectives of public policy against the humanitarian factor”. The judgment was not appealed against, and in 2008 the case was settled, with the authorities agreeing to follow the court’s recommendations.

3. *The United Kingdom*

66. In *B (a minor), R. (on the application of) v. Cambridge Health Authority* [1995] EWCA Civ 49 (10 March 1995), the Court of Appeal held that the courts could not disturb a properly reasoned decision by the competent health authorities not to fund a round of experimental treatment for a terminally ill child. The Master of the Rolls, as he then was, Sir Thomas Bingham, made two general comments. He pointed out firstly that the case involved the life of a young patient, which was a fact which had to dominate all consideration of all aspects of the case, because British society was one

in which a very high value was put on human life and no decision affecting human life could be regarded with other than the greatest seriousness. Secondly, he observed that the courts were not arbiters as to the merits of cases of that kind, because if they expressed opinions as to the likelihood of the effectiveness of medical treatment, or as to the merits of medical judgment, they would be straying far from their domain. He went on to say that difficult and agonising judgments had to be made as to how a limited budget was best allocated to the maximum advantage of the maximum number of patients. That was not a judgment which a court could make.

67. In *Simms v. Simms and an NHS Trust* [2002] EWHC 2734 (Fam) (11 December 2002), the parents of two teenagers suffering from variant Creutzfeldt-Jakob disease sought judicial declarations that their children could receive an experimental treatment which research on mice had shown could possibly inhibit the advance of their terminal condition. The High Court of Justice (Family Division) allowed the applications, holding, among other things, that the lack of an alternative treatment for the incurable disease meant that it was reasonable to use an experimental treatment that presented no significant risk to the patient. The President of the Family Division, Dame Elizabeth Butler-Sloss, observed that the treatment was an untried one, and that until then there had been no validation of experimental work done abroad. However, she went on to say that if one waited for full certainty in experimental treatments, no innovative work such as the use of penicillin or heart transplant surgery would ever have been attempted. Referring to, *inter alia*, Articles 2 and 8 of the Convention and “a very strong presumption in favour of a course of action which will prolong life”, and having regard to the patients’ prospects with and without treatment and the fact that no alternative treatment was available, she concluded that it was in their best interest that the treatment should be carried out. In reaching that conclusion, she also considered the wishes and feelings of the families, finding that their advocacy of treatment “should carry considerable weight”.

THE LAW

...

III. MERITS OF THE COMPLAINTS UNDER ARTICLES 2, 3 AND 8 OF THE CONVENTION

95. The applicants complained under Article 2 § 1 of the Convention that under Bulgarian law individuals who were terminally ill and who had

unsuccessfully exhausted all conventional methods of treatment could not exceptionally be allowed to use unauthorised medicinal products. They further complained that the authorities' response to their requests to obtain such permission had been both incoherent and slow, arguing that this had been due to the lack of clear rules in that domain.

96. The applicants also complained under Article 3 of the Convention that by denying them access to the experimental medicinal product that they wished to use the authorities had subjected them to inhuman and degrading treatment.

97. Lastly, they complained under Article 8 of the Convention that the authorities' refusal to allow them to use the medicinal product had been an unjustified interference with their right to respect for their private and family life.

98. The relevant parts of Articles 2, 3 and 8 of the Convention provide.

Article 2

"1. Everyone's right to life shall be protected by law. ..."

Article 3

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

Article 8

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

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

A. The parties' submissions

1. Article 2 of the Convention

99. The Government pointed out that Bulgarian law made provision for "compassionate use" of unauthorised medicinal products. However, they emphasised that such products carried serious risks, which required them to be carefully regulated. The State was entitled to refuse permission for the use of an unauthorised medicinal product, and this did not breach the right to life, but safeguarded it. The positive obligations under Article 2 of the Convention had limits, and could not exceed what was reasonable. The applicants had been given conventional medical treatment. There was no further duty to allow them to use a product which was not authorised in any

member State of the European Union or which had not been subjected to a clinical trial. A State could not be obliged to make available all possible drugs, let alone products whose contents and origins were not clearly known, and which had not been authorised in developed countries with strong health-care systems. The product in issue did not comply with the requirements for “compassionate use” under Article 83 of Regulation (EC) No 726/2004. If its manufacturer met the applicable requirements, the authorities could envisage allowing its use in the future. In that sense, the applicants were not left with no hope at all.

100. The applicants submitted that the refusal to allow them to use the product had been in breach of their right to life. They highlighted the similarities and differences between their case and previous cases in which the Court had dealt with complaints under Article 2 of the Convention in relation to health care. They argued that, properly framed, the issue in their case was whether the State had taken appropriate steps to safeguard the lives of those under its jurisdiction. In their view it had not, because the rules governing “compassionate use” were not adequate, in that they did not allow the authorities to have regard to specific circumstances. All individuals in Bulgaria who, like the applicants, had cancer which was terminal and which was no longer responding to conventional treatment, were being denied access to experimental medicinal products. In the applicants’ case, this was not justified by lack of budgetary resources, because the company which had developed the product was willing to provide it free of charge. There were indications that the condition of some cancer patients had improved as a result of its use. This had given the applicants hope that it might help them as well.

2. Article 3 of the Convention

101. The Government drew attention to the minimum threshold needed to bring Article 3 of the Convention into play, which in their view had not been reached, and to the limited extent of the State’s positive obligations under that Article. They pointed out that there had been no intention to deny the applicants access to safe medicinal products. The experimental product that they wished to use had not been authorised in any country, and had not undergone clinical trials. Its safety and efficacy had not been established. Not being given the opportunity to use it could not therefore be regarded as inhuman treatment. On the contrary, its use, which would have amounted to a medical experiment, might have resulted in a breach of Article 3.

102. The applicants submitted that they had been forced to await their deaths in spite of being aware of the existence of an experimental product which might improve their health and prolong their lives. Those of them who had died had had to endure pain and suffering before their deaths, in the knowledge that the use of the product in other countries had in some cases even led to complete remission from the disease.

3. Article 8 of the Convention

103. The Government submitted that any interference with the applicants' rights under Article 8 of the Convention had been lawful and necessary. The refusals to allow them to use the experimental product had been reasoned, made by an independent authority, and based on legal provisions which were fully in line with European Union law. It could therefore be presumed that they were compliant with the Convention. Those provisions, which took into account the need to strike a balance between the public interest and personal autonomy, sought to protect the health and life of those concerned by preventing abuses and the risks accompanying the use of untested products. For that purpose they had laid down certain conditions, which in the applicants' cases had not been met. That regulatory arrangement could not be described as a blanket prohibition on the "compassionate use" of unauthorised medicinal products.

104. The applicants highlighted the similarities and differences between their case and previous cases in which the Court had dealt with similar issues under Article 8 of the Convention. They pointed out that they were not trying to derive from that provision a right to die, but on the contrary a right to try to prolong life and avert death. The refusals to allow them access to an experimental medicinal product which might help them do so amounted to interference with their rights under that Article. The manner in which a person chose to live, even if that choice could entail harmful consequences, was part of that person's private life. The refusals had been of a blanket nature, not taking into account the specifics of each case. They had been based on inadequate legal provisions which did not permit an individualised assessment, and did not correspond to a pressing social need. They had not been intended to protect the applicants' lives, because all of them were terminally ill and, without recourse to some new medicinal product, had only a short span of life left. In that connection, it had to be borne in mind that the exception sought would simply have given the applicants a chance to prolong their lives, and would not have shielded anyone else from criminal liability. It might have helped them avert suffering and death, as had happened with some patients in other countries.

B. The Court's assessment

1. *The scope of the case*

105. The Court's task in cases arising from individual applications is not to review domestic law in the abstract, but to examine the manner in which that law has been applied to the applicants (see, among other authorities, *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, § 153, Series A no. 324; *Pham Hoang v. France*, 25 September 1992, § 33, Series A no. 243; *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, § 86, 8 July 2003; and *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 92, ECHR 2011). The Court must also confine its attention, as far as possible, to the particular circumstances of the case before it (see, among other authorities, *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 41, ECHR 2000-XII, and *Sommerfeld*, cited above, § 86). It is therefore not called upon in the present case to pass judgment on the system of rules governing access to unauthorised medicinal products in Bulgaria, or to decide whether refusal of access to medicinal products is in principle compatible with the Convention. Moreover, the Court is not competent to express an opinion as to the suitability of a particular medical treatment. Lastly, the Court does not have to establish whether the product that the applicants wished to use met the requirements of European Union law, and in particular the requirement of Article 83 § 2 of Regulation (EC) No 726/2004 to be undergoing clinical trials (see paragraphs 10, 45 and 50 above); the Court is competent only to apply the Convention, and it is not its task to review compliance with other international instruments (see *Di Giovine v. Portugal* (dec.), no. 39912/98, 31 August 1999; *Hermida Paz v. Spain* (dec.), no. 4160/02, 28 January 2003; *Somogyi v. Italy*, no. 67972/01, § 62, ECHR 2004-IV; *Calheiros Lopes and Others v. Portugal* (dec.), no. 69338/01, 3 June 2004; and *Böheim v. Italy* (dec.), no. 35666/05, 22 May 2007). In the present case, the Court must determine only whether the refusals to allow the applicants access to the product in issue were compatible with their Convention rights.

2. *Alleged violation of Article 2 of the Convention*

106. The first sentence of Article 2 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see, among other authorities, *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 48, ECHR 2002-I, and *Wiater v. Poland* (dec.), no. 42290/08, § 33, 15 May 2012). The Court has previously held that it cannot be excluded that acts and omissions of the authorities in the field of health-care policy may in

some circumstances engage the State's responsibility under Article 2 (see *Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V; *Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002; *Trzepatko v. Poland* (dec.), no. 25124/09, § 23, 13 September 2011; and *Wiater*, cited above, § 34). It has also held that, with respect to the scope of the State's positive obligations in the provision of health care, an issue may arise under Article 2 where it is shown that the authorities have put an individual's life at risk through the refusal of health care which they have undertaken to make available to the general population (see *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 219, ECHR 2001-IV; *Nitecki*, cited above; *Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), no. 14462/03, ECHR 2005-I; *Gheorghe v. Romania* (dec.), no. 19215/04, 22 September 2005; and *Wiater*, cited above, § 35).

107. In the present case, it is not being argued that the applicants have been refused health care which is otherwise generally available in Bulgaria. Nor are the applicants suggesting that the State should pay for a particular form of conventional treatment because they are unable to meet its costs (contrast *Nitecki*; *Pentiacova and Others*; *Gheorghe*; and *Wiater*, all cited above). The applicants' claim is rather that, because conventional treatments did not work in their cases, domestic law should be framed in such a way as to entitle them, exceptionally, to have access to an experimental and yet untested product that would be provided free of charge by the company which is developing it.

108. It is true that the positive obligations under Article 2 may include the duty to put in place an appropriate legal framework, for instance regulations compelling hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives (see *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 49), or regulations governing dangerous industrial activities (see *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 90, ECHR 2004-XII). Nevertheless, it cannot be said that Bulgaria does not have in place regulations governing access to unauthorised medicinal products in cases where conventional forms of medical treatment appear insufficient. Such regulations exist and have recently been updated (see paragraphs 23-32 above). The applicants rather take issue with the terms of those regulations, arguing that they are overly restrictive. However, in the Court's view Article 2 of the Convention cannot be interpreted as requiring access to unauthorised medicinal products for the terminally ill to be regulated in a particular way. It should be noted in this connection that in the European Union this matter remains within the competence of the member States (see paragraphs 45-51 above), and that the Contracting States deal differently with the conditions and manner in which access to unauthorised medicinal products is provided (see paragraphs 54-55 above).

109. There has therefore been no violation of Article 2 of the Convention.

3. *Alleged violation of Article 3 of the Convention*

110. Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of a democratic society. It prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. However, to fall under that provision a given form of treatment must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum level is relative. It depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see, as a recent authority, *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 164, ECHR 2010). In considering whether a treatment is “degrading”, the Court will have regard to whether its object was to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3 (see, among other authorities, *Wainwright v. the United Kingdom*, no. 12350/04, § 41, ECHR 2006-X).

111. An examination of the Court’s case-law shows that Article 3 has been most commonly applied in contexts in which the risk of being subjected to a proscribed form of treatment has emanated from intentionally inflicted acts of State agents or public authorities. It may be described in general terms as imposing a primarily negative obligation on States to refrain from inflicting serious harm on persons within their jurisdiction. However, in view of the fundamental importance of Article 3, the Court has reserved to itself sufficient flexibility to address its application in other situations (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 50, ECHR 2002-III). For instance, suffering which flows from a naturally occurring illness may be covered by Article 3 where it is, or risks being, exacerbated by treatment stemming from measures for which the authorities can be held responsible (see *N. v. the United Kingdom* [GC], no. 26565/05, § 29, ECHR 2008). However, the threshold in such situations is high, because the alleged harm emanates not from acts or omissions of the authorities but from the illness itself (*ibid.*, § 43).

112. In the present case, there is no complaint that the applicants have not received adequate medical treatment. It appears that all of them have benefited from such treatment, which has sadly proved insufficient to treat their medical conditions. Their situation is therefore not comparable to that of persons in custody who complain of a lack of medical treatment (see, for example, *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, §§ 109-16, ECHR 2001-III; *McGlinchey and Others v. the United Kingdom*, no. 50390/99, §§ 47-58, ECHR 2003-V; and *Stawomir Musiał v. Poland*, no. 28300/06, §§ 85-98, 20 January 2009), nor seriously ill persons who would be unable

to obtain treatment if removed to a country which lacks adequate medical facilities (see *N. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 32-51, and the cases cited therein), nor persons in a vulnerable situation who have, as a result of rank indifference on the part of health care professionals, been denied access to otherwise available diagnostic services to which they were entitled as a matter of law (see *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, §§ 148-62, ECHR 2011).

113. The applicants rather claim that the refusal by the authorities to allow them access to an experimental product which, according to them, was potentially life-saving, amounted to inhuman and degrading treatment for which the State was responsible, as it thereby failed to protect them from the suffering resulting from the final stages of their illness. However, as in *Pretty* (cited above, § 54), the Court considers that this claim puts an extended construction on the concept of inhuman or degrading treatment that it cannot accept. It cannot be said that by refusing the applicants access to a product – even if potentially life-saving – whose safety and efficacy are still in doubt, the authorities directly added to the applicants’ physical suffering. It is true that the refusals, inasmuch as they prevented the applicants from resorting to a product which they believed might improve their chances of recovery and survival, caused them mental suffering, especially in view of the fact that the product appears to be available on an exceptional basis in other countries. However, the Court does not consider that the authorities’ refusal reached a sufficient level of severity to be characterised as inhuman treatment (see, *mutatis mutandis*, *A, B and C v. Ireland*, cited above, §§ 163-64). It notes in this connection that Article 3 does not place an obligation on the Contracting States to alleviate the disparities between the levels of health care available in various countries (see, *mutatis mutandis*, *N. v. the United Kingdom*, cited above, § 44). Lastly, the Court does not consider that the refusals can be regarded as humiliating or debasing the applicants.

114. Whether the refusals unduly interfered with the applicants’ right to respect for their physical integrity is a point which the Court will examine below by reference to Article 8 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Tysic v. Poland*, no. 5410/03, § 66, ECHR 2007-I, and *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, § 47, ECHR 2007-IV).

115. There has therefore been no violation of Article 3 of the Convention.

4. *Alleged violation of Article 8 of the Convention*

(a) **Applicability of Article 8**

116. The essence of the applicants’ grievance is that there is a regulatory limitation on their capacity to choose, in consultation with their doctors,

the way in which they should be medically treated with a view to possibly prolonging their lives. This complaint clearly falls to be examined under Article 8, whose interpretation, so far as the notion of “private life” is concerned, is underpinned by the notions of personal autonomy and quality of life (see *Pretty*, cited above, §§ 61 *in fine* and 65, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI). It is by reference to that provision that the Court and the former Commission have most often examined the extent to which States can use compulsory powers to protect people from the consequences of their own conduct, including when that conduct poses a danger to health or is of a life-threatening nature (see, for example, *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, 19 February 1997, §§ 35-36, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, and *K.A. and A.D. v. Belgium*, nos. 42758/98 and 45558/99, §§ 78 and 83, 17 February 2005, concerning involvement in consensual sado-masochistic activities; *Acmanne and Others v. Belgium*, no. 10435/83, Commission decision of 10 December 1984, *Decisions and Reports* 40, p. 255; *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, §§ 82-83, ECHR 2004-II; *Storck v. Germany*, no. 61603/00, §§ 143-44, ECHR 2005-V; *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, no. 302/02, § 135, 10 June 2010; and *Shopov v. Bulgaria*, no. 11373/04, § 41, 2 September 2010, concerning the imposition of medical treatment without consent; and *Pretty*, cited above, §§ 62-67, and *Haas v. Switzerland*, no. 31322/07, § 51, ECHR 2011, concerning assisted suicide).

(b) Positive obligation or interference with a right?

117. The parties argued the case in terms of interference with the applicants' rights under Article 8. In the Court's view, however, the point is not so clear cut. The central issue in the case may be seen as either a curtailment of the applicants' choice of medical treatment, to be analysed as an interference with their right to respect for their private life (compare, *mutatis mutandis*, *Pretty*, cited above, § 67; *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 216; and *S.H. and Others v. Austria*, cited above, §§ 85-88), or as an allegation of a failure on the part of the State to provide an appropriate regulatory framework securing the rights of persons in the applicants' situation, to be analysed in terms of the State's positive duty to ensure respect for their private life (compare, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, § 71; *Tysiāc*, §§ 107-08; *Haas*, §§ 52-53; *A, B and C v. Ireland*, §§ 244-46; and *R.R. v. Poland*, § 188, all cited above). The Court does not find it necessary to determine this point. Although the boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are similar. In both contexts

regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole (see, among other authorities, *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, 21 February 1990, § 41, Series A no. 172; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 75, ECHR 2007-I; and *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 70, ECHR 2007-V). The salient issue in this case is precisely whether such a balance has been struck, regard being had to the State's margin of appreciation in this domain.

(c) The competing interests and the applicable margin of appreciation

118. In its recent judgment in *S.H. and Others v. Austria* (cited above, § 94), the Court summarised the principles for determining the breadth of the State's margin of appreciation under Article 8 as follows. A number of factors must be taken into account. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin will normally be restricted. Where, however, there is no consensus within the Contracting States, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider. There will usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights.

119. The Court starts with the general point that matters of health-care policy are in principle within the margin of appreciation of the domestic authorities, who are best placed to assess priorities, use of resources and social needs (see *Shelley v. the United Kingdom* (dec.), no. 23800/06, 4 January 2008).

120. Turning to the competing interests, the Court observes that it is undeniable that the applicants' interest in obtaining medical treatment capable of mitigating their illness or of helping them overcome it is of the highest order. However, the analysis cannot stop there. When it comes to experimental medicinal products, it is in the nature of things that their quality, efficacy and safety are open to doubt. The applicants do not deny this. They rather seek to argue that because of the dire prognosis attaching to their medical condition, they should have been allowed to assume the risks attendant on a potentially life-saving experimental product. Framed in these terms, the applicants' interest is of a different nature. It may be described as the freedom to opt, as a measure of last resort, for an untested treatment which may carry risks but which the applicants and their doctors consider appropriate to their circumstances, in an attempt to save their lives.

121. That said, the Court nonetheless accepts that, in view of their medical condition and the prognosis for its development, the applicants had

a stronger interest than other patients in obtaining access to experimental treatment whose quality, safety and efficacy have not yet been subjected to comprehensive testing.

122. The countervailing public interest in regulating the access of terminally ill patients such as the applicants to experimental products appears to be based on three premises. Firstly, to protect them, in view of their vulnerable state and the lack of clear data on the potential risks and benefits of experimental treatments, against a course of action which may prove harmful to their own health and life, their terminal condition notwithstanding (see, *mutatis mutandis*, *Haas*, cited above, § 54). The Court notes in this connection that it has emphasised, albeit in a different context, the importance of informed consent to medical procedures (see *V.C. v. Slovakia*, no. 18968/07, §§ 107-17 and 152, ECHR 2011, and *N.B. v. Slovakia*, no. 29518/10, §§ 76-78 and 96, 12 June 2012). Secondly, to ensure that the prohibition laid down in section 7(1) of the Medicinal Products in Human Medicine Act 2007 (see paragraph 22 above) against the production, importation, trade in, advertisement, or use for medical treatment, prophylaxis or diagnostics of products which have not been granted authorisation under the appropriate regulatory channels is not diluted or circumvented. Thirdly, to ensure that the development of new medicinal products is not compromised by, for instance, diminished patient participation in clinical trials. All those interests are related to the rights guaranteed under Articles 2, 3 and 8 the Convention, the first very specifically and the second and third more generally. Moreover, balancing them against the applicants' interest touches upon complex ethical and risk-assessment issues, against a background of fast-moving medical and scientific developments.

123. As regards the consensus within the Contracting States, the Court observes that, according to the comparative-law information available to it, a number of those States have made provision in their laws for exceptions, in particular in the case of terminally ill patients, to the rule that only authorised medicinal products may be used for medical treatment. They have, however, made this option subject to conditions of varying strictness (see paragraphs 54-55 above). On that basis, and on the basis of the manner in which the issue is regulated in the law of the European Union (see paragraphs 44-51 above), the Court concludes that there is now a clear trend in the Contracting States towards allowing, under certain exceptional conditions, the use of unauthorised medicinal products. However, that emerging consensus is not based on settled principles in the law of the Contracting States. Nor does it appear to extend to the precise manner in which that use should be regulated.

124. On the basis of the above considerations, the Court concludes that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one, especially as regards the detailed rules it lays down with a view to achieving a balance between competing public and private interests (see, *mutatis mutandis*, *Evans*, § 82, and *S.H. and Others v. Austria*, § 97, both cited above).

(d) Balancing the interests

125. The Bulgarian authorities have chosen to balance the competing interests by allowing patients who cannot be satisfactorily treated with authorised medicinal products, including terminally ill patients such as the applicants, to obtain, under certain conditions, medicinal products which have not been authorised in Bulgaria, but only if those products have already been authorised in another country (see paragraphs 26 and 31 above). That was apparently the main reason for the refusals by the Medicines Executive Agency in the applicants' cases (see paragraph 14 above). Such a solution tilts the balance between potential therapeutic benefit and medicine risk avoidance decisively in favour of the latter, because medicinal products authorised in another country are likely already to have been subjected to comprehensive safety and efficacy testing. At the same time, this solution leaves products which are still in the various stages of development entirely inaccessible. In view of the authorities' broad margin of appreciation in this domain, the Court considers that that regulatory solution did not fall foul of Article 8. It is not for an international court to determine in place of the competent national authorities the acceptable level of risk in such circumstances. The salient question in terms of Article 8 is not whether a different solution might have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which they did, the Bulgarian authorities exceeded the wide margin of appreciation afforded to them (see, *mutatis mutandis*, *Evans*, § 91, and *S.H. and Others v. Austria*, § 106, both cited above). In view of the considerations set out above, the Court is unable to find that they did.

126. The applicants' other criticism of the regulatory arrangement was that it did not sufficiently allow individual circumstances to be taken into account. However, the Court finds that this was not necessarily inconsistent with Article 8. It is not in itself contrary to the requirements of that provision for a State to regulate important aspects of private life without making provision for the weighing of competing interests in the circumstances of each individual case (see, *mutatis mutandis*, *Pretty*, §§ 74-76; *Evans*, § 89; and *S.H. and Others v. Austria*, § 110, all cited above).

127. The Court therefore concludes that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

...

2. *Holds*, by five votes to two, that there has been no violation of Article 2 of the Convention;
3. *Holds*, by five votes to two, that there has been no violation of Article 3 of the Convention;
4. *Holds*, by four votes to three, that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 13 November 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early
Registrar

Lech Garlicki
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) partly dissenting opinion of Judge Kalaydjieva;
- (b) dissenting opinion of Judge De Gaetano joined by Judge Vučinić.

L.G.
T.L.E

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE KALAYDJIEVA

The present case raises important issues concerning the interpretation of the legitimate purposes pursued by State regulation of public health and pharmaceutical services and its limits under the Convention. I regret being unable to join the opposing conclusions of my learned colleagues as to the principles governing this important sphere.

I am not convinced that a comparison between the applicants' situation and those obtaining in *Pretty v. the United Kingdom* (no. 2346/02, ECHR 2002-III), *Evans v. the United Kingdom* ([GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I), and *S.H. and Others v. Austria* ([GC], no. 57813/00, ECHR 2011) is appropriate for the purposes of analysis of the circumstances in the present case. The applicants in the above-mentioned three cases sought to secure increased positive involvement by the authorities – including the enactment of new legislation – to improve the situation in their private lives. In their cases this involvement inevitably risked giving rise to conflicts with potentially competing or already protected individual rights or public interests. By contrast, the applicants in the present case cannot be said to have requested the establishment of any further positive obligations for the authorities beyond those already laid down in the context of the State's regulatory functions. Furthermore, it is questionable whether the exercise of these functions in the present case risked generating any conflict with public welfare or with any other rights or interests, as was apparently assumed to be the case by the majority (see below).

It appears appropriate to mention that the applicants' situation is not necessarily different from that of any other patient affected by a disease which is regrettably not curable with standard products available for market distribution. While for centuries human medicine has been concerned with the treatment of individual patients under the responsibility of medical doctors, State authorities undertook to share this responsibility through stricter regulations only fifty years ago. In this regard, the finding that “there is now a clear trend in the Contracting States towards allowing, under exceptional conditions, the use of unauthorised medicinal products” (see paragraph 123 of the judgment) does not seem accurately to reflect the historical development of medical and pharmaceutical services. Furthermore, the conclusion that “[i]t is not ... contrary to the requirements of [Article 8] to regulate [these] important aspects of private life without making provision for the weighing of competing interests in the circumstances of each individual case” (see paragraph 126 of the judgment) appears inappropriate for the future development of the recent undertaking

to ensure safe progress in the field of medicine in that it “tilts the balance between potential therapeutic benefit and medicine risk avoidance decisively in favour” of the status quo.

Indeed, a proper definition of the principles governing the State’s regulatory functions in human medicine cannot be achieved by using the safety valve of a “wide margin of appreciation” before analysing the scope and purposes of the positive obligations undertaken in ensuring safe progress in this field, and the extent to which the operation of the established mechanisms met those obligations. These issues concern the compatibility of the impugned refusals with the legitimate aims pursued by State regulation of medical and pharmaceutical services and I regret the Court’s failure to deal with the issue of lawfulness before turning to the doctrine of the margin of appreciation – an instrument introduced by this very Court to facilitate the assessment of the necessity and proportionality of interferences with the free exercise of the rights and freedoms guaranteed by the Convention, and not as a general waiver of the duty of States to respect them as required by Article 1 of the Convention.

The reasoning of the majority leaves the impression that for the first time the phrase “margin of appreciation” has been interpreted, not in the sense of an estimation and evaluation of merit, but as an instrument to justify the national authorities’ complete failure to demonstrate any appreciation whatsoever of the applicants’ right to personal life, or to strike the requisite balance between this right and the presumed counterbalancing public interests. It is a separate issue whether the interests of individual patients and those of the community in ensuring safe progress in improved medical and pharmaceutical services may indeed be seen as competing (see paragraph 117 of the judgment), or as giving rise to any potential conflict (see paragraph 125 of the judgment). I fail to see any conflict between the public and the individual interest in ensuring the safe progress of medical treatment. In any event, the existence of such a conflict in the present case has neither been demonstrated nor alleged.

This dangerous use by the Court, of its own motion, of the instrument of “wide margin of appreciation” can easily be interpreted as granting the executive authorities unwarranted power to impose their own decisions as to the appropriate treatment of any patient, or the unjustified restriction of such treatment to the use of a limited predefined list of products – disregarding equally the opinion of medical professionals and the personal wishes of patients. I am far from convinced that any individual’s medical treatment may be seen to necessarily (not to mention exclusively) fall within the executive authorities’ margin of appreciation. In my understanding, such a result renders the exercise of the medical profession and the notion

of informed consent (which should be one aspect of the State's regulatory functions) redundant. This goes far beyond the legitimate aims pursued in the establishment of regulatory mechanisms.

It is true that the national regulations governing the applicants' situation "do not appear to run counter to a higher-ranking statutory or constitutional rule, or to a rule of European Union law" ... in allowing for exceptions to the general rule that only authorised medicinal products may be "produced, imported, traded ... or used for medical treatment" (see paragraphs 22-23 of the judgment). However, in this regard the State authorities have a margin of appreciation in deciding whether or not to undertake regulatory functions in relation to individual patients' treatment (see paragraphs 45, 49, 50, 51 and 54-55). The extent to which the implementation of the national secondary legislation fulfilled the intended purposes of such functions is highly questionable. The fact remains that these regulations did not require any analysis or consultation for the purposes of quality control of the product requested and the risk/benefit test normally involved in the process of authorisation. In this regard, these regulations served to restrict the meeting of individual needs concerning the exceptional use of unauthorised products only to already authorised ones (see paragraph 125 of the judgment), thus rendering meaningless the exceptional nature of such permission. On the other hand, the same regulations relieved the national authority "in charge of supervising the quality, safety and efficacy of medicinal products" (see paragraph 14 of the judgment) of any duty to carry out such supervision, by redirecting this duty to other countries' regulatory bodies, thus rendering its own functions redundant.

The facts of the present case illustrate that a failure to discharge the functions of "supervising the quality, safety and efficacy of medicinal products" leads automatically to unjustified restrictions on medical treatment, seeing that "unlike the situation obtaining in other European countries, in Bulgaria the compassionate use of unauthorised products was not possible" (see paragraph 14 of the judgment). The Court has failed to analyse whether the limited access of Bulgarian patients to allegedly useful products available elsewhere may be justified and, if so, on what grounds.

Far from wishing to see my country become an arena for dangerous or degrading medical experiments with human beings, I am prepared to agree that there is no established positive obligation on the State authorities to ensure the access of individual patients to products for medicinal purposes which have not been tested for their quality, efficacy and safety – as concluded by the majority. If any positive obligations exist with regard to individual patients, they concern the duty to respect their rights and to ensure their properly informed consent to proposed medical treatment.

However, where the authorities have undertaken the obligation to put in place regulatory mechanisms to control the practice of medical and pharmaceutical professions so as to meet the public and individual interests regarding safety, this undertaking requires them to assume relevant and appropriate functions capable of meeting this obligation, rather than substituting the undertaking with a discretion to refuse treatment in the absence of any justification. I am not prepared to accept that fifty years after the thalidomide tragedy, which triggered the requirement for stricter State regulation, this responsibility may be interpreted as involving some “wide margin of appreciation” as to how to avoid discharging it. Unlike the dissenting minority, I consider that this is a question of the lawfulness of the purpose of the restrictions which appear to have been imposed, instead of the promised proactive functions in the interests of safe medical services, and not a question of the authorities’ “margin of appreciation” in striking the requisite balance between the allegedly competing public and individual interests in obtaining such services. I also do not agree with the opinion of the minority that “the public interest identified by the majority in paragraph 122 of the judgment may be usefully served by more narrowly tailored requirements” (see paragraph 8 of the dissenting opinion of Judge De Gaetano joined by Judge Vučinić) rather than by the effective exercise of the responsibility undertaken, while in fact “there are no major factors of public interest to weigh against the interest of the applicants” (see paragraph 9). No specific considerations in this regard were submitted before the Court.

Turning to the specific substantive issue of the presumed risk involved in “unauthorised”, “untested” or “experimental” products, it is impossible not to share the view that no particular dangers calling for the applicants’ protection were ever indicated or alleged, nor were they informed of such dangers in the course of the brief examination of their requests. In this regard, it cannot be overlooked that the applicants’ condition rendered them eligible for the compassionate use of morphine – a substance whose distribution is not only unauthorised, but also criminalised. It was not argued that the new product to which the applicants sought access was more dangerous or less effective than morphine. I mention this fact as it cannot be overlooked that the State’s functions relating to the authorisation of medicinal products involve a distinction of different levels of authorisation for the use of medicinal products for different purposes. I will not make any contribution to pharmaceutical or medical science in noting that some products, including poisons, are never authorised for market distribution, whereas their use is legitimate and authorised for specific medical purposes. Thus, even the thalidomide tragedy, which triggered the introduction of

stricter controls on the distribution of medicinal products on the market, did not result in the “prohibition” of that product, but in its limited use, which is currently authorised for specific patients. Regrettably, the distinction of authorised use for different purposes, such as market distribution, prescribed use, off-label individual treatment or compassionate individual use, was neither reflected in the applicable secondary legislation nor taken into consideration by the majority in their analysis of the proportionality or necessity of the automatic refusal with which the applicants were confronted, despite the already approved use of the experimental product for specific purposes in other countries. Lastly, it appears that the impugned refusals served neither to inform the applicants of any risk to life or of any degrading experiments which the treatment requested might entail, nor to prevent such treatment. In fact, some of the applicants availed themselves of the product in question outside the territory over which the national authorities exercised jurisdiction. Is State regulation of patients’ and public safety in medical treatment only a question of money?

Regrettably, in adopting the secondary regulations in question and issuing the resulting refusals, the national authorities failed to indicate any convincing reason pertinent to the regulatory functions of State authorities in relation to individual patients’ medical treatment.

Looking at the cited case-law of other courts (see paragraphs 59-67 of the judgment), I find it embarrassing that the Court, when called upon to examine the extent to which the authorities complied with their duty to respect the individual right to medical services, as well as their positive obligations to ensure the effective and safe exercise of that right, seems to be the first to fail to examine the complex ethical and moral issues arising in similar cases.

DISSENTING OPINION OF JUDGE DE GAETANO
JOINED BY JUDGE VUČINIĆ

1. I regret that I cannot share the majority's conclusions in this case, other than on the question of the admissibility of the complaints concerning the authorities' refusal to allow the applicants to use the experimental product that they wished to have administered and on the question of the inadmissibility of the complaint in respect of the alleged violation of Article 13. In my view there was in this case a violation of Article 8, and such a finding would have rendered it unnecessary to examine the issue under Articles 2 and 3 (see *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I).

2. The facts of the case may be summed up as follows: a number of cancer patients in the terminal stage of their disease want, as a measure of last resort, to be allowed to try an experimental, and possibly controversial, anticancer product which is being developed by a Canadian company. They are fully aware of the risks which go with this treatment. The treatment is not available in Bulgaria, and, although it has been offered for free by the Canadian company, the participation of Bulgarian medical institutions and Bulgarian doctors is nevertheless required for it to be administered in Bulgaria. Hence the need for the applicants to apply to the domestic authorities for the necessary permission (see paragraphs 14 and 26 of the judgment).

3. In my view the possibility to “treat oneself” – whether it be by the use of non-medical products, the use of ordinary medication, or the use of available extraordinary medication, as in this case – and to make an informed and free choice in this connection (and provided such a choice does not negatively impinge upon another's life or health) falls within the ambit of one's private life. Indeed, as correctly pointed out in paragraph 116 of the judgment, the very notion of “private life” implies a degree of personal autonomy coupled with an assessment of the quality of life in a specific situation. I also agree that matters of health-care policy are, in principle, within the margin of appreciation of the domestic authorities, who are best placed to assess priorities, use of resources and social needs (see paragraph 119 of the judgment). However, the issue in the present case is a considerably narrower one, and does not involve the allocation of resources. No financial considerations or imperatives were involved. The applicants were not calling upon the State to pay for this treatment (contrast, among others, *Wiater v. Poland* (dec.), no. 42290/08, § 33, 15 May 2012). They were simply asking for the State to “get out of the way” and allow them

access to an experimental product which would be provided to them free of charge. In the instant case, therefore, the Court should have determined the applicable margin of appreciation by reference to factors that are more specific to the situation at hand (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 103, ECHR 2003-VIII, where the Court said that a conflict of views on the margin of appreciation can be resolved only by reference to the context of a particular case), and in particular to the applicants' critical medical condition and the available prognosis.

4. Moreover, a State's margin of appreciation is not unlimited, and, broad as it may be, must always be viewed in the light of the values underpinning the Convention, chief among them the value of life. The Court has often stated that the Convention must be read as a whole and interpreted (and I would say also applied) in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions and the various values enshrined therein (see, albeit in different contexts, *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005-X, and *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, § 54, ECHR 2012). The Court, therefore, in assessing this margin of appreciation in the circumstances of the instant case, and the method chosen by the Bulgarian authorities to "balance" the interests mentioned in paragraphs 120 and 122 of the judgment, should have given more weight to the value of life.

5. As is stated in paragraph 125 of the judgment, the Bulgarian authorities chose "to balance the competing interests" – I very much doubt whether those interests were really "in competition" with each other given the facts of the case – by adopting the general formula that if a medicinal product is not authorised in another country, it cannot be exceptionally used to treat patients in Bulgaria. In my view, in the case of the applicants – terminally ill patients – this generalised solution is unnecessarily restrictive and exceeds the State's margin of appreciation in this domain, for two reasons. The first reason concerns the manner in which the solution was arrived at (see, *mutatis mutandis*, *Hatton and Others*, cited above, § 99). There is no evidence that when adopting the regulations issue, or those that succeeded them, the Minister of Health sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of the restriction (see, *mutatis mutandis*, *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 83 *in limine*, ECHR 2007-V) by, for instance, carrying out a public consultation process (contrast, *mutatis mutandis*, *Hatton and Others*, cited above, § 128). Moreover, since the bar on access to unauthorised medicinal products which have not been authorised in another country was not embodied in primary legislation, the various competing interests were never weighed, nor were issues of proportionality

ever assessed, by the legislature (see, *mutatis mutandis*, *Dickson*, § 83, cited above, and contrast *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 86, ECHR 2007-I). It is important to observe in this connection that the issue has obvious life-or-death implications, and that its importance cannot be emphasised enough.

6. The second reason has to do with the solution's substantive content. It is an unfortunate fact of life in the modern world that the development of new medicinal products is a complex endeavour facing scientific, financial and regulatory hurdles, and as a rule taking many years to complete. As a result, terminally ill patients often do not have the time to await the full testing and authorisation of new medicines which may help them mitigate or overcome their disease. A number of Contracting States, as well as other States and the European Union, are apparently aware of this problem and have for this reason made provision for early access to experimental products which have not yet obtained regulatory approval (see paragraphs 45, 49-51 and 54-58 of the judgment). It is true that the specific way in which such access is being provided varies among countries. However, it appears that in many of them it embraces products which have not obtained regulatory approval anywhere and are in this sense truly new and experimental. The development of new medicinal products is a field which is constantly impacted by scientific developments and advances in technology. By denying the applicants – terminally ill patients – any access to those developments, the Bulgarian authorities effectively disregarded completely their very strong interest in having the opportunity to try treatment which, although involving acceptance of additional uncertainty as to risk, may prove to be the only remaining opportunity for them to attempt to save their lives.

7. I am, of course, fully aware that allowing too many exceptions to the system of authorising medicinal products may undermine its function to ensure that only products whose quality, safety and efficacy have been convincingly demonstrated should be allowed for use by patients. However, I cannot overlook – and unfortunately the majority decision does overlook – the fact that such exceptions already exist and do not appear to have imperilled the operation of that system, both at the national and the higher level. The fact that a number of other States operate such mechanisms in respect of products which have not been authorised anywhere in the world shows that any difficulties that are likely to arise are manageable.

8. The public interest identified in paragraph 122 of the judgment may be usefully served by more narrowly tailored requirements. For instance, the applicable regulations could require the authorities to ensure that the possible benefit of using an unauthorised product justifies the possible risks of using it, and that the risks posed by the product are not unreasonable in the

circumstances and do not outweigh the risks posed by the disease which it is purported to treat. They could additionally insist that medical practitioners who propose to treat terminally ill patients with an unauthorised product explain in detail the known and unknown risks, so as to allow those patients to make truly informed decisions. They could also require that the use of unauthorised products does not obstruct clinical trials of those products, and remains an option of last resort. The majority decision washes its hands of all these considerations by using the safety valve of the “wide margin of appreciation” (see paragraph 125 of the judgment).

9. In sum, I am of the view that there are no major factors of public interest to weigh against the very significant – indeed vital, in a very literal sense – interest of the applicants in obtaining access to experimental medicinal products which have not been authorised for use in another country. Naturally, the State cannot be required to grant access to such medicines without a regulatory framework. But this framework must allow for a proper balancing exercise of the interests involved. In the present case, however, there is no indication that such an exercise was undertaken, and in fact nowhere does the judgment conclude that the State struck a fair balance. The near uniformity of the reasons given by the Director of the Medicines Executive Agency for rejecting each of the applicants’ requests indicates that those refusals did not flow from relevant considerations, but were entirely based on the blanket prohibition on the compassionate use of products not authorised in other countries. More specifically, no attention was given to the special and vulnerable situation of the applicants and the consequent need for respect for, and protection of, their physical and psychological integrity.

10. For these reasons, as has already been stated in paragraph 1 above, I am of the view that there has been a violation of Article 8 of the Convention in this case, and that as a consequence it was unnecessary to examine the applicants’ complaints under Articles 2 and 3.

HRISTOZOV ET AUTRES c. BULGARIE
(Requêtes n^{os} 47039/11 et 358/12)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 13 NOVEMBRE 2012¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Refus d'autoriser l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé à des fins de traitement médical****Article 8**

Obligations positives – Respect de la vie privée – Autonomie personnelle et qualité de vie – Refus d'autoriser l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé à des fins de traitement médical – Absence de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'utilisation de médicaments non autorisés – Solution faisant pencher la balance de manière déterminante en faveur de la prémunition contre les risques médicaux au détriment du bénéfice thérapeutique potentiel mais demeurant dans le cadre de l'ample marge d'appréciation de l'Etat en matière de politiques de santé

Article 2

Obligations positives – Droit à la vie – Refus d'autoriser l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé à des fins de traitement médical – Absence d'obligation positive pour les Etats d'encadrer d'une manière donnée l'accès aux médicaments non autorisés dans les cas où les formes conventionnelles de traitement médical se sont révélées insuffisantes

Article 3

Obligations positives – Traitements inhumains ou dégradants – Refus d'autoriser l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé à des fins de traitement médical – Le refus d'ouvrir l'accès à un traitement susceptible de sauver la vie des intéressés mais dont l'innocuité et l'efficacité demeuraient incertaines n'a pas causé une souffrance morale suffisamment grave pour relever de la portée de l'article 3 – Absence d'obligation positive d'atténuer les disparités entre les niveaux de soins médicaux disponibles d'un pays à l'autre

*

* *

Les dix requérants souffraient du cancer. Devant la Cour, ils se plaignaient de s'être vu refuser l'accès à un médicament expérimental non autorisé. Après avoir suivi

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

en vain différents traitements d'oncologie conventionnels, ils avaient été informés par une clinique privée de l'existence d'un médicament expérimental en cours d'élaboration au Canada, que le fabricant se proposait de fournir gratuitement. Ils demandèrent donc aux autorités nationales la permission d'utiliser ce médicament. En vertu du droit interne, pareille permission ne pouvait être accordée que si le médicament en question avait déjà été autorisé dans un autre pays. Or, même s'il pouvait être administré dans le cadre d'un « usage compassionnel » dans plusieurs pays, le médicament que les requérants souhaitaient obtenir n'avait reçu d'autorisation officielle nulle part. La permission sollicitée leur fut donc refusée.

1. Article 8 : c'est sous l'angle de l'article 8 que la Cour examine la mesure dans laquelle les Etats peuvent recourir à la contrainte pour prémunir des personnes contre les conséquences de leur propre conduite, y compris dans les cas où cette conduite est dangereuse pour leur santé ou pour leur vie, car la notion de « vie privée » est sous-tendue par les notions d'autonomie personnelle et de qualité de la vie. La Cour considère que la question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si, compte tenu de la marge d'appréciation de l'Etat, il a été ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la collectivité, intérêts qu'elle analyse de la manière suivante.

L'intérêt individuel des requérants peut être décrit comme la liberté de choisir, en dernier recours et dans le but d'avoir la vie sauve, de suivre un traitement non testé pouvant comporter des risques mais que leurs médecins et eux-mêmes estiment appropriés à leur cas. L'intérêt public concurrent repose sur trois éléments. Premièrement, il s'agit de protéger les patients contre les risques que comportent les traitements non autorisés. Deuxièmement, il s'agit de garantir que l'interdiction légale de fournir des médicaments non autorisés ne soit pas contournée. Troisièmement, il s'agit de garantir que l'élaboration de nouveaux médicaments ne soit pas compromise, par exemple, par une participation moindre des patients aux essais cliniques.

La Cour rappelle qu'en général les questions de politique de santé relèvent de la marge d'appréciation des autorités nationales. De plus, même s'il existe au sein des Etats contractants une tendance claire à permettre l'utilisation de médicaments non autorisés, il n'y a pas de consensus quant à la manière précise dont cette utilisation est réglementée, ni de principe de droit établi en la matière. Les autorités bulgares ont choisi de mettre en balance les intérêts concurrents en permettant aux patients qui ne peuvent pas être traités de manière satisfaisante avec des médicaments autorisés – y compris les patients souffrant d'une maladie en phase terminale comme les requérants – d'obtenir, sous certaines conditions, des médicaments qui n'ont pas été autorisés en Bulgarie, mais seulement s'ils l'ont été dans un autre pays. Dans la recherche d'un équilibre entre le bénéfice thérapeutique potentiel et la prémunition contre les risques médicaux, pareille solution fait pencher la balance de manière déterminante en faveur de la seconde, car les médicaments autorisés dans un autre pays ont vraisemblablement déjà subi des essais complets quant à leur innocuité et à

leur efficacité. Elle rend ainsi entièrement inaccessibles les produits qui sont encore en cours d'élaboration, à un stade plus ou moins avancé. Pour autant, compte tenu de l'ample marge d'appréciation dont jouissent les autorités dans ce domaine, la Cour considère que ce choix normatif n'a pas méconnu l'article 8. Il n'appartient pas au juge international de se substituer aux autorités nationales compétentes pour déterminer le niveau de risque acceptable en pareilles circonstances; et la question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si les autorités bulgares auraient pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution critiquée elles ont outrepassé l'ample marge d'appréciation dont elles jouissaient. Au vu des considérations exposées dans l'arrêt, la Cour ne peut conclure que ce soit le cas.

Conclusion: non-violation (quatre voix contre trois).

2. Article 2: la Cour note que la Bulgarie a mis en place des règles régissant l'accès aux médicaments non autorisés dans les cas où les formes conventionnelles de traitement médical se sont révélées insuffisantes. Elle juge que l'article 2 ne crée pas d'obligation positive d'orienter pareilles règles dans un sens précis.

Conclusion: non-violation (cinq voix contre deux).

3. Article 3: la souffrance due à une maladie peut relever de l'article 3 si elle se trouve exacerbée par un traitement dont les autorités peuvent être tenues pour responsables. Toutefois, le seuil en pareille situation est élevé, étant donné que le préjudice allégué proviendrait non pas des autorités mais de la maladie elle-même. En l'espèce, les requérants ne se plaignent pas de ne pas avoir reçu les traitements médicaux normalement indiqués, mais du refus des autorités de les laisser suivre un traitement dont ils estiment qu'il pourrait leur sauver la vie mais dont l'innocuité et l'efficacité demeurent incertaines. La Cour estime pour sa part que ce refus ne peut être qualifié de traitement inhumain ou dégradant. Il est vrai qu'il a pu être source de souffrance morale pour les requérants, mais il n'a pas atteint un seuil de gravité suffisant pour relever de la portée de l'article 3. Cette disposition n'impose pas aux Etats contractants d'atténuer les disparités entre les niveaux de soins disponibles d'un pays à l'autre.

Conclusion: non-violation (cinq voix contre deux).

Jurisprudence citée par la Cour

Acmanne et autres c. Belgique, n° 10435/83, décision de la Commission du 10 décembre 1984, Décisions et rapports 40

Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, série A n° 172

Pham Hoang c. France, 25 septembre 1992, série A n° 243

McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324

Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, 19 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I

Di Giovine c. Portugal (déc.), n° 39912/98, 31 août 1999

Powell c. Royaume-Uni (déc.), n° 45305/99, CEDH 2000-V

Wettstein c. Suisse, n° 33958/96, CEDH 2000-XII
Keenan c. Royaume-Uni, n° 27229/95, CEDH 2001-III
Chypre c. Turquie [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV
Calvelli et Ciglio c. Italie [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I
Nitecki c. Pologne (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002
Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, CEDH 2002-III
Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI
Hermida Paz c. Espagne (déc.), n° 4160/02, 28 janvier 2003
McGlinchey et autres c. Royaume-Uni, n° 50390/99, CEDH 2003-V
Sommerfeld c. Allemagne [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003
Glass c. Royaume-Uni, n° 61827/00, CEDH 2004-II
Somogyi c. Italie, n° 67972/01, CEDH 2004-IV
Calheiros Lopes et autres c. Portugal (déc.), n° 69338/01, 3 juin 2004
Öneryıldız c. Turquie [GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII
Pentiacova et autres c. Moldova (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I
K.A. et A.D. c. Belgique, nos 42758/98 et 45558/99, 17 février 2005
Storck c. Allemagne, n° 61603/00, CEDH 2005-V
Gheorghe c. Roumanie (déc.), n° 19215/04, 22 septembre 2005
Wainwright c. Royaume-Uni, n° 12350/04, CEDH 2006-X
Tysiāc c. Pologne, n° 5410/03, CEDH 2007-I
Evans c. Royaume-Uni [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I
Böheim c. Italie (déc.), n° 35666/05, 22 mai 2007
L. c. Lituanie, n° 27527/03, CEDH 2007-IV
Dickson c. Royaume-Uni [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V
Shelley c. Royaume-Uni (déc.), n° 23800/06, 4 janvier 2008
N. c. Royaume-Uni [GC], n° 26565/05, CEDH 2008
Stawomir Musiał c. Pologne, n° 28300/06, 20 janvier 2009
Les témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie, n° 302/02, 10 juin 2010
Shopov c. Bulgarie, n° 11373/04, 2 septembre 2010
A, B et C c. Irlande [GC], n° 25579/05, CEDH 2010
Haas c. Suisse, n° 31322/07, CEDH 2011
R.R. c. Pologne, n° 27617/04, CEDH 2011
Trzepakko c. Pologne (déc.), n° 25124/09, 13 septembre 2011
S.H. et autres c. Autriche [GC], n° 57813/00, CEDH 2011
V.C. c. Slovaquie, n° 18968/07, CEDH 2011
Wiater c. Pologne (déc.), n° 42290/08, 15 mai 2012
N.B. c. Slovaquie, n° 29518/10, 12 juin 2012

En l'affaire Hristozov et autres c. Bulgarie,

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

Lech Garlicki, *président*,
David Thór Björgvinsson,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Vincent A. De Gaetano, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 9 octobre 2012,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 47039/11 et 358/12) dirigées contre la République de Bulgarie et dont dix ressortissants bulgares, M. Zapryan Hristozov, M^{me} Anna Staykova-Petermann, M^{me} Boyanka Tsvetkova Misheva, M. Petar Dimitrov Petrov, M^{me} Krastinka Marinova Pencheva, M^{me} Tana Tankova Gavadinova, M^{me} Blagovesta Veselinova Stoyanova, M. Shefka Syuleymanov Gyuzelev, M. Yordan Borisov Tenekev et M. David Sabbatai Behar («les requérants»), ont saisi la Cour le 15 juillet et le 5 décembre 2011 respectivement en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants sont représentés par M^{es} M. Ekimdzhev, K. Boncheva et G. Chernicherska, avocats à Plovdiv. Le Gouvernement bulgare («le Gouvernement») est représenté par son agent, M^{me} N. Nikolova, du ministère de la Justice.

3. Les requérants allèguent, en particulier, que le refus des autorités de les autoriser à utiliser un médicament expérimental qu'ils souhaitaient se voir administrer dans le cadre d'un «usage compassionnel» a porté atteinte à leur droit à la vie, s'analyse en un traitement inhumain et dégradant et a violé leur droit au respect de la vie privée et familiale. Ils se plaignent en outre de ne pas avoir disposé d'un recours effectif à cet égard.

4. Le 31 août 2011, M. Hristozov est décédé. Ses ayants droit, à savoir sa mère et son père – M^{me} Staykova-Petermann (deuxième requérante, requête n^o 358/12) et M. Hristoz Zapryanov Hristozov – ont exprimé l'intention de poursuivre la procédure en son nom. Le 20 décembre 2011, M. Petrov est

décédé. Ses ayants droit, à savoir sa veuve et sa fille – M^{me} Zhivka Stankova Ivanova-Petrova et M^{me} Veneta Petrova Dimitrova-Paunova – ont exprimé l'intention de poursuivre la procédure en son nom. Le 16 décembre 2011, M. Behar est décédé. Ses ayants droit, à savoir sa veuve et ses deux fils – M^{me} Vera Petrova Behar, M. Leonid David Behar et M. Samson David Behar – ont exprimé l'intention de poursuivre la procédure en son nom. Le 6 mars 2012, M^{me} Pencheva est décédée. Ses ayants droit, à savoir son veuf et sa fille – M. Yordan Penev Penchev et M^{me} Vera Yordanova Peykova – ont exprimé l'intention de poursuivre la procédure en son nom.

5. Le 9 février 2012, le président de la quatrième section, à laquelle les affaires avaient été attribuées, a décidé de les traiter en priorité en vertu de l'article 41 du règlement.

6. Le 21 février 2012, la Cour a décidé de joindre les requêtes. Elle les a déclarées en partie irrecevables et a communiqué au Gouvernement les griefs relatifs au refus des autorités d'autoriser les requérants à utiliser les produits médicaux susmentionnés ainsi que le grief tiré de l'absence alléguée de recours effectif à cet égard. Elle a décidé également d'examiner conjointement la recevabilité et le fond des requêtes (article 29 § 1 de la Convention).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Les requérants sont nés respectivement en 1977, 1954, 1948, 1947, 1948, 1973, 1948, 1966, 1935 et 1947, et résident (ou résidaient de leur vivant) respectivement à Plovdiv, Godech, Dobrich, Kazanlak, Plovdiv, Ruse, Samokov et Sofia.

8. Le premier requérant de la requête n° 47039/11 et les huit requérants de la requête n° 358/12 souffrent ou souffraient de différents types de cancer, en phase terminale. La deuxième requérante de la requête n° 47039/11 est la mère du premier requérant. Quatre des requérants ont succombé à leur maladie peu après avoir introduit leur requête (paragraphe 4 ci-dessus).

9. Après avoir essayé toute une série de traitements conventionnels (chirurgie, chimiothérapie, radiothérapie, hormonothérapie) ou reçu un avis médical les informant que ces formes de traitement ne marcheraient pas dans leur cas ou n'étaient pas disponibles en Bulgarie, tous prirent contact avec une clinique privée de Sofia, le Centre médical pour la médecine

intégrative OOD (*Медицински център Интегративна Медицина ООД*), où on leur parla d'un produit anticancéreux expérimental (MBVax Coley Fluid) qui était en cours d'élaboration par une entreprise canadienne, MBVax Bioscience Inc. Selon les informations émanant de cette entreprise, le produit en question n'a été autorisé à des fins thérapeutiques dans aucun pays mais il est admis à des fins d'« usage compassionnel » (ce terme et d'autres termes analogues sont définis aux paragraphes 50, 56 et 57 ci-dessous) dans plusieurs pays (Afrique du Sud, Allemagne, Bahamas, Chine, Etats-Unis, Irlande, Israël, Mexique, Paraguay, Royaume-Uni et Suisse). Dans une lettre du 9 janvier 2011 adressée au ministère de la Santé bulgare, l'entreprise déclara que dans le cadre du développement préclinique de son produit, elle était disposée à le fournir gratuitement au Centre médical pour la médecine intégrative OOD afin qu'il l'administre aux patients cancéreux qui ne pouvaient plus bénéficier de traitements conventionnels, en échange d'informations sur les effets bénéfiques et indésirables qu'il aurait sur chacun d'eux. Il apparaît que le Centre médical pour la médecine intégrative OOD a en plusieurs occasions au cours des dernières années sollicité l'autorisation d'importer et d'utiliser le produit en question, mais en vain.

10. Les parties ne s'entendent pas sur le point de savoir si le MBVax Coley Fluid a récemment fait l'objet d'essais cliniques. Les requérants affirment qu'il ressort de données publiées le 18 avril 2012 sur le site web du *National Cancer Institute* des Etats-Unis et sur un site web géré par la *United States National Library of Medicine* que le MBV (Mixed Bacteria Vaccine) était à cette date en cours d'essai clinique de phase 1 en Allemagne. Se fondant sur ces données, ils arguent que le produit répondait aux exigences de l'article 83 § 2 du règlement (CE) n° 726/2004 (paragraphe 50 ci-dessous). Le Gouvernement conteste cette affirmation et soutient qu'on ne saurait établir l'existence d'essais cliniques en Allemagne à partir d'éléments trouvés sur des sites web américains.

11. Le Gouvernement ajoute que le MBVax Coley Fluid ne peut être qualifié de médicament au sens des dispositions applicables du droit interne et du droit de l'Union européenne. Les requérants répondent à cela que le fait qu'il n'ait pas été autorisé ne signifie pas qu'il ne s'agit pas d'un médicament au sens de ces dispositions.

12. Les requérants affirment que le MBVax Coley Fluid a été administré avec un certain succès à des patients de cliniques allemandes, américaines, britanniques et irlandaises. Pour étayer leurs dires, ils produisent plusieurs lettres et messages électroniques émanant de différents médecins.

13. Il apparaît que, le 23 juillet 2011, l'un des requérants, M. Petrov, se rendit en Allemagne, où il se procura gratuitement le produit auprès de MBVax Bioscience Inc. ; et que ce produit lui fut administré sept fois. Il retourna peu après en Bulgarie car il ne pouvait plus faire face au coût de son séjour en Allemagne et des honoraires de l'établissement de santé qui lui administrait le traitement.

14. Chacun des requérants, y compris M^{me} Staykova-Petermann, agissant au nom de son fils malade, a demandé aux autorités l'autorisation d'utiliser le MBVax Coley Fluid. Dans des lettres du 20 juin, du 15 juillet et des 1^{er} et 31 août 2011, le directeur de l'Agence du médicament (*Изпълнителна агенция по лекарствата*) – l'autorité chargée de contrôler la qualité, l'innocuité et l'efficacité des médicaments – leur répondit que, le MBVax Coley Fluid étant un produit expérimental non encore autorisé ni même testé cliniquement dans quelque pays que ce fût, le règlement n° 2 de 2001 (paragraphe 25 et 26 ci-dessous) ne permettait pas de l'autoriser en Bulgarie. Il ajouta que la loi bulgare ne permettait pas l'utilisation de médicaments non autorisés hors du cadre d'essais cliniques et que, à la différence d'autres pays européens, la Bulgarie ne permettait pas l'usage compassionnel de produits non autorisés. Il souligna à cet égard que le droit de l'Union européenne n'obligeait nullement les Etats membres à appliquer une approche harmonisée dans ce domaine. Dans certaines des lettres, il indiqua également, sans entrer dans le détail, que les informations que les requérants croyaient avoir au sujet du MBVax Coley Fluid étaient erronées.

15. Certains des requérants introduisirent un recours auprès du ministre de la Santé. Dans une lettre du 13 juillet 2011, celui-ci exprima son plein accord avec la position exprimée par l'Agence du médicament.

16. Trois des requérants de la requête n° 358/12 introduisirent un recours auprès du Médiateur de la République. Par des lettres du 22 juillet et des 4 et 14 septembre 2011, celui-ci leur répondit que, le MBVax Coley Fluid n'ayant été autorisé dans aucun pays, ils ne pouvaient y avoir accès en Bulgarie que dans le cadre d'un essai clinique.

17. Les requérants n'introduisirent pas de recours en justice.

18. Le 27 octobre 2011, la Direction régionale de la santé de Sofia décida de radier le Centre médical pour la médecine intégrative OOD du registre des établissements de santé, au motif qu'il pratiquait des activités contraires aux normes médicales établies. Le centre OOD contesta cette décision devant le tribunal administratif de Sofia. Une audience eut lieu le 8 décembre 2011. Une deuxième audience fut prévue pour le 24 février 2012, mais reportée au 14 juin, puis au 5 octobre, puis au 12 octobre 2012. L'affaire est toujours pendante devant le tribunal administratif de Sofia.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. La Constitution

19. En ses parties pertinentes, l'article 52 de la Constitution de 1991 est ainsi libellé :

« 1. Les citoyens ont droit à une assurance médicale leur garantissant des soins médicaux abordables, ainsi qu'à des soins médicaux gratuits dans les conditions prévues par la loi (...)

3. L'Etat protège la santé de tous les citoyens (...)

4. Nul ne peut être soumis contre son gré à un traitement médical ou à une mesure sanitaire, sauf dans les cas prévus par la loi.

5. L'Etat exerce un contrôle sur tous les établissements de soins et sur la production et le commerce des médicaments, des substances biologiquement actives et du matériel médical. »

20. Dans une décision du 2 février 2007 (*resh. № 2 от 22 февруари 2007 г. по к. д. № 12 от 2006 г., обн., ДВ, бр. 20 от 6 март 2007 г.*), la Cour constitutionnelle a dit que, les droits garantis par l'article 52 § 1 de la Constitution étant, à la différence des droits fondamentaux classiques tels que le droit à la vie, le droit à la liberté et à la sécurité, le droit à la vie privée ou le droit à la liberté de pensée et de religion, des droits sociaux, ils ne pouvaient pas être appliqués directement par les tribunaux et ne pouvaient être mis en œuvre que par une action de l'Etat. Elle a ajouté que c'était pour cette raison que la Constitution précisait que les soins médicaux devaient être délivrés dans les conditions prévues par la loi.

B. La loi de 2007 sur les médicaments en médecine humaine et ses règlements d'application

21. Les médicaments en médecine humaine (par opposition à la médecine vétérinaire) sont régis par la loi de 2007 sur les médicaments en médecine humaine (*Закон за лекарствените продукти в хуманната медицина*), dont l'article 3 § 1, qui reprend l'article 1 § 2 de la directive 2001/83/CE (paragraphe 44 ci-dessous), définit le « médicament de médecine humaine » comme a) toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines, ou b) toute substance ou composition pouvant être administrée à l'homme en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier des fonctions physiologiques chez l'homme par l'exercice d'une action pharmacologique, immunologique ou métabolique. L'article 3 § 2, qui reprend l'article 1 § 3 de la directive, définit la « substance » comme toute

matière, dont l'origine peut être humaine (sang humain et produits dérivés du sang humain par exemple), animale (micro-organismes, organes, substances obtenues par extraction, sécrétions animales, toxines, produits dérivés du sang, etc.), végétale (micro-organismes, plantes, parties de plantes, substances obtenues par extraction, sécrétions végétales, etc.), ou chimique (éléments, matières chimiques naturelles et produits chimiques de transformation et de synthèse, etc.).

22. L'article 7 § 1 de la loi pose une règle générale en vertu de laquelle seuls les médicaments qui ont été autorisés, soit en Bulgarie soit dans le cadre de la procédure d'autorisation centralisée de l'Union européenne prévue par le règlement (CE) n° 726/2004 (paragraphe 48 ci-dessous), peuvent être produits, importés, mis sur le marché, utilisés à des fins de traitement médical, de prophylaxie ou de diagnostic, ou faire l'objet de publicité.

23. Les articles suivants posent un certain nombre d'exceptions à cette règle. L'article 8 dispose que ne sont pas soumis à autorisation : a) les médicaments préparés en pharmacie conformément à une prescription médicale délivrée à un malade particulier (préparation magistrale), b) les médicaments préparés en pharmacie conformément à une formule inscrite à la pharmacopée (préparation officinale), et c) les médicaments utilisés pour les « thérapies de pointe », préparés pour un malade particulier conformément aux instructions individualisées d'un médecin aux fins d'un usage en établissement de santé sous la responsabilité personnelle du médecin. L'article 10 § 1 permet au ministre de la Santé d'autoriser l'usage d'un médicament non autorisé, sous certaines conditions, aux fins du traitement d'une épidémie ou d'une contamination chimique ou nucléaire, en l'absence de médicament autorisé adapté. L'article 11 § 1 habilite le ministre à autoriser, sous certaines conditions, l'utilisation d'un produit qui n'a pas été autorisé en Bulgarie mais qui a été autorisé dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

24. L'article 9 § 1 dispose qu'un patient peut être traité avec un médicament non autorisé si l'hôpital introduit une demande à cet effet. La méthode et les critères applicables en pareil cas sont fixés dans un règlement adopté par le ministre de la Santé.

25. Au moment où les requérants ont demandé à être autorisés à utiliser le MBVax Coley Fluid, ce règlement était le règlement n° 2 du 10 janvier 2001 (*Наредба № 2 от 10 януари 2001 г. за условията и реда за лечение с неразрешени за употреба в Република България лекарствени продукти*), qui remplaçait le règlement n° 18 du 28 juin 1995 (*Наредба № 18 от 28 юни 1995 г. за условията и реда за лечение с нерегистрирани лекарствени средства*). Ces deux règlements avaient été adoptés en vertu de l'article 35 § 3 de la loi de 1995 sur les médicaments

et la pharmacie en médecine humaine (*Закон за лекарствата и аптеките в хуманната медицина*), remplacée depuis par la loi de 2007. Cet article disposait que les médicaments nécessaires pour le traitement de maladies présentant certains symptômes particuliers devaient, lorsque le traitement par des médicaments autorisés s'était révélé infructueux, être dispensés d'autorisation conformément à des critères et méthodes énoncés par le ministre de la Santé.

26. L'article 2 du règlement n° 2 disposait que, lorsque le traitement par des médicaments autorisés s'était révélé infructueux, il pouvait être prescrit des médicaments qui n'avaient pas été autorisés en Bulgarie si ces médicaments avaient été autorisés dans d'autres pays et étaient destinés au traitement de maladies rares ou de maladies présentant des symptômes particuliers.

27. L'article 1 du règlement n° 18 posait des conditions analogues. Il disposait que les médicaments non enregistrés en Bulgarie ne pouvaient être utilisés que s'ils étaient enregistrés dans d'autres pays et que la maladie qu'ils étaient destinés à traiter ne pouvait pas l'être avec des produits enregistrés en Bulgarie, soit parce qu'il n'existait pas de traitement adapté avec ces produits soit parce que le traitement s'était révélé infructueux.

28. La procédure prévue par le règlement n° 2 était la suivante. Un collègue de trois médecins nommés par le directeur de l'hôpital (l'un de ces médecins devant être un spécialiste du traitement de la maladie en cause) devait prescrire le produit non autorisé (articles 3 § 1 et 3 § 2). La prescription, qui ne pouvait porter sur une durée de plus de trois mois (article 3 § 4), devait ensuite être approuvée par le directeur de l'hôpital (article 3 § 3), puis envoyée à l'Agence du médicament avec une déclaration du patient (ou de ses père, mère ou tuteur le cas échéant) attestant que l'intéressé acceptait d'être traité avec le produit non autorisé (article 4 § 2). L'Agence du médicament avait dix jours ouvrables pour décider d'accorder ou non l'autorisation de traitement. Si les conditions nécessaires n'étaient pas réunies, elle rendait une décision de refus, qui pouvait pendant sept jours faire l'objet d'un recours devant le ministre de la Santé, lequel avait alors sept jours pour statuer sur le recours (article 5 § 1).

29. Si la nécessité d'utiliser un produit non autorisé aux fins de sauver la vie d'un patient survenait dans un établissement de santé autre qu'un hôpital, le directeur de cet établissement pouvait établir un document indiquant le produit nécessaire et la quantité requise et, après avoir obtenu l'aval de l'Agence du médicament, solliciter l'autorisation du ministre de la Santé. Le ministre pouvait alors prendre une décision d'autorisation précisant le produit, la quantité et les bénéficiaires concernés (article 8 § 1).

30. Le 6 décembre 2011, le règlement n° 2 fut remplacé par le règlement n° 10 du 17 novembre 2011 (*Наредба № 10 от 17 ноември 2011 г. за условията и реда за лечение с неразрешени за употреба в Република България лекарствени продукти, както и за условията и реда за включване, промени, изключване и доставка на лекарствени продукти от списъка по чл. 266а, ал. 2 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина*).

31. En vertu de l'article 1 § 2 du nouveau règlement, ne peuvent être autorisés en Bulgarie que les médicaments qui peuvent être prescrits par un médecin dans un autre pays. En vertu de l'article 2 § 1, il peut être prescrit des médicaments non autorisés destinés à être utilisés par un malade particulier s'ils sont autorisés dans d'autres pays et que le traitement par des médicaments autorisés en Bulgarie est impossible ou a échoué. En vertu de l'article 3 § 1, les hôpitaux peuvent aussi obtenir des médicaments non autorisés si ceux-ci sont fournis dans le cadre de « programmes internationaux ou nationaux » ou par une organisation internationale qui est la seule entité en mesure de se les procurer.

32. La procédure prévue par le règlement n° 10 est la suivante. Un collègue de trois médecins nommés par le directeur de l'hôpital (l'un de ces médecins devant être un spécialiste du traitement de la maladie en cause) doit prescrire le produit non autorisé (articles 4, 5 § 1 et 6 § 1). La prescription doit être accompagnée d'un document consignait par écrit le consentement éclairé du patient, ou de ses père, mère ou tuteur le cas échéant (articles 5 § 2 et 6 § 4), et elle ne peut porter sur une durée de plus de trois mois (articles 5 § 3 et 6 § 2). Elle doit être approuvée par le directeur de l'hôpital (article 7 § 1). L'Agence du médicament doit ensuite soit accorder l'autorisation soit rendre une décision de refus motivée (article 8 § 1). Elle doit rejeter la demande d'autorisation si la prescription ou le médicament ne répondent pas aux conditions posées par le règlement (article 8 § 2). Les refus de l'agence sont susceptibles de recours et de contrôle juridictionnel (article 8 § 3).

33. Le 21 juillet 2011, le Parlement a ajouté à la loi de 2007 un nouvel article, l'article 266a. Cet article est entré en vigueur le 5 août 2011 et dispose, en son paragraphe 1, que lorsqu'il n'est pas possible de traiter une maladie avec les médicaments disponibles dans le pays, on peut traiter un malade particulier avec un produit qui est autorisé à la fois dans un autre Etat membre de l'Union européenne et en vertu de la loi de 2007, mais qui n'est pas sur le marché en Bulgarie. Le ministre de la Santé doit tenir une liste de ces produits et la mettre à jour chaque année (article 266a § 2). L'exposé des motifs du projet de loi modificatif mentionne la nécessité de permettre aux patients bulgares d'accéder aux médicaments autorisés non

disponibles sur le marché bulgare mais disponibles dans d'autres Etats membres de l'Union européenne.

34. Il semble qu'il n'y ait pas de jurisprudence relative à l'un ou l'autre de ces trois règlements successifs (n° 18, n° 2 et n° 10).

C. Le code de procédure administrative de 2006

35. En vertu du code de procédure administrative de 2006, les mesures administratives individuelles peuvent être contestées devant un tribunal par les personnes concernées, pour irrégularité (articles 145 § 1 et 147 § 1). Il n'y a pas d'obligation générale d'épuiser d'abord les voies de recours administratives (article 148).

36. Les textes normatifs, dont les règlements, peuvent aussi être contestés devant la Cour administrative suprême (articles 185 § 1 et 191 § 1), par toute personne physique ou morale dont ils affectent ou pourraient affecter les droits, libertés ou intérêts juridiques (article 186 § 1). La décision de la cour est d'effet *erga omnes* (article 193 § 2). Lorsqu'un texte normatif est annulé par voie judiciaire, il est réputé abrogé à compter de la date à laquelle la décision correspondante devient définitive (article 195 § 1).

D. La jurisprudence communiquée par le Gouvernement

37. Dans une décision du 11 décembre 2008 (*реш. № 13627 от 11 декември 2008 г. по адм. д. № 11799/2008 г., ВАС, нетчл. с.*), la Cour administrative suprême a annulé un règlement qui imposait aux opérateurs de téléphonie et aux fournisseurs d'accès internet de donner au ministère de l'Intérieur un accès technique « passif » aux données de communications qu'ils conservaient. Elle a jugé que, ne prévoyant aucune condition ou procédure pour l'octroi d'un tel accès, ce règlement permettait une atteinte disproportionnée aux droits protégés par les articles 32 (vie privée) et 34 (correspondance et communications) de la Constitution bulgare de 1991 et par l'article 8 de la Convention européenne, alors qu'il était impératif que toute ingérence de cette sorte soit soumise à des garanties adéquates contre les abus. Elle a ajouté que le règlement était contraire à différentes dispositions de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

38. Dans des décisions du 25 mars et du 21 avril 2011 (*реш. № 384 от 25 март 2011 г. по адм. д. № 1739/2009 г., ВАС; реш. № 701 от 21 април 2011 г. по адм. д. № 660/2011 г., ПАС*), le tribunal administratif de Burgas

et le tribunal administratif de Plovdiv ont annulé des interdictions de voyage à l'étranger imposées au motif que les intéressés n'avaient pas réglé des dettes reconnues judiciairement. Ils ont jugé que les dispositions du droit bulgare en vertu desquelles ces interdictions avaient été adoptées étaient contraires à l'article 27 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Juste avant cela, le 22 mars 2011, la Cour administrative suprême avait dit, dans une décision interprétative contraignante (*тълк. р. № 2 от 22 март 2011 г. по т. д. № 6/2010 г., ВАС, ОЧК*), que ces interdictions pouvaient être annulées si elles étaient contraires à la directive.

39. Dans une décision du 17 mai 2010 (*реш. от 17 май 2010 г. по адм. д. № 206/2010 г., МАС, I с.*), le tribunal administratif de Montana a annulé une ordonnance d'expulsion prononcée à l'encontre d'un étranger qui était arrivé en Bulgarie à un très jeune âge et qui y avait vécu avec sa famille pendant plusieurs années. Il a jugé que la mesure d'expulsion était disproportionnée en ce qu'elle ne tenait pas compte de la situation familiale de l'intéressé ni de son niveau d'intégration dans le pays et de son absence correspondante de liens avec le pays où il devait être expulsé. Pour parvenir à cette conclusion, il s'est appuyé non seulement sur les dispositions pertinentes du droit bulgare, mais aussi sur l'article 8 de la Convention, sur l'article 78 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et sur les articles 16, 20 et 21 de la directive 2003/109/CE du Conseil de l'Union européenne du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

40. Dans des décisions du 29 juin 2010 et du 9 mars 2012 (*онп. № 14 от 29 юни 2010 г. по ч. к. а н. д. № 162/2010 г., ХАС, II к. с.; онп. № 10 от 9 март 2012 г. по к. н. а. х. д. № 117/2012 г., КАС*), le tribunal administratif de Haskovo et le tribunal administratif de Kyustendil ont annulé des décisions par lesquelles les juridictions inférieures avaient mis fin à une procédure de contrôle juridictionnel relative à des amendes imposées par les autorités pour des infractions administratives (amendes qui, légalement, n'étaient pas susceptibles de contrôle juridictionnel), en s'appuyant sur l'article 6 § 1 de la Convention et sur les arrêts rendus par la Cour dans les affaires *Öztürk c. Allemagne* (21 février 1984, série A n° 73) et *Lauko c. Slovaquie* (2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI).

E. Les droits des patients

41. Un patient – c'est-à-dire, en vertu de l'article 84 § 1 de la loi de 2004 sur la santé, toute personne qui a demandé ou qui reçoit un traitement

médical – a le droit, notamment, a) au respect de ses droits civils, politiques, économiques, sociaux, culturels et religieux, b) à des informations claires et accessibles sur son état de santé et sur les méthodes de traitement éventuelles, c) à la sécurité et à la sûreté du diagnostic et des procédures utilisées pour son traitement, et d) à l'accès à des méthodes modernes de traitement (article 86 §§ 1-1, 1-8, 1-10 et 1-11 de la loi de 2004). L'article 87 § 1 de la loi de 2004 pose une règle générale selon laquelle les procédures médicales ne peuvent être pratiquées qu'avec le consentement éclairé du patient. Pour recueillir ce consentement, le médecin responsable du traitement doit informer le patient a) du diagnostic et de la nature de la maladie, b) du but et de la nature du traitement envisagé, des alternatives raisonnables éventuellement disponibles, des résultats attendus et du pronostic, c) des risques potentiels de l'état diagnostiqué et des méthodes de traitement envisagées, y compris les effets secondaires et les réactions indésirables, la douleur ou les autres difficultés, et d) de la probabilité d'effets positifs et des risques pour la santé d'autres méthodes de traitement ou d'un refus de suivre le traitement proposé (article 88 § 1). Toutes ces informations doivent être données sous un volume et une forme appropriés, afin de garantir la liberté de choix du traitement (article 88 § 2). En cas d'intervention chirurgicale, d'anesthésie générale ou d'autre méthode de traitement comportant un risque accru pour la vie ou la santé du patient, les informations données ainsi que le consentement éclairé de l'intéressé doivent être enregistrés par écrit (article 89 § 1).

F. La réglementation de l'exercice de la médecine

42. La loi de 1999 sur les établissements médicaux régit notamment l'inscription et l'autorisation d'exercer des établissements médicaux. En vertu de son article 39 § 1, les établissements de soins non hospitaliers et les hospices doivent être inscrits auprès de l'inspection de la santé territorialement compétente (article 40 § 1). En vertu de l'article 46 § 1, les hôpitaux, les centres d'oncologie spécialisés et certains autres établissements non concernés dans le cas d'espèce doivent obtenir une autorisation d'exercer. Cette autorisation est délivrée par le ministre de la Santé (article 46 § 2). Les établissements médicaux ne peuvent exercer que s'ils ont été inscrits ou autorisés, selon les cas (article 3 § 3). Leurs activités médicales sont contrôlées par les autorités (article 4 § 3).

43. Les praticiens de la médecine doivent avoir un diplôme approprié (article 183 §§ 1 et 2 de la loi de 2004 sur la santé) et être membres d'une association professionnelle (article 183 § 3).

III. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE PERTINENT

44. Dans l'Union européenne, un médicament ne peut en principe être mis sur le marché que s'il a fait l'objet d'une autorisation, soit dans le cadre de la « procédure d'autorisation centralisée » soit dans le cadre de procédures nationales (il existe des règles détaillées quant aux produits qui doivent ou peuvent être autorisés dans le cadre de la procédure centralisée). La disposition pertinente est l'article 6 § 1 de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée. Il prévoit ceci :

«Aucun médicament ne peut être mis sur le marché d'un Etat membre sans qu'une autorisation de mise sur le marché n'ait été délivrée par l'autorité compétente de cet Etat membre, conformément à la présente directive, ou qu'une autorisation n'ait été délivrée conformément aux dispositions du règlement (CE) n° 726/2004, lues en combinaison avec le règlement (CE) n° 1901/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relatif aux médicaments à usage pédiatrique et le règlement (CE) n° 1394/2007.»

45. Il existe cependant des exceptions à cette règle. Par exemple, il est possible d'obtenir un médicament non autorisé pour une « utilisation pour un malade particulier », un « usage compassionnel » ou une « utilisation en dehors des indications thérapeutiques ». L'article 5 § 1 de la directive susmentionnée, qui reprend le libellé figurant en 1989 dans la directive 89/341/CEE (abrogée), régit l'« utilisation pour un malade particulier ». Il est ainsi libellé :

«Un Etat membre peut, conformément à la législation en vigueur et en vue de répondre à des besoins spéciaux, exclure des dispositions de la présente directive les médicaments fournis pour répondre à une commande loyale et non sollicitée, élaborés conformément aux spécifications d'un professionnel de santé agréé et destinés à ses malades particuliers sous sa responsabilité personnelle directe.»

46. L'affaire Commission européenne contre République de Pologne (Cour de justice de l'Union européenne, C-185/10) concernait l'interprétation de ces dispositions. La Pologne estimait que son droit interne respectait la dérogation prévue par l'article 5 § 1 de la directive 2001/83/CE. Dans un arrêt du 29 mars 2012, la Cour de justice a dit qu'en autorisant l'importation et la mise sur le marché de médicaments non autorisés analogues à des produits déjà autorisés sur le territoire national mais moins chers que ceux-ci, l'Etat polonais avait manqué aux obligations que lui faisait l'article 6 de la directive. Relativement à l'interprétation à donner à la dérogation prévue par l'article 5 § 1, elle s'est exprimée ainsi :

«30. Ainsi qu'il ressort du libellé de cette disposition, la mise en œuvre de la dérogation qu'elle prévoit est subordonnée à la réunion d'un ensemble de conditions cumulatives.

31. Afin d'interpréter cette disposition, il convient de tenir compte de ce que, de manière générale, les dispositions qui ont le caractère de dérogation à un principe doivent, selon une jurisprudence constante, être interprétées de manière stricte (voir notamment, en ce sens, l'arrêt du 18 mars 2010, *Erotic Center*, C-3/09, Rec. p. I-2361, point 15 et jurisprudence citée).

32. Plus spécifiquement, s'agissant de la dérogation visée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/83, la Cour a déjà souligné que la possibilité d'importation de médicaments non agréés, prévue par une législation nationale mettant en œuvre la faculté prévue à cette disposition, doit demeurer exceptionnelle afin de préserver l'effet utile de la procédure d'[autorisation de mise sur le marché] (voir, en ce sens, l'arrêt du 8 novembre 2007, *Ludwigs-Apotheke*, C-143/06, Rec. p. I-9623, points 33 et 35).

33. Ainsi que l'a exposé M. l'avocat général au point 34 de ses conclusions, la faculté, qui découle de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/83, d'exclure l'application des dispositions de celle-ci ne peut donc être exercée qu'en cas de nécessité, en tenant compte des besoins spécifiques des patients. Une interprétation différente serait contraire à l'objectif de sauvegarde de la santé publique, qui est atteint par l'harmonisation des règles relatives aux médicaments, particulièrement celles qui régissent l'[autorisation de mise sur le marché].

34. La notion de «besoins spéciaux», visée à l'article 5, paragraphe 1, de cette directive, se réfère uniquement à des situations individuelles justifiées par des considérations médicales et présuppose que le médicament est nécessaire pour répondre aux besoins des patients.

35. De même, l'exigence que les médicaments soient fournis pour répondre à une «commande loyale et non sollicitée» signifie que le médicament doit avoir été prescrit par le médecin à l'issue d'un examen effectif de ses patients et en se fondant sur des considérations purement thérapeutiques.

36. Il résulte de l'ensemble des conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive, lues à la lumière des objectifs essentiels de cette même directive, et notamment celui tenant à la sauvegarde de la santé publique, que la dérogation prévue par cette disposition ne peut concerner que des situations dans lesquelles le médecin estime que l'état de santé de ses patients particuliers requiert l'administration d'un médicament dont il n'existe pas d'équivalent autorisé sur le marché national ou qui se trouve indisponible sur ce marché.»

47. Par ailleurs, l'article 126 bis de la directive permet aux Etats membres d'autoriser la mise sur leur marché de médicaments autorisés dans un autre Etat membre, sous certaines conditions. Le paragraphe 1 de cet article est ainsi libellé:

«En l'absence d'autorisation de mise sur le marché ou de demande en instance pour un médicament autorisé dans un autre Etat membre conformément à la présente

directive, un Etat membre peut, pour des raisons de santé publique justifiées, autoriser la mise sur le marché de ce médicament.»

D'autres conditions sont énoncées aux paragraphes 2 et 3.

48. On trouve à l'article 83 du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments une autre exception à l'interdiction générale que pose l'article 6 § 1 de la directive 2001/83/CE.

49. En ses parties pertinentes, le paragraphe 33 du préambule de ce règlement prévoit ceci :

« Afin de répondre notamment aux attentes légitimes des patients et de tenir compte de l'évolution de plus en plus rapide de la science et des thérapies (...) [d]ans le domaine des médicaments à usage humain, il convient également de mettre en œuvre une approche commune, chaque fois que cela est possible, concernant les critères et les conditions de l'usage compassionnel de nouveaux médicaments prévus par les législations des Etats membres.»

50. L'article 83 du règlement est ainsi libellé :

« 1. Par dérogation à l'article 6 de la directive 2001/83/CE, les Etats membres peuvent rendre disponible en vue d'un usage compassionnel un médicament à usage humain relevant des catégories visées à l'article 3, paragraphes 1 et 2, du présent règlement [médicaments pouvant ou devant être autorisés dans le cadre de la procédure d'autorisation centralisée, visés en annexe au règlement].

2. Aux fins du présent article, on entend par « usage compassionnel » la mise à disposition, pour des raisons compassionnelles, d'un médicament relevant des catégories visées à l'article 3, paragraphes 1 et 2, à un groupe de patients souffrant d'une maladie invalidante, chronique ou grave, ou d'une maladie considérée comme mettant la vie en danger, ces patients ne pouvant pas être traités de manière satisfaisante par un médicament autorisé. Le médicament concerné doit soit avoir fait l'objet d'une demande d'autorisation de mise sur le marché conformément à l'article 6 du présent règlement, soit être en cours d'essais cliniques.

3. Lorsqu'un Etat membre a recours à la possibilité prévue au paragraphe 1, il le notifie à l'Agence.

4. Lorsqu'un usage compassionnel est envisagé, le comité des médicaments à usage humain peut, après avoir consulté le fabricant ou le demandeur, adopter des avis sur les conditions d'utilisation, les conditions de distribution et les patients cibles. Ces avis sont régulièrement mis à jour.

5. Les Etats membres tiennent compte de tous les avis existants.

6. L'Agence tient à jour une liste des avis adoptés conformément au paragraphe 4, qui sont publiés sur son site Internet. L'article 24, paragraphe 1, et l'article 25 s'appliquent *mutatis mutandis*.

7. Les avis visés au paragraphe 4 ne portent pas atteinte à la responsabilité civile ou pénale du fabricant ou du demandeur de l'autorisation de mise sur le marché.

8. Dans la mesure où un programme a été mis en place à titre d'usage compassionnel, le demandeur veille à ce que les patients qui y participent aient également accès au nouveau médicament pendant la période courant entre la délivrance de l'autorisation et la mise sur le marché.

9. Le présent article est sans préjudice de la directive 2001/20/CE [directive sur les essais cliniques] et de l'article 5 de la directive 2001/83/CE.»

51. En juillet 2007, l'Agence européenne des médicaments a adopté des lignes directrices sur l'usage compassionnel des médicaments prévu par l'article 83 du règlement (CE) n° 726/2004 (*Guideline on compassionate use of medicinal products, pursuant to Article 83 of Regulation (EC) No. 726/2004*, EMEA/27170/2006, en anglais seulement). Ces lignes directrices indiquent que la mise en œuvre de programmes d'usage compassionnel demeure de la compétence des Etats membres; que l'article 83 vient compléter les législations nationales; et que l'existence d'une autorisation communautaire pour un médicament est sans préjudice de toute législation nationale relative à l'usage compassionnel. Elles expliquent que l'article 83 vise un objectif triple: il s'agit a) de faciliter et d'améliorer l'accès des patients à des programmes d'usage compassionnels dans l'Union européenne, b) de favoriser l'application d'une approche commune en matière de conditions d'utilisation, de distribution et de prescription de nouveaux médicaments non autorisés aux fins d'un usage compassionnel, et c) d'accroître la transparence entre Etats membres en ce qui concerne la disponibilité des traitements. Enfin, le texte précise que l'article 83 n'est applicable ni aux produits qui ne peuvent faire l'objet de la procédure d'autorisation centralisée ni à l'usage compassionnel au bénéfice d'un malade particulier au sens de l'article 5 de la directive 2001/83/CE (paragraphe 45 ci-dessus).

52. A ce jour, l'Agence européenne des médicaments a rendu deux avis au titre de l'article 83 § 4 du règlement. Le premier, rendu le 20 janvier 2010 pour la Finlande, concernait le produit IV Tamiflu. Le deuxième, rendu le 18 février 2010 pour la Suède, concernait le produit IV Zanamivir.

53. La Commission européenne a publié en vertu de l'article 106 de la directive 2001/83/CE et de l'article 24 du règlement (CEE) n° 2309/93 des lignes directrices sur la pharmacovigilance pour les médicaments à usage humain (*Volume 9A – Guidelines on pharmacovigilance for medicinal products for human use*, en anglais seulement). Ce document indique ceci (traduction du greffe):

«5.7. Rapports sur l'usage compassionnel/l'utilisation pour un malade particulier

L'usage compassionnel d'un médicament et son utilisation pour un malade particulier devraient être strictement contrôlés par l'entreprise responsable de la fourniture du médicament et devraient dans l'idéal faire l'objet d'un protocole.

Ce protocole devrait garantir, d'une part, la tenue d'une liste des patients bénéficiaires et la fourniture à ceux-ci d'informations adéquates sur la nature du médicament et, d'autre part, la fourniture tant aux prescripteurs qu'aux patients des informations disponibles sur les propriétés du médicament, afin d'en rendre l'usage aussi sûr que possible. Le prescripteur devrait être encouragé à signaler à l'entreprise et, lorsque les règles nationales l'exigent, à l'autorité compétente, toute réaction indésirable.

Les entreprises devraient contrôler en permanence le rapport bénéfice-risque des médicaments prescrits pour un usage compassionnel ou par un malade particulier (et ce, que le traitement fasse ou non l'objet d'un protocole), et se conformer aux obligations de transmission d'informations aux autorités compétentes. Au minimum, les exigences posées au chapitre I.4 section 1 [Obligations en matière de communication accélérée des informations concernant des risques pour la sécurité individuelle] s'appliquent.

En ce qui concerne l'inclusion dans les rapports de sécurité périodiques des retours d'expérience à l'issue d'un usage compassionnel ou d'une utilisation pour un malade particulier, voir le chapitre I.6 [Obligations en matière de rapports de sécurité périodiques].»

IV. ÉLÉMENTS PERTINENTS DE PRATIQUE COMPARÉE

A. Les règles régissant l'accès aux médicaments non autorisés

1. Dans certains Etats contractants

54. En novembre 2010, l'Infrastructure européenne de recherche clinique (*European Clinical Research Infrastructures Network*, ECRIN) a publié une étude sur les programmes d'«usage compassionnel» menés dans dix pays européens: Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, France, Irlande, Italie, Suède, Suisse et Royaume-Uni («Whitfield et al: *Compassionate use of interventions: results of a European Clinical Research Infrastructures Network (ECRIN) survey of ten European countries*. *Trials* 2010 11:104. »). Il ressortait de cette étude qu'à une exception près (Hongrie), la législation de tous les pays étudiés prévoyait la mise en place de programmes d'usage compassionnel ou d'accès élargi, mais que ces programmes présentaient plus de différences que de points communs les uns avec les autres. Certains pays n'avaient pas de réglementation officielle et, pour ceux qui avaient adopté des règles, ces règles variaient quant à leur teneur et à leur portée. Par exemple, certains pays n'autorisaient l'«usage compassionnel» qu'au cas par cas («malade particulier»). La teneur de l'autorisation et les obligations associées variaient également d'un pays à l'autre. L'étude préconisait de rendre la législation

de l'Union européenne plus explicite quant aux obligations et restrictions réglementaires et aux responsabilités dans ce domaine.

55. A l'examen de documents plus récents dont dispose la Cour pour vingt-neuf Etats contractants, il apparaît que vingt-deux Etats (Allemagne, Autriche, Croatie, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Roumanie, Serbie, Slovénie, Turquie et Royaume-Uni) appliquent certaines règles, souvent adoptées très récemment, qui permettent l'accès aux médicaments non autorisés en dehors du cadre des essais cliniques pour certains patients, notamment pour ceux qui souffrent d'une maladie en phase terminale. Il ressort que la question est régie tant par des lois que par des règlements. De plus, dans deux Etats (Suède et Russie), l'accès à ces produits semble possible malgré l'absence de règles spécifiques. Cinq Etats (Albanie, Chypre, Moldova, Monténégro et Ukraine) n'ont apparemment pas mis en place de règles ouvrant expressément l'accès aux médicaments non autorisés hors du cadre des essais cliniques. Cependant, dans deux d'entre eux (Albanie et Ukraine), il semble que le droit interne contienne des dispositions relativement floues qui pourraient être interprétées comme permettant cet accès. Dans le même temps, les pratiques sont différentes d'un Etat à l'autre en ce qui concerne le type d'accès offert et la procédure à suivre. Par exemple, il apparaît que dans quatre Etats (Croatie, Lituanie, Pologne et Roumanie), l'accès aux médicaments non autorisés n'est possible que pour les médicaments qui ont été autorisés dans un autre ordre juridique. Sept Etats semblent n'ouvrir cet accès que pour les malades particuliers, et quinze le font tant pour les malades particuliers que pour des groupes (ou cohortes). Les procédures pour les individus et les procédures pour les groupes sont en général différentes, les conditions d'ouverture de l'accès à un groupe étant alors plus strictes.

2. *Dans d'autres Etats*

56. Aux Etats-Unis d'Amérique, il a été promulgué en mai 1987 un règlement énonçant les conditions dans lesquelles les nouveaux médicaments prometteurs qui n'ont pas encore fait l'objet d'une autorisation peuvent être mis à la disposition de personnes souffrant d'une maladie grave et mortelle pour laquelle il n'existe pas d'autre produit ou traitement comparable ou satisfaisant. Ce règlement a été révisé et élargi en 2009. Il figure actuellement dans le code des règlements fédéraux, au titre 21, section 312, sous-section I (*Expanded Access to Investigational Drugs for Treatment Use*, accès élargi aux médicaments expérimentaux à des fins de traitement), dont il constitue les articles 312.300 à 312.320, et il prévoit un programme d'«accès élargi». Dans le cadre de ce programme, la Food

and Drug Administration (FDA) peut, sous certaines conditions, autoriser l'usage d'un « nouveau médicament expérimental » pour les patients souffrant d'« une maladie ou d'un trouble graves mettant leur vie en danger immédiat, [lorsqu']il n'existe pas d'alternative thérapeutique comparable ou satisfaisante permettant de diagnostiquer, contrôler ou traiter la maladie ou le trouble en question » (article 312.305 a) 1) du code). Pour prendre sa décision, la FDA vérifie que « l'avantage potentiel pour le patient justifie les risques potentiels du traitement », que « ces risques potentiels ne sont pas déraisonnables au regard de la maladie ou du trouble à traiter » et que « [l]a fourniture du médicament expérimental aux fins de l'usage demandé n'aura pas d'incidence sur l'ouverture, la conduite ou l'achèvement d'investigations cliniques susceptibles d'aboutir à l'autorisation de mise sur le marché du produit dans le cadre d'un accès élargi et ne compromettra pas d'une autre façon l'évolution potentielle vers un accès élargi » (article 312.305 a) 2) et 3) du code). Le règlement comprend des dispositions distinctes pour les malades particuliers, notamment en ce qui concerne l'utilisation d'urgence (article 312.310 du code), les populations de patients de taille intermédiaire (article 312.315) et l'utilisation du traitement à grande échelle (article 312.320).

57. Au Canada, les articles C.08.010 et C.08.011 du règlement sur les aliments et drogues prévoient un « programme d'accès spécial » permettant aux praticiens de demander l'accès à des produits qui ne sont pas disponibles à la vente au Canada afin de traiter des patients présentant des pathologies graves ou mortelles dans le cadre d'un usage compassionnel ou d'un traitement d'urgence lorsque les traitements normaux ont échoué, ne conviennent pas ou ne sont pas disponibles.

58. En Australie, la direction des produits thérapeutiques (*Therapeutic Goods Administration*) du ministère de la Santé et des Personnes âgées (*Department of Health and Ageing*) gère un « programme d'accès spécial » (*special access scheme*) qui permet, sous certaines conditions, l'importation ou la fourniture d'un médicament non autorisé pour un patient donné, au cas par cas (article 18 de la loi de 1989 sur les produits thérapeutiques et article 12A du règlement de 1990 sur les produits thérapeutiques).

B. La jurisprudence pertinente

1. Aux Etats-Unis

59. Dans l'affaire *United States v. Rutherford*, 442 U.S. 544 (1979), la Cour suprême des Etats-Unis a rejeté à l'unanimité un recours introduit par des patients souffrant d'un cancer en phase terminale qui souhaitaient la

voir enjoindre aux autorités d'intervenir dans la distribution d'un produit non autorisé. Considérant que le programme légal régissant la délivrance d'autorisations de mise sur le marché des médicaments ne prévoyait pas d'exception implicite pour les médicaments destinés à être utilisés par des malades en phase terminale, elle a dit que les normes de sécurité et d'efficacité posées dans la législation s'appliquaient également à ces médicaments, car on pouvait considérer que le législateur avait eu l'intention de protéger les malades en phase terminale contre des médicaments inefficaces ou dangereux. Elle a précisé que pour ces patients, comme pour tous les autres individus, un médicament était dangereux si le risque qu'il présentait de causer la mort ou un préjudice corporel n'était pas compensé par la possibilité d'un bénéfice thérapeutique. Elle a ajouté qu'en ce qui concernait les malades en phase terminale, les médicaments non autorisés présentaient un risque supplémentaire, à savoir celui que les intéressés renoncent à suivre les thérapies reconnues pour absorber des produits ne présentant aucune propriété curative démontrable, situation dont les conséquences auraient été potentiellement irréversibles. Se fondant sur les expertises dont elle était saisie, elle a noté à cet égard que dans les maladies telles que le cancer, il était souvent impossible de dire autrement qu'*a posteriori* quel patient se trouvait en phase terminale. Elle a estimé qu'admettre l'argument consistant à dire que les normes légales de sécurité et d'efficacité étaient sans pertinence pour les malades en phase terminale serait revenu à dénier aux autorités tout pouvoir de réglementer l'usage que ce type de patients pouvait faire des médicaments, aussi toxiques ou inefficaces fussent-ils, et ainsi à permettre la mise abusive sur le marché de bien des produits prétendument simples et sans douleur. Enfin, elle a souligné que ces conclusions n'excluaient pas tout recours à des médicaments anticancéreux expérimentaux par des patients dont la thérapie reconnue était inefficace car, pour autant qu'ils aient passé avec succès certains essais pré-cliniques et qu'ils répondent à certains autres critères, les produits destinés seulement à un usage expérimental n'étaient pas soumis à une obligation légale d'autorisation préalable de mise sur le marché.

60. Dans une affaire plus récente, *Raich v. Gonzales*, la Cour d'appel fédérale pour le neuvième circuit (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*) a dit notamment, dans une décision du 14 mars 2007 (500 F.3d 850), que, pour l'heure, la clause de procédure régulière (*due process clause*) de la Constitution américaine ne garantissait pas le droit d'utiliser de la marijuana à des fins médicales sur les conseils d'un médecin afin de préserver l'intégrité corporelle, d'éviter une douleur intolérable et de protéger la vie, même lorsque tous les autres médicaments et remèdes prescrits avaient échoué.

61. Dans l'affaire *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs et al. v. von Eschenbach et al.*, la Cour d'appel fédérale pour le circuit du District de Columbia, siégeant en une formation de trois membres, a dit par deux voix contre une, dans une décision du 2 mai 2006 (445 F.3d 470), qu'en vertu de la clause de procédure régulière de la Constitution américaine, les malades en phase terminale avaient le droit de choisir de prendre ou non un médicament non autorisé s'il se trouvait en phase 2 ou 3 des essais cliniques et que le fabricant était disposé à le fournir. Elle a jugé que ce droit était profondément ancré dans les doctrines traditionnelles de la légitime défense et de la non-assistance à personne en danger, et que la réglementation fédérale sur l'efficacité des médicaments était trop récente et confuse « pour établir que l'Etat [avait] acquis avec le temps la jouissance exclusive de [ce] droit », dont elle a ajouté qu'il était « implicitement englobé dans la notion de liberté constitutionnelle [protégée par la clause de procédure régulière] » (« *implicit in the concept of ordered liberty* »).

62. Sur recours de la FDA, la même cour a réexaminé l'affaire en formation plénière. Dans une décision du 7 août 2007 (495 F.3d 695), elle a dit, par huit voix contre deux, que les règlements fédéraux relatifs aux médicaments étaient « conformes à [l']interdiction historique de vente de substances dangereuses », et que le caractère « relativement limité » de l'histoire de la réglementation sur l'efficacité des substances avant 1962, année à partir de laquelle cette réglementation avait pris sa forme moderne aux Etats-Unis, ne créait pas un droit fondamental, parce que le législateur et l'exécutif avaient « toujours répondu aux nouveaux risques présentés par les nouvelles méthodes » et que le législateur avait un « pouvoir établi de poser des règles face aux avancées scientifiques, mathématiques et médicales ». Elle a ajouté que la légitime défense, le droit de la responsabilité découlant de la non-assistance à personne en danger et les affaires d'avortement dans lesquelles la Cour suprême des Etats-Unis avait élaboré la doctrine de l'autorisation d'avorter pour préserver la vie et la santé de la mère ne permettaient nullement de conclure à l'existence d'un droit de se procurer des médicaments expérimentaux, car ces doctrines ne protégeaient que les mesures de sauvegarde de la vie « nécessaires », tandis que les demandeurs souhaitaient « avoir accès à des médicaments qui [étaient] expérimentaux et qui [n'avaient] pas démontré leur innocuité, encore moins leur efficacité (ou leur « nécessité ») pour prolonger la vie ».

63. Le 14 janvier 2008, la Cour suprême des Etats-Unis a refusé (552 U.S. 1159) d'examiner cette affaire.

64. Dans l'affaire *Abney et al. v. Amgen, Inc.*, 443 F.3d 540, les demandeurs avaient participé à l'essai clinique d'un médicament pour le compte du défendeur, qui le fabriquait. Ils souhaitaient obtenir la délivrance

d'une injonction ordonnant au défendeur de continuer de leur fournir le médicament alors même que l'essai clinique était terminé. La juridiction de premier degré avait refusé de délivrer pareille injonction. Par une décision du 29 mars 2006, la Cour d'appel fédérale pour le sixième circuit a confirmé cette décision.

2. *Au Canada*

65. Dans l'affaire *Delisle c. Canada* (Procureur général), 2006 CF 933, les autorités de santé fédérales canadiennes avaient décidé de restreindre l'accès à un médicament précédemment disponible dans le cadre du programme d'accès spécial (paragraphe 57 ci-dessus). Saisie d'une demande de contrôle juridictionnel de ces décisions, la Cour fédérale du Canada a jugé que les autorités avaient manqué à ménager un juste équilibre, car elles avaient « fait abstraction du facteur humanitaire ou de compassion ». Elle a renvoyé la question aux autorités pour réexamen, en leur enjoignant de procéder à une « pondération entre les objectifs valides de la politique générale et le facteur humanitaire ». Il n'a pas été introduit de recours contre cette décision, et, en 2008, l'affaire a été réglée, les autorités acceptant de suivre les recommandations de la Cour fédérale.

3. *Au Royaume-Uni*

66. Dans l'affaire *B (a minor), R. (on the application of) v. Cambridge Health Authority* [1995] EWCA Civ 49 (10 mars 1995), la *Court of Appeal* a dit que les tribunaux ne pouvaient pas interférer avec une décision dûment motivée des autorités de santé compétentes consistant à ne pas financer une série de traitements expérimentaux pour un enfant atteint d'une maladie en phase terminale. Le *Master of the Rolls*, Sir Thomas Bingham, a fait deux observations générales. Premièrement, il a dit qu'il fallait attribuer dans l'examen de tous les aspects de l'affaire une importance prépondérante au fait qu'elle concernait la vie d'un jeune patient, car, la société britannique accordant une grande valeur à la vie humaine, toute décision ayant des implications vitales ne pouvait être envisagée qu'avec le plus grand sérieux. Deuxièmement, il a estimé qu'il n'appartenait pas aux juges de trancher le bien-fondé de ce type d'affaires, car, d'une part, ils se seraient grandement écartés de leur domaine de compétences s'ils avaient exprimé des avis sur la probabilité qu'un traitement médical soit efficace ou sur le bien-fondé d'un jugement médical et, d'autre part, la répartition optimale des ressources d'un budget limité au bénéfice d'un nombre maximal de patients imposait de faire des choix difficiles et déchirants qu'il n'appartenait pas à un tribunal d'opérer.

67. Dans l'affaire *Simms v. Simms and an NHS Trust* [2002] EWHC 2734 (Fam) (11 décembre 2002), les parents de deux adolescents souffrant de la variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob sollicitaient des juges l'autorisation pour leurs enfants de suivre un traitement expérimental dont la recherche sur les souris avait montré qu'il pouvait freiner l'avancée de la maladie, autrement mortelle. La chambre familiale de la *High Court of Justice* a fait droit à leur demande, jugeant notamment que l'absence d'autres traitements pour cette maladie incurable signifiait qu'il était raisonnable d'utiliser des traitements expérimentaux qui ne présentaient pas de risque important pour le patient. La présidente de la chambre, Elizabeth Butler-Sloss, a observé que le traitement n'avait jamais été essayé et que, jusqu'alors, il n'y avait pas eu de validation des travaux expérimentaux réalisés à l'étranger, mais elle a estimé que si l'on avait toujours attendu d'avoir des certitudes solides sur les traitements expérimentaux, aucun traitement innovant tel que la pénicilline ou la transplantation cardiaque n'aurait jamais été tenté. S'appuyant notamment sur les articles 2 et 8 de la Convention européenne et sur «une très forte présomption en faveur d'une démarche visant à prolonger la vie», et eu égard aux perspectives d'évolution des patients avec et sans le traitement ainsi qu'au fait qu'aucun autre traitement n'était disponible, elle a conclu qu'il était dans l'intérêt des adolescents de suivre ce traitement. Pour parvenir à cette conclusion, elle a tenu compte aussi des souhaits et des sentiments des familles, jugeant qu'il fallait accorder à leur demande de traitement «un poids considérable».

EN DROIT

(...)

III. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS TIRÉS DES ARTICLES 2, 3 ET 8 DE LA CONVENTION

95. Invoquant l'article 2 § 1 de la Convention, les requérants se plaignent que le droit bulgare ne permette pas aux individus souffrant d'une maladie en phase terminale qui ont essayé en vain toutes les méthodes de traitement reconnues d'utiliser à titre exceptionnel des médicaments non autorisés ; et ils allèguent que, en raison de l'absence de règles claires dans ce domaine, les autorités ont répondu à leurs demandes de manière lente et incohérente.

96. Sous l'angle de l'article 3, ils soutiennent qu'en leur refusant l'accès au médicament expérimental qu'ils souhaitaient utiliser, les autorités leur ont fait subir un traitement inhumain et dégradant.

97. Enfin, sur le terrain de l'article 8, ils dénoncent le refus des autorités de les laisser utiliser le produit, estimant qu'il s'agit là d'une ingérence injustifiée dans leur droit au respect de la vie privée et familiale.

98. En leurs parties pertinentes, les articles 2, 3 et 8 de la Convention sont ainsi libellés :

Article 2

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. (...) »

Article 3

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

Article 8

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

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

A. Thèses des parties

1. Sur l'article 2 de la Convention

99. Selon le Gouvernement, le droit bulgare prévoit l'« usage compassionnel » de médicaments non autorisés, mais ces produits comportent des risques graves, qui commandent qu'ils soient soumis à des règles strictes. L'Etat pourrait légitimement refuser la permission d'utiliser un médicament non autorisé : ce faisant, il ne violerait pas le droit à la vie mais le protégerait. Les obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention auraient des limites et ne pourraient pas s'étendre au-delà du raisonnable. Les requérants auraient reçu les traitements médicaux conventionnels. Au-delà de cela, il n'y aurait pas d'obligation de les laisser utiliser un produit qui ne serait autorisé dans aucun Etat membre de l'Union européenne et n'aurait fait l'objet d'aucun essai clinique. On ne pourrait imposer à un Etat de rendre disponibles tous les produits possibles, encore moins ceux dont la formule et les origines ne sont pas bien connues et qui n'ont pas été autorisés dans les pays développés disposant de systèmes de santé performants. Le produit en cause ne répondrait pas aux critères requis pour l'autorisation aux fins d'un « usage compassionnel » en vertu de l'article 83 du règlement (CE) n° 726/2004. A cet égard, le Gouvernement indique

que, si son fabricant respecte ces critères, les autorités pourront envisager d'en autoriser l'usage à l'avenir. En ce sens, les requérants ne seraient pas laissés sans aucun espoir.

100. Les requérants soutiennent que le refus de les laisser utiliser le produit en cause a porté atteinte à leur droit à la vie. Ils comparent leur affaire à de précédentes affaires concernant la question des soins médicaux dans lesquelles la Cour a eu à connaître de griefs tirés de l'article 2 de la Convention. Ils arguent que, si on la cerne bien, la question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si l'Etat a pris les mesures appropriées pour protéger la vie des personnes relevant de sa juridiction, et la réponse est qu'il ne l'a pas fait car les règles régissant l'«usage compassionnel» sont défaillantes, en ce qu'elles ne permettent pas aux autorités de tenir compte de circonstances particulières. Ils allèguent à cet égard qu'en Bulgarie, tous les individus qui, comme eux, souffrent d'un cancer en phase terminale et ne répondent plus aux traitements conventionnels se voient refuser l'accès aux médicaments expérimentaux. Enfin, ils affirment que, dans leur cas, cette situation n'est pas justifiée par un manque de ressources budgétaires, car l'entreprise qui a développé le produit est disposée à le fournir gratuitement, et qu'ils ont bon espoir que le produit en cause puisse les aider, car certains éléments permettraient de penser qu'il a permis d'améliorer l'état de certains patients cancéreux.

2. Sur l'article 3 de la Convention

101. Le Gouvernement appelle l'attention de la Cour sur l'application d'un seuil minimal de gravité aux fins du déclenchement de l'article 3 de la Convention – seuil dont il estime qu'il n'a pas été franchi en l'espèce – et sur l'étendue limitée des obligations positives de l'Etat en vertu de cet article. Il souligne que l'intention des autorités n'était nullement de refuser aux requérants l'accès à des médicaments sûrs. A cet égard, il affirme que le produit expérimental que les intéressés souhaitent utiliser n'a été autorisé dans aucun pays et n'a pas fait l'objet d'essais cliniques, de sorte qu'il n'aurait fait la preuve ni de son innocuité ni de son efficacité. Dès lors, il estime qu'on ne saurait considérer comme un traitement inhumain l'impossibilité faite aux requérants de l'utiliser, mais que, en revanche, son utilisation constituerait une expérimentation médicale susceptible d'emporter violation de l'article 3.

102. Les requérants considèrent pour leur part qu'ils ont été forcés d'attendre la mort en sachant qu'il existait un produit expérimental qui aurait pu améliorer leur santé et prolonger leur vie. Ceux d'entre eux qui sont décédés auraient eu une fin de vie extrêmement douloureuse, qu'ils auraient d'autant plus mal vécue qu'ils savaient que l'utilisation du produit

dans d'autres pays avait même dans certains cas permis une rémission complète de la maladie.

3. Sur l'article 8 de la Convention

103. Le Gouvernement soutient que, à supposer qu'il y ait eu ingérence dans les droits des requérants garantis par l'article 8 de la Convention, cette ingérence aurait été légale et nécessaire. Il arguë que les refus qui ont été opposés à leurs demandes d'utilisation du produit expérimental étaient motivés, émanaient d'une autorité indépendante et reposaient sur des dispositions de loi pleinement conformes au droit de l'Union européenne, et qu'on peut donc présumer qu'ils étaient conformes à la Convention. Selon lui, les dispositions légales litigieuses tiennent compte de la nécessité de ménager un équilibre entre l'intérêt public et l'autonomie personnelle et ont pour but de protéger la santé et la vie des personnes concernées en empêchant les abus et les risques liés à l'usage de produits non testés. A cette fin, elles poseraient certaines conditions, auxquelles ne répondrait pas la situation des requérants. Pour autant, ce mécanisme réglementaire ne pourrait pas être qualifié d'interdiction générale de l'« usage compassionnel » de médicaments non autorisés.

104. Les requérants comparent leur affaire aux précédentes affaires dans lesquelles la Cour a eu à connaître de questions semblables soulevées sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Ils soulignent que leur démarche ne consiste pas à dire que cette disposition leur donne le droit de mourir mais au contraire qu'elle leur donne le droit de prolonger leur vie et d'éviter de mourir. Le refus de les laisser accéder à un médicament expérimental qui aurait pu les y aider constitue selon eux une ingérence dans leurs droits garantis par cet article. Le droit à la vie privée comprendrait le droit de faire ses propres choix de vie, même si ceux-ci risquent d'entraîner des conséquences néfastes. En l'espèce, les refus opposés par les autorités auraient été de nature générale et n'auraient pas tenu compte des spécificités de chaque cas. Ils auraient été fondés sur des dispositions inadaptées qui ne permettraient pas une évaluation individualisée et qui ne correspondraient pas à un besoin social impérieux. Ils n'auraient pas eu pour but de protéger la vie des patients en cause, puisque ceux-ci souffraient tous d'une maladie en phase terminale et, sans recours au nouveau médicament, étaient de toute façon condamnés à court terme. A cet égard, il y aurait lieu de garder à l'esprit qu'en accordant l'exception demandée, les autorités auraient simplement donné aux intéressés une chance de prolonger leur vie en suivant un traitement qui aurait pu contribuer à leur éviter la souffrance et la mort, comme il l'aurait fait pour d'autres patients dans d'autres pays et que, ce

faisant, elles n'auraient exempté personne d'une éventuelle responsabilité pénale.

B. Appréciation de la Cour

1. La portée de l'affaire

105. Lorsqu'elle est saisie de requêtes individuelles, la Cour n'a pas pour tâche d'examiner la législation interne dans l'abstrait, mais doit se pencher sur la manière dont cette législation a été appliquée au requérant dans le cas d'espèce (voir, parmi d'autres références, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 153, série A n° 324, *Pham Hoang c. France*, 25 septembre 1992, § 33, série A n° 243, *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, § 86, 8 juillet 2003, et *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 92, CEDH 2011). Il lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie (voir, par exemple, *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, § 41, CEDH 2000-XII, et *Sommerfeld*, précité, § 86). Elle n'est donc pas appelée en l'espèce à émettre un jugement sur le cadre normatif régissant l'accès aux médicaments non autorisés en Bulgarie, ni à déterminer si le refus d'ouvrir l'accès à certains médicaments est en principe compatible avec les dispositions de la Convention. De plus, elle n'est pas compétente pour exprimer une opinion sur le point de savoir si un traitement médical donné est indiqué dans un cas précis. Enfin, elle n'a pas à déterminer si le produit que les requérants souhaitaient utiliser répond aux exigences du droit européen, notamment à l'exigence qu'il fasse l'objet d'essais cliniques posée à l'article 83 § 2 du règlement (CE) n° 726/2004 (paragraphes 10, 45 et 50 ci-dessus). Elle est compétente uniquement pour appliquer la Convention, et elle n'a point pour tâche d'interpréter ou de surveiller le respect d'autres instruments (*Di Giovine c. Portugal* (déc.), n° 39912/98, 31 août 1999, *Hermida Paz c. Espagne* (déc.), n° 4160/02, 28 janvier 2003, *Somogyi c. Italie*, n° 67972/01, § 62, CEDH 2004-IV, *Calheiros Lopes et autres c. Portugal* (déc.), n° 69338/01, 3 juin 2004, et *Böheim c. Italie* (déc.), n° 35666/05, 22 mai 2007). En l'espèce, elle doit seulement déterminer si le refus de laisser les requérants accéder au produit en cause était compatible avec leurs droits au regard de la Convention.

2. Sur la violation alléguée de l'article 2 de la Convention

106. L'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et illégale, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (voir, entre autres références, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC],

n° 32967/96, § 48, CEDH 2002-I, et *Wiater c. Pologne* (déc.), n° 42290/08, § 33, 15 mai 2012). La Cour a déjà dit que l'on ne saurait exclure que les actes et omissions des autorités dans le cadre des politiques de santé publique puissent, dans certaines circonstances, engager leur responsabilité sous l'angle de l'article 2 (*Powell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45305/99, CEDH 2000-V, *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002, *Trzepakko c. Pologne* (déc.), n° 25124/09, § 23, 13 septembre 2011, et *Wiater*, décision précitée, § 34). Elle a dit aussi, relativement à la portée des obligations positives de l'Etat en matière de soins médicaux, qu'une question pouvait se poser sous l'angle de l'article 2 de la Convention lorsqu'il était prouvé que les autorités avaient mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles s'étaient engagées à fournir à l'ensemble de la population (*Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 219, CEDH 2001-IV, *Nitecki*, précité, *Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I, *Gheorghe c. Roumanie* (déc.), n° 19215/04, 22 septembre 2005, et *Wiater*, décision précitée, § 35).

107. En l'espèce, les requérants ne prétendent pas s'être vu refuser des soins médicaux qui seraient par ailleurs disponibles en Bulgarie. Ils ne suggèrent pas non plus que l'Etat devrait financer une forme donnée de traitement conventionnel au motif qu'eux-mêmes ne seraient pas en mesure d'en assumer le coût (voir, *a contrario*, *Nitecki*, *Pentiacova et autres*, *Gheorghe* et *Wiater*, décisions précitées). Ils arguent plutôt que, puisque les traitements conventionnels n'ont pas réussi dans leur cas, le droit interne devrait être organisé de manière à leur permettre, à titre exceptionnel, d'avoir accès à un produit expérimental qui n'a pas encore été testé et que le fabricant se propose de leur fournir gratuitement.

108. Il est vrai que les obligations positives découlant de l'article 2 peuvent inclure la mise en place par l'Etat d'un cadre réglementaire approprié, par exemple de règles imposant aux hôpitaux l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades (*Calvelli et Ciglio*, précité, § 49) ou encadrant les activités industrielles dangereuses (*Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, § 90, CEDH 2004-XII). Cela étant, on ne peut pas dire que la Bulgarie n'ait pas mis en place de règles régissant l'accès aux médicaments non autorisés dans les cas où les formes conventionnelles de traitement médical se révèlent insuffisantes : ces règles existent, et elles ont été mises à jour récemment (paragraphes 23-32 ci-dessus). Les requérants ne critiquent d'ailleurs pas une absence de règles, mais plutôt la teneur des règles existantes, qu'ils estiment trop restrictives. Or la Cour estime que l'article 2 de la Convention ne saurait être interprété comme exigeant que l'accès à des médicaments non autorisés destinés aux patients en phase terminale soit régi dans un sens précis. Il y a lieu de noter

à cet égard que, dans l'Union européenne, cette question demeure de la compétence des Etats membres (paragraphe 45-51 ci-dessus), et que, au sein du Conseil de l'Europe, les conditions et les modalités de l'accès aux médicaments non autorisés varient d'un Etat contractant à l'autre (paragraphe 54-55 ci-dessus).

109. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention.

3. Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention

110. L'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Cependant, pour tomber sous le coup de cette disposition un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (voir, parmi les références récentes, *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 164, CEDH 2010). Pour déterminer si un traitement est « dégradant », la Cour recherche si le but qu'il poursuivait était d'humilier et de rabaisser l'individu concerné et si, considérée dans ses effets, la mesure a ou non atteint la personnalité de l'intéressé d'une manière incompatible avec l'article 3 (voir, entre autres références, *Wainwright c. Royaume-Uni*, n° 12350/04, § 41, CEDH 2006-X).

111. Un examen de la jurisprudence de la Cour fait apparaître que l'article 3 a la plupart du temps été appliqué dans des contextes où le risque pour l'individu d'être soumis à l'une quelconque des formes prohibées de traitements procédait d'actes infligés intentionnellement par des agents de l'Etat ou des autorités publiques. Il peut être décrit en termes généraux comme imposant aux Etats une obligation essentiellement négative de s'abstenir d'infliger des lésions graves aux personnes relevant de leur juridiction. Toutefois, compte tenu de l'importance fondamentale de cette disposition, la Cour s'est réservé une souplesse suffisante pour traiter de son application dans d'autres situations susceptibles de se présenter (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 50, CEDH 2002-III). Par exemple, la souffrance due à une maladie survenant naturellement peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement dont les autorités peuvent être tenues pour responsables (*N. c. Royaume-Uni* [GC], n° 26565/05, § 29, CEDH 2008). Toutefois, le seuil en pareille situation est élevé, étant donné que le préjudice allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités mais de la maladie elle-même (*ibidem*, § 43).

112. En l'espèce, les requérants ne se plaignent pas de ne pas avoir reçu les traitements médicaux normalement indiqués. Il apparaît que tous ont bénéficié de ces traitements, mais que ceux-ci se sont malheureusement révélés insuffisants pour traiter leur maladie. Leur situation n'est donc pas comparable à celle de personnes détenues qui se plaignent d'un défaut de soins (voir, par exemple, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, §§ 109-116, CEDH 2001-III, *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, n° 50390/99, §§ 47-58, CEDH 2003-V, et *Stawomir Musiał c. Pologne*, n° 28300/06, §§ 85-98, 20 janvier 2009), de personnes gravement malades qui ne pourraient bénéficier d'un traitement médical si elles étaient éloignées vers un pays ne disposant pas de moyens médicaux adéquats (*N. c. Royaume-Uni*, précité, §§ 32-51, avec les références citées) ou de personnes se trouvant dans une situation vulnérable et s'étant vu refuser, du fait de l'incurie des professionnels de la santé, l'accès à des services de diagnostic par ailleurs disponibles auxquels elles avaient droit en vertu de la loi (*R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, §§ 148-162, CEDH 2011).

113. Les requérants soutiennent plutôt que le refus des autorités de les laisser accéder à un produit expérimental dont ils estiment qu'il pourrait leur sauver la vie s'analyse en un traitement inhumain et dégradant engageant la responsabilité de l'Etat, celui-ci ayant selon eux manqué à les protéger comme il le devait de la souffrance que cause leur maladie dans ses derniers stades. Comme dans l'affaire *Pretty* (précitée, § 54), la Cour considère pour sa part que ce grief se fonde sur une interprétation qui confère à la notion de traitements inhumains ou dégradants une portée plus étendue que celle qu'elle a en réalité et que, dès lors, elle ne peut accepter. On ne peut pas dire qu'en refusant aux requérants l'accès à une substance – même susceptible de leur sauver la vie – dont l'innocuité et l'efficacité ne sont pas encore certaines, les autorités aient directement ajouté à leur souffrance physique. Il est vrai que, dans la mesure où il a empêché les requérants d'avoir recours à un produit dont ils croyaient qu'il pourrait améliorer leurs chances de guérison et de survie, le refus des autorités leur a causé une souffrance morale, en particulier compte tenu du fait que le produit en question semble être disponible à titre exceptionnel dans d'autres pays. Pour autant, ce refus n'a pas atteint un seuil de gravité suffisant pour pouvoir être qualifié de traitement inhumain (voir, *mutatis mutandis*, *A, B et C c. Irlande*, précité, §§ 163 et 164). La Cour souligne à cet égard que l'article 3 n'impose pas aux Etats contractants d'atténuer les disparités entre les niveaux de soins disponibles d'un pays à l'autre (voir, *mutatis mutandis*, *N. c. Royaume-Uni*, précité, § 44). Enfin, le refus litigieux ne peut pas être considéré comme ayant humilié ou rabaissé les requérants.

114. La question de savoir si ce refus a ou non porté indûment atteinte au droit des requérants au respect de leur intégrité physique est un point que la Cour examinera ci-dessous sous l'angle de l'article 8 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Tysiác c. Pologne*, n° 5410/03, § 66, CEDH 2007-I, et *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, § 47, CEDH 2007-IV).

115. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention.

4. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention

a) Sur l'applicabilité de l'article 8

116. Le grief des requérants porte essentiellement sur le fait que la réglementation a limité leur capacité de choisir, en concertation avec leurs médecins, les traitements qu'ils pourraient suivre en vue de tenter de prolonger leur vie. Ce grief appelle clairement un examen sous l'angle de l'article 8, dont l'interprétation, en ce qui concerne la notion de «vie privée», est sous-tendue par les notions d'autonomie personnelle et de qualité de la vie (*Pretty*, précité, §§ 61 *in fine* et 65, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n°28957/95, § 90, CEDH 2002-VI). C'est au regard de cette disposition que la Cour et l'ancienne Commission ont le plus souvent examiné la mesure dans laquelle les Etats peuvent recourir à la contrainte pour prémunir des personnes contre les conséquences de leur propre conduite, y compris dans les cas où cette conduite est dangereuse pour leur santé ou pour leur vie (voir, par exemple, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, §§ 35 et 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, et *K.A. et A.D. c. Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99, §§ 78 et 83, 17 février 2005 (participation à des activités sadomasochistes librement consenties), *Acmanne et autres c. Belgique*, n° 10435/83, décision de la Commission du 10 décembre 1984, Décisions et rapports 40, p. 251, *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, §§ 82 et 83, 2004-II, *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, §§ 143 et 144, CEDH 2005-V, *Les témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, n° 302/02, § 135, 10 juin 2010, et *Shopov c. Bulgarie*, n° 11373/04, § 41, 2 septembre 2010 (imposition d'un traitement médical non consenti), et *Pretty*, précité, §§ 62-67, et *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, § 51, CEDH 2011 (suicide assisté)).

b) Sur la question de savoir s'il y avait une obligation positive ou s'il y a eu ingérence dans l'exercice d'un droit

117. Les parties ont envisagé l'affaire sous l'angle d'une ingérence dans l'exercice par les requérants des droits garantis par l'article 8. La Cour estime pour sa part qu'il n'est pas aussi évident que ce soit l'approche à adopter. La

problématique centrale en l'espèce peut être envisagée soit sous l'angle d'une restriction de la liberté des requérants de choisir leur traitement médical, qui s'analyserait en une ingérence dans leur exercice du droit au respect de la vie privée (comparer, *mutatis mutandis*, avec *Pretty*, précité, § 67, *A, B et C c. Irlande*, précité, § 216, et *S.H. et autres c. Autriche*, précité, §§ 85-88), soit sous celui d'un manquement allégué de l'Etat à mettre en place un cadre réglementaire approprié garantissant le respect des droits des personnes se trouvant dans la situation des requérants et, ainsi, à son obligation positive de garantir le respect de leur vie privée (comparer, *mutatis mutandis*, avec *Christine Goodwin*, § 71, *Tysiác*, §§ 107 et 108, *Haas*, §§ 52 et 53, *A, B et C c. Irlande*, §§ 244-246, et *R.R. c. Pologne*, § 188, tous précités). La Cour n'estime pas nécessaire, cependant, de trancher pour l'une ou l'autre approche. Si les limites entre les obligations positives d'une part et négatives d'autre part que l'article 8 impose à l'Etat ne se prêtent pas à une définition précise, les principes applicables aux unes et aux autres sont les mêmes. Dans un cas comme dans l'autre, il faut tenir compte du juste équilibre qui doit être ménagé entre les intérêts concurrents de l'individu et de la collectivité (voir, parmi d'autres références, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990, § 41, série A n° 172, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 75, CEDH 2007-I, et *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 70, CEDH 2007-V). La question qui se pose en l'espèce est précisément celle de savoir si pareil équilibre a été ménagé, compte tenu de la marge d'appréciation de l'Etat dans ce domaine.

c) Sur les intérêts en présence et la marge d'appréciation applicable

118. Dans son récent arrêt *S.H. et autres c. Autriche* (précité, § 94), la Cour a résumé comme suit les principes à appliquer pour se prononcer sur l'ampleur de la marge d'appréciation devant être reconnue à l'Etat dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8. Il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large. Elle est généralement étendue lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et des intérêts publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention.

119. La Cour part du principe général que les questions de santé publique relèvent en principe de la marge d'appréciation des autorités

internes, qui sont les mieux placées pour apprécier les priorités, l'utilisation des ressources disponibles et les besoins de la société (*Shelley c. Royaume-Uni* (déc.), n° 23800/06, 4 janvier 2008).

120. Pour en venir aux intérêts en présence, la Cour observe qu'il est indéniable que l'intérêt pour les requérants d'obtenir un traitement médical pouvant atténuer les effets de leur maladie ou contribuer à leur guérison est des plus hauts qui soient. Cela étant, l'analyse ne peut s'arrêter là. S'agissant de médicaments expérimentaux, il est naturel que leur qualité, leur efficacité et leur innocuité soient sujettes à caution. Les requérants ne le nient d'ailleurs pas. Ils arguent qu'étant donné le pronostic terrible lié à leur état de santé, ils auraient dû être autorisés à assumer les risques accompagnant un produit expérimental susceptible de leur sauver la vie. Formulé en ces termes, leur intérêt est d'une nature différente : il peut être décrit comme la liberté de choisir, en dernier recours et dans le but d'avoir la vie sauve, de suivre un traitement non testé pouvant comporter des risques mais que leurs médecins et eux-mêmes estiment appropriés à leur cas.

121. La Cour admet que, au vu de leur état de santé et du pronostic quant à son évolution, les requérants avaient un intérêt plus fort que d'autres patients à accéder à des traitements expérimentaux dont la qualité, l'innocuité et l'efficacité n'avaient pas encore fait l'objet de tests complets.

122. Il apparaît que l'intérêt public concurrent résidant dans l'encadrement de l'accès à des produits expérimentaux de patients souffrant d'une maladie en phase terminale, tels que les requérants, repose sur trois éléments. Premièrement, il s'agit de les protéger, compte tenu de leur état de vulnérabilité et du fait qu'ils ne disposent pas de données claires sur les risques et les bénéfices potentiels de traitements expérimentaux, contre une démarche qui pourrait se révéler néfaste pour leur santé voire mortelle, et ce bien qu'ils soient en fin de vie (voir, *mutatis mutandis*, *Haas*, précité, § 54). La Cour note à cet égard qu'elle a souligné, quoique dans un contexte différent, l'importance du consentement éclairé des patients devant subir une procédure médicale (*V.C. c. Slovaquie*, n° 18968/07, §§ 107-117 et 152, CEDH 2011, et *N.B. c. Slovaquie*, n° 29518/10, §§ 76-78 et 96, 12 juin 2012). Deuxièmement, il s'agit de garantir que l'interdiction que pose l'article 7 § 1 de la loi de 2007 sur les médicaments en médecine humaine (paragraphe 22 ci-dessus) de produire, d'importer, de mettre sur le marché ou d'utiliser à des fins de traitement médical, de prophylaxie ou de diagnostic des produits qui n'ont pas obtenu d'autorisation par les voies réglementaires appropriées, ou d'en faire la publicité, ne soit ni diluée ni contournée. Troisièmement, il s'agit de garantir que l'élaboration de nouveaux médicaments ne soit pas compromise, par exemple, par une

participation moindre des patients aux essais cliniques. Tous ces intérêts sont liés aux droits garantis par les articles 2, 3 et 8 de la Convention, le premier plus particulièrement, le deuxième et le troisième de manière plus générale. De plus, leur mise en balance avec l'intérêt des requérants fait intervenir de complexes questions d'éthique et d'appréciation des risques, dans un contexte d'évolution rapide de la médecine et de la science.

123. En ce qui concerne la question de l'existence d'un consensus au sein des Etats contractants, la Cour observe que, selon les éléments de droit comparé dont elle dispose, un certain nombre de ces Etats ont prévu dans leur droit interne des exceptions, notamment dans le cas de patients souffrant d'une maladie en phase terminale, à la règle selon laquelle seuls les médicaments autorisés peuvent être utilisés à des fins de traitement médical. Ils ont cependant soumis cette possibilité à des conditions plus ou moins sévères (paragraphe 54-55 ci-dessus). Sur le fondement de ces éléments et de la manière dont la question est réglemantée dans le droit de l'Union européenne (paragraphe 44-51 ci-dessus), la Cour conclut qu'il existe aujourd'hui au sein des Etats contractants une tendance claire à permettre, dans certaines circonstances exceptionnelles, l'utilisation de médicaments non autorisés. Toutefois, ce consensus qui se dessine ne repose pas sur les principes établis du droit des Etats contractants. Il ne semble pas non plus s'étendre à la manière précise dont cette utilisation devrait être réglemantée.

124. Sur la base de ces considérations, la Cour conclut que la marge d'appréciation à laisser à l'Etat défendeur doit être ample, en particulier pour ce qui est des règles précises qu'il pose en vue de parvenir à un équilibre entre des intérêts publics et privés concurrents (voir, *mutatis mutandis*, *Evans*, § 82, et *S.H. et autres c. Autriche*, § 97, précités).

d) Sur la mise en balance des intérêts en présence

125. Les autorités bulgares ont choisi de mettre en balance les intérêts concurrents en permettant aux patients qui ne peuvent pas être traités de manière satisfaisante avec des médicaments autorisés, y compris les patients souffrant d'une maladie en phase terminale comme les requérants, d'obtenir, sous certaines conditions, des médicaments qui n'ont pas été autorisés en Bulgarie, mais seulement s'ils l'ont été dans un autre pays (paragraphe 26 et 31 ci-dessus). Le non-respect de cette condition était apparemment la principale raison des refus opposés par l'Agence du médicament aux demandes des requérants (paragraphe 14 ci-dessus). Dans la recherche d'un équilibre entre le bénéfice thérapeutique potentiel et la prémunition contre les risques médicaux, pareille solution fait pencher la balance de manière

déterminante en faveur de la seconde, car les médicaments autorisés dans un autre pays ont vraisemblablement déjà subi des essais complets quant à leur innocuité et à leur efficacité. Elle rend ainsi entièrement inaccessibles les produits qui sont encore en cours d'élaboration, à un stade plus ou moins avancé. Compte tenu de l'ample marge d'appréciation dont jouissent les autorités dans ce domaine, la Cour considère que ce choix normatif n'a pas méconnu l'article 8. Il n'appartient pas au juge international de se substituer aux autorités nationales compétentes pour déterminer le niveau de risque acceptable en pareilles circonstances; et la question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si les autorités bulgares auraient pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution ici critiquée elles ont outrepassé l'ample marge d'appréciation dont elles jouissaient au titre de cette disposition (voir, *mutatis mutandis*, *Evans*, § 91, et *S.H. et autres c. Autriche*, § 106, précités). Au vu des considérations exposées ci-dessus, la Cour ne peut conclure que ce soit le cas.

126. L'autre critique que formulent les requérants à l'égard de la réglementation en vigueur est qu'elle n'aurait pas suffisamment permis de tenir compte des circonstances individuelles. La Cour estime que cet élément n'est pas nécessairement incompatible avec l'article 8. Il n'est pas en soi contraire aux exigences de cette disposition que l'Etat adopte une législation régissant des aspects importants de la vie privée sans prévoir de mise en balance des intérêts concurrents dans chaque cas (voir, *mutatis mutandis*, *Pretty*, §§ 74-76, *Evans*, § 89, et *S.H. et autres c. Autriche*, § 110, tous précités).

127. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention;
3. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention;
4. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Fait en anglais et communiqué par écrit le 13 novembre 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early
Greffier

Lech Garlicki
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 en partie dissidente de la juge Kalaydjieva ;
- opinion dissidente du juge De Gaetano, à laquelle se rallie le juge Vučinić.

L.G.
T.L.E.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE LA JUGE KALAYDJIEVA

La présente affaire soulève d'importantes questions relatives à l'interprétation des buts légitimes poursuivis par la réglementation nationale en matière de santé publique et de services pharmaceutiques et aux limites de cette réglementation au regard de la Convention. A mon grand regret, je ne puis souscrire aux conclusions de mes éminents collègues quant aux principes régissant ce domaine important.

Je ne suis pas convaincue qu'une comparaison entre la situation des requérants et celles qui prévalaient dans les affaires *Pretty c. Royaume-Uni* (n° 2346/02, CEDH 2002-III), *Evans c. Royaume-Uni* ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I) et *S.H. et autres c. Autriche* ([GC], n° 57813/00, CEDH 2011) soit appropriée aux fins de l'analyse des circonstances de la présente espèce. Les requérants de ces trois affaires s'efforçaient d'obtenir un plus grand engagement positif des autorités – notamment l'adoption d'une nouvelle législation – afin d'améliorer leur situation privée. Dans leur cas, cet engagement aurait inévitablement risqué d'entrer en conflit avec des droits individuels ou des intérêts publics potentiellement concurrents ou déjà protégés. En revanche, on ne peut pas dire que les requérants de la présente affaire aient demandé l'établissement d'une nouvelle obligation positive pour les autorités au-delà de celles que comporte déjà le rôle normatif de l'Etat. De plus, on peut douter en l'espèce qu'en exerçant ce rôle les pouvoirs publics aient risqué le moins du monde de se heurter au bien-être public ou à d'autres droits ou intérêts, comme semble le penser la majorité (voir ci-dessous).

Il me semble utile de souligner que la situation des requérants n'est pas nécessairement différente de celle de tout autre patient souffrant d'une maladie malheureusement incurable par des produits standard disponibles sur le marché. Alors que la médecine humaine relève depuis des siècles de la responsabilité de médecins qui traitent des malades particuliers, ce n'est que depuis une cinquantaine d'années que les autorités nationales ont entrepris de partager cette responsabilité en adoptant des réglementations plus strictes. A cet égard, la conclusion selon laquelle «il existe aujourd'hui au sein des Etats contractants une tendance claire à permettre, dans certaines circonstances exceptionnelles, l'utilisation de médicaments non autorisés» (paragraphe 123 de l'arrêt) ne semble pas refléter fidèlement l'évolution historique des services médicaux et pharmaceutiques. De plus, la conclusion selon laquelle «[i]l n'est pas en soi contraire aux exigences de [l'article 8] que l'Etat adopte une législation régissant [ces] aspects importants de la vie

privée sans prévoir de mise en balance des intérêts concurrents dans chaque cas» (paragraphe 126 de l'arrêt) paraît ne pas cadrer avec la démarche récente consistant à garantir un progrès médical sûr: «[d]ans la recherche d'un équilibre entre le bénéfice thérapeutique potentiel et la prémunition contre les risques médicaux», elle «fait pencher la balance de manière déterminante» en faveur du *statu quo*.

En effet, on ne saurait bien définir les principes régissant le rôle normatif de l'Etat dans le domaine de la médecine humaine en se contentant d'utiliser la notion d'« ample marge d'appréciation » comme une valve de sûreté, sans analyser la portée et les buts de l'obligation positive qu'il a contractée de garantir l'évolution de la médecine dans de bonnes conditions de sécurité ni vérifier si, dans leur fonctionnement, les mécanismes qu'il a établis répondent à ces obligations. Il fallait donc ici apprécier la compatibilité des refus litigieux avec les objectifs légitimes que poursuivent les dispositions du droit interne régissant les services médicaux et pharmaceutiques, et je regrette que la Cour n'ait pas traité la question de la légalité avant d'en venir à la doctrine de la marge d'appréciation – outil qu'elle a elle-même élaboré pour faciliter l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des restrictions apportées au libre exercice des droits et libertés garantis par la Convention, et non en tant que clause de portée générale permettant d'exonérer les Etats de l'obligation que leur fait l'article 1 de la Convention de respecter ces droits et libertés.

Le raisonnement de la majorité donne l'impression que, pour la première fois, l'expression « marge d'appréciation » a été interprétée non pas dans le sens de l'estimation et de l'évaluation du bien-fondé d'une mesure, mais en tant qu'outil permettant de justifier l'échec total des autorités nationales à démontrer avoir le moins du monde tenu compte du droit des requérants à la vie privée ou ménagé l'équilibre requis entre ce droit et les intérêts publics censés le contrebalancer. C'est d'ailleurs une autre question que le point de savoir si l'on peut effectivement considérer que les intérêts des patients pris individuellement d'une part et ceux de la communauté à assurer une amélioration sans risques des services médicaux et pharmaceutiques d'autre part sont en concurrence (paragraphe 117 de l'arrêt) ou potentiellement antagonistes (paragraphe 125 de l'arrêt). Pour ma part, je ne perçois pas de tel conflit entre l'intérêt public et l'intérêt privé s'agissant de l'évolution sûre des traitements médicaux. En toute hypothèse, l'existence d'un tel conflit en l'espèce n'a été ni démontrée ni même alléguée.

Cette utilisation dangereuse qu'a fait la Cour, de son propre chef, de l'outil de l'« ample marge d'appréciation » peut aisément être interprétée comme octroyant aux autorités exécutives un pouvoir injustifié d'imposer leurs propres décisions en ce qui concerne le traitement qu'elles estimeraient

approprié pour un patient, ou de restreindre de manière injustifiée les possibilités de traitement à l'utilisation d'une liste prédéfinie et limitée de produits – au mépris tant de l'opinion des médecins que des souhaits personnels des patients. Je suis loin d'être convaincue que le traitement médical d'un individu puisse être considéré comme relevant nécessairement (encore moins exclusivement) de la marge d'appréciation des autorités. Selon moi, pareille conclusion rend redondants tant l'exercice de la profession médicale que la notion de consentement éclairé (consentement que l'Etat devrait s'efforcer de protéger en exerçant son rôle normatif), et elle va bien au-delà des buts légitimes poursuivis dans l'établissement de mécanismes réglementaires.

Il est vrai que les dispositions du droit national applicables à la situation des requérants « ne semblent pas aller à l'encontre d'une norme législative ou constitutionnelle de niveau supérieur, ni contre une règle relevant du droit de l'Union européenne » (...), dans la mesure où elles ménagent des exceptions au principe général selon lequel seuls les médicaments autorisés « peuvent être produits, importés, mis sur le marché [ou] utilisés à des fins de traitement médical » (paragraphe 22-23 de l'arrêt). Cependant, dans ce domaine les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation pour décider de l'opportunité d'exercer leur rôle normatif relativement au traitement de malades particuliers (paragraphe 45, 49, 50, 51, 54 et 55). Il est très douteux que la mise en œuvre des textes d'application au niveau national ait pleinement répondu aux buts souhaités. Le fait demeure que les dispositions appliquées n'imposaient aucune analyse ou consultation aux fins du contrôle de la qualité du produit demandé ni aucune appréciation du rapport bénéfice/risque, démarche qui, pourtant, fait normalement partie du processus d'autorisation. Ainsi, ces dispositions ont eu pour effet de restreindre la possibilité de répondre aux besoins individuels de recourir dans certaines circonstances exceptionnelles à l'utilisation de médicaments non autorisés, (paragraphe 125 de l'arrêt), qu'elles ne permettaient que si les produits avaient déjà été autorisés, vidant ainsi de son sens la nature exceptionnelle d'une telle permission. D'autre part, elles dégageaient l'autorité nationale « chargée de contrôler la qualité, l'innocuité et l'efficacité des médicaments » (paragraphe 14 de l'arrêt) de toute obligation d'assurer une telle supervision, en faisant peser la charge de cette obligation sur les organes d'autres pays, de sorte que les fonctions de l'autorité nationale devenaient redondantes.

Les faits de la présente affaire montrent comment un manquement de l'autorité compétente à s'acquitter de ses fonctions de contrôle « de la qualité, de l'innocuité et de l'efficacité des médicaments » aboutit automatiquement à des restrictions injustifiées à l'accès à un traitement médical, de telle sorte

que, « à la différence d'autres pays européens, la Bulgarie ne permettait pas l'usage compassionnel de produits non autorisés » (paragraphe 14 de l'arrêt). La Cour n'a pas analysé le point de savoir si la restriction de l'accès des patients bulgares à des produits supposément utiles qui étaient disponibles ailleurs pouvait être justifiée et, si oui, par quels motifs.

Loin de vouloir voir mon pays devenir le théâtre d'expériences médicales dangereuses ou dégradantes pratiquées sur des êtres humains, je suis disposée à admettre avec la majorité qu'il n'y a pas d'obligation positive établie à la charge des autorités nationales d'assurer l'accès des patients individuels à des produits à usage médical dont la qualité, l'efficacité et l'innocuité n'ont pas été testées. S'il existe une obligation positive à l'égard des patients individuels c'est, en revanche, celle de respecter leurs droits et de faire en sorte qu'ils soient bien informés avant d'accepter de suivre le traitement proposé.

Lorsque les autorités ont assumé l'obligation de mettre en place un mécanisme réglementaire pour contrôler la pratique des membres des professions médicales et pharmaceutiques de manière à répondre à l'intérêt tant public qu'individuel consistant à s'assurer de l'innocuité des médicaments, cela leur imposait de prendre les mesures qu'il convient pour honorer cette obligation et non y substituer un pouvoir discrétionnaire de refuser l'accès à certains traitements en l'absence de toute justification. Je ne suis pas disposée à accepter que cinquante ans après le scandale du thalidomide, d'où est née l'exigence de règles plus strictes au niveau des Etats, cette responsabilité des pouvoirs publics puisse être interprétée comme impliquant une « ample marge d'appréciation » qui leur permettrait de s'y soustraire. Contrairement à la minorité dissidente, je considère que la question qui se pose ici n'est ni celle de la prise de mesures normatives aux fins du respect d'un engagement de garantir la sécurité des services médicaux ni celle de l'ampleur de la « marge d'appréciation » dont auraient disposé les autorités dans le cadre d'un exercice de mise en balance d'intérêts prétendument concurrents (l'intérêt public d'une part et l'intérêt privé à obtenir des services médicaux d'autre part), mais celle de la légalité du but que poursuivaient les restrictions imposées. Je ne suis pas d'accord non plus avec la minorité lorsqu'elle dit (au paragraphe 8 de l'opinion dissidente du juge De Gaetano, à laquelle se rallie le juge Vučinić) que « l'intérêt public visé au paragraphe 122 de l'arrêt peut être servi utilement par des exigences plus adaptées aux différents cas », alors qu'elle reconnaît qu'en fait « il n'y a pas de facteurs majeurs d'intérêt public à mettre en balance avec l'intérêt (...) des requérants » (paragraphe 9 de l'opinion). J'estime que, pour servir l'intérêt public visé au paragraphe 122 de l'arrêt, l'Etat doit exercer effectivement la responsabilité qu'il a accepté d'assumer. Aucune considération spécifique à cet égard n'a d'ailleurs été soumise à la Cour.

Pour en venir à la question de fond spécifique, à savoir celle du risque que l'on présume lié aux produits « non autorisés », « non testés » ou « expérimentaux », j'observe que nul ne peut prétendre qu'il ait été avancé ou allégué qu'un danger particulier commandait de protéger les requérants. Il n'a pas non plus été fait état d'un tel danger dans le cadre du bref examen de leurs demandes. A cet égard, on ne peut faire abstraction du fait que leur état de santé leur permettait d'être autorisés à faire un usage compassionnel de la morphine – substance dont la distribution est non seulement non autorisée, mais encore constitutive d'une infraction pénale. Or il n'a pas été avancé que le nouveau produit auquel ils souhaitaient avoir accès soit plus dangereux ou moins efficace que la morphine. Je mentionne cet élément car on ne saurait ignorer que le rôle de l'Etat en matière d'autorisation de médicaments consiste aussi à établir une distinction entre différents niveaux d'autorisation de l'usage de médicaments à différentes fins. Ce n'est pas apporter une contribution à la science pharmaceutique ou médicale que de dire que la mise sur le marché de certains produits, par exemple des poisons, n'est jamais autorisée, alors que leur utilisation à des fins médicales précises est légitime et autorisée. Ainsi, même le scandale du thalidomide, qui est à l'origine de la mise en place de contrôles plus stricts avant la mise sur le marché des médicaments, a abouti non pas à l'« interdiction » de ce produit mais à la limitation de son usage, qui est actuellement autorisé pour certains patients. De manière regrettable, l'Etat défendeur n'a pas reflété dans les textes qu'il a adoptés la distinction entre les différentes autorisations dont un produit peut faire l'objet (mise sur le marché, usage sur prescription, utilisation en dehors des indications thérapeutiques dans le cadre du traitement d'un malade particulier ou usage compassionnel pour un malade particulier), et la majorité n'a pas non plus tenu compte de cette distinction lorsqu'elle a apprécié la nécessité et la proportionnalité du refus automatique qui a été opposé aux requérants alors même que l'utilisation de ce produit expérimental avait déjà été approuvée à des fins précises dans d'autres pays. Enfin, il apparaît que les refus litigieux n'ont servi ni à informer les requérants de l'existence éventuelle d'un risque pour leur vie ou d'autres effets dégradants dans le cadre de l'utilisation du traitement demandé ni à empêcher cette utilisation : certains d'entre eux se sont en effet procuré le produit en question hors du territoire sur lequel les autorités nationales exerçaient leur juridiction. L'encadrement par l'Etat de la sécurité des patients et du public en matière de traitement médical n'est-il qu'une question d'argent ?

De manière regrettable, lorsqu'elles ont adopté les textes en question et opposé en conséquence les refus litigieux, les autorités nationales n'ont

avancé aucune raison convaincante liée au rôle normatif des autorités nationales en matière de traitement médical des malades particuliers.

Enfin, à la lecture de la jurisprudence d'autres juridictions (citée aux paragraphes 59 à 67 de l'arrêt), je constate avec un certain embarras que, appelée à déterminer si les autorités bulgares avaient honoré leur obligation de respecter le droit individuel à des services médicaux et leur obligation positive de garantir l'exercice effectif et sûr de ce droit, notre Cour semble être la première à omettre d'examiner les questions éthiques et morales complexes que soulèvent les affaires de ce type.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE DE GAETANO, À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE VUČINIĆ

1. A mon grand regret, je ne puis partager les conclusions de la majorité dans cette affaire, hormis en ce qui concerne la recevabilité des griefs concernant le refus des autorités d'autoriser les requérants à utiliser le produit expérimental qu'ils souhaitent se voir administrer et l'irrecevabilité du grief relatif à la violation alléguée de l'article 13. A mon avis, il y a eu en l'espèce violation de l'article 8, et cette conclusion aurait rendu inutile d'examiner l'affaire sous l'angle des articles 2 et 3 (voir *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I).

2. Les faits de la cause peuvent se résumer comme suit : un certain nombre de patients souffrant d'un cancer en phase terminale souhaitent, en dernier recours, être autorisés à essayer un produit anticancéreux expérimental et peut-être controversé qu'une entreprise canadienne est en train de mettre au point. Ils sont parfaitement conscients des risques liés à ce traitement. Celui-ci n'est pas disponible en Bulgarie et, même si l'entreprise canadienne a proposé de le fournir gratuitement, il ne peut être administré dans le pays qu'avec la participation des établissements médicaux et des médecins, d'où la nécessité pour les requérants de solliciter auprès des autorités internes la permission nécessaire (voir les paragraphes 14 et 26 de l'arrêt).

3. A mon avis, la possibilité de « se soigner » – que ce soit par des produits non médicaux, par des médicaments ordinaires ou par les médicaments non conventionnels disponibles, comme en l'espèce – et d'opérer à cet égard un choix libre et éclairé (pourvu que ce choix n'affecte pas la vie ou la santé d'autrui) relève de la vie privée. En effet, comme cela a été souligné à juste titre au paragraphe 116 de l'arrêt, la notion même de « vie privée » implique une certaine mesure d'autonomie personnelle associée à une appréciation de la qualité de vie dans une situation donnée. J'admets aussi que les questions de politique de santé relèvent en principe de la marge d'appréciation des autorités internes, qui sont les mieux placées pour apprécier les priorités, l'utilisation des ressources disponibles et les besoins de la société (paragraphe 119 de l'arrêt). En l'espèce, cependant, la question est considérablement plus restreinte, et elle n'implique pas l'allocation de ressources. Aucune considération ou nécessité financière n'était en jeu. Les requérants ne demandaient pas à l'Etat de financer ce traitement (voir *a contrario*, parmi d'autres références, *Wiater c. Pologne* (déc.), n° 42290/08, § 33, 15 mai 2012). Ils lui demandaient simplement de ne pas faire entrave à leur traitement et de les laisser accéder à un produit expérimental qu'ils pouvaient obtenir gratuitement. Dès lors, la Cour aurait dû dans cette

affaire déterminer la marge d'appréciation applicable par rapport à des facteurs plus spécifiques à la situation en cause (*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 103, CEDH 2003-VIII, où la Cour a dit qu'un conflit d'opinions sur la marge d'appréciation ne pouvait être tranché qu'au regard du contexte de l'espèce). En particulier, elle aurait dû tenir compte de l'état de santé critique des requérants et du pronostic posé.

4. De plus, la marge d'appréciation de l'Etat n'est pas illimitée: aussi large qu'elle soit, elle doit toujours s'apprécier à la lumière des valeurs qui sous-tendent la Convention, au premier rang desquelles celle de la vie. La Cour a souvent dit que la Convention devait se lire comme un tout et s'interpréter (et, ajouterais-je, s'appliquer) de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions et les différentes valeurs qu'elle consacre (voir, quoique dans des contextes différents, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 48, CEDH 2005-X, et *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09, § 54, CEDH 2012). Partant, lorsqu'elle a examiné l'ampleur de cette marge d'appréciation au regard des circonstances de l'espèce et de la méthode choisie par les autorités bulgares pour «mettre en balance» les intérêts visés aux paragraphes 120 et 122 de l'arrêt, la Cour aurait dû accorder plus de poids à la valeur de la vie.

5. Il est indiqué au paragraphe 125 de l'arrêt que les autorités bulgares ont choisi «de mettre en balance les intérêts concurrents» (pour ma part, je doute que ces intérêts aient réellement été «en concurrence» les uns avec les autres compte tenu des faits de la cause) en adoptant une solution générale en vertu de laquelle si un médicament n'est pas autorisé dans un autre pays, il ne peut pas être utilisé à titre exceptionnel pour soigner des patients en Bulgarie. Selon moi, dans le cas des requérants – des patients souffrant d'une maladie en phase terminale – cette solution généralisée est inutilement restrictive et dépasse la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales dans ce domaine, pour deux raisons. La première raison tient à la manière dont les autorités sont parvenues à la solution choisie (voir, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres*, précité, § 99): rien ne permet de dire que le ministre de la Santé se soit efforcé, lorsqu'il a adopté les textes en cause, ou ceux qui leur ont succédé, de soupeser les intérêts concurrents ou d'apprécier la proportionnalité de la restriction (voir, *mutatis mutandis*, *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 83 *in limine*, CEDH 2007-V), par exemple en menant des consultations publiques (voir *a contrario*, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres*, précité, § 128). De plus, l'interdiction d'accéder aux médicaments qui n'avaient été autorisés ni en Bulgarie ni dans un autre pays n'était pas inscrite dans la législation

primaire, et le législateur n'a jamais soupesé les différents intérêts en présence ni procédé à une appréciation des questions de proportionnalité (voir, *mutatis mutandis*, *Dickson*, § 83, précité, et, *a contrario*, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 86, CEDH 2007-I). De ce point de vue, il faut garder à l'esprit que la question a d'évidentes implications de vie ou de mort, et qu'on ne saurait trop souligner son importance.

6. La deuxième raison a trait à la teneur de la solution adoptée. Dans notre monde moderne, la triste réalité est que l'élaboration de nouveaux médicaments est une entreprise complexe qui se heurte à des obstacles scientifiques, financiers et réglementaires et, en règle générale, prend plusieurs années pour aboutir. Les patients souffrant d'une maladie en phase terminale n'ont donc souvent pas le temps d'attendre que les nouveaux médicaments qui pourraient contribuer à les soigner ou à les guérir aient fait l'objet d'essais complets et d'une autorisation. Plusieurs Etats du Conseil de l'Europe, ainsi que d'autres Etats et l'Union européenne, semblent être sensibles à ce problème et ont pour cette raison prévu un accès anticipé à des produits expérimentaux qui n'ont pas encore obtenu d'autorisation réglementaire (voir les paragraphes 45, 49-51 et 54-58 de l'arrêt). Il est vrai que la manière précise dont cet accès est ouvert varie d'un pays à l'autre. Il apparaît cependant que dans bon nombre d'entre eux, il s'applique aux produits qui n'ont obtenu d'autorisation réglementaire nulle part et qui sont en ce sens véritablement nouveaux et expérimentaux. L'élaboration de nouveaux médicaments est un domaine qui progresse constamment au gré des évolutions scientifiques et des avancées technologiques. En refusant aux requérants – qui souffraient d'une maladie en phase terminale – tout accès à ces évolutions, les autorités bulgares ont en pratique ignoré totalement leur intérêt très fort d'avoir la possibilité d'essayer un traitement qui, même s'il impliquait l'acceptation d'une incertitude supplémentaire quant aux risques, pouvait se révéler être la seule chance qu'il leur restait d'échapper à la mort.

7. Je suis bien entendu pleinement conscient du fait que permettre trop d'exceptions au système d'autorisation des médicaments peut porter atteinte à son rôle consistant à garantir que l'utilisation d'un produit pour traiter un patient ne puisse être autorisée que si la qualité, l'innocuité et l'efficacité de ce produit ont été démontrées de façon convaincante. Cependant, je ne puis ignorer – comme l'a malheureusement fait la majorité – le fait que pareilles exceptions existent déjà et ne semblent pas avoir mis en péril le fonctionnement de ce système, tant au niveau national qu'au niveau supérieur. Le fait que plusieurs autres Etats appliquent pareils mécanismes pour des produits qui n'ont été autorisés nulle part dans le monde montre que les difficultés éventuellement susceptibles de survenir sont gérables.

8. L'intérêt public visé au paragraphe 122 de l'arrêt peut être servi utilement par des exigences plus adaptées aux différents cas. Par exemple, les textes applicables pourraient imposer aux autorités de vérifier elles-mêmes que le bénéfice possible de l'utilisation d'un produit non autorisé justifie les risques potentiels de cette utilisation, et que ces risques ne soient pas déraisonnables compte tenu des circonstances et ne l'emportent pas sur les risques causés par la maladie que le produit est censé traiter. Ils pourraient aussi prévoir expressément que les praticiens qui envisagent de traiter des patients en phase terminale avec un produit non autorisé doivent leur expliquer en détail les risques connus et inconnus de manière à leur permettre de faire des choix réellement éclairés. Ils pourraient encore imposer que l'usage de produits non autorisés ne porte pas atteinte aux essais cliniques de ces produits et demeure une solution de dernier recours. La décision de la majorité se lave les mains de toutes ces considérations en utilisant comme une valve de sûreté la notion d'« ample marge d'appréciation » (paragraphe 125 de l'arrêt).

9. En bref, je suis d'avis qu'il n'y a pas de facteurs majeurs d'intérêt public à mettre en balance avec l'intérêt très important – et même vital, littéralement – des requérants d'avoir accès à des médicaments expérimentaux dont l'utilisation n'a pas été autorisée dans un autre pays. Naturellement, l'Etat ne peut être tenu d'ouvrir l'accès à ces médicaments hors de tout cadre réglementaire. Mais le cadre mis en place doit permettre une réelle mise en balance des intérêts en présence. En l'espèce, rien n'indique qu'il ait été procédé à une telle mise en balance et, d'ailleurs, il n'est dit nulle part dans l'arrêt que l'Etat a ménagé un juste équilibre. Le caractère quasi uniforme des raisons avancées par le directeur de l'Agence du médicament pour rejeter chacune des demandes des requérants est un signe que ces refus ne découlaient pas de considérations pertinentes mais reposaient entièrement sur l'interdiction générale de l'usage compassionnel de produits non autorisés dans d'autres pays. Plus précisément, il n'a pas été accordé d'attention à la situation spéciale et vulnérable des requérants et à la nécessité qui en découlait de respecter et de protéger leur intégrité physique et psychologique.

10. Pour ces raisons, comme indiqué au paragraphe 1 ci-dessus, je suis d'avis qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention dans cette affaire, et qu'en conséquence il n'est pas nécessaire d'examiner les griefs que les requérants tirent des articles 2 et 3.