

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2012-VI



WOLF LEGAL PUBLISHERS

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

Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40157-0

© 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>Stamose v. Bulgaria</i> , no. 29713/05, judgment of 27 November 2012	1
<i>Stamose c. Bulgarie</i> , n° 29713/05, arrêt du 27 novembre 2012	19
<i>Michaud c. France</i> , n° 12323/11, arrêt du 6 décembre 2012	39
<i>Michaud v. France</i> , no. 12323/11, judgment of 6 December 2012 ...	89
<i>De Souza Ribeiro c. France</i> [GC], n° 22689/07, arrêt du 13 décembre 2012	139
<i>De Souza Ribeiro v. France</i> [GC], no. 22689/07, judgment of 13 December 2012	203
<i>El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia</i> [GC], no. 39630/09, judgment of 13 December 2012	263
<i>El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine</i> [GC], n° 39630/09, arrêt du 13 décembre 2012	361
<i>Ahmet Yıldırım c. Turquie</i> , n° 3111/10, arrêt du 18 décembre 2012..	465
<i>Ahmet Yıldırım v. Turkey</i> , no. 3111/10, judgment of 18 December 2012	505

Subject matter/Objet des affaires

Article 3

Torture and inhuman and degrading treatment during and following applicant's extraordinary rendition to CIA

El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia [GC], p. 263

Torture et traitements inhumains et dégradants subis par le requérant pendant et après sa remise extraordinaire à la CIA

El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine [GC], p. 361

Article 5

Detention during and following operation involving extraordinary rendition to CIA

El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia [GC], p. 263

Détention avant et après une opération de remise extraordinaire d'une personne à la CIA

El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine [GC], p. 361

Article 8

Obligation for lawyers, when not acting in their defence capacity, to report suspicions of illegal money-laundering activities on the part of their clients

Michaud v. France, p. 89

Obligation faite aux avocats de déclarer leurs soupçons, révélés en dehors de leur mission de défense, relatifs aux activités illicites de blanchiment d'argent de leurs clients

Michaud c. France, p. 39

Article 10

Court order blocking a website as a preventive measure, with the collateral effect of blocking access to an entire domain and all the websites hosted on it

Ahmet Yıldırım v. Turkey, p. 505

Mesure judiciaire préventive de blocage d'un site Internet ayant eu pour effet collatéral de bloquer l'accès à l'intégralité d'un domaine et à tous les sites y étant hébergés

Ahmet Yıldırım c. Turquie, p. 465

Article 13 in conjunction with Article 8/**Article 13 combiné avec l'article 8**

Removal order enforced within fifty minutes of application to a court for its suspension

De Souza Ribeiro v. France [GC], p. 203

Reconduite à la frontière exécutée dans les cinquante minutes suivant la demande de sa suspension devant un tribunal

De Souza Ribeiro c. France [GC], p. 139

Article 2 of Protocol No. 4/Article 2 du Protocole n° 4

Ban on travelling abroad following breach of immigration rules of a third-party State

Stamose v. Bulgaria, p. 1

Interdiction de se rendre à l'étranger infligée à la suite d'une infraction aux règles d'un Etat tiers en matière d'immigration

Stamose c. Bulgarie, p. 19

STAMOSE v. BULGARIA
(Application no. 29713/05)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 27 NOVEMBER 2012¹

1. English original.

SUMMARY¹**Ban on travelling abroad following breach of immigration rules of a third-party State****Article 2 of Protocol No. 4**

Freedom to leave a country – Ban on travelling abroad following breach of immigration rules of a third-party State – Necessary in a democratic society – Proportionality – Respondent State not directly affected by the offence – Blanket, indiscriminate and automatic ban – Authorities’ failure to justify the ban and to examine the applicant’s individual circumstances – Limited scope of judicial review

*

* *

In 2003 the applicant was deported from the United States of America to his home country of Bulgaria after taking up paid employment in breach of the conditions attached to his student visa. Upon his return, the Bulgarian authorities imposed a two-year travel ban on the applicant and confiscated his passport after receiving a letter from the US embassy. An application by the applicant for judicial review of the Bulgarian authorities’ decisions was dismissed.

Held

Article 2 of Protocol No. 4: This was the first case in which the Court had examined a travel ban designed to prevent breaches of domestic or foreign immigration laws. The prohibition on leaving Bulgaria and the attendant seizure of his passport amounted to interference with the applicant’s right to leave any country of his choice. The interference was “in accordance with law”. However, it was not necessary to determine whether it pursued the legitimate aims of maintenance of *ordre public* or the protection of the rights of others as, in any event, it was not necessary in a democratic society.

Such a blanket and indiscriminate measure as automatically prohibiting the applicant from travelling to any and every foreign country on account of a breach of the immigration laws of one particular country could not be considered proportionate. The normal consequences of a serious breach of a country’s immigration laws would be for the person concerned to be removed from that country and prohibited (by the laws of that country) from re-entering for a certain period. The applicant had been deported from the United States of America. It therefore appeared draconian

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

for the Bulgarian State – which could not be regarded as directly affected by the applicant’s infringement of the provisions of US immigration law – to have in addition prevented him from travelling to any other foreign country for a period of two years. Moreover, the authorities had not given any reasons for their order and had apparently not considered it necessary to examine the applicant’s individual circumstances, such as the gravity of his breach of US immigration law, the risk that he might commit further breaches of other States’ rules, his family, financial and personal situation, and whether he had a criminal record. The domestic courts had ruled that they had no power to review the exercise of the authorities’ discretion in this matter. Although the Court might be prepared to accept that a prohibition on leaving one’s own country imposed in relation to breaches of the immigration laws of another State may in certain compelling circumstances be regarded as justified, it did not consider that the automatic imposition of such a measure without any regard to the individual circumstances of the person concerned could be characterised as necessary in a democratic society.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 13: The domestic courts had been solely concerned with the ban’s formal validity and had specifically held that they could not scrutinise the authorities’ discretionary assessment of the need for the ban, which was in fact the main point raised by the applicant and a key part of the balancing exercise required under Article 2 § 3 of Protocol No. 4. By reason of its limited scope of review, such a procedure did not afford the possibility of dealing with the substance of an arguable Convention complaint and so could not satisfy the requirements of Article 13.

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

M. v. Germany, no. 10307/83, Commission decision of 6 March 1984, Decisions and Reports 37

Schmid v. Austria, no. 10670/83, Commission decision of 9 July 1985, Decisions and Reports 44

Nordblad v. Sweden, no. 19076/91, Commission decision of 13 October 1993, unreported

Peltonen v. Finland, no. 19583/92, Commission decision of 20 February 1995, Decisions and Reports 80-A

Marangos v. Cyprus, no. 31106/96, Commission decision of 20 May 1997, unreported

Roldan Teixeira and Others v. Italy (dec.), no. 40655/98, 26 October 2000

Baumann v. France, no. 33592/96, ECHR 2001-V

Luordo v. Italy, no. 32190/96, ECHR 2003-IX

Napijalo v. Croatia, no. 66485/01, 13 November 2003

Capital Bank AD v. Bulgaria, no. 49429/99, 24 November 2005

Riener v. Bulgaria, no. 46343/99, 23 May 2006

Földes and Földesné Hajlik v. Hungary, no. 41463/02, ECHR 2006-XII
Bartik v. Russia, no. 55565/00, ECHR 2006-XV
Sissanis v. Romania, no. 23468/02, 25 January 2007
Glas Nadezhda EOOD and Anatoliy Elenkov v. Bulgaria, no. 14134/02, 11 October 2007
C.G. and Others v. Bulgaria, no. 1365/07, 24 April 2008
Bessenyei v. Hungary, no. 37509/06, 21 October 2008
A.E. v. Poland, no. 14480/04, 31 March 2009
Ignatov v. Bulgaria, no. 50/02, 2 July 2009
Jordan Jordanov and Others v. Bulgaria, no. 23530/02, 2 July 2009
Gochev v. Bulgaria, no. 34383/03, 26 November 2009
Makedonski v. Bulgaria, no. 36036/04, 20 January 2011
Nalbantski v. Bulgaria, no. 30943/04, 10 February 2011
Pfeifer v. Bulgaria, no. 24733/04, 17 February 2011
Prescher v. Bulgaria, no. 6767/04, 7 June 2011
Diamante and Pelliccioni v. San Marino, no. 32250/08, 27 September 2011
Miażdzyk v. Poland, no. 23592/07, 24 January 2012
Nada v. Switzerland [GC], no. 10593/08, ECHR 2012

In the case of Stamose v. Bulgaria,

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

Ineta Ziemele, *President*,
Davíd Thór Björgvinsson,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Vincent A. De Gaetano, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 6 November 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 29713/05) 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 a Bulgarian national, Mr Teodor Vasilious Stamose (“the applicant”), on 22 July 2005.

2. The applicant was represented by Mr B. Tsanov, a lawyer practising in Sofia. The Bulgarian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms M. Dimova, of the Ministry of Justice.

3. The applicant alleged, in particular, that a ban on his leaving the territory of Bulgaria for a period of two years on account of breaches of the immigration laws of the United States of America had been unjustified; that this ban, which had prevented him from travelling to the United States of America, where his mother and brother lived, had amounted to an unjustified interference with his family life; and that in examining his legal challenge to the ban the courts had not reviewed its proportionality.

4. On 28 September 2009 the Court (Fifth Section) decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

5. Following the re-composition of the Court’s sections on 1 February 2011, the application was transferred to the Fourth Section.

6. Noting that the applicant had not submitted any observations on the admissibility or merits of the case or a claim for just satisfaction within the time-limit fixed by the President of the Fifth Section, on 2 August 2011 the

Registry of the Court sent the applicant a registered letter, advising him of the terms of Article 37 § 1 (a) of the Convention. In a fax of 4 November 2011, followed by a letter postmarked 4 November 2011, the applicant stated that he wished to pursue his application and that his earlier failure to submit observations or a claim for just satisfaction had been due to a problem of communication between him and his legal representative.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant was born in 1974 and lives in Sheffield, the United Kingdom, where he moved in February 2010.

8. In 1998 the applicant, who had enrolled at a university in the State of Missouri, entered the United States of America on a student visa. However, he later abandoned his studies and took up paid employment. In January 2000 the authorities, considering that he had thereby infringed the terms and conditions of his visa, opened deportation proceedings against him. He was deported to Bulgaria on 29 October 2003.

9. Meanwhile, in April 2000 the applicant's mother married an American national. In May 2000 she became a permanent resident of the United States of America and later became a United States national. The applicant's brother also resided permanently there.

10. By an order of 29 October 2003, the Head of the Border Police Service of the Bulgarian Ministry of Internal Affairs, acting pursuant to section 76(6) of the Identity Papers Act 1998 (see paragraph 17 below), and having regard to a letter from the Ministry's International Cooperation Division, with which was enclosed a letter from the embassy of the United States of America, imposed a two-year travel ban on the applicant, starting on 20 October 2003, and directed the competent authorities to seize his passport. Accordingly, on 4 November 2003 the Burgas police ordered the applicant to surrender his passport.

11. The applicant sought judicial review of the order, arguing, *inter alia*, that the administrative authorities had erred in not taking into account his personal situation and choosing to exercise their discretion against him.

12. On 11 May 2004 the Sofia City Court dismissed the application. It held, *inter alia*, that in issuing the order the authorities had taken into account all the relevant facts, namely, that the applicant had been deported and that the Bulgarian authorities had been informed of this. The reasons for the deportation and the personal circumstances of the applicant were

immaterial, as was the possibility of his receiving another visa allowing him to re-enter the United States of America. The order had been consistent with the aim of the law, which was to impede Bulgarian citizens who had breached the immigration rules of foreign countries from travelling freely.

13. The applicant appealed on points of law, reiterating his argument that the authorities should have taken account of his individual circumstances.

14. In a final judgment of 30 March 2005 (*реш. № 2952 от 30 март 2005 г. по адм. д. № 6206/2004 г., ВАС, V о.*), the Supreme Administrative Court upheld the lower court's judgment. It held, *inter alia*, that section 76(6) of the Identity Papers Act 1998 gave the authorities discretion to impose or refrain from imposing the impugned measure, and their choice in this matter was not reviewable by the courts. In the case of the applicant, the authorities had had regard to all the relevant circumstances and had determined that the measure was called for.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

15. Article 35 § 1 of the 1991 Constitution provides, *inter alia*, that anyone has the right to leave the country, and that this right can only be restricted by law for the purpose of protecting national security, public health, or the rights and freedoms of others.

16. Section 33(1) of the Identity Papers Act 1998 (*Закон за българските документи за самоличност* – “the 1998 Act”) – the title of which was changed, in October 2009, to the Personal Identification Documents Act (*Закон за българските лични документи*) – provides that any Bulgarian national has the right to leave the country and to return to it with a passport or an equivalent document. Under section 33(3) those rights cannot be subject to restrictions, unless those restrictions are provided for by law and are necessary for the protection of national security, public order, health or the rights and freedoms of others.

17. Section 76(6) of the Act, as originally enacted, provided that a Bulgarian national who had been deported from another country on account of breaches of that country's immigration laws could be prohibited from leaving Bulgaria and be refused a passport for a period of one year. The subsection was amended with effect from 31 March 2003 to provide that the prohibition was to last two years.

18. In its case-law under this provision, the Supreme Administrative Court consistently held that the courts were not competent to review whether the authorities had properly exercised their discretionary power to assess the need for such a measure; the only thing the courts had to verify was whether the underlying deportation had taken place, regardless of the grounds for it (see *реш. № 10917 от 3 декември 2002 г. по адм.*

д. № 7044/2002 г., ВАС, V о.; *реш.* № 2365 от 14 март 2003 г. по адм. д. № 10736/2002 г., ВАС, V о.; *реш.* № 9652 от 22 ноември 2004 г. по адм. д. № 4636/2004 г., ВАС, V о.; *реш.* № 9653 от 22 ноември 2004 г. по адм. д. № 4637/2004 г., ВАС, V о.; *реш.* № 9654 от 22 ноември 2004 г. по адм. д. № 4635/2004 г., ВАС, V о.; *реш.* № 3497 от 18 април 2005 г. по адм. д. № 542/2005 г., ВАС, V о.; *реш.* № 94 от 5 януари 2006 г. по адм. д. № 5672/2005 г., ВАС, V о.; *реш.* № 5034 от 11 май 2006 г. по адм. д. № 9710/2005 г., ВАС, V о.; *реш.* № 5229 от 17 май 2006 г. по адм. д. № 535/2006 г., ВАС, V о.; *реш.* № 5966 от 2 юни 2006 г. по адм. д. № 829/2006 г., ВАС, V о.; *реш.* № 7176 от 28 юни 2006 г. по адм. д. № 3700/2006 г., ВАС, V о.; *реш.* № 10919 от 6 ноември 2006 г. по адм. д. № 4522/2006 г., ВАС, V о.; *реш.* № 12533 от 13 декември 2006 г. по адм. д. № 6522/2006 г., ВАС, V о.; *реш.* № 12551 от 13 декември 2006 г. по адм. д. № 7065/2006 г., ВАС, V о.; and *реш.* № 1869 от 22 февруари 2007 г. по адм. д. № 9680/2006 г., ВАС, V о.).

19. On 21 August 2009 the government laid before Parliament a bill for the amendment of the 1998 Act which proposed, *inter alia*, to repeal section 76(6). Parliament enacted the bill on 1 October 2009 and the amending Act came into force on 20 October 2009. In its ensuing case-law the Supreme Administrative Court held that the repeal did not automatically invalidate travel bans under section 76 imposed before it had come into force (see *реш.* № 13819 от 17 ноември 2009 г. по адм. д. № 6999/2007 г., ВАС, III о.; *реш.* № 15106 от 10 декември 2009 г. по адм. д. № 7052/2009 г., ВАС, V о.; and *реш.* № 10449 от 13 август 2010 г. по адм. д. № 1609/2010 г., ВАС, VII о.). The matter was settled with the enactment of paragraph 5 of the transitional and concluding provisions of a further Act for the amendment of the 1998 Act. It came into force on 10 April 2010 and specified that within three months of its entry into force all measures imposed under section 76(6) would cease to have effect.

III. RELEVANT STATISTICAL DATA

20. According to a report published by the International Labour Office in its International Migration Papers series (August Gächter, *The Ambiguities of Emigration: Bulgaria Since 1988*, available at <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp39.pdf> (accessed on 6 November 2012)), gross emigration from Bulgaria between 1989 and 1998 amounted to 747,000 persons. In total, 2,253 of them emigrated to Switzerland, 124,383 to Germany, 32,978 to Greece, 344,849 to Turkey and 6,307 to the United States of America.

IV. OTHER RELEVANT MATERIALS

21. By virtue of Article 1 § 1 of, and the Annex to, Council Regulation (EC) No. 2317/95 of 25 September 1995, Bulgarian nationals were required to be in possession of visas when crossing the external borders of the member States of the European Union. That was changed by Article 1 § 2 of, and Annex II to, Council Regulation (EC) No. 539/2001 of 15 March 2001, whereby Bulgarian nationals became exempt from the visa requirement “for stays of no more than three months in all”.

22. A paper published by the Centre for European Policy Studies (*What about the Neighbours? The Impact of Schengen along the EU’s External Borders*, CEPS Working Document No. 210/October 2004, available at http://aei.pitt.edu/6641/1/1171_210.pdf (accessed on 6 November 2012)), noted the following:

“In the space of six years the European Union placed itself in the position of requiring substantial concessions on a wide variety of issues relating to borders and movement of persons as the price for removing the visa requirement. In this period the Bulgarian government and society as a whole started working on [a] comprehensive strategy aiming at the ultimate exemption of Bulgarian citizens from the requirement of visas.”

23. The paper went on to refer to a 2001 European Commission report which had led to the abolition of visa requirements for Bulgarian nationals (*Report from the Commission to the Council regarding Bulgaria in the perspective of the adoption of the regulation determining the list of third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt of that requirement*, COM(2001)61 final, 2 February 2001, Brussels). Under the heading “Sanctions concerning illegal emigration to the Member States”, that report noted that “under [section] 76 [of the 1998 Act] as [then] in force a ban on leaving the country for a one-year period [was] imposed on Bulgarian nationals who [had] violated the immigration law of another country or [had] been expelled from another country”. In reviewing the further legislative steps that were being taken by the Bulgarian authorities, the report noted that “a draft amendment of [section] 76 provide[d] for extending to two years the duration of the prohibition to leave the country which [could] be imposed on Bulgarian citizens”. Having reviewed all relevant legislative provisions, the report concluded that “[f]rom the information forwarded by the Bulgarian authorities to the Commission services and from the Commission’s mission, it [was] clear that Bulgaria [had] at its disposal the necessary legal instruments to allow it to combat illegal immigration ... from its territory”.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 4 TO THE CONVENTION

24. The applicant complained under Article 2 of Protocol No. 4 that the ban on his leaving the territory of Bulgaria had been unjustified and disproportionate.

25. The relevant parts of Article 2 of Protocol No. 4 read:

“... ”

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. No restrictions shall be placed on the exercise of [this right] other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of *ordre public*, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

...”

26. The Government submitted that the decisions taken by the administrative authorities and the courts in relation to the applicant had been lawful and correct. The reasons given had corresponded to the requirements of section 76(6) of the 1998 Act. The prohibition had been prompted by a letter from the embassy of the United States of America. In those circumstances, the authorities had, in the exercise of their discretion, rightly found that the measure was necessary to achieve the aims of the law. The courts had been entitled to review the lawfulness of the measure but not its necessity, and had applied the law correctly. Lastly, the Government pointed out that section 76(6) had been repealed in October 2009.

27. The applicant did not submit any observations.

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

29. On the merits, the Court begins by observing that this case raises a somewhat novel issue, as the Court has thus far not had occasion to deal with travel bans designed to prevent breaches of domestic or foreign immigration laws. In previous cases under Article 2 of Protocol No. 4 the Court (or the former European Commission of Human Rights) has been concerned with such bans imposed in connection with pending criminal proceedings (see *Schmid v. Austria*, no. 10670/83, Commission decision of 9 July 1985, Decisions and Reports (DR) 44, p. 195; *Baumann v. France*, no. 33592/96, ECHR 2001-V; *Földes and Földesné Hajlik v. Hungary*, no. 41463/02, ECHR

2006-XII; *Sissanis v. Romania*, no. 23468/02, 25 January 2007; *Bessenyei v. Hungary*, no. 37509/06, 21 October 2008; *A.E. v. Poland*, no. 14480/04, 31 March 2009; *Iordan Iordanov and Others v. Bulgaria*, no. 23530/02, 2 July 2009; *Makedonski v. Bulgaria*, no. 36036/04, 20 January 2011; *Pfeifer v. Bulgaria*, no. 24733/04, 17 February 2011; *Prescher v. Bulgaria*, no. 6767/04, 7 June 2011; and *Miażdżyk v. Poland*, no. 23592/07, 24 January 2012), enforcement of criminal sentences (see *M. v. Germany*, no. 10307/83, Commission decision of 6 March 1984, DR 37, p. 113), lack of rehabilitation in respect of criminal offences (see *Nalbantski v. Bulgaria*, no. 30943/04, 10 February 2011), pending bankruptcy proceedings (see *Luordo v. Italy*, no. 32190/96, ECHR 2003-IX), refusal to pay customs penalties (see *Napijalo v. Croatia*, no. 66485/01, 13 November 2003), failure to pay taxes (see *Riener v. Bulgaria*, no. 46343/99, 23 May 2006), failure to pay judgment debts to private persons (see *Ignatov v. Bulgaria*, no. 50/02, 2 July 2009, and *Gochev v. Bulgaria*, no. 34383/03, 26 November 2009), knowledge of “State secrets” (see *Bartik v. Russia*, no. 55565/00, ECHR 2006-XV), failure to comply with military-service obligations (see *Peltonen v. Finland*, no. 19583/92, Commission decision of 20 February 1995, DR 80-A, p. 38, and *Marangos v. Cyprus*, no. 31106/96, Commission decision of 20 May 1997, unreported), mental illness coupled with a lack of arrangements for appropriate care in the destination country (see *Nordblad v. Sweden*, no. 19076/91, Commission decision of 13 October 1993, unreported), and court orders prohibiting minor children from being removed to a foreign country (see *Roldan Teixeira and Others v. Italy* (dec.), no. 40655/98, 26 October 2000, and *Diamante and Pelliccioni v. San Marino*, no. 32250/08, 27 September 2011). The Court considers that in spite of the differences with those cases the principles applicable to the present case are the same.

30. Article 2 § 2 of Protocol No. 4 guarantees to any person the right to leave any country for any other country of that person’s choice to which he or she may be admitted. The prohibition on the applicant leaving Bulgaria undoubtedly amounted to an interference with that right. The attendant seizure of his passport also amounted to such an interference (see *Peltonen*, at p. 43; *Baumann*, §§ 62-63; *Napijalo*, §§ 69-73; and *Nalbantski*, § 61, all cited above). It must therefore be determined whether that interference was “in accordance with law”, pursued one or more of the legitimate aims set out in Article 2 § 3 of Protocol No. 4, and whether it was “necessary in a democratic society” for the achievement of such an aim.

31. The interference was based on section 76(6) of the Identity Papers Act 1998 (see paragraphs 10 and 17 above), and thus clearly had a legal basis in national law. The applicant has not sought to argue that it was not

otherwise “in accordance with law”, and the Court sees no reason to hold that it did not comply with that requirement.

32. It is furthermore apparent from the context in which the statutory provisions which served as a basis for the measure against the applicant were enacted and later tightened (see paragraphs 21-23 above) that the interference was designed to discourage and prevent breaches of the immigration laws of other States, and thus reduce the likelihood of those States refusing other Bulgarian nationals entry to their territory, or toughening or refusing to relax their visa regime in respect of Bulgarian nationals. Even if the Court were prepared to accept that the interference pursued the legitimate aims of maintenance of *ordre public* or the protection of the rights of others, in the instant case it is not necessary to pursue this point further since in any case, as explained below, the travel restrictions failed the “necessary in a democratic society” test and its implicit requirement of proportionality.

33. The Court observes that the travel ban imposed on the applicant did not last very long – by law its duration was exactly two years (see paragraph 17 above). However, this is not the main issue (contrast *Nalbantski*, cited above, § 56): the salient point is whether it was at all proportionate to automatically prohibit the applicant from travelling to any and every foreign country on account of his having committed a breach of the immigration laws of one particular country.

34. The Court cannot consider such a blanket and indiscriminate measure to be proportionate. The normal consequences of a serious breach of a country’s immigration laws would be for the person concerned to be removed from that country and prohibited (by the laws of that country) from re-entering its territory for a certain period of time. Indeed, the applicant suffered such consequences as a result of the infringement of the terms of his student visa – he was deported from the United States of America (see paragraph 8 above). It appears quite draconian for the Bulgarian State – which could not be regarded as directly affected by the applicant’s infringement – to have also prevented him from travelling to any other foreign country for a period of two years.

35. Moreover, the authorities did not give any reasons for their order and apparently did not consider it necessary to examine the individual situation of the applicant, and the courts later held that they could not review the exercise of the authorities’ discretion in this matter (compare, *mutatis mutandis*, *Riener*, § 126; *Gochev*, § 54; and *Nalbantski*, § 66, all cited above). Thus, although the relevant provision gave them discretion with regard to the imposition or otherwise of the impugned measure, there is no indication that in the exercise of that discretion the authorities took

into account any factors specific to the applicant, such as the gravity of the breach which had prompted his deportation from the United States of America, the risk that he might commit further breaches of another State's immigration rules, his family situation, his financial and personal situation, or whether he had a criminal record. The Court has previously held, albeit in different contexts, that such general and virtually automatic restrictions cannot be regarded as justified under Article 2 of Protocol No. 4 (see *Riener*, §§ 127-28; *Bartik*, § 48; *Gochev*, §§ 53 and 57; and *Nalbantski*, §§ 66-67, all cited above).

36. It is true that during the period that preceded the enactment of the statutory provision on which the order was based Bulgaria had become a source of migrants (see paragraph 20 above), and that in those circumstances it is at least arguable that the Bulgarian State could have considered it necessary, for reasons of international comity and practicality, to assist other States in the implementation of their immigration rules and policies (see paragraph 32 above). It also appears that the statutory provision in question was enacted and subsequently tightened (see paragraph 17 above) as part of a package of measures designed to allay the fears of, among others, the then member States of the European Union in respect of illegal emigration from Bulgaria, and that it played a part in the Union's decision in March 2001 to exempt Bulgarian nationals from a visa requirement for short-term stays (see paragraphs 21-23 above). Eight years after that, in 2009, when the need for it had apparently diminished, the provision was repealed (see paragraph 19 above). However, the fact that the law enabling the impugned measure was enacted against this background does not make it immune from scrutiny under the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, no. 49429/99, §§ 110-11, 24 November 2005). Nor can the measure itself as applied to the applicant be justified by the mere fact that it might have been prompted by such pressure (see paragraph 10 above), and the respondent State cannot validly confine itself to relying on such reasons to justify it (see, *mutatis mutandis*, *Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, § 196, ECHR 2012). Although the Court might be prepared to accept that a prohibition on leaving one's own country imposed in relation to breaches of the immigration laws of another State may in certain compelling situations be regarded as justified, it does not consider that the automatic imposition of such a measure without any regard to the individual circumstances of the person concerned may be characterised as necessary in a democratic society.

37. There has therefore been a violation of Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

38. The applicant complained under Article 8 of the Convention that the travel ban, which had prevented him from travelling to the United States of America, where his mother and brother lived, had amounted to an unjustified interference with his family life.

39. Article 8 of the Convention provides:

“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.”

40. The Government submitted that the travel ban had been imposed in accordance with the law, and on an adult who was 30 years old. Moreover, the possibility of the applicant joining his mother and brother in the United States of America had not depended on the Bulgarian authorities but rather on the immigration policy of that country. Lastly, there had been no impediments to the applicant’s relatives visiting him in Bulgaria.

41. The applicant did not submit any observations.

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

43. However, in view of the finding of a breach of Article 2 of Protocol No. 4, the Court does not consider it necessary to examine the travel ban imposed on the applicant also by reference to Article 8 of the Convention (see *Riener*, § 134; *A.E. v. Poland*, §§ 53-54; and *Pfeifer*, § 62, all cited above; and contrast *İletmiş v. Turkey*, no. 29871/96, §§ 42-50, ECHR 2005-XII, and *Paşaoğlu v. Turkey*, no. 8932/03, §§ 41-48, 8 July 2008, where the Court examined prohibitions on travel abroad under Article 8 of the Convention and not under Article 2 of Protocol No. 4 because the latter had been signed but not ratified by Turkey).

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

44. The applicant complained that in examining his legal challenge to the ban the courts had not reviewed the proportionality of the measure.

45. The Court considers that this complaint falls to be examined under Article 13 of the Convention, which provides 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.”

46. The Government did not comment on this complaint in their observations.

47. The applicant did not submit any observations.

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

49. Where there is an arguable claim that an act of the authorities may infringe an individual's right under Article 2 § 2 of Protocol No. 4, Article 13 of the Convention requires that the national legal system give him or her the effective possibility of challenging the measure complained of and of having the relevant issues examined with sufficient procedural safeguards and thoroughness, thus making it possible for the individual concerned to put forward all arguments impacting on the proportionality – in the Convention sense of the word – of the measure (see *Riener*, §§ 138 and 142, and *Pfeifer*, § 67, both cited above).

50. Having regard to its findings in relation to the travel ban imposed on the applicant, the Court considers that his complaint under Article 2 § 2 of Protocol No. 4 was arguable. It must therefore be determined whether he had at his disposal a remedy complying with the above requirements.

51. The chief issue here seems to be whether the courts examined the applicant's requests and ensuing appeals with sufficient thoroughness and with reference to the factors relevant to the justification of the ban under the Convention (see *Pfeifer*, cited above, § 71). As can be seen from their rulings (see paragraphs 12 and 14 above), they treated as irrelevant the applicant's arguments attacking the justification for the measure, being concerned solely with the ban's formal validity and specifically holding that they could not scrutinise the authorities' discretionary assessment of the need for the ban – the main point raised by the applicant (see paragraphs 11 and 13 above) and a key part of the balancing exercise required under Article 2 § 3 of Protocol No. 4. A procedure which, by reason of the limited scope of review, does not afford the possibility of dealing with the substance of an arguable complaint under the Convention cannot satisfy the requirements of Article 13 (see *Riener*, cited above, §§ 142-43; see also, *mutatis mutandis*, *Glas Nadezhda EOOD and Anatoliy Elenkov v. Bulgaria*, no. 14134/02, §§ 69-70, 11 October 2007, and *C.G. and Others v. Bulgaria*, no. 1365/07, § 62, 24 April 2008, with further references).

52. There has therefore been a violation of Article 13 of the Convention.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

53. 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.”

54. The applicant did not submit a claim for just satisfaction.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention;
3. *Holds* that there is no need to examine the complaint under Article 8 of the Convention;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 27 November 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early
Registrar

Ineta Ziemele
President

STAMOSE c. BULGARIE
(Requête n° 29713/05)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 NOVEMBRE 2012¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Interdiction de se rendre à l'étranger infligée à la suite d'une infraction aux règles d'un Etat tiers en matière d'immigration****Article 2 du Protocole n° 4**

Liberté de quitter un pays – Interdiction de se rendre à l'étranger infligée à la suite d'une infraction aux règles d'un Etat tiers en matière d'immigration – Nécessaire dans une société démocratique – Proportionnalité – Etat défendeur non directement touché par l'infraction – Interdiction générale, automatique et prononcée sans discernement – Manquement des autorités à justifier l'interdiction et à examiner la situation personnelle du requérant – Portée limitée du contrôle juridictionnel

*

* *

En 2003, le requérant fut expulsé des Etats-Unis d'Amérique vers la Bulgarie, son pays d'origine, après avoir occupé un emploi rémunéré et, ce faisant, enfreint les conditions associées à son visa d'étudiant. A son retour, les autorités bulgares lui infligèrent une interdiction de voyager d'une durée de deux ans et saisirent son passeport après avoir reçu une lettre de l'ambassade des Etats-Unis. Il demanda un contrôle juridictionnel des décisions prises par les autorités bulgares mais fut débouté.

Article 2 du Protocole n° 4 : c'est la première affaire dans laquelle la Cour se penche sur une interdiction de voyager destinée à prévenir les infractions aux législations nationales ou étrangères sur l'immigration. L'interdiction faite au requérant de quitter la Bulgarie et la saisie concomitante de son passeport s'analysent en une atteinte au droit de l'intéressé de quitter n'importe quel pays. Cette atteinte était « prévue par la loi ». Il n'y a pas lieu toutefois de rechercher si elle poursuivait les buts légitimes que sont le maintien de l'ordre public ou la protection des droits d'autrui, car en tout état de cause elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Une mesure aussi générale et dépourvue de discernement qui interdit automatiquement au requérant de se rendre dans tout Etat étranger au motif qu'il a enfreint la législation sur l'immigration d'un pays particulier ne saurait passer pour proportionnée. Les suites normales d'une infraction grave à la législation d'un pays en matière d'immigration consisteraient à expulser l'intéressé du pays concerné et à lui interdire (en vertu des lois dudit pays) d'y revenir pendant une période

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

donnée. Le requérant a été expulsé des Etats-Unis. Apparaît donc radicale la mesure par laquelle l'Etat bulgare, que l'on ne peut considérer comme directement touché par l'infraction du requérant à la législation des Etats-Unis sur l'immigration, lui a en outre interdit de se rendre dans tout autre pays étranger pendant une période de deux ans. De surcroît, les autorités n'ont nullement justifié l'arrêté litigieux et n'ont semble-t-il pas jugé nécessaire d'examiner les facteurs propres au requérant, tels la gravité de son infraction à la législation des Etats-Unis sur l'immigration, le risque qu'il enfreignît les règles d'un autre Etat, sa situation familiale, financière et personnelle, ou le point de savoir s'il avait un casier judiciaire. Quant aux tribunaux, ils ont estimé qu'ils n'étaient pas habilités à contrôler l'exercice par les autorités de leur pouvoir d'appréciation en la matière. La Cour serait disposée à admettre qu'une interdiction de quitter son propre pays, infligée pour une infraction à la législation sur l'immigration d'un autre Etat, peut passer pour justifiée dans certaines situations impérieuses, mais elle considère que l'imposition automatique d'une telle mesure, sans prise en compte des circonstances propres à l'intéressé, ne peut être qualifiée de nécessaire dans une société démocratique.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 13 de la Convention: les juridictions nationales se sont préoccupées uniquement de la validité formelle de l'interdiction et ont estimé en particulier qu'elles ne pouvaient pas contrôler l'appréciation discrétionnaire que les autorités avaient faite de la nécessité de l'interdiction, ce qui constituait en fait le point principal soulevé par le requérant et un aspect essentiel de la mise en balance requise par l'article 2 § 3 du Protocole n° 4. Une telle procédure, en raison de la portée limitée du contrôle, n'offre pas la possibilité d'examiner le contenu d'un grief défendable fondé sur la Convention et, dès lors, ne saurait satisfaire aux exigences de l'article 13.

Conclusion: violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

M. c. République fédérale d'Allemagne, n° 10307/83, décision de la Commission du 6 mars 1984, Décisions et rapports 37

Schmid c. Autriche, n° 10670/83, décision de la Commission du 9 juillet 1985, Décisions et rapports 44

Nordblad c. Suède, n° 19076/91, décision de la Commission du 13 octobre 1993, non publiée

Peltonen c. Finlande, n° 19583/92, décision de la Commission du 20 février 1995, Décisions et rapports 80-A

Marangos c. Chypre, n° 31106/96, décision de la Commission du 20 mai 1997, non publiée

Roldan Teixeira et autres c. Italie (déc.), n° 40655/98, 26 octobre 2000

Baumann c. France, n° 33592/96, CEDH 2001-V

Luordo c. Italie, n° 32190/96, CEDH 2003-IX

Napijalo c. Croatie, n° 66485/01, 13 novembre 2003
Capital Bank AD c. Bulgarie, n° 49429/99, 24 novembre 2005
Riener c. Bulgarie, n° 46343/99, 23 mai 2006
Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie, n° 41463/02, CEDH 2006-XII
Bartik c. Russie, n° 55565/00, CEDH 2006-XV
Sissanis c. Roumanie, n° 23468/02, 25 janvier 2007
Glas Nadejda EOOD et Anatoli Elenkov c. Bulgarie, n° 14134/02, 11 octobre 2007
C.G. et autres c. Bulgarie, n° 1365/07, 24 avril 2008
Bessenyei c. Hongrie, n° 37509/06, 21 octobre 2008
A.E. c. Pologne, n° 14480/04, 31 mars 2009
Ignatov c. Bulgarie, n° 50/02, 2 juillet 2009
Iordan Iordanov et autres c. Bulgarie, n° 23530/02, 2 juillet 2009
Gochev c. Bulgarie, n° 34383/03, 26 novembre 2009
Makedonski c. Bulgarie, n° 36036/04, 20 janvier 2011
Nalbantski c. Bulgarie, n° 30943/04, 10 février 2011
Pfeifer c. Bulgarie, n° 24733/04, 17 février 2011
Prescher c. Bulgarie, n° 6767/04, 7 juin 2011
Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin, n° 32250/08, 27 septembre 2011
Miażdżyk c. Pologne, n° 23592/07, 24 janvier 2012
Nada c. Suisse [GC], n° 10593/08, CEDH 2012

En l'affaire Stamose c. Bulgarie,

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

Ineta Ziemele, *présidente*,
Davíd Thór Björgvinsson,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Vincent A. De Gaetano, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 6 novembre 2012,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29713/05) dirigée contre la République de Bulgarie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Teodor Vasiliou Stamose («le requérant»), a saisi la Cour le 22 juillet 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant a été représenté par M^c B. Tzanov, avocat à Sofia. Le gouvernement bulgare («le Gouvernement») a été représenté par son agente, M^{me} M. Dimova, du ministère de la Justice.

3. Le requérant alléguait en particulier que l'interdiction qui lui avait été faite de quitter le territoire de la Bulgarie pendant une période de deux ans en raison d'infractions à la législation des Etats-Unis d'Amérique sur l'immigration était injustifiée, que cette interdiction, qui l'avait empêché de se rendre aux Etats-Unis, où résidaient sa mère et son frère, s'analysait en une ingérence injustifiée dans sa vie familiale, et qu'en examinant son recours judiciaire contre ladite interdiction les tribunaux ne s'étaient pas penchés sur la proportionnalité de cette mesure.

4. Le 28 septembre 2009, la Cour (cinquième section) a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond.

5. Le 1^{er} février 2011, les sections de la Cour ont été remaniées. La requête a été attribuée à la quatrième section.

6. Le 2 août 2011, ayant constaté que le requérant n'avait soumis ni observations sur la recevabilité ou le fond de l'affaire ni demande de

satisfaction équitable dans le délai fixé par le président de la cinquième section, le greffe de la Cour lui a adressé une lettre recommandée l'informant de la teneur de l'article 37 § 1 a) de la Convention. Par un fax du 4 novembre 2011, suivi d'une lettre sur laquelle le cachet de la poste indiquait la date du 4 novembre 2011, le requérant a répondu qu'il souhaitait maintenir sa requête et que s'il n'avait pas soumis d'observations ni de demande de satisfaction équitable c'était en raison d'un problème de communication entre son représentant et lui.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant est né en 1974 et réside à Sheffield, au Royaume-Uni, où il s'est installé en février 2010.

8. En 1998, après s'être inscrit auprès d'une université de l'Etat du Missouri, il arriva aux Etats-Unis muni d'un visa d'étudiant. Par la suite, il abandonna toutefois ses études pour occuper un emploi rémunéré. En janvier 2000, les autorités, estimant qu'il avait ce faisant enfreint les conditions attachées à son visa, engagèrent contre lui une procédure d'expulsion. L'intéressé fut expulsé vers la Bulgarie le 29 octobre 2003.

9. Dans l'intervalle, en avril 2000, la mère du requérant avait épousé un ressortissant américain. En mai 2000, elle était devenue résidente permanente des Etats-Unis et, plus tard, ressortissante des Etats-Unis. Par ailleurs, le frère du requérant résidait dans ce pays à titre permanent.

10. Par un arrêté du 29 octobre 2003, le chef du service de la police des frontières du ministère bulgare de l'Intérieur, agissant en application de l'article 76 § 6 de la loi de 1998 sur les pièces d'identité (paragraphe 17 ci-dessous) et tenant compte d'une lettre du service de coopération internationale du ministère – à laquelle était jointe une lettre de l'ambassade des Etats-Unis –, infligea au requérant une interdiction de voyager d'une durée de deux ans prenant effet le 20 octobre 2003 et pria les autorités compétentes de saisir son passeport. Le 4 novembre 2003, la police de Bourgas ordonna donc à l'intéressé de rendre son passeport.

11. Le requérant demanda un contrôle juridictionnel de l'arrêté, plaidant en particulier que les autorités administratives avaient commis une erreur en négligeant de prendre en considération sa situation personnelle et en choisissant d'exercer contre lui leur pouvoir discrétionnaire.

12. Le 11 mai 2004, le tribunal de Sofia rejeta cette demande, estimant notamment qu'en prenant l'arrêté litigieux les autorités avaient tenu compte

de l'ensemble des éléments pertinents, à savoir que le requérant avait été expulsé et que les autorités bulgares en avaient été informées. Selon le tribunal, les raisons de l'expulsion de l'intéressé et la situation personnelle de celui-ci étaient dénuées de pertinence, de même que la possibilité pour lui d'obtenir un nouveau visa qui lui permettrait de retourner aux États-Unis. L'arrêté était compatible avec l'objet de la loi, qui était d'empêcher des citoyens bulgares ayant enfreint la législation d'un pays étranger sur l'immigration de voyager librement.

13. Le requérant se pourvut en cassation, réitérant son argument selon lequel les autorités auraient dû tenir compte de sa situation personnelle.

14. Par un arrêt définitif du 30 mars 2005 (*пеш. № 2952 от 30 март 2005 г. по адм. д. № 6206/2004 г., ВАС, V о.*), la Cour administrative suprême confirma le jugement de la juridiction inférieure. Elle estima en particulier que l'article 76 § 6 de la loi de 1998 sur les pièces d'identité conférait aux autorités le pouvoir d'imposer ou non la mesure litigieuse, et que leur choix en la matière ne pouvait pas être soumis au contrôle des tribunaux. Dans le cas du requérant, les autorités avaient tenu compte de l'ensemble des éléments pertinents et avaient établi que la mesure en question était nécessaire.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

15. L'article 35 § 1 de la Constitution de 1991 énonce notamment que toute personne a le droit de quitter le pays et que ce droit ne peut être restreint qu'en vertu de la loi, aux fins de la protection de la sécurité nationale, de la santé publique ou des droits et libertés d'autrui.

16. L'article 33 § 1 de la loi de 1998 sur les pièces d'identité (*Закон за българските документи за самоличност*) (en octobre 2009, la loi fut renommée «loi sur les documents d'identification personnels – *Закон за българските лични документи*») («la loi de 1998») dispose que tout ressortissant bulgare a le droit de quitter le pays et d'y revenir, muni d'un passeport ou d'un document équivalent. Selon l'article 33 § 3, ces droits ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, sont nécessaires à la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou des droits et libertés d'autrui.

17. L'article 76 § 6 de la loi, telle qu'adoptée à l'origine, disposait qu'un ressortissant bulgare qui avait été expulsé d'un pays étranger pour infraction à la législation de celui-ci sur l'immigration pouvait être frappé de l'interdiction de quitter la Bulgarie et se voir refuser un passeport pendant une période d'un an. Ce paragraphe a cependant fait l'objet d'un amendement qui est entré en vigueur le 31 mars 2003 et a porté à deux ans la durée de l'interdiction.

18. Selon la jurisprudence constante de la Cour administrative suprême relative à cette disposition, les tribunaux ne sont pas compétents pour rechercher si les autorités ont correctement exercé leur pouvoir d'apprécier la nécessité d'une telle mesure; le seul point qu'ils doivent vérifier, c'est si l'expulsion en question a eu lieu, indépendamment des motifs de cette mesure (*resh. № 10917 от 3 декември 2002 г. по адм. д. № 7044/2002 г., ВАС, V о.; resh. № 2365 от 14 март 2003 г. по адм. д. № 10736/2002 г., ВАС, V о.; resh. № 9652 от 22 ноември 2004 г. по адм. д. № 4636/2004 г., ВАС, V о.; resh. № 9653 от 22 ноември 2004 г. по адм. д. № 4637/2004 г., ВАС, V о.; resh. № 9654 от 22 ноември 2004 г. по адм. д. № 4635/2004 г., ВАС, V о.; resh. № 3497 от 18 април 2005 г. по адм. д. № 542/2005 г., ВАС, V о.; resh. № 94 от 5 януари 2006 г. по адм. д. № 5672/2005 г., ВАС, V о.; resh. № 5034 от 11 май 2006 г. по адм. д. № 9710/2005 г., ВАС, V о.; resh. № 5229 от 17 май 2006 г. по адм. д. № 535/2006 г., ВАС, V о.; resh. № 5966 от 2 юни 2006 г. по адм. д. № 829/2006 г., ВАС, V о.; resh. № 7176 от 28 юни 2006 г. по адм. д. № 3700/2006 г., ВАС, V о.; resh. № 10919 от 6 ноември 2006 г. по адм. д. № 4522/2006 г., ВАС, V о.; resh. № 12533 от 13 декември 2006 г. по адм. д. № 6522/2006 г., ВАС, V о.; resh. № 12551 от 13 декември 2006 г. по адм. д. № 7065/2006 г., ВАС, V о., et resh. № 1869 от 22 февруари 2007 г. по адм. д. № 9680/2006 г., ВАС, V о.).*

19. Le 21 août 2009, le gouvernement déposa devant le Parlement un projet de loi visant à la modification de la loi de 1998, aux fins notamment de l'abrogation de l'article 76 § 6. Le Parlement adopta ce projet le 1^{er} octobre 2009 et la loi modificative entra en vigueur le 20 octobre 2009. Dans les affaires qu'elle traita ultérieurement, la Cour administrative suprême estima que l'abrogation n'avait pas pour effet d'annuler automatiquement les interdictions de voyager prononcées avant son entrée en vigueur sur le fondement de l'article 76 (*resh. № 13819 от 17 ноември 2009 г. по адм. д. № 6999/2007 г., ВАС, III о.; resh. № 15106 от 10 декември 2009 г. по адм. д. № 7052/2009 г., ВАС, V о., et resh. № 10449 от 13 август 2010 г. по адм. д. № 1609/2010 г., ВАС, VII о.*). La question fut résolue par l'adoption du paragraphe 5 des dispositions transitoires et finales d'une nouvelle loi portant modification de la loi de 1998. Entré en vigueur le 10 avril 2010, ce texte précisa que, dans le délai de trois mois à compter de cette date, toute mesure imposée en vertu de l'article 76 § 6 cesserait de produire ses effets.

III. INFORMATIONS STATISTIQUES PERTINENTES

20. D'après un rapport publié par le Bureau international du travail dans la série International Migration Papers (August Gächter, *The Ambiguities*

of Emigration: Bulgaria since 1988, disponible à l'adresse <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp39.pdf> – consulté le 6 novembre 2012), de 1989 à 1998 l'émigration brute à partir de la Bulgarie a concerné un total de 747 000 personnes, dont 2 253 ont émigré en Suisse, 124 383 en Allemagne, 32 978 en Grèce, 344 849 en Turquie et 6 307 aux Etats-Unis.

IV. AUTRES DOCUMENTS PERTINENTS

21. L'article 1 § 1 et l'annexe du Règlement (CE) n° 2317/95 du Conseil du 25 septembre 1995 indiquaient que les ressortissants bulgares devaient être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne. Cette situation a toutefois changé en vertu de l'article 1 § 2 et de l'annexe II du Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 qui ont exempté les ressortissants bulgares de l'obligation de visa pour les séjours dont la durée totale n'excède pas trois mois.

22. Une étude publiée par le Centre for European Policy Studies (*What about the Neighbours? The Impact of Schengen along the EU's External Borders*, document de travail du CEPS n° 210/octobre 2004, disponible à l'adresse http://aei.pitt.edu/6641/1/1171_210.pdf – consulté le 6 novembre 2012), a fait observer :

« En l'espace de six ans, l'Union européenne a adopté une position consistant à imposer d'importantes concessions sur un large éventail de questions touchant aux frontières et à la circulation des personnes, en tant que prix à payer pour la suppression de l'obligation de visa. Pendant la même période, le gouvernement et la société bulgares dans leur ensemble ont commencé à travailler sur [une] stratégie globale dont l'objectif ultime est l'exemption de l'obligation de visa pour les ressortissants bulgares. » [Traduction du greffe]

23. L'étude se référait ensuite à un rapport de la Commission des communautés européennes de 2001 qui avait conduit à l'abolition de l'obligation de visa pour les ressortissants bulgares (*Rapport de la Commission et du Conseil sur la Bulgarie dans la perspective de l'adoption du règlement fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation*, COM(2001) 61 final, 2 février 2001, Bruxelles). Sous le titre « Sanctions applicables à l'émigration illégale vers les Etats membres », le rapport relevait que, « en vertu de l'article 76 [de la loi de 1998] dans sa version [de l'époque], une interdiction de quitter le territoire pendant une période d'un an [était] prononcée à l'encontre des ressortissants bulgares qui [avaient] enfreint la législation sur l'immigration d'un pays tiers ou [avaient] été expulsés par un pays tiers ». Passant en revue les mesures

législatives en cours d'adoption par les autorités bulgares, le rapport indiquait qu' « un projet de modification de l'article 76 prévo[yait] d'étendre à deux ans la durée de l'interdiction de quitter le territoire prononcée à l'encontre de ressortissants bulgares ». Ayant examiné l'ensemble des dispositions législatives pertinentes, le rapport concluait qu' « [i]l ressort[ait] clairement des informations que les autorités bulgares [avaient] transmises aux services de la Commission et de la mission que celle-ci [avait] effectuée sur place, que la Bulgarie dispos[ait] des instruments juridiques nécessaires pour lui permettre de lutter contre l'immigration clandestine en provenance (...) de son territoire (...) ».

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 4 À LA CONVENTION

24. Sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 4, le requérant allègue que l'interdiction qui lui a été faite de quitter le territoire bulgare était injustifiée et disproportionnée.

25. L'article 2 du Protocole n° 4 se lit ainsi :

« (...)

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. L'exercice de [ce droit] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, 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.

(...)

26. Le Gouvernement soutient que les décisions adoptées par les autorités administratives et judiciaires au sujet du requérant étaient régulières et correctes. Les motifs présentés auraient répondu aux exigences découlant de l'article 76 § 6 de la loi de 1998. C'est une lettre de l'ambassade des Etats-Unis qui aurait conduit au prononcé de l'interdiction. Dès lors, les autorités, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, auraient estimé à juste titre que la mesure en cause était nécessaire à la réalisation des buts de la loi. Les tribunaux auraient été habilités à contrôler la régularité de la mesure mais non sa nécessité, et auraient convenablement appliqué la loi. Enfin, le Gouvernement souligne que l'article 76 § 6 a été abrogé en octobre 2009.

27. Le requérant n'a pas soumis d'observations.

28. La Cour estime que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

29. Sur le fond, la Cour observe tout d'abord que la présente affaire soulève une question assez nouvelle, puisqu'elle n'a pas encore eu l'occasion de se pencher sur les interdictions de voyager destinées à prévenir les infractions aux législations nationales ou étrangères sur l'immigration. Dans de précédentes affaires examinées sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 4, la Cour ou l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme se sont intéressées à de telles interdictions prononcées dans le contexte d'une procédure pénale pendante (*Schmid c. Autriche*, n° 10670/83, décision de la Commission du 9 juillet 1985, Décisions et rapports (DR) 44, p. 195; *Baumann c. France*, n° 33592/96, CEDH 2001-V; *Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie*, n° 41463/02, CEDH 2006-XII; *Sissanis c. Roumanie*, n° 23468/02, 25 janvier 2007; *Bessenyei c. Hongrie*, n° 37509/06, 21 octobre 2008; *A.E. c. Pologne*, n° 14480/04, 31 mars 2009; *Jordan Jordanov et autres c. Bulgarie*, n° 23530/02, 2 juillet 2009; *Makedonski c. Bulgarie*, n° 36036/04, 20 janvier 2011; *Pfeifer c. Bulgarie*, n° 24733/04, 17 février 2011; *Prescher c. Bulgarie*, n° 6767/04, 7 juin 2011, et *Miażdżyk c. Pologne*, n° 23592/07, 24 janvier 2012), de l'exécution d'une peine en matière pénale (*M. c. République fédérale d'Allemagne*, n° 10307/83, décision de la Commission du 6 mars 1984, DR 37, p. 113), de l'absence de réhabilitation liée à une infraction pénale (*Nalbantski c. Bulgarie*, n° 30943/04, 10 février 2011), d'une procédure de faillite pendante (*Luordo c. Italie*, n° 32190/96, CEDH 2003-IX), du refus de payer une amende douanière (*Napijalo c. Croatie*, n° 66485/01, 13 novembre 2003), du manquement à acquitter un impôt (*Riener c. Bulgarie*, n° 46343/99, 23 mai 2006), du manquement à rembourser à un créancier privé une dette établie par une décision judiciaire (*Ignatov c. Bulgarie*, n° 50/02, 2 juillet 2009, et *Gochev c. Bulgarie*, n° 34383/03, 26 novembre 2009), de la connaissance de « secrets d'Etat » (*Bartik c. Russie*, n° 55565/00, CEDH 2006-XV), du défaut d'accomplissement des obligations du service militaire (*Peltonen c. Finlande*, n° 19583/92, décision de la Commission du 20 février 1995, DR 80-B, p. 38, et *Marangos c. Chypre*, n° 31106/96, décision de la Commission du 20 mai 1997, non publiée), de la maladie mentale associée au défaut de dispositif permettant une prise en charge adéquate dans l'Etat de destination (*Nordblad c. Suède*, n° 19076/91, décision de la Commission du 13 octobre 1993, non publiée), ou d'une décision judiciaire interdisant d'emmener un enfant mineur à l'étranger (*Roldan Teixeira et autres c. Italie* (déc.), n° 40655/98, 26 octobre 2000, et *Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin*, n° 32250/08,

27 septembre 2011). La Cour considère que, malgré les différences entre ces affaires et l'espèce, les mêmes principes sont ici applicables.

30. L'article 2 § 2 du Protocole n° 4 garantit à toute personne le droit de quitter n'importe quel pays pour se rendre dans n'importe quel autre pays de son choix où elle est susceptible d'être admise. L'interdiction faite au requérant de quitter la Bulgarie constitue à n'en pas douter une atteinte à ce droit. La saisie concomitante de son passeport s'analyse elle aussi en une atteinte à ce droit (voir la décision précitée *Peltonen*, p. 43, et les arrêts précités *Baumann*, §§ 62-63, *Napijalo*, §§ 69-73, et *Nalbantski*, § 61). Dès lors, il convient de déterminer si cette atteinte était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs des buts légitimes définis à l'article 2 § 3 du Protocole n° 4, et si elle était « nécessaire dans une société démocratique » à la réalisation d'un tel but ou de tels buts.

31. L'ingérence reposait sur l'article 76 § 6 de la loi de 1998 sur les pièces d'identité (paragraphe 10 et 17 ci-dessus) et donc possédait clairement une base légale en droit interne. Le requérant n'a pas soutenu que l'ingérence n'était pas, pour d'autres motifs, « prévue par la loi », et la Cour ne voit aucune raison de juger qu'elle ne respectait pas cette exigence.

32. En outre, le contexte dans lequel les dispositions légales ayant servi de base à la mesure prise contre le requérant ont été adoptées puis renforcées (paragraphe 21-23 ci-dessus) fait apparaître que cette ingérence visait à dissuader et prévenir les infractions aux législations d'autres États en matière d'immigration, et ainsi à réduire la probabilité que ces États refusent à d'autres ressortissants bulgares l'entrée sur leur territoire, ou bien qu'ils durcissent ou refusent d'assouplir leurs régimes de visa à l'égard desdits ressortissants. Même si la Cour était disposée à admettre que l'ingérence poursuivait les buts légitimes que sont le maintien de l'ordre public ou la protection des droits d'autrui, il n'y a pas lieu en l'espèce de poursuivre l'examen de cette question, car en tout état de cause, comme cela a été expliqué ci-dessus, les restrictions en matière de voyage ne répondaient pas au critère de la « nécess[ité] dans une société démocratique » et à son exigence implicite de proportionnalité.

33. La Cour observe que l'interdiction de voyager infligée à l'intéressé n'a pas été très longue, la loi ayant prévu précisément une durée de deux ans (paragraphe 17 ci-dessus). Là n'est pas toutefois la question essentielle (voir, en sens contraire, *Nalbantski*, précité, § 56) : le point fondamental est de savoir si c'était une mesure proportionnée que de frapper le requérant d'une interdiction automatique de se rendre dans tout État étranger au motif qu'il avait enfreint la législation sur l'immigration d'un pays particulier.

34. La Cour ne saurait tenir pour proportionnée une mesure aussi générale et dépourvue de discernement. Les suites normales d'une infraction

grave à la législation d'un pays en matière d'immigration consisteraient à expulser l'intéressé du pays concerné et à lui interdire (en vertu des lois dudit pays) de revenir sur son territoire pendant une période donnée. Le requérant a de fait subi de telles conséquences après avoir enfreint les conditions associées à son visa d'étudiant, puisqu'il a été expulsé des Etats-Unis (paragraphe 8 ci-dessus). Apparaît relativement radicale la mesure par laquelle l'Etat bulgare, que l'on ne peut considérer comme directement touché par l'infraction du requérant, lui a en outre interdit de se rendre dans tout autre pays étranger pendant une période de deux ans.

35. De surcroît, les autorités n'ont nullement justifié l'arrêté litigieux et n'ont semble-t-il pas jugé nécessaire d'examiner la situation personnelle de l'intéressé ; quant aux tribunaux, ils ont estimé par la suite qu'ils ne pouvaient pas contrôler l'exercice par les autorités de leur pouvoir d'appréciation en la matière (comparer, *mutatis mutandis*, avec *Riener*, § 126, *Gochev*, § 54, et *Nalbantski*, § 66, tous précités). Ainsi, même si la disposition pertinente leur conférait un pouvoir d'appréciation relativement à la décision d'imposer ou non la mesure litigieuse, rien n'indique que dans l'exercice de ce pouvoir les autorités aient tenu compte de facteurs propres au requérant, tels la gravité de l'infraction à l'origine de son expulsion des Etats-Unis, le risque qu'il enfreignît les règles d'un autre Etat en matière d'immigration, sa situation familiale, financière et personnelle, ou le point de savoir s'il avait un casier judiciaire. La Cour a considéré dans de précédentes affaires, même si les contextes étaient différents, que des restrictions générales et presque automatiques de ce type ne pouvaient passer pour justifiées au regard de l'article 2 du Protocole n° 4 (*Riener*, §§ 127-128 ; *Bartik*, § 48 ; *Gochev*, §§ 53 et 57, et *Nalbantski*, §§ 66-67, tous précités).

36. Il est vrai que pendant la période antérieure à l'adoption de la disposition légale sur laquelle reposait l'arrêté, la Bulgarie était devenue un pays source d'immigration (paragraphe 20 ci-dessus) et que dans ces conditions il est à tout le moins défendable d'affirmer que l'Etat bulgare a pu juger nécessaire, pour des motifs de courtoisie internationale et des raisons pratiques, d'aider les autres Etats à mettre en œuvre leurs règles et politiques en matière d'immigration (paragraphe 32 ci-dessus). Il apparaît également que la disposition légale en question a été adoptée et par la suite renforcée (paragraphe 17 ci-dessus) dans le cadre d'un ensemble de mesures destinées à apaiser les craintes que pouvaient avoir notamment les Etats membres d'alors de l'Union européenne quant à l'immigration illégale en provenance de Bulgarie, et que cette disposition a joué un rôle dans la décision de l'Union européenne, prise en mars 2001, d'exempter les ressortissants bulgares de l'obligation de visa pour les séjours de courte durée (paragraphe 21-23 ci-dessus). Huit ans plus tard, en 2009, lorsque

le besoin d'une telle disposition avait apparemment diminué, celle-ci a été abrogée (paragraphe 19 ci-dessus). Cependant, le fait que la loi autorisant l'adoption de la mesure litigieuse ait été adoptée dans ce contexte n'exclut pas un contrôle de cette loi au regard de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, n° 49429/99, §§ 110-111, 24 novembre 2005). Par ailleurs, la mesure elle-même telle qu'appliquée au requérant ne peut pas être justifiée par le simple fait qu'elle ait pu être provoquée par cette pression (paragraphe 10 ci-dessus), et l'Etat défendeur ne saurait valablement se limiter à invoquer de telles raisons pour la légitimer (voir, *mutatis mutandis*, *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, § 196, CEDH 2012). La Cour serait disposée à admettre qu'une interdiction de quitter son propre pays, infligée pour une infraction à la législation sur l'immigration d'un autre Etat, peut passer pour justifiée dans certaines situations impérieuses, mais elle considère que l'imposition automatique d'une telle mesure, sans prise en compte des circonstances propres à l'intéressé, ne peut être qualifiée de nécessaire dans une société démocratique.

37. Il y a donc eu violation de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

38. Sous l'angle de l'article 8 de la Convention, le requérant allègue que l'interdiction de voyager, qui l'a empêché de se rendre aux Etats-Unis, où résidaient sa mère et son frère, s'analyse en une ingérence injustifiée dans sa vie familiale.

39. L'article 8 de la Convention dispose, en ses parties pertinentes :

« 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. »

40. Le Gouvernement soutient que l'interdiction de voyager était prévue par la loi et a été imposée à un adulte âgé de trente ans. Par ailleurs, la possibilité pour le requérant de rejoindre sa mère et son frère aux Etats-Unis n'aurait pas dépendu des autorités bulgares mais de la politique des Etats-Unis en matière d'immigration. Enfin, rien n'aurait empêché les proches de l'intéressé de lui rendre visite en Bulgarie.

41. Le requérant n'a pas soumis d'observations.

42. La Cour estime que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

43. Toutefois, eu égard au constat de violation de l'article 2 du Protocole n° 4, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu d'examiner également sous l'angle de l'article 8 de la Convention l'interdiction faite au requérant de voyager (*Riener*, § 134; *A.E. c. Pologne*, §§ 53-54, et *Pfeifer*, § 62, tous précités; voir, en sens contraire, *İletmiş c. Turquie*, n° 29871/96, §§ 42-50, CEDH 2005-XII, et *Paşaoğlu c. Turquie*, n° 8932/03, §§ 41-48, 8 juillet 2008, affaires dans lesquelles la Cour a examiné l'interdiction de quitter le territoire national sous l'angle de l'article 8 de la Convention et non de l'article 2 du Protocole n° 4, parce que ce dernier instrument avait été signé mais non ratifié par la Turquie).

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

44. Le requérant allègue que les tribunaux, en examinant son recours judiciaire contre l'interdiction de voyager, ne se sont pas penchés sur la proportionnalité de cette mesure.

45. La Cour estime qu'il convient d'examiner ce grief sous l'angle de l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé :

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

46. Les observations du Gouvernement ne contiennent pas de commentaires sur ce grief.

47. Le requérant n'a pas soumis d'observations.

48. La Cour estime que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

49. Lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel un acte des autorités risque de porter atteinte au droit d'un individu découlant de l'article 2 § 2 du Protocole n° 4, l'article 13 de la Convention exige que l'ordre juridique national fournisse à la personne concernée une possibilité effective de contester la mesure litigieuse et d'obtenir un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes, de manière à ce que l'intéressé puisse présenter tous les arguments qui ont des incidences sur la proportionnalité – au sens du mot

que lui confère la Convention – de la mesure (*Riener*, §§ 138 et 142, et *Pfeifer*, § 67, tous deux précités).

50. Eu égard à ses conclusions concernant l'interdiction de voyager infligée au requérant, la Cour estime défendable le grief de l'intéressé tiré de l'article 2 § 2 du Protocole n° 4. Dès lors, il y a lieu de déterminer si le requérant a disposé d'un recours répondant aux exigences précitées.

51. La question principale qui se pose ici est, semble-t-il, de savoir si les tribunaux ont examiné les demandes puis les recours du requérant de manière suffisamment approfondie et en se référant aux facteurs pertinents pour la justification de l'interdiction au regard de la Convention (*Pfeifer*, précité, § 71). Comme cela ressort de leurs décisions (paragraphe 12 et 14 ci-dessus), les tribunaux ont jugé non pertinents les arguments avancés par le requérant pour contester la justification de la mesure, se préoccupant uniquement de la validité formelle de l'interdiction et estimant en particulier qu'ils ne pouvaient pas contrôler l'appréciation discrétionnaire que les autorités avaient faite de la nécessité de l'interdiction, point principal soulevé par le requérant (paragraphe 11 et 13 ci-dessus) et aspect essentiel de la mise en balance requise par l'article 2 § 3 du Protocole n° 4. Une procédure qui, en raison de la portée limitée du contrôle, n'offre pas la possibilité d'examiner le contenu d'un grief défendable fondé sur la Convention ne saurait satisfaire aux exigences de l'article 13 (*Riener*, précité, §§ 142-143 ; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Glas Nadejda EOOD et Anatoli Elenkov c. Bulgarie*, n° 14134/02, §§ 69-70, 11 octobre 2007, et *C.G. et autres c. Bulgarie*, n° 1365/07, § 62, 24 avril 2008, avec d'autres références).

52. Il y a donc eu violation de l'article 13 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

53. 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. »

54. Le requérant n'a pas soumis de demande de satisfaction équitable.

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

1. *Déclare* la requête recevable ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention ;
3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief sous l'angle de l'article 8 de la Convention ;

4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 27 novembre 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early
Greffier

Ineta Ziemele
Présidente

MICHAUD c. FRANCE
(Requête n° 12323/11)

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 6 DÉCEMBRE 2012¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Obligation faite aux avocats de déclarer leurs soupçons, révélés en dehors de leur mission de défense, relatifs aux activités illicites de blanchiment d'argent de leurs clients****Article 8**

Correspondance – Vie privée – Obligation faite aux avocats de déclarer leurs soupçons, révélés en dehors de leur mission de défense, relatifs aux activités illicites de blanchiment d'argent de leurs clients – Ingérence permanente – Défense de l'ordre – Prévention des infractions pénales – Application d'une directive européenne – Choix des moyens et de la forme de la mise en œuvre – Absence de renvoi préjudiciel – Inapplicabilité de la présomption de protection équivalente – Intérêt général – Atteinte modérée au secret professionnel des avocats – Proportionnalité

*

* *

En juillet 2007, le Conseil national des barreaux a pris une décision portant adoption d'un règlement professionnel destiné notamment à assurer la mise en œuvre d'obligations incombant à la profession d'avocat en matière de lutte contre le blanchiment d'argent conformément à la directive européenne n° 2005/60/CE. Les avocats sont, dès lors et dans certaines hypothèses, obligés de déclarer à la cellule de renseignement financier nationale (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (Tracfin)) les sommes d'argent de leurs clients dont ils soupçonnent qu'elles proviennent d'une infraction pénale telle que le blanchiment d'argent. En octobre 2007, le requérant, avocat, saisit le Conseil d'Etat dans le but de faire annuler cette décision. Le 23 juillet 2010, le recours fut rejeté.

Article 8: l'obligation de déclaration de soupçon mise à la charge des avocats constitue une ingérence dans leur droit au respect de leur correspondance dès lors qu'elle les astreint à fournir à une autorité administrative des informations relatives à une autre personne qu'ils détiennent à raison des échanges qu'ils ont eus avec elle. Elle constitue également une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée incluant les activités professionnelles ou commerciales. Certes, le requérant n'a pas eu à devoir déclarer de tels soupçons, ni à être sanctionné en application du règlement litigieux pour avoir omis de le faire. Cependant, soit il se plie au règlement le cas échéant ou, à défaut, il s'expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller

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

jusqu'à la radiation. Ainsi, l'obligation de déclaration de soupçon représente une «ingérence permanente» dans l'exercice par le requérant, en sa qualité d'avocat, des droits garantis par l'article 8 au respect de ses échanges professionnels avec ses clients.

L'obligation de déclaration de soupçon à la charge des avocats est prévue par la loi au sein du code monétaire et financier. La loi est accessible et claire dans la description des activités auxquelles elle s'applique. L'ingérence litigieuse vise à lutter contre le blanchiment de capitaux et les infractions pénales associées, poursuivant le but légitime de la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales.

Les obligations de vigilance et de déclaration de soupçon résultent de la transposition de directives européennes codifiées au code monétaire et financier à laquelle la France était tenue de procéder en vertu de ses obligations juridiques résultant de son adhésion à l'Union européenne. Renvoyant à l'arrêt *Bosphorus (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI), le Gouvernement estime qu'il doit être présumé que la France a respecté les exigences de la Convention dès lors qu'elle n'a fait qu'exécuter de telles obligations et qu'il est établi que l'Union européenne accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle assurée par la Convention. Or la présente affaire se distingue de l'affaire *Bosphorus* notamment pour deux raisons. En l'espèce, il s'agissait de la mise en œuvre par la France de directives qui lient les Etats membres quant au résultat à atteindre mais leur laissent le choix des moyens et de la forme. La question de savoir si, dans l'exécution de ses obligations résultant de son appartenance à l'Union européenne, la France disposait de ce fait d'une marge de manœuvre susceptible de faire obstacle à l'application de la présomption de protection équivalente n'est donc pas dénuée de pertinence. Ensuite et surtout, parce que du fait de la décision du Conseil d'Etat de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel alors que la Cour de justice n'avait pas déjà examiné la question relative aux droits protégés par la Convention dont il était saisi, celui-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités. Au regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer. Dès lors, il appartient à la Cour de se prononcer sur la nécessité de l'ingérence litigieuse au sens de l'article 8 de la Convention.

La Cour ne voit rien à redire quant au raisonnement du Conseil d'Etat dans son arrêt du 23 juillet 2010 qui, après avoir retenu que l'article 8 protégeait le droit fondamental au secret professionnel, a jugé que la soumission des avocats à l'obligation de déclaration de soupçon n'y portait pas une atteinte excessive eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment de capitaux et à la garantie que représente l'exclusion de son champ d'application des informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles, ainsi que de celles reçues ou obtenues dans le cadre d'une consultation juridique

(sauf des cas où le conseiller juridique a par son action une place active dans le blanchiment de capitaux). Le secret professionnel des avocats n'est pas intangible. Il doit être mis en balance avec la lutte des Etats membres contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites susceptible de servir à financer des activités criminelles. Les directives européennes s'inscrivent dans ce sens. Et même si tout avocat impliqué dans une opération de blanchiment serait passible de poursuites pénales, cela ne saurait invalider le choix d'assortir les dispositions répressives à un mécanisme à vocation spécifiquement préventive. Enfin, deux éléments sont décisifs dans l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence litigieuse. Il s'agit du fait que les avocats ne sont astreints à l'obligation de déclaration de soupçon que dans deux cas. Premièrement, lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils participent au nom et pour le compte de leur client à des transactions financières ou immobilières ou agissent en qualité de fiduciaire. Deuxièmement, lorsque, toujours dans le cadre de leur activité professionnelle, ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant six types d'opérations définies. L'obligation de déclaration de soupçon ne concerne donc que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, qui constitue le fondement du secret professionnel attaché à cette profession, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation. Il s'agit ensuite du fait que la loi met en place un filtre protecteur du secret professionnel: les avocats ne communiquent pas les déclarations directement à l'autorité administrative (Tracfin) mais, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel ils sont inscrits. Ainsi, partagé avec un professionnel non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n'est pas altéré. Ces derniers ne transmettent la déclaration de soupçon à Tracfin qu'après s'être assurés que les conditions fixées par le code monétaire et financier sont remplies. Ainsi, telle que mise en œuvre et eu égard au but légitime poursuivi et à la particulière importance de celui-ci dans une société démocratique, l'obligation de déclaration de soupçon ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats.

Conclusion: non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A n° 45

Silver et autres c. Royaume-Uni, 25 mars 1983, série A n° 61

Schönenberger et Durmaz c. Suisse, 20 juin 1988, série A n° 137

Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, série A n° 142

Campbell c. Royaume-Uni, 25 mars 1992, série A n° 233

Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, série A n° 251-B

Kopp c. Suisse, 25 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II

Roemen et Schmit c. Luxembourg, n° 51772/99, CEDH 2003-IV

- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC],
n° 45036/98, CEDH 2005-VI
- Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, 27 septembre 2005
- Ekinci et Akalin c. Turquie*, n° 77097/01, 30 janvier 2007
- Frérot c. France*, n° 70204/01, 12 juin 2007
- Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01, CEDH 2007-IV
- André et autre c. France*, n° 18603/03, 24 juillet 2008
- Griffhorst c. France*, n° 28336/02, 26 février 2009
- Xavier Da Silveira c. France*, n° 43757/05, 21 janvier 2010
- M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CEDH 2011
- Mor c. France*, n° 28198/09, 15 décembre 2011

En l'affaire Michaud c. France,

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

Dean Spielmann, *président*,
 Mark Villiger,
 Boštjan M. Zupančič,
 Ann Power-Forde,
 Angelika Nußberger,
 Helen Keller,
 André Potocki, *juges*,

et de Claudia Westerdiel, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 2 octobre et 20 novembre 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 12323/11) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet Etat, M. Patrick Michaud (« le requérant »), a saisi la Cour le 19 janvier 2011 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 B. Favreau, avocat à Bordeaux. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des Affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le 8 décembre 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement.

4. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et le fond de la requête.

5. Le Conseil des barreaux européens, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme des avocats européens se sont vu accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement).

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 2 octobre 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} A.-F. Tissier, sous-directrice des droits de l'homme
 à la direction des affaires juridiques
 du ministère des Affaires étrangères,

coagent,

- M^{me} K. Manach, rédactrice à la sous-direction
des droits de l'homme de la direction des affaires juridiques
du ministère des Affaires étrangères,
- M. P. Roublot, chef du bureau du contentieux
judiciaire et européen du ministère de la Justice,
- M. L. Jariel, chef du bureau de la réglementation des professions
à la direction des affaires civiles et du sceau
du ministère de la Justice,
- M^{me} F. Lifchitz, rédactrice au bureau de la réglementation des
professions à la direction des affaires civiles et du sceau
du ministère de la Justice,
- M. R. Uguen-Laithier, rédacteur au bureau de la lutte
contre la criminalité organisée, le terrorisme et le
blanchiment à la direction des affaires criminelles et des
grâces du ministère de la Justice,
- M. X. Domino, responsable du centre
de recherches et de documentation juridiques
auprès du Conseil d'Etat,
- M^{me} S. Leroquais, chargée de recherches
auprès du Conseil d'Etat,
- M^{me} A. Cuisiniez, consultante
auprès du bureau de droit européen et international
du ministère de l'Economie et des Finances, *conseils*;

– *pour le requérant*

- M^e B. Favreau, avocat au barreau de Bordeaux, *conseils*.
- M^e M. Chauvet, *conseils*.

Le requérant a également comparu. La Cour a entendu M^{me} Tissier et M^e Favreau en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à ses questions. Elle a également entendu le requérant.

7. La chambre était composée de M. Dean Spielmann, président, Mark Villiger, Karel Jungwiert et Boštjan M. Zupančič, M^{mes} Ann Power-Forde et Angelika Nußberger et André Potocki, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section. Par la suite, Helen Keller, suppléante, a remplacé Karel Jungwiert dont le mandat a pris fin le 31 octobre 2012.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le requérant est né en 1947 et réside à Paris. Il est avocat au barreau de Paris et membre du conseil de l'Ordre.

9. Il expose que l'Union européenne a adopté successivement trois directives visant à prévenir l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux. La première (91/308/CEE; 10 juin 1991) vise les établissements et institutions financières. Elle a été amendée par une directive du 4 décembre 2001 (2001/97/CE) qui, notamment, élargit son champ d'application à divers professionnels ne relevant pas du secteur financier, dont les « membres des professions juridiques indépendantes ». La troisième (2005/60/CE; 26 octobre 2005) abroge la directive du 10 juin 1991 amendée, en reprend le contenu et le complète. Les lois de transposition – la loi n° 2004-130 du 11 février 2004, s'agissant de la directive du 10 juin 1991 amendée – et les textes réglementaires d'application – le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006, s'agissant de la loi du 11 février 2004 – ont été insérés au code monétaire et financier (il est renvoyé pour plus de détails aux titres III et IV ci-dessous, relatifs aux droits de l'Union européenne et interne pertinent).

10. De ces textes résulte notamment pour les avocats une « obligation de déclaration de soupçon », que la profession, qui y voit en particulier une menace contre le secret professionnel et la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client, a constamment critiquée par la voix notamment du Conseil national des barreaux.

11. Toutefois, le 12 juillet 2007, le Conseil national des barreaux a pris une « décision portant adoption d'un règlement relatif aux procédures internes destinées à mettre en œuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et dispositif de contrôle interne destiné à assurer le respect des procédures » (publiée au Journal officiel le 9 août 2007). Il agissait ainsi en application de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui lui donne la compétence, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat.

12. La décision précise (article 1) que « tous les avocats, personnes physiques, inscrits à un barreau français » sont assujettis à ce règlement professionnel, lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils réalisent au nom et pour le compte de leur client une transaction financière ou immobilière, ou lorsqu'ils participent en assistant leur client à la préparation ou à la réalisation de certains types de transactions (concernant : 1° l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ; 2° la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ; 3° l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ; 4° l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés ; 5° la constitution, la gestion ou la direction des sociétés ; 6° la constitution la gestion ou la direction de fiducies de droit

étranger ou de toute autre structure similaire); ils n'y sont pas assujettis lorsqu'ils exercent une « activité de consultation juridique ou lorsque leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle » à l'occasion de l'une ou l'autre des six activités précitées (article 2).

13. Le règlement établit en particulier que les avocats doivent dans ce contexte « faire preuve d'une vigilance constante » et « se doter des procédures internes » propres à assurer le respect des prescriptions légales et réglementaires relatives notamment à la déclaration de soupçon (article 3), précisant en particulier la procédure à suivre lorsqu'une opération paraît susceptible de faire l'objet d'une déclaration (article 7). Plus spécifiquement, ils doivent adopter des règles écrites internes décrivant les diligences à accomplir (article 5). Ils doivent de plus s'assurer que le règlement est correctement appliqué au sein de leur structure et que les avocats et les membres de leur personnel reçoivent l'information et la formation nécessaires et adaptées aux opérations qu'ils effectuent (article 9), et se doter d'un système de contrôle interne (article 10). Dans le même temps, le règlement souligne que « les avocats doivent s'assurer en toutes circonstances du respect du secret professionnel » (article 4).

14. Le fait de ne pas se conformer à ce règlement est passible de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation du tableau des avocats (articles 183 et 184 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat).

15. Le 10 octobre 2007, estimant qu'elle mettait en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat et les règles essentielles qui la régissent, le requérant saisit le Conseil d'Etat d'une demande d'annulation de cette décision. Il soutenait qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne conférait au Conseil national des barreaux une compétence normative dans des domaines tels que la lutte contre le blanchiment. Par ailleurs, soulignant notamment que la décision critiquée obligeait les avocats à se doter de procédures internes propres à assurer le respect des prescriptions relatives à la déclaration de soupçon, sous peine de sanctions disciplinaires, et que la notion de soupçon n'était pas définie, il dénonçait une méconnaissance de l'exigence de précision inhérente au respect de l'article 7 de la Convention. De plus, se référant à l'arrêt *André et autre c. France* (n° 18603/03, 24 juillet 2008), il plaidait que le règlement ainsi adopté par le Conseil national des barreaux était incompatible avec l'article 8 de la Convention, dès lors que l'« obligation de déclaration de soupçon » mettait en cause le secret professionnel et la confidentialité des échanges entre un avocat et son client. Enfin, en application de l'article 267 du Traité de l'Union européenne au Conseil d'Etat, il demandait au Conseil d'Etat de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel d'une question relative à la conformité

de la « déclaration de soupçon d'infraction pénale » avec l'article 6 du Traité de l'Union européenne et avec l'article 8 de la Convention.

16. Par un arrêt du 23 juillet 2010, le Conseil d'Etat rejeta l'essentiel des conclusions de la requête.

17. S'agissant du moyen tiré de l'article 7 de la Convention, l'arrêt souligne notamment que la notion de « déclaration de soupçon » dont il est question dans la décision contestée ne manque pas de précision dès lors qu'elle renvoie aux dispositions de l'article L. 562-2 du code monétaire et financier (devenu, modifié, l'article L. 561-15). Quant au moyen tiré de l'article 8, l'arrêt le rejette par les motifs suivants :

« (...) si, selon le requérant, les dispositions de [la directive 91/308/CEE amendée] sont incompatibles avec les stipulations de l'article 8 de la Convention (...) qui protègent notamment le droit fondamental au secret professionnel, cet article permet une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice d'un tel droit, notamment lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales; (...) eu égard, d'une part, à l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment de capitaux et, d'autre part, à la garantie que représente l'exclusion de son champ d'application des informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles, ainsi que de celles reçues ou obtenues dans le cadre d'une consultation juridique, sous les seules réserves, pour ces dernières informations, des cas où le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux, la soumission des avocats à l'obligation de déclaration de soupçon, à laquelle procède la directive litigieuse, ne porte pas une atteinte excessive au secret professionnel; (...) ainsi et sans qu'il soit besoin de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, le moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations doit être écarté. »

II. LES RECOMMANDATIONS DU GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI) SUR LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ET LA CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE RELATIVE AU BLANCHIMENT, AU DEPISTAGE, À LA SAISIE ET À LA CONFISCATION DES PRODUITS DU CRIME ET AU FINANCEMENT DU TERRORISME

18. Les recommandations adoptées par le GAFI prévoient notamment un devoir de vigilance des institutions financières et la déclaration par celles-ci des opérations suspectes.

La recommandation n° 12 préconise l'élargissement du champ des professions concernées par le devoir de vigilance, en incluant notamment « les avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables » lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour leurs clients dans le cadre des activités suivantes : achat et vente de biens

immobiliers ; gestion de capitaux, de titres ou autres actifs du client ; gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ; organisation des apports pour la création, l'exploitation ou la gestion de sociétés ; création, exploitation ou gestion de personnes morales ou de constructions juridiques, et achat et vente d'entités commerciales. La recommandation n° 16 préconise l'élargissement du champ des obligations déclaratives à ces mêmes professions lorsqu'elles exercent les activités précitées, tout en prévoyant une exception lorsque les informations ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'un privilège professionnel légal.

19. La Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008, cette convention n'a pas été ratifiée par la France) prévoit notamment ce qui suit au titre des mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent (article 13 §§ 1 et 2) :

« 1. Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour mettre en place un régime interne complet de réglementation et de suivi ou de contrôle pour prévenir le blanchiment. Chaque Partie doit tenir compte tout particulièrement des normes internationales applicables dans ce domaine, y compris plus particulièrement les recommandations adoptées par le Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI).

2. A cet égard, chaque Partie adopte, en particulier, les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires :

a) pour soumettre toute personne morale ou physique qui exerce des activités pouvant se prêter tout particulièrement au blanchiment, dans le cadre de ces activités, à l'obligation :

i. d'identifier et de vérifier l'identité de leurs clients et, le cas échéant, de leurs bénéficiaires effectifs, ainsi que de soumettre la relation d'affaires à une vigilance constante sur la base d'une approche adaptée au risque ;

ii. de déclarer leurs soupçons de blanchiment, sous réserve de garanties ;

iii. de prendre des mesures d'accompagnement, telles que la conservation des données relatives à l'identification des clients et aux transactions, la formation du personnel et la mise en place de règles et procédures internes adaptées, le cas échéant, à la taille et à la nature des activités ;

b) pour interdire, dans les cas appropriés, aux personnes mentionnées à l'alinéa a) de divulguer le fait qu'une déclaration d'opération suspecte, ou des informations qui y sont liées, ont été transmises, ou encore qu'une enquête pour blanchiment a été ou pourrait être ouverte ;

c) pour s'assurer que les personnes mentionnées à l'alinéa a) sont soumises à des dispositifs effectifs de suivi et, dans les cas appropriés, de contrôle afin de s'assurer du

respect de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment. Le cas échéant, ces dispositifs peuvent être adaptés en fonction du risque.»

Le rapport explicatif indique que l'intention des auteurs de la convention était qu'elle s'applique notamment aux « professions non financières » mentionnées en particulier dans la recommandation 12 du GAFI. Il ajoute que l'expression « sous réserve de garanties » à l'article 13 § 2 a) ii signifie principalement que c'est par rapport aux professions juridiques indépendantes que les restrictions tenant au « secret professionnel ou à l'existence d'un privilège professionnel légal » contenus dans la recommandation n° 16 du GAFI et sa note interprétative sont pertinentes.

III. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE PERTINENT

A. Les directives 91/308/CEE, 2001/97/CE et 2005/60/CE

1. Les directives 91/308/CEE et 2001/97/CE

20. Le 10 juin 1991, le Conseil des Communautés européennes a adopté la directive 91/308/CEE « relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ». Elle vise à obliger les établissements de crédit et les institutions financières à identifier les clients et les transactions supérieures à 15 000 euros, examiner « avec une attention particulière » toute transaction suspecte, c'est-à-dire susceptible d'être liée au blanchiment de capitaux, et dénoncer aux autorités responsables tout fait pouvant être un indice d'un acte de blanchiment de capitaux. Elle fut modifiée par une directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001, qui élargit la définition du blanchiment et étend l'obligation d'identification des clients et de déclaration des transactions suspectes à une série de professionnels qui ne relèvent pas du secteur financier, en particulier aux « membres des professions juridiques indépendantes ».

2. La directive 2005/60/CE

21. La directive 91/308/CEE amendée fut abrogée par la directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 « relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », qui en reprend le contenu tout en le complétant. Le considérant 19 spécifie que les « membres des professions juridiques indépendantes », « tels que définis par les Etats membres » sont soumis à ses dispositions « lorsqu'ils participent à des transactions de nature financière ou pour le compte de sociétés, y compris lorsqu'ils font du conseil fiscal, car c'est là que le risque de détournement de leurs services à des fins de blanchiment des produits du crime ou du financement du terrorisme est

le plus élevé». L'article 2 § 1.3) b) précise que la directive s'applique à eux, lorsqu'ils participent, «dans l'exercice de leur activité professionnelle» «au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions portant sur : i. l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ; ii. la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ; iii. l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles ; iv. l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ; v. la constitution, la gestion ou la direction de fiducies (trusts), de sociétés ou de structures similaires».

22. La directive prévoit notamment dans certains cas des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle, impliquant la prise de mesures comprenant l'identification et la vérification de l'identité du client et du bénéficiaire effectif et l'obtention d'informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaire (article 8 § 1. a), b) et c)). Les Etats membres sont en principe tenus d'imposer aux professionnels concernés qui ne sont pas en mesure de se conformer à ces obligations «de n'exécuter aucune transaction par compte bancaire, de n'établir aucune relation d'affaires ou de n'exécuter aucune transaction, ou de mettre un terme à la relation d'affaires et d'envisager de transmettre une déclaration sur le client concerné à la [cellule de renseignement financier], conformément à l'article 22». Ils ne sont toutefois pas tenus de le faire dans les situations où les «membres des professions juridiques indépendantes» (notamment) «sont en train d'évaluer la situation juridique de leur client ou exercent leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure» (article 9 § 5).

23. Elle consacre également des obligations de déclarations, prévoyant que «les Etats membres exigent» des personnes concernées qu'elles «coopèrent pleinement» «en informant promptement la [cellule de renseignement financier], de leur propre initiative, lorsqu'[elles] savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'une opération ou une tentative de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est en cours ou a eu lieu» et «en fournissant promptement à la cellule de renseignement financier, à la demande de celle-ci, toutes les informations nécessaires, conformément aux procédures prévues par la législation applicable» (article 22 § 1).

24. La directive précise toutefois que, s'agissant notamment des «membres des professions juridiques indépendantes», les Etats membres peuvent désigner un «organe d'autorégulation approprié de la profession

concernée» comme étant l'autorité à informer en premier lieu, en lieu et place de la cellule de renseignement financier, lequel transmet rapidement et de manière non filtrée les informations à ladite cellule (article 23 § 1).

25. Elle précise également que les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues à l'article 22 aux (notamment) «membres des professions juridiques indépendantes» «pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure» (article 23 § 2).

26. Aux termes du considérant 48, «aucune disposition de la présente directive ne devrait faire l'objet d'une interprétation ou d'une mise en œuvre qui ne serait pas conforme à la Convention européenne des droits de l'homme».

B. L'arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres contre Conseil des ministres, de la Cour de justice des Communautés européennes* (Grande Chambre; 26 juin 2007; C-305/05)

27. En 2005, dans le cadre d'un recours initié par plusieurs Ordres des barreaux de la Belgique en vue de l'annulation de dispositions législatives transposant la directive 2001/97/CE, la Cour constitutionnelle belge a saisi la Cour de justice des communautés européennes de la question préjudicielle suivante :

«L'article 1^{er}, [point 2], de la directive 2001/97 [...] viole-t-il le droit à un procès équitable tel qu'il est garanti par l'article 6 de la [Convention] (...) en ce que le nouvel article 2 bis, [point 5], qu'il a inséré dans la directive 91/308/CEE, impose l'inclusion des membres de professions juridiques indépendantes, sans exclure la profession d'avocat, dans le champ d'application de cette même directive, qui, en substance, a pour objet que soit imposée aux personnes et établissements qu'elle vise une obligation d'informer les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux de tout fait qui pourrait être l'indice d'un tel blanchiment (article 6 de la directive 91/308/CEE, remplacé par l'article 1^{er}, [point 5], de la directive 2001/97/CE) ?»

Les Ordres demandeurs soutenaient en particulier qu'en étendant aux avocats l'obligation d'informer les autorités compétentes lorsqu'ils constatent des faits qu'ils savent ou soupçonnent être liés au blanchiment

de capitaux, la législation contestée portait atteinte aux principes du secret professionnel et de l'indépendance de l'avocat, élément constitutif du droit fondamental de tout justiciable à un procès équitable et au respect des droits de la défense.

28. Dans son arrêt du 26 juin 2007, la Cour de justice répond négativement à la question.

29. Elle rappelle tout d'abord que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect, et qu'elle s'inspire à cet effet des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré, la Convention européenne des droits de l'homme revêtant, à cet égard, une «signification particulière». Elle en déduit que le droit à un procès équitable tel qu'il découle notamment de l'article 6 de la Convention constitue un droit fondamental que l'Union européenne respecte en tant que principe général en vertu de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne.

Ensuite, elle relève qu'en vertu de la directive, les obligations d'information et de coopération ne s'appliquent aux avocats que dans la mesure où ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions essentiellement d'ordre financier et immobilier visées, ou lorsqu'ils agissent au nom et pour le compte de leur client dans toute transaction financière ou immobilière. Elle souligne à cet égard qu'en règle générale, ces activités, en raison de leur nature même, se situent dans un contexte qui n'a pas de lien avec une procédure judiciaire et, partant, en dehors du champ d'application du droit à un procès équitable.

Elle note par ailleurs que, dès le moment où l'assistance d'un avocat intervenu dans le cadre d'une transaction est sollicitée pour l'exercice d'une mission de défense ou de représentation en justice ou pour l'obtention de conseils sur la manière d'engager ou d'éviter une procédure judiciaire, la directive exonère ledit avocat de ces obligations. Selon elle, d'une part, une telle exonération est de nature à préserver le droit du client à un procès équitable, d'autre part, les exigences liées au droit à un procès équitable ne s'opposent pas à ce que, lorsqu'ils agissent en dehors de ce contexte et dans le cadre précis des situations évoquées dans le paragraphe précédent, les avocats soient soumis aux obligations d'information et de coopération, dès lors que de telles obligations «sont justifiées par la nécessité de lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux, qui exerce une influence évidente sur le développement du crime organisé, lequel constitue lui-même une menace particulière pour les sociétés des Etats membres».

IV. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Le code monétaire et financier

30. Les directives susmentionnées ont été transposées en droit français, et les normes pertinentes ont fait l'objet d'une codification (plusieurs fois modifiée) au code monétaire et financier.

31. S'agissant des dispositions légales, les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle sont codifiées aux articles L. 561-5 à L. 561-14-2, et les obligations de déclaration, aux articles L. 561-15 à L. 561-22 (selon la codification actuelle).

32. Ces dispositions s'appliquent à divers organismes et professionnels précisés à l'article L. 561-2 du code, dont les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats et les avoués¹ près les cours d'appel lorsque, « dans le cadre de leur activité professionnelle » : « 1° [ils] participent au nom et pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire ; 2° [ils] assistent leur client dans la préparation ou la réalisation des transactions concernant : a) l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ; b) la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ; c) l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance ; d) l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ; e) la constitution, la gestion ou la direction des sociétés ; f) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, régies par les articles 2011 à 2031 du code civil ou de droit étranger, ou de toute autre structure similaire ; g) la constitution ou la gestion de fonds de dotation (article L. 561-3 I). Toutefois, elles ne s'appliquent pas à eux « lorsque l'activité se rattache à une procédure juridictionnelle, que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, non plus que lorsqu'ils donnent des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme » (article L. 561-3 II).

33. L'article R. 563-3 prévoyait que les procédures internes de mise en œuvre des obligations légales seraient définies le cas échéant soit par arrêté ministériel, soit par des règlements professionnels homologués par le ministre.

1. La profession d'avoué a disparu le 1^{er} janvier 2012 (loi du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel).

1. Les obligations de vigilance

34. Au titre des obligations de vigilance, les personnes concernées doivent, avant d'entrer en relation d'affaires, identifier le client et, le cas échéant, le bénéficiaire de la relation d'affaire, et vérifier les éléments d'identification (article L. 561-5 I). Par dérogation, lorsque le risque de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme paraît faible, il peut être procédé uniquement pendant l'établissement de la relation d'affaires à la vérification de l'identité du client et, le cas échéant, du bénéficiaire effectif (article L. 561-5 II). S'y ajoute l'obligation de recueillir avant l'entrée en relation d'affaires avec un client les informations relatives à l'objet de cette relation ainsi que tout autre élément d'information pertinent sur ce client. Pendant toute sa durée, les personnes concernées sont tenues d'exercer sur la relation d'affaire, dans les limites de leurs droits et obligations, une «vigilance constante», et de pratiquer un «examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur client» (article L. 561-6).

35. Lorsqu'une personne concernée n'est pas en mesure d'identifier son client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, elle est tenue de n'exécuter aucune opération, quelles qu'en soient les modalités, et de n'établir ni poursuivre aucune relation d'affaires. Lorsqu'elle n'a pas été en mesure d'identifier son client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires et que celle-ci a néanmoins été établie en application du II de l'article L. 561-5, elle doit y mettre un terme (article L. 561-8).

2. Les obligations de déclaration

36. Les personnes concernées doivent déclarer à la cellule de renseignement financier nationale les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme (article L. 561-15 I).

Elles doivent également déclarer les sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale, lorsqu'il y a présence d'au moins un des critères définis par l'article D. 561-32-1 II (article L. 561-15 II) :

« 1° L'utilisation de sociétés écran, dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social ou ayant leur siège social dans un Etat ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires, identifié à partir d'une liste publiée par l'administration fiscale, ou à l'adresse privée

d'un des bénéficiaires de l'opération suspecte ou chez un domiciliataire au sens de l'article L. 123-11 du code de commerce ;

2° La réalisation d'opérations financières par des sociétés dans lesquelles sont intervenus des changements statutaires fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise ;

3° Le recours à l'interposition de personnes physiques n'intervenant qu'en apparence pour le compte de sociétés ou de particuliers impliqués dans des opérations financières ;

4° La réalisation d'opérations financières incohérentes au regard des activités habituelles de l'entreprise ou d'opérations suspectes dans des secteurs sensibles aux fraudes à la TVA de type carrousel, tels que les secteurs de l'informatique, de la téléphonie, du matériel électronique, du matériel électroménager, de la hi-fi et de la vidéo ;

5° La progression forte et inexplicée, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou jusque-là peu actifs ou inactifs, liée le cas échéant à une augmentation importante du nombre et du volume des opérations ou au recours à des sociétés en sommeil ou peu actives dans lesquelles ont pu intervenir des changements statutaires récents ;

6° La constatation d'anomalies dans les factures ou les bons de commande lorsqu'ils sont présentés comme justification des opérations financières, telles que l'absence du numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, du numéro SIREN, du numéro de TVA, de numéro de facture, d'adresse ou de dates ;

7° Le recours inexplicé à des comptes utilisés comme des comptes de passage ou par lesquels transigent de multiples opérations tant au débit qu'au crédit, alors que les soldes des comptes sont souvent proches de zéro ;

8° Le retrait fréquent d'espèces d'un compte professionnel ou leur dépôt sur un tel compte non justifié par le niveau ou la nature de l'activité économique ;

9° La difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs et les liens entre l'origine et la destination des fonds en raison de l'utilisation de comptes intermédiaires ou de comptes de professionnels non financiers comme comptes de passage, ou du recours à des structures sociétaires complexes et à des montages juridiques et financiers rendant peu transparents les mécanismes de gestion et d'administration ;

10° Les opérations financières internationales sans cause juridique ou économique apparente se limitant le plus souvent à de simples transits de fonds en provenance ou à destination de l'étranger notamment lorsqu'elles sont réalisées avec des États ou des territoires visés au 1° ;

11° Le refus du client de produire des pièces justificatives quant à la provenance des fonds reçus ou quant aux motifs avancés des paiements, ou l'impossibilité de produire ces pièces ;

12° Le transfert de fonds vers un pays étranger suivi de leur rapatriement sous la forme de prêts ;

13° L'organisation de l'insolvabilité par la vente rapide d'actifs à des personnes physiques ou morales liées ou à des conditions qui traduisent un déséquilibre manifeste et injustifié des termes de la vente;

14° L'utilisation régulière par des personnes physiques domiciliées et ayant une activité en France de comptes détenus par des sociétés étrangères;

15° Le dépôt par un particulier de fonds sans rapport avec son activité ou sa situation patrimoniale connues;

16° La réalisation d'une transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué.»

Elles sont également tenues de déclarer à la cellule toute opération pour laquelle l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteuse malgré les diligences effectuées conformément à l'article L. 561-5 (article L. 561-15 IV).

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités de cette déclaration.

37. Les personnes concernées sont tenues de s'abstenir d'effectuer toute opération dont elles soupçonnent qu'elle est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme jusqu'à ce qu'elles aient fait cette déclaration (article L. 561-16). D'autre part, lorsqu'une opération devant faire l'objet de la déclaration a déjà été réalisée, soit parce qu'il a été impossible de surseoir à son exécution, soit que son report aurait pu faire obstacle à des investigations portant sur une opération suspectée de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, soit qu'il est apparu postérieurement à sa réalisation qu'elle était soumise à cette déclaration, la personne concernée doit en informer sans délai la cellule de renseignement financier nationale.

38. Par dérogation, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats et les avoués près la cour d'appel ne communiquent pas les déclarations à la cellule de renseignement financier nationale mais, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué. Ces derniers transmettent la déclaration à ladite cellule après s'être assurés que les conditions fixées à l'article L. 561-3 sont remplies, dans les délais et selon les modalités définis par décret en Conseil d'Etat (article L. 561-17).

39. La déclaration est confidentielle. Il est interdit de divulguer son existence et son contenu et de donner des informations sur les suites qui lui ont été réservées, sous peine d'une amende de 22 500 euros (article L. 574-1 ; inséré dans le code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2009-104 du

30 janvier 2009) ; le fait pour un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocats ou avoués près la cour d'appel de s'efforcer de dissuader leur client de prendre part à une activité illégale ne constitue toutefois pas une divulgation prohibée (article L. 561-19).

3. La cellule de renseignement financier nationale

40. La « cellule de renseignement financier nationale » (dite « Tracfin », pour « traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins ») est un service d'enquête administrative du ministère des Finances, composé d'agents spécialement habilités. Elle a pour mission essentielle de recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter tout renseignement propre à établir l'origine ou la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration. Lorsque ses investigations mettent en évidence des faits susceptibles de relever du blanchiment du produit d'une infraction punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou du financement du terrorisme, elle saisit le procureur de la République par note d'information (article L. 561-23).

41. Elle peut notamment demander directement aux personnes concernées communication de pièces conservées dans le cadre de l'obligation de vigilance. Par dérogation, s'agissant d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, d'avocats et d'avoués, elle doit adresser sa demande, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué. Ces derniers, après avoir obtenu les pièces et s'être assurés que les conditions fixées à l'article L. 561-3 sont remplies, les transmettent à ladite cellule (article L. 561-26).

4. Procédure et contrôle interne

42. Les personnes concernées sont tenues de mettre en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme, et d'assurer la formation et l'information régulières de leurs personnels en vue en particulier du respect des obligations de vigilance et de déclaration (articles L. 561-32 et L. 561-33).

L'article R. 563-3 (abrogé par le décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009) précisait que ces procédures internes étaient définies le cas échéant soit par arrêté du ministre compétent, soit par des règlements professionnels homologués par le ministre compétent, soit par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

5. *Procédure disciplinaire*

43. Lorsque, par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle, un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, un avocat ou un avoué près la cour d'appel a omis de respecter ces obligations, le Conseil de l'Ordre compétent engage une procédure disciplinaire sur le fondement des règlements professionnels ou administratifs et en avise le procureur général près la Cour de cassation ou près la cour d'appel (article L. 561-36 III).

B. L'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2008

44. Dans un arrêt du 10 avril 2008 (n° 296845), le Conseil d'Etat a jugé la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 et la loi du 11 février 2004 prise pour sa transposition conformes aux exigences des articles 6 et 8 de la Convention.

45. S'agissant de la directive, le Conseil d'Etat a tout d'abord rappelé qu'il résulte de l'arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres* de la Cour de justice des Communautés européennes que la directive ne méconnaît pas les exigences liées au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention dès lors qu'elle impose que soient exclues du champ des obligations d'information et de coopération les informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles. Il a ensuite retenu qu'il devait être déduit de ce même arrêt que les informations reçues ou obtenues par un avocat lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client doivent également être exclues du champ de ces obligations, sous les seules réserves des cas où le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux. Selon lui, dans ces conditions, et eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment des capitaux, la directive ne porte pas « une atteinte au droit fondamental du secret professionnel protégé par l'article 8 de la Convention (...), lequel prévoit qu'il peut y avoir ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, notamment lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ».

46. S'agissant des dispositions légales, le Conseil d'Etat a constaté qu'elles procédaient d'une exacte transposition de la directive et en a déduit qu'elles n'étaient pas incompatibles avec les droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8 de la Convention.

EN DROIT

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

47. Le requérant se plaint du fait qu'à raison de l'obligation de déclaration de soupçon pesant sur les avocats, il est tenu, dans l'exercice de la profession d'avocat, sous peine de sanctions disciplinaires, de dénoncer des personnes venues entendre conseil, ce qu'il juge incompatible avec les principes de protection des échanges entre l'avocat et son client et de respect du secret professionnel. Il invoque l'article 8 de la Convention, aux termes duquel :

« 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. »

48. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. Sur la recevabilité

1. Sur la qualité de victime du requérant

49. Le Gouvernement soutient à titre principal que le requérant ne peut se dire « victime » au sens de l'article 34 de la Convention. Il souligne que les droits de ce dernier n'ont pas été effectivement et concrètement atteints, mettant l'accent à cet égard sur le fait qu'il ne prétend pas que la réglementation litigieuse a été appliquée à son détriment mais se borne à se plaindre d'avoir été obligé d'organiser son cabinet afin de se doter de procédures internes spécifiques. Le requérant entendrait en fait voir la Cour examiner *in abstracto* la conformité d'un texte de droit interne à la Convention. Quant à lui reconnaître la qualité de « victime potentielle » au sens de la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement met en garde contre une application extensive de ce concept : cela ouvrirait la porte à l'*actio popularis*, serait contraire à l'intention des rédacteurs de la Convention, augmenterait considérablement le nombre de requérants potentiels et se conjuguerait mal avec l'obligation d'épuisement des voies de recours internes. Il estime que seules des circonstances très exceptionnelles peuvent, dans des cas

particuliers, être prises en compte par la Cour pour étendre la notion de victime. Or de telles circonstances ne seraient pas réunies en l'espèce.

50. Le requérant invite la Cour à constater qu'il est en mesure de se dire victime de la violation de la Convention qu'il dénonce. Il rappelle qu'il résulte de sa jurisprudence qu'un individu est fondé à soutenir qu'une loi viole ses droits en l'absence d'acte individuel d'exécution dès lors qu'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation. Il indique qu'étant avocat, il appartient à une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la décision réglementaire litigieuse: il se trouve, sous peine de poursuites, tenu par les obligations de vigilance et de déclaration et contraint de changer de comportement et d'organiser son cabinet afin de se doter de procédures internes spécifiques. En tant qu'avocat spécialisé dans le droit financier et fiscal, il serait plus encore concerné par ces obligations et menacé par les conséquences de manquements.

51. La Cour rappelle que pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34 de la Convention, il faut pouvoir se prétendre « victime » d'une violation des droits reconnus dans la Convention; pour ce faire, il faut avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse. La Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (*Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 31 série A n°142, ainsi que, parmi de nombreux autres, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n°13378/05, § 33, CEDH 2008).

Un particulier peut toutefois soutenir qu'une loi viole ses droits en l'absence d'actes individuels d'exécution, et donc se dire « victime » au sens de l'article 34 de la Convention, s'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation (voir, notamment, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 27, série A n° 31; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 42 série A n° 112; *Norris*, précité, § 31 et *Burden*, précité, § 34).

52. En l'espèce, certes, le requérant n'a pas fait l'objet d'une mesure individuelle sur le fondement de la décision du Conseil national des barreaux du 12 juillet 2007 « portant adoption d'un règlement relatif aux procédures internes destinées à mettre en œuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et dispositif de contrôle interne destiné à assurer le respect des procédures ».

Cela étant, la Cour note qu'adoptée en application de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, qui donne au Conseil national des barreaux la compétence d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat, cette décision a valeur normative. Elle constate ensuite que, tout comme les obligations de vigilance et de déclaration de soupçon elles-mêmes, elle vise tous les avocats français, de sorte que le requérant fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement ses effets. Ainsi, notamment, s'il ne procède pas aux déclarations de soupçon requises, il s'expose en vertu de ce texte à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation. La Cour juge par ailleurs crédible sa thèse selon laquelle, en tant qu'avocat spécialisé dans le droit financier et fiscal, il est, plus encore que nombre de ses confrères, concerné par ces obligations et exposé aux conséquences de manquements. Il se trouve en fait devant un dilemme comparable *mutatis mutandis* à celui que la Cour avait identifié dans les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* (22 octobre 1981, § 41, série A n° 45) et *Norris* (précité, §§ 30-34) : soit il se plie au règlement et renonce ainsi à sa conception du principe de confidentialité des échanges entre l'avocat et son client ; soit il ne s'y plie pas et s'expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation.

53. Compte tenu de ces éléments, la Cour admet que le requérant subit directement les effets des dispositions litigieuses et peut donc se dire « victime » de la violation de l'article 8 qu'il allègue.

2. Sur le respect du délai de six mois

54. Selon le Gouvernement, à supposer que le requérant puisse se dire « victime », il convient de constater que la requête est tardive au regard du délai de six mois de l'article 35 § 1 de la Convention. Il estime en effet que ce délai court à partir de l'arrêt du 10 avril 2008, dans lequel le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la conformité à l'article 8 de la Convention de la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 et de la loi du 11 février 2004 prise pour sa transposition.

55. Le requérant réplique qu'il a respecté le délai prévu par l'article 35 § 1 de la Convention dès lors qu'il a saisi la Cour dans les six mois suivant l'arrêt rendu le 23 juillet 2010 par le Conseil d'Etat dans le cadre de la procédure en annulation de la décision réglementaire précitée qu'il avait initiée devant cette juridiction.

56. La Cour rappelle que ce qui importe au regard de l'article 35 § 1 de la Convention, c'est que les requérants aient donné l'occasion à l'Etat défendeur de prévenir ou redresser la violation alléguée en usant à cette fin des voies de recours internes appropriées, et qu'ils aient saisi la Cour dans les six mois suivant la décision définitive à laquelle elles ont abouti.

57. Elle constate que les modalités de l'obligation de déclaration de soupçon litigieuse ont été précisées dans la décision du Conseil national des barreaux du 12 juillet 2007, et que c'est cette décision qui constitue le fondement des sanctions disciplinaires susceptibles de frapper les avocats réfractaires. En saisissant le Conseil d'Etat de son grief tiré de l'article 8 dans le cadre d'une demande d'annulation de cette décision, le requérant a mis cette juridiction en mesure de statuer en premier lieu sur ce grief, ce qu'elle n'a d'ailleurs pas manqué de faire (paragraphe 44-46 ci-dessus). Le requérant a donc usé d'une voie de recours interne appropriée dans les circonstances de la cause. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 23 juillet 2010 à l'issue de cette procédure est en conséquence la décision interne définitive à partir de laquelle court le délai de six mois. Ainsi, introduite le 19 janvier 2011, la requête n'est pas tardive.

3. Conclusion

58. La Cour constate par ailleurs que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Elle le déclare donc recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Le requérant

59. Notant que le Gouvernement ne disconvient pas que l'article 8 de la Convention garantit le secret professionnel des avocats, le requérant soutient que l'ingérence qu'il dénonce n'était pas « prévue par la loi » au sens de cette disposition. Il indique à cet égard que la réglementation litigieuse manque de clarté : elle oblige à déclarer des « soupçons » sans définir cette notion ; le domaine des « activités » auxquelles elle s'applique est flou et il est difficile pour un avocat de scinder ou de cloisonner ses activités afin de définir celles qui sont concernées. Il ajoute que le secret professionnel des avocats est indivisible : la loi qui régit les professions judiciaires précise qu'il s'applique tout autant aux fonctions de défense qu'à celles de conseil et concerne l'ensemble des activités et des dossiers des avocats.

60. Le requérant ne conteste pas que l'ingérence litigieuse poursuit l'un des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8. Il considère en revanche qu'elle n'était pas « nécessaire » « dans une société démocratique » pour l'atteindre.

61. Le requérant considère que la présomption de protection équivalente établie dans l'arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* ([GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI) doit être écartée.

Il estime que son cas se distingue de l'affaire *Bosphorus*, précitée, ainsi que des autres affaires dans lesquelles la Cour a admis une protection équivalente au profit de l'Union européenne en ce qu'il ne s'agit pas de la mise en œuvre par un Etat membre d'un règlement mais d'une directive. Or les Etats membres disposeraient dans le second cas d'une marge d'appréciation inexistante dans le premier. Il met en outre l'accent sur le fait qu'à la différence du système de protection juridictionnelle des droits fondamentaux mis en œuvre par la Convention, le droit positif de l'Union européenne n'offre pas aux individus un recours individuel direct devant la Cour de Luxembourg.

62. Il souligne plus spécifiquement qu'en l'espèce les mécanismes prévus par le droit communautaire n'ont pas permis un examen spécifique du grief tiré de l'article 8 de la Convention dont la Cour est présentement saisie. D'abord parce que le Conseil d'Etat a rejeté sa demande tendant à ce qu'une question préjudicielle soit posée sur ce point à la Cour de justice. Ensuite parce que dans l'affaire *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres* précitée, cette juridiction n'a examiné la problématique qu'à l'aune du droit à un procès équitable. Il en déduit que le système de l'Union européenne n'a pas offert un contrôle et une protection équivalents à ceux offerts par la Convention.

63. Le requérant estime que pour évaluer la « nécessité » il faut prendre en compte la fonction impartie aux avocats – dont la Cour a souligné la spécificité dans le contexte de l'article 10 de la Convention – ainsi que l'importance du secret professionnel dans le cadre de l'exercice de leur profession, garant de la confiance entre eux et leurs clients, de la liberté des individus et du bon fonctionnement de la justice. Selon lui, imposer l'obligation de déclaration de soupçon aux avocats astreint ceux-ci à commettre des actes contraires à la finalité sociale de leur profession et met en cause la fonction traditionnelle de celle-ci.

Il rappelle ensuite que si la Cour a construit sa jurisprudence protectrice du secret professionnel de l'avocat sur l'article 8 de la Convention, elle a également jugé qu'il est couvert par l'article 6 § 1. Il souligne en particulier le lien qu'il y a entre le secret professionnel de l'avocat et le droit de l'accusé qu'il défend de ne pas s'auto-incriminer, que la Cour a elle-même mis en relief dans l'arrêt *André et autre c. France* (n° 18603/03, 24 juillet 2008). Il ajoute que l'obligation faite aux avocats de déclarer leurs soupçons implique qu'ils révèlent des données à caractère personnel relatives à leurs clients – lesquelles entrent dans le champ d'application de l'article 8 –, et que

l'interdiction d'informer celui qui est l'objet de la déclaration prive ce dernier non seulement du droit à l'information mais aussi de la possibilité d'une rectification et d'un effacement en cas de soupçon erroné. Cette obligation aurait ainsi des répercussions sur les droits fondamentaux d'autrui.

64. Le requérant déclare ne pas contester la nécessité de la lutte contre le blanchiment mais dénoncer la disproportion qu'il y a à, préventivement, obliger à ce titre les avocats à déclarer auprès d'un service de renseignement financier – Tracfin – les soupçons qu'ils pourraient avoir à l'égard de clients et, ainsi, à procéder à une « auto-incrimination par procuration » et à méconnaître le secret professionnel.

65. D'après le requérant, le système mis en place aboutit à faire des avocats les collaborateurs d'une cellule de centralisation de renseignement financier et fiscal, ce qui caractérise un détournement du but légitime. Il tire cette conclusion du constat que 98 % des informations nominales que les professionnels ont l'obligation de transmettre sont utilisées à cette fin plutôt que pour la prévention des infractions pénales. Il renvoie à cet égard aux statistiques publiées par Tracfin dont il ressort notamment qu'en 2010 ce service a reçu 20 252 informations, dont 19 208 déclarations de soupçon émanant de professionnels, que seules 5 132 de ces informations – soit 25 % – ont fait l'objet d'une analyse approfondie et que finalement seulement 404 – dont seulement un quart se rapportent à des soupçons de blanchiment – ont été externalisées en direction de la justice; les autres ont été traitées sous forme de notes pour les services de renseignement, l'administration fiscale et les services de police judiciaire. Il observe ensuite que ces renseignements sont transmis, enregistrés et conservés par un service administratif dépendant du ministère des Finances et que l'on ignore l'utilisation qui en est faite. Ces chiffres démontreraient aussi l'inefficacité du système puisque seulement 404 déclarations sur 19 208 ont abouti entre les mains de la justice; le secret professionnel des avocats serait donc sacrifié sans que cela serve effectivement à la lutte contre le blanchiment.

66. Selon lui, le caractère disproportionné de l'ingérence est d'autant plus manifeste que la lutte contre le terrorisme et le blanchiment peut reposer sur des moyens alternatifs moins destructeurs des droits fondamentaux et plus efficaces au regard du but poursuivi. Il précise qu'en prescrivant que les Etats membres « veillent » à ce que le blanchiment de capitaux soit interdit, l'article 2 de la directive 2001/97/CE leur permet d'avoir recours à toute une gamme de méthodes proportionnées et adaptées à la situation de chacune des professions concernées. Il considère que l'obligation de déclaration ne peut être jugée nécessaire alors que les avocats sont soumis aux dispositions pénales interdisant les activités de blanchiment, à des obligations légales rigoureuses et à des mesures de contrôle financier. Il rappelle que le droit

pénal français punit sévèrement le blanchiment, qu'un avocat peut être poursuivi pour complicité s'il omet de dissuader un client de procéder à une opération financière douteuse et que les maniements d'espèces sont interdits à la profession.

67. Le requérant estime de plus que l'obligation de déclaration de soupçon est incompatible avec le devoir de loyauté de l'avocat à l'égard de ses clients, mis en exergue par les « principes de base relatifs au rôle du barreau » adoptés par le huitième Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane du 27 août au 7 septembre 1990 et la Recommandation N° R (2000)21 du comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat du 25 octobre 2000. Totalement étrangère à la fonction et à la mission de l'avocat, cette obligation ruinerait la relation de confiance entre celui-ci et ses clients.

68. Enfin, le requérant souligne que le droit positif de certains pays de l'Union européenne (l'Italie, l'Estonie, la Belgique, les Pays-Bas et l'Irlande) et de la Suisse protègent mieux le secret professionnel que le droit français, et qu'au Canada et aux Etats-Unis d'Amérique les avocats ne sont pas assujettis à une obligation comparable à l'obligation de déclaration de soupçon.

b) Le Gouvernement

69. Le Gouvernement admet que l'article 8 de la Convention protège le secret professionnel des avocats. Il considère cependant qu'il n'y a pas eu « ingérence » des autorités publiques dans le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance du requérant, au sens du second paragraphe de cette disposition, dès lors que ce dernier n'invoque aucun fait concret le concernant personnellement.

70. A supposer qu'il y ait une telle ingérence, le Gouvernement soutient qu'elle est dûment « prévue par la loi » : la décision du Conseil national des barreaux, adoptée dans le cadre de l'application des dispositions réglementaires du code monétaire et financier issues du décret du 26 juin 2006, elles-mêmes prises en application de la loi du 11 février 2004 transposant la directive 2001/97/CE modifiant la directive 91/308/CEE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

Il estime de plus que le droit interne est suffisamment clair pour qu'il n'y ait pas atteinte au principe de sécurité juridique. En particulier, la notion de déclaration de « soupçon » serait dénuée d'ambiguïté : le soupçon peut porter sur l'identité du client ou du bénéficiaire de l'opération, sur l'origine des fonds, sur le caractère inhabituel ou complexe de la transaction ou sur sa finalité ; vu l'article L. 561-15 du code monétaire et financier,

la déclaration s'impose dès lors que le professionnel a une connaissance avérée, au regard d'éléments d'information objectifs et précis, de l'origine délictueuse des fonds, ou dès lors que les caractéristiques de l'opération ou le manque de preuves ou d'éléments qui lui échappent ou qu'il n'a pu obtenir font naître des suspicions de blanchiment et constituent des motifs raisonnables de penser que les fonds ont une origine douteuse. En outre, indique-t-il, l'article D. 561-32-1 du code monétaire et financier fixe des critères auxquels se référer pour déclencher une opération de déclaration de soupçon en matière fiscale – l'utilisation de sociétés écrans, par exemple –, qui constituent autant d'éléments caractérisant une opération douteuse. Quant à la notion de « consultation juridique », il considère qu'aucun avocat ne saurait sérieusement en ignorer la signification, d'autant moins qu'elle est clairement définie tant par la doctrine et la jurisprudence que par l'assemblée générale du conseil des barreaux (qui, dans une résolution adoptée le 18 juin 2011, la définit comme « une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil sur l'application d'une règle de droit en vue, notamment, d'une éventuelle prise de décision »). Renvoyant notamment à l'arrêt *Cantoni c. France* (15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V), il souligne aussi que, pour apprécier la prévisibilité des normes en cause, il faut prendre en compte le fait que la réglementation s'adresse à des professionnels du droit.

71. Le Gouvernement ajoute que, visant à lutter contre le blanchiment de capitaux et les infractions pénales associées, l'ingérence poursuit l'un des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 : la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales.

72. Il considère en outre que la présomption de protection équivalente s'applique.

73. D'abord parce qu'en soumettant les avocats aux obligations de vigilance et de déclaration de soupçon dans le cadre des activités visées par la directive 91/308/CEE du Conseil et la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, le législateur français n'a fait que se soumettre à ses obligations issues du droit de l'Union européenne ; il ne disposait à cet égard que d'une marge de manœuvre limitée à certaines modalités pratiques telles que l'attribution d'un rôle de « filtre » aux instances d'autorégulation de la profession.

Ensuite, parce que rien ne permettrait de renverser cette présomption en l'espèce. Le Gouvernement souligne à cet égard que les développements de l'arrêt *Bosphorus* sur le respect des droits fondamentaux par l'ordre juridique communautaire sont toujours d'actualité, et que l'article 6 § 3 du Traité de l'Union européenne consacre expressément la référence à la Convention dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Selon lui, dans

cet arrêt, la Cour a délivré *in abstracto* une «garantie de conventionalité» au système communautaire de protection des droits fondamentaux sur le plan des garanties tant substantielles que procédurales. Il ajoute que le secret professionnel est spécifiquement protégé par le droit de l'Union européenne, renvoyant à cet égard à l'arrêt *AM & S Europe Limited c. Commission des Communautés européennes* du 18 mai 1982, dans lequel la Cour de justice a constaté que «les droits internes des Etats membres révélaient (...) l'existence de critères communs en ce qu'ils protègent, dans des conditions similaires, la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi». Il indique en outre que, dans ses conclusions dans l'affaire *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres précitée*, l'avocat général Miguel Poiares Maduro a indiqué considérer que, tel qu'interprétée à la lumière de son dix-septième considérant, la directive 91/308/CEE modifiée respectait le secret professionnel au sens non seulement de l'article 6 mais aussi de l'article 8 de la Convention.

74. A supposer que la Cour décide néanmoins qu'il lui revient d'examiner la nécessité de l'ingérence, il souligne notamment que tant le principe de la soumission des avocats aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment que la liste des activités visées ainsi que les exceptions prévues sont la transposition exacte du droit de l'Union européenne, lequel est le reflet des recommandations du GAFI. Il ajoute que, se référant spécifiquement à la lutte contre le blanchiment, la Cour elle-même a jugé dans l'arrêt *André et autre précité* que la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations concernant leurs relations avec leurs clients dans la mesure où ces mesures sont strictement encadrées.

Il indique par ailleurs, d'une part, que les obligations de vigilance et de coopération ne concernent que des activités définies qui, comme l'a constaté la Cour de justice dans son arrêt du 26 juin 2007, se situent en règle générale, en raison de leur nature même, dans un contexte qui n'a pas de lien avec une procédure judiciaire; d'autre part, les avocats n'y sont pas assujettis lorsqu'ils exercent une activité se rattachant à une procédure juridictionnelle ou une «activité de consultation juridique». Les seuls cas où cette exception ne joue pas sont ceux où l'avocat a lui-même pris part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment.

Le Gouvernement met aussi en exergue les «garanties procédurales maximales» dont le dispositif est assorti, soulignant que le législateur

français a utilisé la possibilité ouverte par l'article 6 § 3 de la directive 91/308/CEE modifiée de désigner les organes d'autorégulation de la profession comme un « filtre » entre l'avocat déclarant et les autorités et a confié ce rôle aux bâtonniers : si le bâtonnier considère qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux, il ne transmet pas les informations ; il en est de même s'il apparaît que l'avocat a cru à tort devoir transmettre des informations reçues à l'occasion des activités exclues du champ des obligations de vigilance et de coopération. Il fait observer qu'un petit nombre seulement d'autres Etats membres de l'Union européenne ont opté pour cette option (la République tchèque, l'Espagne, le Danemark et le Portugal), ce qui fait du droit français l'un des plus protecteurs du secret professionnel des avocats au sein de l'Union européenne.

Il indique de plus que la conservation des données est limitée dans le temps (dix ans maximum lorsque l'information n'a pas fait l'objet d'un signalement judiciaire), que les informations recueillies par Tracfin sont confidentielles, que leur divulgation est strictement encadrée par la loi et que tout manquement est sanctionné par l'article 226-13 du code pénal.

Enfin, il souligne que les avocats sont de toute façon astreints à un devoir général de prudence en vertu de l'article 1.5 du règlement intérieur national de la profession d'avocat, devoir inhérent à cette profession et antérieur à la réglementation anti-blanchiment.

2. *Les observations des tiers intervenants*

a) **Le Conseil des barreaux européens (« CCBE »)**

75. Le CCBE considère que les valeurs essentielles de la profession d'avocat sont gravement menacées par les directives relatives à la lutte contre le blanchiment et les dispositions adoptées par les Etats membres pour les transposer, qu'il juge attentatoires à l'indépendance des avocats, au respect du secret professionnel et au droit à la vie privée du citoyen.

Il souligne que les activités des avocats sont indivisibles et que la distinction opérée entre celles qui relèvent de l'expertise juridique – qui échappent à l'obligation de déclaration de soupçon – et les autres, crée une incertitude juridique pour les citoyens qui, croyant que l'avocat est tenu au secret professionnel, peuvent se trouver indirectement conduits à s'auto-incriminer. Selon lui, doublée de l'obligation de révéler un « soupçon » plutôt qu'une infraction avérée, cette incertitude est incompatible avec la confidentialité des échanges entre le client et l'avocat et le droit au respect de la vie privée des clients, tels que protégés par l'article 8 de la Convention. L'avocat devient *de facto* un « agent de l'Etat » et entre en conflit d'intérêt avec ses clients. Or un tel processus ne serait pas indispensable à la lutte contre

le blanchiment, ce que démontrerait le fait qu'au Canada et aux Etats-Unis les avocats ne sont pas assujettis à une obligation de déclaration de soupçon.

76. D'après le CCBE, la réglementation litigieuse est contraire aux standards européens de protection de la vie privée en ce qu'elle restreint le principe de confidentialité par des « clauses obscures et vagues », qui omettent de définir la notion d'« activité de consultation juridique » dans le cadre desquelles l'obligation de déclaration ne s'applique pas. En exposant les avocats à un pareil aléa sous peine de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation, elle porterait par ailleurs atteinte à l'indépendance de la profession.

77. Le CCBE renvoie au « code de déontologie des avocats européens » et à la « charte des principes essentiels de l'avocat européen » élaborés sous son égide ainsi qu'aux « principes de base relatifs au rôle du barreau » précités, qui mettent l'accent sur la nécessité de préserver l'indépendance des avocats et de garantir le respect du secret professionnel et de la confidentialité des échanges avec leurs clients.

Il souligne ensuite que la jurisprudence de la Cour reconnaît le caractère fondamental du secret professionnel de l'avocat. Il ajoute que, dans l'arrêt *AM & S. Europe Limited c. Commission des Communautés européennes* du 18 mai 1982 (155/79), la Cour de justice des Communautés européennes a consacré le principe de confidentialité des communications entre l'avocat et son client et, indirectement, le principe du secret professionnel de l'avocat, puis a précisé dans l'arrêt *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne* du 14 septembre 2010 (C-550/07 P) que la confidentialité trouve son fondement dans le principe d'indépendance de l'avocat. Selon lui, la manière dont la Cour de Luxembourg appréhende l'indépendance de la profession d'avocat, en insistant notamment sur une justification portant sur la discipline professionnelle qui lui est inhérente, rend difficile la démonstration de l'utilité d'une norme lui imposant une obligation de déclaration de soupçon.

78. Enfin, le CCBE rappelle que la présomption de l'arrêt *Bosphorus* peut être renversée lorsque le droit de l'Union européenne laisse une marge d'appréciation aux Etats quant à sa mise en œuvre, ce qu'illustrerait l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* ([GC], n° 30696/09, CEDH 2011). Or tel serait le cas s'agissant des directives dont il est question en l'espèce.

b) L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles

79. D'après l'Ordre, le secret professionnel de l'avocat est indubitablement garanti par les articles 6 et 8 de la Convention.

80. Il rappelle que l'article 8 protège le cabinet, le domicile, la correspondance, le matériel informatique et la ligne téléphonique de l'avocat ainsi que

la confidentialité de ses relations avec ses clients et le secret professionnel. Cela participerait du respect dû à la vie privée tant de l'avocat – la vie privée incluant les activités professionnelles – que de ses clients, lesquels seraient de plus fondés à invoquer la confidentialité de leurs échanges avec leur conseil au nom de leur droit à un procès équitable. Sur ce dernier point, mettant en exergue le rôle fondamental des avocats dans une société démocratique attachée à la prééminence du droit, il souligne que le secret professionnel des avocats trouve aussi son fondement dans la nécessité de donner aux justiciables qui s'adressent à eux la certitude qu'ils peuvent leur confier leurs secrets sans danger de révélation à des tiers.

Il rappelle en outre que la Cour a jugé dans l'affaire *M.S. c. Suède* (27 août 1997, *Recueil* 1997-IV) relative au secret médical que le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constituait un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la Convention et qu'il était capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais aussi pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. Il considère que cette approche vaut *mutatis mutandis* pour les échanges entre les avocats et leurs clients.

81. L'Ordre estime que le secret professionnel des avocats est également reconnu par le droit positif de l'Union européenne; il se réfère à cet égard à l'arrêt *AM & S Europe Limited* précité et, notamment, aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Ordre des barreaux francophones et germanophone* et autres précitée.

82. Il souligne de plus que, dans la même ligne que les arrêts du Conseil d'Etat français des 10 avril 2008 et 23 juillet 2010 précités, la Cour constitutionnelle de Belgique a jugé dans un arrêt du 23 janvier 2008 (n° 10/2008) que le secret professionnel de l'avocat est un principe général qui participe du respect des droits fondamentaux, et qui trouve son fondement dans les articles 10, 11 et 22 de la Constitution belge et 6 et 8 de la Convention.

83. L'ordre rappelle ensuite, sans prendre position sur l'existence d'une «ingérence» dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 en l'espèce et la qualité de victime du requérant, qu'un particulier peut soutenir qu'une loi viole ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, si l'intéressé est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation.

84. Quant à la présomption de protection équivalente, elle ne trouverait pas à s'appliquer s'agissant de la transposition d'une directive européenne, ce que le paragraphe 157 de l'arrêt *Bosphorus*, précité, confirmerait. L'ordre se réfère également à l'affaire *Cantoni*, précitée, dans laquelle la Cour a exercé

un contrôle sans réserve sur les mesures litigieuses alors qu'était en cause la transposition d'une directive en droit français, ainsi qu'à l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité.

85. Enfin, l'ordre attire l'attention de la Cour sur l'arrêt du 23 janvier 2008 précité, dans lequel la Cour constitutionnelle de Belgique a jugé que, si la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme est un objectif légitime d'intérêt général, elle ne peut justifier une levée inconditionnelle ou illimitée du secret professionnel de l'avocat, les avocats ne pouvant être confondus avec les autorités chargées de la recherche des infractions. Elle a en conséquence jugé que les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession, y compris dans les matières énumérées à l'article 2 § 1 3) b) de la directive 2005/60/CE, à savoir l'assistance et la défense en justice et le conseil juridique, même en dehors de toute procédure judiciaire, demeurent couvertes par le secret professionnel et ne peuvent être portées à la connaissance des autorités.

L'ordre souligne toutefois que la Cour constitutionnelle n'admet pas pour autant que le secret professionnel est sans limite. En effet, se fondant sur l'article 20 de la directive, elle a précisé dans cet arrêt que l'avocat qui a échoué à dissuader un client d'accomplir ou de participer à une opération de blanchiment ou de financement du terrorisme dont il connaît l'illégalité est tenu, s'il se trouve dans une hypothèse dans laquelle l'obligation de communication s'applique à lui, de transmettre les informations dont il a connaissance au bâtonnier en vue de leur transmission aux autorités. Dans un tel cas, il doit mettre fin à la relation qui le lie au client en cause, de sorte qu'il n'y a plus lieu de parler de relation de confiance entre l'avocat et son client.

c) L'Institut des droits de l'homme des avocats européens («IDHAE»)

86. L'IDHAE rappelle que le secret professionnel est en France une obligation légale, qui interdit la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, et qui vise à assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions.

Précisant que le secret professionnel s'impose de manière absolue à l'avocat pour l'ensemble de ses activités et de ses dossiers, il souligne que le Conseil national des barreaux a déclaré ceci dans le contexte de la transposition des directives précitées: «si l'objectif de lutte contre la criminalité et le terrorisme est légitime, les avocats refusent d'être des délateurs ou des auxiliaires de police et de renier l'essence même de leur serment et leurs

valeurs essentielles; les directives anti-blanchiment et, partant, notre droit interne, menacent les droits fondamentaux des citoyens, l'indépendance de l'avocat, la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client, le secret professionnel et la présomption d'innocence; elles ruinent la confiance indispensable entre le client et son avocat; par crainte d'être dénoncé, le client pourra ne pas tout dire à son avocat; celui-ci sera mal informé et ne pourra donc pas conseiller convenablement son client et défendre ses intérêts».

87. L'IDHAE rappelle ensuite qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'article 8 de la Convention consacre un droit au respect de la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et au respect du secret professionnel, et que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne va dans le même sens.

88. L'IDHAE souligne en outre que pour apprécier la « nécessité » d'une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 8, il faut d'abord prendre en compte « l'importance du degré de l'ingérence et ses effets ». A cet égard, il met quatre points en exergue. Premièrement, c'est aussi le droit au silence des clients qui est en cause, l'obligation de déclaration de soupçon contraignant les avocats à provoquer leur auto-incrimination. Deuxièmement, les dispositions litigieuses étant basées sans la définir sur la notion de « soupçon », la « loi » n'a ni la qualité ni la prévisibilité requises. Troisièmement, le secret revêt une importance particulière dans la jurisprudence de la Cour – qui consacre le secret des sources journalistiques et le secret des données médicales –, la protection du secret professionnel des avocats face à ce type d'obligation a été affirmée au Canada et aux Etats-Unis, et le droit positif de certains pays de l'Union européenne (Italie, Estonie, Belgique, Pays-Bas et Irlande) ainsi que de la Suisse est plus protecteur. Quatrièmement, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Casado Coca c. Espagne* (24 février 1994, série A n° 285-A), l'avocat joue un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux; il est donc primordial que la confiance du justiciable à son égard soit garantie, ce qui exige la préservation de son indépendance à l'égard des pouvoirs publics – mise en cause par le lien avec Tracfin établi par les dispositions litigieuses – et du secret professionnel.

Il faut de plus que l'ingérence soit proportionnée par rapport au but poursuivi: la lutte contre le blanchiment et le terrorisme. Or, alors que la Cour a jugé dans l'affaire *Xavier Da Silveira c. France* (n° 43757/05, 21 janvier 2010) que des garanties spéciales de procédure s'imposent s'agissant en l'occurrence de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, les dispositions litigieuses ne prévoient aucune garantie de ce type (le rôle du bâtonnier ne pouvant être qu'un conseil là où il est

certain qu'il n'existe pas de soupçon). De plus, les avocats français sont de toute façon soumis au droit pénal relatif au blanchiment, particulièrement sévère, à des obligations déontologiques importantes et sanctionnées et à des mesures de contrôle financier. Les maniements d'espèces leur sont interdits, à l'exception de sommes minimales, et les mouvements de fonds par voie bancaire se font obligatoirement par l'intermédiaire d'une caisse des règlements pécuniaires des avocats.

89. Enfin, s'agissant de la présomption de protection équivalente, l'IDHAE rappelle que l'affaire *Bosphorus*, précitée, concernait l'obligation pour l'Etat défendeur d'appliquer un règlement communautaire qui mettait en œuvre des obligations découlant d'une résolution obligatoire du Conseil de sécurité des Nations unies. Il observe, qu'à ce jour, les cas dans lesquels la Cour a admis une protection équivalente au profit de l'Union européenne ne concernaient pas la mise en œuvre de directives, qui, à l'inverse des règlements, laissent aux Etats une marge d'appréciation. Il ajoute que si le fait que certaines des directives relatives au blanchiment renvoient à la Convention peut conduire à reconnaître une équivalence des règles et de la protection substantielle, il n'y a manifestement pas d'équivalence de protection procédurale en l'absence d'un droit de recours individuel au plan de l'Union européenne. Il remarque de plus que la Cour a admis l'équivalence de la protection dans le cas du contentieux des agents et fonctionnaires internationaux en raison précisément du fait qu'ils disposent d'un recours individuel et direct devant un organisme judiciaire présentant toutes les garanties requises (il se réfère à *Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe* (déc.), n° 73250/01, CEDH 2008 ; *Gasparini c. Italie et Belgique* (déc.), n° 10750/03, 12 mai 2009 et *Beygo c. 46 Etats membres du Conseil de l'Europe*, n° 36099/06, 16 juin 2009).

3. L'appréciation de la Cour

a) Sur l'existence d'une ingérence dans l'exercice du droit protégé par l'article 8 de la Convention

90. En consacrant le droit de « toute personne » au respect de sa « correspondance », l'article 8 de la Convention protège la confidentialité des « communications privées » (*Frérot c. France*, n° 70204/01, § 53, 12 juin 2007), quel que soit le contenu de la correspondance dont il est question (*ibidem*, § 54) et quelle que soit la forme qu'elle emprunte. C'est donc la confidentialité de tous les échanges auxquels les individus peuvent se livrer à des fins de communication qui se trouve garantie par l'article 8.

91. Ainsi, dès lors qu'elle les astreint à fournir à une autorité administrative des informations relatives à une autre personne qu'ils détiennent à raison

des échanges qu'ils ont eus avec elle, l'obligation de déclaration de soupçon mise à la charge des avocats constitue une ingérence dans leur droit au respect de leur correspondance. Elle constitue également une ingérence dans leur droit au respect de leur « vie privée », cette notion incluant les activités professionnelles ou commerciales (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B).

92. En l'espèce, certes, le requérant ne prétend ni s'être trouvé concrètement dans la situation de devoir déclarer de tels soupçons, ni avoir été sanctionné en application du règlement litigieux pour avoir omis de le faire. Cependant, comme indiqué précédemment, il se trouve confronté au dilemme suivant : soit il se plie à ce règlement et renonce ainsi à sa conception du principe de confidentialité des échanges entre l'avocat et son client et du secret professionnel des avocats ; soit il ne s'y plie pas et s'expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation. Ainsi, selon la Cour, l'obligation de déclaration de soupçon représente une « ingérence permanente » (voir, *mutatis mutandis*, *Dudgeon*, § 41 et *Norris*, § 38, précités) dans l'exercice par le requérant, en sa qualité d'avocat, des droits garantis par l'article 8, même si ce n'est pas la sphère la plus intime de sa vie privée qui est en cause mais le droit au respect de ses échanges professionnels avec ses clients.

93. Pareille ingérence enfreint l'article 8, sauf si elle est « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire » « dans une société démocratique » pour le ou les atteindre.

b) Sur la justification de l'ingérence

i. Prévues par la loi

94. La Cour rappelle que les termes « prévue par la loi » exigent avant tout que l'ingérence ait une base en droit interne (*Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, §§ 86-88, série A n° 61). Tel est indéniablement le cas en l'espèce : l'obligation de déclaration de soupçon à la charge des avocats est prévue par des directives européennes, transposées en droit français (notamment par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 s'agissant de la directive 91/308/CEE du 10 juin 1991 amendée) et codifiées au code monétaire et financier ; leurs modalités sont précisées par des textes réglementaires d'application (dont les dispositions sont également codifiées) ainsi que par la décision du 12 juillet 2007 du Conseil national des barreaux précitée.

95. Il faut en outre que la « loi » soit suffisamment accessible – ce que le requérant ne conteste pas en l'espèce – et précise (*ibidem*). Le requérant soutient ainsi que la « loi » dont il est question manque de clarté dans la

mesure où elle oblige à déclarer des « soupçons » sans définir cette notion, et où le domaine des activités auxquelles elle s'applique est flou.

96. La Cour n'est pas convaincue par cette thèse. Elle rappelle que l'on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (*ibidem*). Cela étant, elle reconnaît l'impossibilité d'arriver à une certitude absolue dans la rédaction des lois, ainsi que le risque de voir le souci de certitude engendrer une rigidité excessive. Beaucoup de lois se servent, inévitablement, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (*ibidem*).

97. Elle estime que la notion de « soupçon » relève du sens commun et qu'un public averti tel que les avocats peut d'autant plus difficilement prétendre ne pas être en mesure de la cerner que, comme l'expose le Gouvernement, le code monétaire et financier fournit certaines indications spécifiques. Par ailleurs, les déclarations de soupçon étant adressées aux bâtonniers ou au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, tout avocat ayant des doutes quant à l'existence d'un « soupçon » dans un cas donné est en mesure de bénéficier à cet égard de l'assistance d'un confrère averti et expérimenté.

Quant au caractère prétendument flou du domaine d'activité concerné par l'obligation de déclaration de soupçon, la Cour constate que les textes litigieux (voir notamment l'article 1 de la décision du 12 juillet 2007 du Conseil national des barreaux; paragraphe 12 ci-dessus) indiquent que cette obligation s'impose aux avocats lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils réalisent au nom et pour le compte de leur client une transaction financière ou immobilière, ou lorsqu'ils participent en assistant leur client à la préparation ou à la réalisation de certains types de transactions (concernant l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client, l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres, l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés, la constitution, la gestion ou la direction des sociétés et la constitution, la gestion ou la direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire). D'après ces textes, ils n'y sont pas assujettis lorsqu'ils exercent une activité de consultation juridique ou lorsque leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle à l'occasion de l'une ou l'autre des six activités précitées. La Cour estime que ces indications sont suffisamment précises, d'autant plus que les textes dont il s'agit s'adressent à des professionnels du droit et que, comme le

souligne le Gouvernement, la notion de « consultation juridique » est définie notamment par le conseil des barreaux.

98. En conclusion, l'ingérence litigieuse est « prévue par la loi », au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

ii. But légitime

99. La Cour ne doute pas que, visant à lutter contre le blanchiment de capitaux et les infractions pénales associées, l'ingérence litigieuse poursuit l'un des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 : la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales. Cela n'a d'ailleurs pas prêté à controverse entre les parties.

100. Au surplus, la Cour rappelle que l'exécution par l'Etat de ses obligations juridiques découlant de son adhésion à l'Union européenne relève de l'intérêt général (*Bosphorus*, précité, §§ 150 et 151).

iii. Nécessité

a) Sur l'application de la présomption de protection équivalente

101. Le Gouvernement indique que les obligations de vigilance et de déclaration de soupçon auxquelles sont astreints les avocats résultent de la transposition de directives européennes à laquelle la France était tenue de procéder en vertu de ses obligations juridiques résultant de son adhésion à l'Union européenne. Renvoyant à l'arrêt *Bosphorus* précité, il estime qu'il doit être présumé que la France a respecté les exigences de la Convention dès lors qu'elle n'a fait qu'exécuter de telles obligations et qu'il est établi que l'Union européenne accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle assurée par la Convention.

– *Principes généraux*

102. La Cour rappelle qu'il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dès lors qu'ils agissent en exécution d'obligations découlant pour eux de leur appartenance à une organisation internationale à laquelle ils ont transféré une partie de leur souveraineté : les garanties prévues par la Convention pourraient sinon être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective. Autrement dit, les Etats demeurent responsables au regard de la Convention des mesures qu'ils prennent en exécution d'obligations juridiques internationales, y compris lorsque ces obligations découlent de leur appartenance à une organisation

internationale à laquelle ils ont transféré une partie de leur souveraineté (*Bosphorus*, précité, § 154).

103. Il est vrai cependant que la Cour a également jugé qu'une mesure prise en exécution de telles obligations doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente – c'est-à-dire non pas identique mais « comparable » – à celle assurée par la Convention (étant entendu qu'un constat de « protection équivalente » de ce type n'est pas définitif: il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux). Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer que les Etats respectent les exigences de la Convention lorsqu'ils ne font qu'exécuter des obligations juridiques résultant de leur adhésion à l'organisation.

Les Etats demeurent toutefois entièrement responsables au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de leurs obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'ils ont exercé un pouvoir d'appréciation (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 338). Par ailleurs, cette présomption peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste; dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale (*Bosphorus*, précité, §§ 152-158; voir aussi, notamment, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, §§ 338-340).

104. Cette présomption de protection équivalente vise notamment à éviter qu'un Etat partie soit confronté à un dilemme lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui, en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la Convention, à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, pour justifier, au regard de la Convention, ses actions ou omissions résultant de cette appartenance. Cette présomption tend également à déterminer les cas où la Cour peut, au nom de l'intérêt de la coopération internationale, réduire l'intensité de son contrôle du respect des engagements résultant de la Convention par les Etats parties, que lui confie l'article 19 de la Convention. Il résulte de ces objectifs que la Cour n'est prête à cet aménagement que dans la mesure où les droits et garanties dont elle assure le respect ont bénéficié d'un contrôle comparable à celui qu'elle opérerait. A défaut, l'Etat échapperait à tout contrôle international de la compatibilité de ses actes avec ses engagements résultant de la Convention.

– *Sur la protection des droits fondamentaux assurée par le droit de l'Union européenne*

105. S'agissant de la protection des droits fondamentaux accordée par l'Union européenne, la Cour a jugé dans l'arrêt *Bosphorus* (précité, §§ 160-165) qu'elle était en principe équivalente à celle assurée par la Convention.

106. Pour parvenir à cette conclusion, elle a en premier lieu constaté que l'Union européenne offrait une protection équivalente sur le plan des garanties substantielles, relevant à cet égard que, déjà à l'époque des faits, le respect des droits fondamentaux était une condition de légalité des actes communautaires et que la Cour de justice des Communautés européennes se référait largement aux dispositions de la Convention et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle procédait à son appréciation (*Bosphorus*, précité, § 159). Il en va d'autant plus ainsi depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur de l'article 6 modifié du Traité sur l'Union européenne, qui confère à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la même valeur que les traités et qui prévoit que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union européenne en tant que principes généraux.

107. La Cour s'est ensuite penchée sur la question de savoir s'il en allait de même au regard du mécanisme de contrôle du respect des droits fondamentaux.

108. Elle a relevé à cet égard que les particuliers n'ont qu'un accès restreint à la Cour de justice: les recours en manquement (prévus initialement par les articles 169 et 170 du Traité instituant la Communauté européenne) leur sont fermés, leur droit d'engager un recours en annulation ou un recours en carence (prévus initialement par les articles 173 et 175 du traité précité) est limité, comme, par conséquent, la possibilité pour eux de soulever l'exception d'illégalité (prévue initialement par l'article 184 du traité précité), et il ne leur est pas possible de former un recours contre un particulier (*Bosphorus*, précité, §§ 161-162).

109. Pour conclure néanmoins à une protection équivalente sur ce plan aussi, la Cour a constaté que les recours exercés devant la Cour de justice par les institutions de l'Union européenne ou par un Etat membre constituent un contrôle important du respect des normes de l'Union européenne, qui bénéficie aux particuliers, et que ces derniers ont la possibilité de saisir la Cour de justice d'un recours en réparation fondé sur la responsabilité non contractuelle des institutions (prévue initialement par l'article 184 du traité précité) (*Bosphorus*, précité, § 163).

110. Elle a de plus constaté que c'est essentiellement par l'intermédiaire des juridictions nationales que le système de l'Union européenne fournit aux particuliers un recours leur permettant de faire constater qu'un Etat membre ou un individu a enfreint le droit de l'Union européenne.

Elle a noté à cet égard que certaines dispositions du Traité instituant la Communauté européenne avaient dès le départ prévu un rôle complémentaire pour les juridictions nationales dans le cadre des mécanismes de contrôle communautaire, notamment (selon la codification initiale) les articles 189 (notion d'applicabilité directe) et 177 (procédure de renvoi préjudiciel), et que leur rôle dans l'application du droit communautaire et des garanties en matière de droits fondamentaux avait été élargi avec le développement par la Cour de justice d'importantes notions telles que la primauté du droit communautaire, l'effet direct, l'effet indirect et la responsabilité de l'Etat.

Elle a ensuite observé que le contrôle de la Cour de justice sur l'application par les juridictions nationales du droit de l'Union européenne, y compris les garanties en matière de droits fondamentaux, se fait alors par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel (prévue initialement par l'article 177 du traité précité), dans le cadre de laquelle les parties à la procédure interne ont le droit de présenter des observations. Elle a relevé à cet égard que, bien que la Cour de justice se limite à répondre à la question d'interprétation ou de validité soumise par la juridiction nationale, sa réponse a souvent un effet déterminant sur l'issue de la procédure interne, et observé que tel avait été le cas dans le cadre de l'affaire *Bosphorus* (précitée, § 164).

111. Ainsi, bien que l'accès des particuliers à la Cour de justice soit nettement plus restreint que l'accès à la Cour que leur ouvre l'article 34 de la Convention, la Cour admet que, pris dans sa globalité, le mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne accorde une protection comparable à celle qu'offre la Convention. Premièrement, parce que les particuliers bénéficient du contrôle des normes de l'Union européenne s'effectuant par le biais des recours exercés par les Etats membres et par les institutions de l'Union européenne devant la Cour de justice. Deuxièmement, parce qu'ils ont la possibilité de faire constater un manquement au droit communautaire par un Etat membre en saisissant les juridictions nationales, le contrôle de la Cour de justice s'opérant alors par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel, qu'il revient à ces juridictions de mettre en œuvre.

– *Sur la question de l'application en l'espèce de la présomption de protection équivalente*

112. La présente affaire se distingue de l'affaire *Bosphorus*, précitée, notamment pour deux raisons.

113. D'abord parce que dans cette dernière affaire, s'agissant d'un règlement, comme tel directement applicable dans les Etats membres dans tous ses éléments, l'Irlande ne disposait d'aucune marge de manœuvre dans l'exécution des obligations résultant de son appartenance à l'Union européenne.

En l'espèce, il s'agissait de la mise en œuvre par la France de directives, qui lient les Etats membres quant au résultat à atteindre mais leur laissent le choix des moyens et de la forme. La question de savoir si, dans l'exécution de ses obligations résultant de son appartenance à l'Union européenne, la France disposait de ce fait d'une marge de manœuvre susceptible de faire obstacle à l'application de la présomption de protection équivalente n'est donc pas dénuée de pertinence.

114. Ensuite et surtout, parce que dans l'affaire *Bosphorus* le mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne était pleinement entré en jeu. La Cour suprême irlandaise avait en effet saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle, laquelle s'était prononcée dans ce contexte sur l'allégation de violation du droit de propriété dont la requérante avait ensuite saisi la Cour.

A l'inverse, dans la présente espèce, le Conseil d'Etat a écarté la demande du requérant tendant à ce que la Cour de justice soit saisie à titre préjudiciel de la compatibilité de l'obligation de déclaration des avocats avec l'article 8 de la Convention, alors que cette question n'avait été préalablement tranchée par la Cour de justice ni lors d'un renvoi préjudiciel opéré dans une autre affaire, ni à l'occasion de l'un des recours susmentionnés ouverts aux Etats membres et aux institutions de l'Union européenne. La Cour observe en effet que, dans son arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres* précité (paragraphe 27-29 ci-dessus), la Cour de justice a examiné la compatibilité de l'obligation de déclaration des avocats au seul regard des exigences du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention. Ce faisant, elle s'est prononcée uniquement en considération des droits du justiciable, client de l'avocat. Or, prise sous l'angle de l'article 8 de la Convention, la question est différente: sont alors en cause non seulement les droits du client de l'avocat au regard de cette disposition, mais aussi ceux de l'avocat lui-même, comme l'illustrent les arrêts *Kopp c. Suisse* (25 mars 1998, *Recueil* 1998-II), *André et autre*, précité, et *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche* (n° 74336/01, CEDH 2007-IV), qui portaient respectivement sur des écoutes téléphoniques, sur une perquisition dans un cabinet d'avocat dans le cadre d'une procédure dirigée contre une société cliente et sur la saisie de données informatiques.

115. Ainsi, la Cour se doit de constater que, du fait de la décision du Conseil d'Etat de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel alors que la Cour

de justice n'avait pas déjà examiné la question relative aux droits protégés par la Convention dont il était saisi, celui-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités. Au regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer.

116. Dès lors, il appartient à la Cour de se prononcer sur la nécessité de l'ingérence litigieuse au sens de l'article 8 de la Convention.

β) Appréciation de la Cour

117. La Cour rappelle à cet égard qu'elle a examiné à plusieurs occasions des griefs développés par des avocats sur le terrain de l'article 8 de la Convention dans le contexte de l'exercice de leur profession. Elle s'est ainsi prononcée sur la compatibilité avec cette disposition de perquisitions et saisies effectuées au cabinet ou au domicile d'un avocat (*Niemietz*, précité; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, CEDH 2003-IV; *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, 27 septembre 2005; *André et autre*, précité; *Xavier Da Silveira*, précité), de l'interception de la correspondance entre un avocat et son client (*Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, 20 juin 1988, série A n° 137), de l'écoute téléphonique d'un avocat (*Kopp*, précité) et de la fouille et de la saisie de données électroniques dans un cabinet d'avocats (*Sallinen et autres* et *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH*, précités).

Elle a souligné dans ce contexte qu'en vertu de l'article 8, la correspondance entre un avocat et son client, quelle qu'en soit la finalité (la correspondance strictement professionnelle étant incluse: *Niemietz*, précité, § 32), jouit d'un statut privilégié quant à sa confidentialité (*Campbell c. Royaume-Uni*, 25 mars 1992, §§ 46-48, série A n° 233; voir aussi, notamment, *Ekinci et Akalin c. Turquie*, n° 77097/01, § 47, 30 janvier 2007; cela vaut, comme indiqué précédemment, pour toutes les formes d'échanges entre les avocats et leurs clients). Elle a en outre indiqué qu'elle «accorde un poids singulier au risque d'atteinte au secret professionnel des avocats car il peut avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice» (*Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH*, précité, §§ 65-66; voir aussi, précités, *Niemietz*, § 37, et *André et autre*, § 41) et est la base de la relation de confiance entre l'avocat et son client (*André et autre*, § 41, précité, et *Xavier Da Silveira*, § 36, précité).

118. Il en résulte que si l'article 8 protège la confidentialité de toute «correspondance» entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique: la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à

bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu. En dépend en outre, indirectement mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout « accusé » de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

119. Cette protection renforcée que l'article 8 confère à la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et les raisons qui la fondent conduisent la Cour à constater que, pris sous cet angle, le secret professionnel des avocats – qui toutefois se décline avant tout en obligations à leur charge – est spécifiquement protégé par cette disposition.

120. La question qui se pose à la Cour est donc celle de savoir si, telle que mise en œuvre en France et à l'aune du but légitime poursuivi, l'obligation de déclaration de soupçon porte une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats ainsi compris.

Elle rappelle à cet égard que la notion de nécessité, au sens de l'article 8 de la Convention, implique l'existence d'un besoin social impérieux et, en particulier, la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi (voir parmi d'autres, *Campbell*, § 44, précité).

121. La Cour relève que, dans son arrêt du 23 juillet 2010 (paragraphe 17 ci-dessus), le Conseil d'Etat, après avoir retenu que l'article 8 de la Convention protégeait « le droit fondamental au secret professionnel », a jugé que la soumission des avocats à l'obligation de déclaration de soupçon n'y portait pas une atteinte excessive. Il est parvenu à cette conclusion eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment de capitaux et à la garantie que représente l'exclusion de son champ d'application des informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles, ainsi que de celles reçues ou obtenues dans le cadre d'une consultation juridique (sous les seules réserves, pour ces dernières informations, des cas où le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux).

122. La Cour ne voit rien à redire à ce raisonnement.

123. Certes, comme indiqué précédemment, le secret professionnel des avocats a une grande importance tant pour l'avocat et son client que pour le bon fonctionnement de la justice. Il s'agit à n'en pas douter de l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique. Il n'est cependant pas intangible, et la Cour a déjà eu l'occasion de juger qu'il peut notamment devoir s'effacer devant le droit à

la liberté d'expression de l'avocat (*Mor c. France*, n° 28198/09, 15 décembre 2011). Il convient en outre de mettre son importance en balance avec celle que revêt pour les Etats membres la lutte contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites, susceptible de servir à financer des activités criminelles notamment dans le domaine du trafic de stupéfiants ou du terrorisme international (*Griffhorst c. France*, n° 28336/02, § 93, 26 février 2009). La Cour observe à cet égard que les directives européennes qui constituent le fondement de l'obligation de déclaration de soupçon que le requérant met en cause s'inscrivent dans un ensemble d'instruments internationaux dont l'objectif commun est la prévention d'activités constitutives d'une grave menace pour la démocratie (voir notamment les recommandations du GAFI et la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, paragraphes 18-19 ci-dessus).

124. Quant à l'argument du requérant selon lequel une telle obligation n'est pas nécessaire dans la mesure où tout avocat qui se trouverait impliqué dans une opération de blanchiment serait de toute façon passible de poursuites pénales, la Cour n'y est pas insensible. Elle estime cependant que cela ne saurait invalider le choix d'un Etat ou d'un groupe d'Etats d'assortir les dispositions répressives dont ils se sont dotés d'un mécanisme à vocation spécifiquement préventive.

125. La Cour prend note en outre des données statistiques publiées par Tracfin auxquelles se réfère le requérant, qui retient en particulier que, sur les 20 252 informations reçues par Tracfin en 2010, dont 19 208 déclarations de soupçon émanant de professionnels, seulement 5 132 ont fait l'objet d'une analyse approfondie et seulement 404 ont été transmises au parquet, dont pas plus d'une centaine concernaient le blanchiment ou le financement du terrorisme. Le requérant en déduit l'inefficacité du système et donc l'absence de nécessité de l'ingérence dénoncée. Cela ne convainc toutefois pas la Cour. Elle voit mal quel enseignement pourrait être tiré de ces chiffres en l'espèce alors qu'il ressort du rapport d'activité 2010 de Tracfin qu'aucune de ces 19 208 déclarations de soupçon n'émanait d'un avocat. Elle relève du reste que ce rapport fait à l'inverse une appréciation positive de ces résultats et précise que le GAFI a estimé que le dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme est l'un des plus performants au monde. Elle observe en outre que la thèse du requérant revient à occulter l'effet dissuasif que ce dispositif peut avoir.

126. Enfin et surtout, deux éléments sont aux yeux de la Cour décisifs dans l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence litigieuse.

127. Il s'agit tout d'abord du fait que, comme indiqué précédemment et relevé par le Conseil d'Etat, les avocats ne sont astreints à l'obligation de

déclaration de soupçon que dans deux cas. Premièrement, lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils participent au nom et pour le compte de leur client à des transactions financières ou immobilières ou agissent en qualité de fiduciaire. Deuxièmement, lorsque, toujours dans le cadre de leur activité professionnelle, ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant certaines opérations définies : l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ; la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ; l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance ; l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ; la constitution, la gestion ou la direction des sociétés ; la constitution, la gestion ou la direction de fiducies ou de toute autre structure similaire ; la constitution ou la gestion de fonds de dotation. L'obligation de déclaration de soupçon ne concerne donc que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation.

En outre, le code monétaire et financier précise expressément que les avocats ne sont pas astreints à cette obligation lorsque l'activité dont il est question « se rattache à une procédure juridictionnelle, que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, non plus que lorsqu'ils donnent des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme » (article L. 561-3 II du code monétaire et financier, paragraphe 32 ci-dessus).

128. L'obligation de déclaration de soupçon ne touche donc pas à l'essence même de la mission de défense qui, comme indiqué précédemment, constitue le fondement du secret professionnel des avocats.

129. Il s'agit ensuite du fait que la loi met en place un filtre protecteur du secret professionnel : les avocats ne communiquent pas les déclarations directement à Tracfin mais, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel ils sont inscrits. Il peut être considéré qu'à ce stade, partagé avec un professionnel non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n'est pas altéré. Le président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou le bâtonnier, plus à même que quiconque d'apprécier ce qui est couvert ou non par le secret professionnel, ne transmettent ensuite la déclaration de soupçon à Tracfin qu'après s'être assurés que les

conditions fixées par l'article L. 561-3 du code monétaire et financier sont remplies (article L. 561-17 du même code, paragraphe 38 ci-dessus). Le Gouvernement précise à cet égard qu'ils ne procèdent pas à cette transmission s'ils considèrent qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou s'il apparaît que l'avocat concerné a cru à tort devoir transmettre des informations reçues à l'occasion d'activités exclues du champ de l'obligation de déclaration de soupçon.

130. La Cour a du reste déjà eu l'occasion de mettre en exergue la garantie que constitue l'intervention du bâtonnier lorsque la préservation du secret professionnel des avocats est en jeu. Ainsi a-t-elle spécifié que la Convention ne fait pas obstacle à ce que le droit interne prévoit la possibilité de perquisitionner dans le cabinet d'un avocat dans la mesure où il met en œuvre des garanties particulières ; plus largement, elle a souligné que, sous réserve d'un strict encadrement, il n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, notamment en cas d'indices plausibles de participation de l'avocat à une infraction et dans le cadre de la lutte contre le blanchiment. Elle a ensuite à ce titre pris en compte le fait que la visite domiciliaire s'était déroulée en présence du bâtonnier, voyant là une «garantie spéciale de procédure» (*André et autre*, précité, §§ 42-43). Elle a similairement relevé dans l'arrêt *Roemen et Schmit* précité (§ 69) que la perquisition dans un cabinet d'avocat dont il était question s'était accompagnée de «garanties spéciales de procédure», dont la présence du bâtonnier. Enfin, dans l'affaire *Xavier Da Silveira* précitée (§§ 37 et 43), elle a conclu à la violation de l'article 8 au motif notamment qu'un avocat dont le domicile avait fait l'objet d'une perquisition n'avait pas bénéficié de cette garantie.

131. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que, telle que mise en œuvre en France et eu égard au but légitime poursuivi et à la particulière importance de celui-ci dans une société démocratique, l'obligation de déclaration de soupçon ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats.

132. Partant, il n'y a pas violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES

133. Le requérant se plaint du fait que le règlement professionnel du 12 juillet 2007 ne définit pas suffisamment les obligations mises à la charge des avocats sous peine de sanctions disciplinaires, dès lors qu'il renvoie à des notions générales et vagues telles que «déclaration de soupçon» et devoir de «vigilance». Voyant là une méconnaissance du principe de sécurité juridique, il dénonce une violation de l'article 7 de la Convention.

La Cour rappelle que l'article 7 prohibe l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé, et consacre, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines, ainsi que le principe qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de l'accusé, dont il résulte qu' « une infraction doit être clairement définie par la loi » (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A). Il ne s'applique que dans le contexte de procédures « pénales », au sens de la Convention, ayant abouti à une « condamnation » ou au prononcé d'une « peine ». Or, à supposer que l'instance disciplinaire à laquelle peut conduire le non-respect du règlement professionnel du 12 juillet 2007 puisse être qualifiée de « pénale » au sens de la Convention, la Cour constate que le requérant n'a pas fait l'objet d'une telle procédure. Ainsi, en tout état de cause, il ne peut se dire victime de la violation de l'article 7 qu'il dénonce. Cette partie de la requête est par conséquent incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de celle-ci.

134. Invoquant l'article 6 de la Convention, le requérant se plaint du fait que l'obligation faite aux avocats de déclarer leurs « soupçons » relatifs à des activités illicites éventuelles de clients est incompatible avec le droit de ces derniers de ne pas s'auto-dénoncer et avec la présomption d'innocence dont ils doivent pouvoir bénéficier.

La Cour constate que le requérant dénonce ainsi une violation des droits d'autrui. Il ne peut donc prétendre à la qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention. Cette partie de la requête est par conséquent incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de celle-ci.

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

1. *Déclare* la requête recevable quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention et irrecevable pour le surplus ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Fait en français, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 6 décembre 2012.

Claudia Westerdiek
Greffière de section

Dean Spielmann
Président

MICHAUD v. FRANCE
(Application no. 12323/11)

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 6 DECEMBER 2012¹

1. Original French.

SUMMARY¹**Obligation for lawyers, when not acting in their defence capacity, to report suspicions of illegal money-laundering activities on the part of their clients****Article 8**

Correspondence – Private life – Obligation for lawyers, when not acting in their defence capacity, to report suspicions of illegal money-laundering activities on the part of their clients – Continuing interference – Prevention of disorder – Prevention of crime – Application of a European directive – Choice of means and manner of application – No referral for preliminary ruling – Presumption of equivalent protection not applicable – General interest – Limited interference with lawyers’ professional privilege – Proportionality

*

* *

In July 2007 the National Bar Council took a decision adopting regulations on internal procedures for implementing the obligation to combat money-laundering and terrorist financing in conformity with European Directive 2005/60/EC. Lawyers were required, in certain situations, to report to the financial intelligence unit (known as “Tracfin” in France) any of their clients’ transactions they suspected might be linked to criminal offences such as money-laundering. In October 2007 the applicant, a lawyer, appealed to the *Conseil d’Etat* to have the decision set aside. On 23 July 2010 the application was rejected.

Held

Article 8: In requiring lawyers to report to the administrative authorities information concerning another person which came into their possession through exchanges with that person, the obligation for them to report suspicions constituted an interference with lawyers’ right to respect for their correspondence. It also constituted an interference with their right to respect for their “private life”, a notion which included activities of a professional or business nature. It was true that the applicant had not found himself in a situation where he was actually obliged to declare such suspicions, or been disciplined under the regulations concerned for having failed to do so. However, either he complied with the regulations, were the situation to arise, or he refused to comply and exposed himself to disciplinary sanctions and even being struck off. The obligation to report suspicions thus amounted to a

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

“continuing interference” with the applicant’s enjoyment, as a lawyer, of the right under Article 8 to respect for his professional exchanges with his clients.

The obligation for lawyers to report suspicions was provided for in the Monetary and Financial Code. The law was accessible and clear in its description of the activities to which it applied. Intended as it was to combat money-laundering and associated crimes, the interference pursued the legitimate aim of preventing disorder and crime.

The obligation for lawyers to exercise due diligence and report suspicions was the result of the fact that France, as a member of the European Union, was required to transpose European directives into French law. Referring to the judgment in *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* ([GC] no. 45036/98, ECHR 2005-VI), the Government contended that France must be presumed to have respected the requirements of the Convention as all it had done was comply with its obligations, and it was established that the European Union afforded protection of fundamental rights equivalent to that provided by the Convention. The present case differed from that of *Bosphorus*, however, for two main reasons. In the present case France had implemented Directives, which were binding on the member States as regards the result to be achieved but left it to them to choose the means and manner of achieving it. The question whether France, in complying with its obligations resulting from its membership of the European Union, had a margin of manoeuvre capable of obstructing the application of the presumption of equivalent protection was therefore not without relevance. Secondly, and above all, because of the decision of the *Conseil d’Etat* not to refer the question before it to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling, even though that court had never examined the Convention rights in issue, the *Conseil d’Etat* had ruled without the full potential of the relevant international machinery for supervising fundamental rights – in principle equivalent to that of the Convention – having been deployed. In the light of that choice and the importance of what had been at stake, the presumption of equivalent protection did not apply. The Court therefore had to determine whether the interference was necessary for the purposes of Article 8 of the Convention.

The Court found no fault with the reasoning of the *Conseil d’Etat* in its judgment of 23 July 2010, in which, after having agreed that Article 8 of the Convention protected the fundamental right to professional confidentiality, it held that requiring lawyers to report suspicions did not amount to excessive interference with that right, regard being had to the general interest served by combating money-laundering and to the guarantee provided by the exclusion from the scope of the obligation of information received or obtained by lawyers in the course of activities connected with judicial proceedings, or in their capacity as legal counsel (save, in this latter case, where the lawyer actually took part in money-laundering activities). Legal professional privilege was not inviolable. It had to be weighed against the importance for the member States of combating the laundering of the

proceeds of crime, which were likely to be used to finance criminal activities. That was the intention of the European Directives. And even if any lawyer found to be involved in a money-laundering operation would in any event be liable to criminal proceedings, that did not prevent the States from combining repressive provisions with a specifically preventive mechanism.

Lastly, two factors were decisive in assessing the proportionality of the interference. One was the fact that lawyers were subject to the obligation to report suspicions only in two cases: where, in the context of their business activity, they took part for and on behalf of their clients in financial or property transactions or acted as trustees; and where they assisted their clients in preparing or carrying out transactions concerning certain specific types of operation. The obligation to report suspicions did not therefore go to the very essence of the lawyer's defence role, which formed the very basis of legal professional privilege. The second factor was the fact that the legislation had introduced a filter which protected professional privilege: lawyers did not transmit reports directly to the administrative authority (Tracfin) but, as appropriate, to the President of the Bar Council of the *Conseil d'Etat* and the Court of Cassation or to the Chairman of the Bar of which the lawyer was a member. Thus, when a lawyer shared information with a fellow professional who was not only subject to the same rules of conduct but also elected by his or her peers to uphold them, professional privilege had not been breached. The fellow professional transmitted the report of suspicions to Tracfin only after having ascertained that the conditions laid down by the Monetary and Financial Code had been met.

Therefore, regard being had to the legitimate aim pursued and the particular importance of that aim in a democratic society, the obligation for lawyers to report suspicions did not constitute disproportionate interference with the professional privilege of lawyers.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

- Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45
Silver and Others v. the United Kingdom, 25 March 1983, Series A no. 61
Schönenberger and Durmaz v. Switzerland, 20 June 1988, Series A no. 137
Norris v. Ireland, 26 October 1988, Series A no. 142
Campbell v. the United Kingdom, 25 March 1992, Series A no. 233
Niemietz v. Germany, 16 December 1992, Series A no. 251-B
Kopp v. Switzerland, 25 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II
Roemen and Schmit v. Luxembourg, no. 51772/99, ECHR 2003-IV
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [GC],
 no. 45036/98, ECHR 2005-VI
Sallinen and Others v. Finland, no. 50882/99, 27 September 2005
Ekinçi and Akalın v. Turkey, no. 77097/01, 30 January 2007
Frérot v. France, no. 70204/01, 12 June 2007

Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, no. 74336/01, ECHR 2007-IV
André and Another v. France, no. 18603/03, 24 July 2008
Griffhorst v. France, no. 28336/02, 26 February 2009
Xavier Da Silveira v. France, no. 43757/05, 21 January 2010
M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], no. 30696/09, ECHR 2011
Mor v. France, no. 28198/09, 15 December 2011

In the case of Michaud v. France,

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

Dean Spielmann, *President*,

Mark Villiger,

Boštjan M. Zupančič,

Ann Power-Forde,

Angelika Nußberger,

Helen Keller,

André Potocki, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 2 October and 20 November 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 12323/11) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Mr Patrick Michaud (“the applicant”), on 19 January 2011.

2. The applicant was represented by Mr B. Favreau, a lawyer practising in Bordeaux. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

3. On 8 December 2011 notice of the application was given to the Government.

4. The applicant and the Government each filed a memorial on the admissibility and merits of the application.

5. The Council of Bars and Law Societies of Europe, the French-speaking Bar Council of Brussels, and the European Bar Human Rights Institute were granted leave to submit written comments (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3 of the Rules of Court).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 2 October 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

- Ms A.-F. Tissier, Head of the Human Rights Section,
Department of Legal Affairs,
Ministry of Foreign Affairs, *Co-Agent,*
- Ms K. Manach, drafting secretary, Human Rights
Section, Department of Legal Affairs, Ministry
of Foreign Affairs,
- Mr P. Roublot, Head of the Judicial and European
Litigation Office, Ministry of Justice,
- Mr L. Jariel, Head of the Professional Regulations Office,
Department of Civil and Judicial Affairs,
Ministry of Justice,
- Ms F. Lifchitz, drafting secretary,
Professional Regulations Office,
Ministry of Justice,
- Mr R. Uguen-Laithier, drafting secretary,
Office against Organised Crime, Terrorism and
Money-laundering, Department of
Criminal Affairs and Pardons, Ministry of Justice,
- Mr X. Domino, Head of Legal Research and
Information Centre, *Conseil d'Etat,*
- Ms S. Leroquais, researcher, *Conseil d'Etat,*
- Ms A. Cuisiniez, adviser,
European and International Law Office,
Ministry of the Economy and Finance, *Counsel;*

(b) *for the applicant*

- Mr B. Favreau, of the Bordeaux Bar,
- Mr M. Chauvet, *Counsel.*

The applicant also appeared. The Court heard addresses by Ms Tissier and Mr Favreau and their replies to its questions. It also heard the applicant.

7. The Chamber was composed of judges Dean Spielmann, President, Mark Villiger, Karel Jungwiert, Boštjan M. Zupančič, Ann Power-Forde, Angelika Nußberger and André Potocki, and also Claudia Westerdiek, Section Registrar. Subsequently, Helen Keller, substitute judge, replaced Karel Jungwiert, whose term of office ended on 31 October 2012.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant was born in 1947 and lives in Paris. He is a member of the Paris Bar and the Bar Council.

9. He submitted that the European Union had adopted three Directives in succession aimed at preventing the use of the financial system for money-laundering. The first (91/308/EEC of 10 June 1991) targets credit and financial institutions. It was amended by a Directive of 4 December 2001 (2001/97/EC) which, among other things, widened its scope to include professions outside the financial sector, including members of the independent legal professions. The third Directive (2005/60/EC of 26 October 2005) repealed the Directive of 10 June 1991, as amended, and reproduced and added to its content. The laws transposing these Directives – Law no. 2004-130 of 11 February 2004 in the case of the Directive of 10 June 1991, as amended – and the regulations implementing that law – Decree no. 2006-736 of 26 June 2006 – have been incorporated into the Monetary and Financial Code (for more details see sections III and IV below on relevant European Union and domestic law).

10. These texts place lawyers under an “obligation to report suspicions” which the legal profession – who see it as a threat to professional privilege and the confidentiality of exchanges between lawyers and their clients – have constantly criticised, in particular through the National Bar Council.

11. However, on 12 July 2007 the National Bar Council took a “decision adopting regulations on internal procedures for implementing the obligation to combat money-laundering and terrorist financing, and an internal supervisory mechanism to guarantee compliance with those procedures” (published in the Official Gazette on 9 August 2007). In so doing it was effectively applying section 21-1 of the Law of 31 December 1971 reforming certain legal and judicial professions, which empowered it, with due respect for the laws and regulations in force, to take general measures to unify the rules and practices of the legal profession.

12. Article 1 of the above-mentioned decision states that “all lawyers who are members of a French Bar” are bound by these rules of their profession when, in the course of their business activity, they participate for and on behalf of their client in any financial or real-estate transaction or assist their client in the preparation or execution of transactions relating to: (1) the buying and selling of real estate or businesses; (2) the management of funds, securities or other assets belonging to the client; (3) the opening of current accounts, savings accounts or securities accounts; (4) the

organisation of the contributions required to create companies; (5) the formation, administration or management of companies; and (6) the formation, administration or management of trusts governed by a foreign legal system, or of any other similar structure. They are not bound by these rules “when acting as legal counsel or in the context of judicial proceedings” in connection with one or other of the above activities (Article 2).

13. The regulations establish in particular that lawyers must always “show due diligence” in this context and “develop internal procedures” to ensure compliance with, *inter alia*, the laws and regulations governing the reporting of suspicions (Article 3), indicating in particular the procedure to be followed when an operation appears to warrant such reporting (Article 7). More specifically, they must adopt written rules describing the steps to be taken (Article 5). They must also ensure that the regulations are properly applied in their structure, and that lawyers and staff receive the necessary information and training, tailored to their particular activities (Article 9), and set up an in-house monitoring system (Article 10). At the same time, the regulations also specify that “lawyers must, in all circumstances, ensure that professional confidentiality is respected” (Article 4).

14. Failure to comply with these regulations can entail disciplinary sanctions and even being struck off (Articles 183 and 184 of Decree no. 91-1197 of 27 November 1991 organising the legal profession).

15. On 10 October 2007, considering that it undermined lawyers’ freedom to exercise their profession and the essential rules regulating that profession, the applicant appealed to the *Conseil d’Etat* to have the decision set aside. He submitted that there was no law or regulation giving the National Bar Council regulatory powers in such matters as money-laundering. Furthermore, pointing out that the decision concerned required lawyers to adopt in-house procedures to ensure compliance with the instructions on the reporting of suspicions, subject to disciplinary sanctions, and that the term “suspicions” was not defined, he complained that this was in breach of the requirement of legal certainty inherent in Article 7 of the Convention. In addition, referring to the *André and Another v. France* judgment (no. 18603/03, 24 July 2008), he contended that the regulations adopted by the National Bar Council were incompatible with Article 8 of the Convention, as the “obligation to report suspicions” jeopardised legal professional privilege and the confidentiality of exchanges between lawyer and client. Lastly, under Article 267 of the Treaty on European Union, he asked the *Conseil d’Etat* to refer the matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling on the conformity of the “declaration of suspicion of criminal offence” with Article 6 of the Treaty on European Union and Article 8 of the Convention.

16. By a judgment of 23 July 2010, the *Conseil d'Etat* rejected the bulk of the submissions in the application.

17. Concerning the submission based on Article 7 of the Convention, the judgment found that the “reporting of suspicions” referred to in the disputed decision was not unclear in so far as it referred to the provisions of Article L. 562-2 of the Monetary and Financial Code (subsequently amended to become Article L. 561-15). As to the submission based on Article 8, the judgment rejected it on the following grounds:

“... if, according to the applicant, the provisions of [Directive 91/308/EEC, as amended] are incompatible with those of Article 8 of the Convention ... which protect the fundamental right to professional confidentiality, among other things, that Article also permits interference by the authorities with that right when necessary in the interests of public safety, for the prevention of disorder or crime ...; ... regard being had on the one hand to the general interest served by combating money-laundering and, on the other, to the safeguard provided by the exclusion from its scope of information received or obtained by lawyers in the course of activities connected with judicial proceedings, or in their capacity as legal counsel, save, in this latter case, where the lawyer is taking part in money-laundering activities, or the legal advice is provided for money-laundering purposes, or the lawyer knows that the client is seeking legal advice for money-laundering purposes, the obligation under the Directive concerned for lawyers to report their suspicions does not amount to excessive interference with professional confidentiality; ... accordingly there is no need to refer the matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling and the submission concerning the breach of the Convention provision concerned must be rejected.”

II. THE RECOMMENDATIONS OF THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) ON MONEY LAUNDERING AND THE COUNCIL OF EUROPE CONVENTION ON LAUNDERING, SEARCH, SEIZURE AND CONFISCATION OF THE PROCEEDS FROM CRIME AND ON THE FINANCING OF TERRORISM

18. The recommendations adopted by the FATF provide, *inter alia*, for a duty of diligence on the part of financial institutions and require them to report suspicious transactions.

Recommendation no. 12 proposed widening the scope of the professions concerned by the requirement of due diligence to include “lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants” when they prepare or carry out transactions for their clients concerning the following activities: buying and selling of real estate; managing of client money, securities or other assets; management of bank, savings or securities accounts; organisation of contributions for the creation, operation or management of companies; and creation, operation or management of legal persons or arrangements, and buying and selling of business entities. Recommendation no. 16 widened

the scope of the obligation to report suspicious transactions to include the same professions when engaging in the above activities, but provided for an exception when the relevant information was obtained in circumstances where they were subject to professional secrecy or legal professional privilege.

19. The Council of Europe Convention of 16 May 2005 on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (which came into force on 1 May 2008 but has not been ratified by France) contains the following provisions concerning the prevention of money-laundering (Article 13 §§ 1 and 2).

“1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to institute a comprehensive domestic regulatory and supervisory or monitoring regime to prevent money-laundering and shall take due account of applicable international standards, including in particular the recommendations adopted by the Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF).

2. In that respect, each Party shall adopt, in particular, such legislative and other measures as may be necessary to:

(a) require legal and natural persons which engage in activities which are particularly likely to be used for money-laundering purposes, and as far as these activities are concerned, to:

(i) identify and verify the identity of their customers and, where applicable, their ultimate beneficial owners, and to conduct ongoing due diligence on the business relationship, while taking into account a risk-based approach;

(ii) report suspicions on money-laundering subject to safeguards;

(iii) take supporting measures, such as record-keeping on customer identification and transactions, training of personnel and the establishment of internal policies and procedures, and if appropriate, adapted to their size and nature of business;

(b) prohibit, as appropriate, the persons referred to in sub-paragraph (a) from disclosing the fact that a suspicious transaction report or related information has been transmitted or that a money-laundering investigation is being or may be carried out;

(c) ensure that the persons referred to in sub-paragraph a are subject to effective systems for monitoring, and where applicable supervision, with a view to [ensuring] their compliance with the requirements to combat money-laundering, where appropriate on a risk-sensitive basis.”

According to the explanatory report, the intention of the drafters of this Convention was that it should also cover the “non-financial professions” referred to in FATF Recommendation no. 12. Moreover, the expression “subject to safeguards” in Article 13 § 2 (a) (ii) primarily means that it is in respect of the independent legal professions that the restriction “resulting from professional secrecy or legal professional privilege” contained in FATF Recommendation no. 16 (and its explanatory note) is relevant.

III. RELEVANT EUROPEAN UNION LAW

A. Directives 91/308/EEC, 2001/97/EC and 2005/60/EC

1. *Directives 91/308/EEC and 2001/97/EC*

20. On 10 June 1991 the Council of the European Communities adopted Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money-laundering. The aim was to oblige credit and financial institutions to identify their customers and all transactions in excess of 15,000 euros (EUR), to “examine with special attention” any suspicious transaction they considered likely to be related to money-laundering, and to report any sign of money-laundering to the relevant authorities. It was amended by Directive 2001/97/EC of 4 December 2001, which broadened the definition of laundering and extended the obligation to identify clients and report suspicious transactions to a series of professionals outside the financial sector, and in particular to “independent legal professionals”.

2. *Directive 2005/60/EC*

21. Directive 91/308/EEC, as amended, was repealed by Directive 2005/60/EC of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money-laundering and terrorist financing, which reproduces and adds to the text of the earlier Directive. Recital 19 specifies that “independent legal professionals ... as defined by the member States ... are subject to the provisions of [the] Directive when participating in financial or corporate transactions, including providing tax advice, where there is the greatest risk of the services of those legal professionals being misused for the purpose of laundering the proceeds of criminal activity or for the purpose of terrorist financing”. Article 2 § 1 (3) (b) specifies that the Directive applies to them when, “acting in the exercise of their professional activities”, “they participate, whether by acting on behalf of and for their client in any financial or real-estate transaction, or by assisting in the planning or execution of transactions for their client concerning the: (i) buying and selling of real property or business entities; (ii) managing of client money, securities or other assets; (iii) opening or management of bank, savings or securities accounts; (iv) organisation of contributions necessary for the creation, operation or management of companies; (v) creation, operation or management of trusts, companies or similar structures”.

22. The Directive calls in certain cases for customer due diligence measures, including identifying and verifying the identity of the customer

and the beneficial owner and obtaining information on the purpose and intended nature of the business relationship (Article 8 § 1 (a), (b) and (c)). Member States are in principle obliged to require that, where the institution or person concerned is unable to comply with its obligations, they “may not carry out a transaction through a bank account, establish a business relationship or carry out the transaction, or shall terminate the business relationship, and shall consider making a report to the financial intelligence unit (FIU) in accordance with Article 22”. This obligation does not apply, however, “in situations when ... independent legal professionals ... are in the course of ascertaining the legal position for their client or performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial proceedings, including advice on instituting or avoiding proceedings” (Article 9 § 5).

23. It also enshrines the obligation to report suspicions, specifying that “member States shall require the institutions and persons [concerned] ... to cooperate fully”, “by promptly informing the FIU, on their own initiative, where [they] know, suspect or have reasonable grounds to suspect that money-laundering or terrorist financing is being or has been committed or attempted” and “by promptly furnishing the FIU, at its request, with all necessary information, in accordance with the procedures established by the applicable legislation” (Article 22 § 1).

24. However, where “independent legal professionals” are concerned, “member States may ... designate an appropriate self-regulatory body of the profession concerned as the authority to be informed in the first instance in place of the FIU”, in which case the designated self-regulatory body must “forward the information to the FIU promptly and unfiltered” (Article 23 § 1).

25. And member States are not obliged to apply the obligations laid down in Article 22 to (*inter alia*) “independent legal professionals ... with regard to information they receive from or obtain on one of their clients, in the course of ascertaining the legal position for their client or performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial proceedings, including advice on instituting or avoiding proceedings, whether such information is received or obtained before, during or after such proceedings” (Article 23 § 2).

26. Lastly, according to recital 48, “[n]othing in this Directive should be interpreted or implemented in a manner that is inconsistent with the European Convention on Human Rights”.

B. Judgment of the Court of Justice of the European Communities (Grand Chamber) in the case of *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others v. Conseil des ministres*, 26 June 2007; C-305/05)

27. In 2005, in connection with an application lodged by various Belgian Bar associations to have certain legal provisions transposing Directive 2001/97/EC annulled, the Belgian Constitutional Court referred the following question to the Court of Justice of the European Communities for a preliminary ruling:

“Does Article 1, [§ 2], of Directive 2001/97 ... breach the right to a fair trial guaranteed by Article 6 of the [Convention] ... in so far as the new Article 2 *bis*, [§ 5] which it adds to Directive 91/308/EEC imposes the inclusion of independent legal professionals – no exception being made for lawyers – in the scope of the said Directive, which, in substance, requires certain people and institutions to inform the authorities responsible for combating money-laundering of any sign that may be an indication of money-laundering (Article 6 of Directive 91/308/EEC, replaced by Article 1, [§ 5], of Directive 2001/97/EC)?”

The Bar associations submitted in particular that in extending to lawyers the obligation to inform the competent authorities of any transactions they knew or suspected were linked to money-laundering, the legislation concerned was in breach of the principles of professional confidentiality and the independence of the lawyer, which are essential aspects of the fundamental right to a fair trial and the rights of the defence.

28. In its judgment of 26 June 2007, the Court of Justice disagreed.

29. Firstly, it pointed out that fundamental rights formed an integral part of the general principles of law which it upheld, drawing on the constitutional traditions shared by the member States and the guidance given by the international human rights protection treaties to which the member States were party or with which they cooperated, among which the European Convention on Human Rights was “particularly significant”. It concluded that the right to a fair trial enshrined, *inter alia*, in Article 6 of the Convention was a fundamental right which the European Union respected as a general principle by virtue of Article 6 § 2 of the Treaty on European Union.

Next, it noted that under the Directive in question the obligations to report and cooperate applied to lawyers only when they were helping their clients to prepare or carry out certain types of transaction, mainly financial or real-estate operations, or when they were acting in the name and on behalf of their clients in such financial transactions or real-estate operations. It pointed out that as a general rule these activities, by their very nature,

took place in contexts that were not related to any judicial proceedings and therefore did not concern the right to a fair trial.

The Court of Justice further noted that where a lawyer's assistance with a transaction was requested in connection with the defence or representation of a client in judicial proceedings, or advice on instituting or avoiding proceedings, the Directive exempted the lawyer from these obligations. It considered that this exemption protected the client's right to a fair trial. It also stated that the requirements relating to the right to a fair trial did not preclude the obligations of information and cooperation from being imposed on lawyers acting specifically in the situations listed in the preceding paragraph where those obligations were "justified by the need ... to combat money-laundering effectively, in view of its evident influence on the rise of organised crime, which itself [was] a particular threat to society in the member States".

IV. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Monetary and Financial Code

30. The above-mentioned Directives have been transposed into French law and included (and amended several times) in the Monetary and Financial Code.

31. The obligations of customer due diligence are codified in Articles L. 561-5 to L. 561-14-2, and those concerning reporting in Articles L. 561-15 to L. 561-22 (in the present version of the Code).

32. These provisions apply to various organisations and professionals listed in Article L. 561-2 of the Code, including lawyers in the *Conseil d'Etat* and the Court of Cassation, and lawyers and *avoués*¹ in the courts of appeal when, "in the context of their business activity ... 1. They participate for and on behalf of their client in any financial or real-estate transaction or act as a trustee; 2. They assist their client in the preparation or execution of transactions relating to: (a) the buying and selling of real estate or businesses; (b) the management of funds, securities or other assets belonging to their client; (c) the opening of current accounts, savings accounts or securities accounts, or of insurance policies; (d) the organisation of the contributions required to create companies; (e) the formation, administration or management of companies; (f) the formation, administration or management of trusts

1. The profession of *avoué* was abolished on 1 January 2012 (Law of 25 January 2011 reforming representation before the appeal courts).

governed by Articles 2011 to 2031 of the Civil Code or by a foreign legal system, or of any other similar structure; (g) the formation or administration of endowment funds (Article L. 561-3 I). They do not apply to them, however, when the activity relates to judicial proceedings, whether the information they have was received or obtained before, during or after said proceedings, including any advice given with regard to the manner of initiating or avoiding such proceedings, nor where they give legal advice, unless said information was provided for the purpose of money-laundering or terrorist financing or with the knowledge that the client requested it for the purpose of money-laundering or terrorist financing” (Article L. 561-3 II).

33. Article R. 563-3 provided for internal procedures for implementing the legal obligations to be set in place, as appropriate, by ministerial decree or through professional regulations approved by the Minister.

1. Due diligence

34. The obligation of due diligence means that before entering into a business relationship with their client the person or entity concerned must identify the client and, where applicable, the effective beneficiary of the business relationship, and verify proof of identity (Article L. 561-5 I). As an exception, where the risk of money-laundering or of terrorist financing appears to be low, the identity of the client and, where applicable, that of the effective beneficiary, may be verified when the business relationship is in the process of being established (Article L. 561-5 II). Information relating to the object and nature of the business relationship and any other piece of relevant information concerning the client must also be gathered before the business is transacted. Throughout its duration the persons or entities concerned are required to apply “constant due diligence” to the business relationship, within the limits of their rights and obligations, and carry out a “thorough examination of the transactions executed, taking care to ensure that they are consistent with the latest information they have concerning their client” (Article L. 561-6).

35. Where a party is unable to identify its client or to obtain information on the object and nature of the business relationship, it must not execute any transaction, regardless of the particulars, or establish or pursue any business relationship. Where it has been unable to identify its client or to obtain information on the object and nature of the business relationship, and the relationship has nevertheless been established pursuant to Article L. 561-5 II, it must terminate it (Article L. 561-8).

2. *The obligation to report*

36. The persons or entities concerned must declare to their country's financial intelligence unit ("the FIU") the sums entered in their books or the transactions relating to sums which they know, suspect or have good reasons for suspecting are the proceeds of an offence punishable by a custodial sentence of more than one year or are destined for terrorist financing (Article L. 561-15 I).

They must also declare the sums or transactions which they know, suspect or have good reasons for suspecting are the proceeds of a tax fraud, where at least one of the following criteria defined by Article D. 561-32-1 II is present (Article L. 561-15 II):

1. The use of a front company, whose activity is inconsistent with its stated object or which has its registered office in a State or territory which has not signed a tax agreement with France giving it access to bank information, as identified from a list published by the tax authorities, or at the private address of one of the beneficiaries of the suspicious operation, or in premises occupied by several businesses within the meaning of Article L. 123-11 of the Commercial Code;

2. Financial operations made by a company whose articles of association have undergone frequent changes not justified by the economic situation of the company concerned;

3. Recourse to middlemen acting in appearance only for the companies or individuals involved in financial operations;

4. Carrying out financial operations inconsistent with the usual activities of the company or suspicious operations in sectors sensitive to carousel-type VAT fraud, such as information technology, telephones, electronic goods, household appliances, hi-fi and video;

5. The sudden, unexplained sharp increase over a short period in the amounts credited to newly opened or hitherto inactive accounts, possibly linked to a sharp increase in the number and volume of transactions or the use of previously dormant or inactive companies whose articles of association have recently undergone changes;

6. The presence of anomalies in the invoices or order forms presented as justification for financial operations, such as a missing company registration or [French] SIREN or VAT number, invoice number, address or date;

7. The unexplained use of payable-through accounts which register large numbers of debit and credit operations while the balance remains close to zero;

8. The frequent withdrawal of cash from or deposit of cash in a business account which is not justified by the volume or nature of the economic activity;

9. Difficulty in identifying the end beneficiaries and the links between the origin and destination of funds because of the use of intermediate accounts or non-financial business accounts such as payable-through accounts, or the use of complex legal and

financial business structures which tend to obscure management and administrative machineries;

10. International financial operations with no apparent legal or economic justification, often limited to the simple transit of funds from or to other countries, when the countries concerned are States or territories referred to in 1. above;

11. Refusal or inability of the client to supply proof of the origin of funds received or justification of payments made;

12. Transfer of funds to a foreign country, followed by repatriation thereof in the form of loans;

13. Organisation of insolvency by the rapid sale of assets to persons or legal entities or on terms that reflect a clear and unjustified imbalance in the selling price;

14. Regular use by individuals living and having an activity in France of accounts held by foreign companies;

15. The deposit by a private individual of funds unrelated to his known activity or assets;

16. The sale of real estate at a grossly undervalued price.”

They are also required to declare to the FIU any transaction in respect of which the identity of the principal or of the effective beneficiary or of the grantor of a fiduciary fund or of any other management instrument of a special-purpose trust remains dubious despite the steps taken pursuant to Article L. 561-5 (Article L. 561-15 IV).

A decree of the *Conseil d'Etat* specifies the form this declaration must take.

37. The persons and entities concerned must refrain from executing any transaction which they suspect may be linked to money-laundering or to terrorist financing until such time as they have made the report referred to above (Article L. 561-16). Where a transaction which should have been the subject of the report referred to in Article L. 561-15 has already been executed on account of it being impossible to defer its execution, or because its deferral could have obstructed investigations relating to a suspected money-laundering or terrorist financing transaction, or because it did not appear to be subject to said report until after its execution, the person or entity must inform the FIU thereof without delay.

38. As an exception, advocates attached to the *Conseil d'Etat* and the Court of Cassation, and counsel before the court of appeal send their reports not to the FIU but, as applicable, to the President of the Bar Council of the *Conseil d'Etat* and of the Court of Cassation, to the Chairman of the Bar to which the advocate belongs or to the Chairman of the professional body of which the counsel is a member. As soon as the conditions set forth

in Article L. 561-3 are met, the said authorities send the report to the FIU in conformity with the terms set forth in a decree of the *Conseil d'Etat* (Article L. 561-17).

39. The report concerned is confidential. It is prohibited to divulge its existence and content and to disclose information regarding its outcome. Disregarding the prohibition on disclosure is punishable by a fine of EUR 22,500 (Article L. 574-1; inserted in the Monetary and Financial Code by Order no. 2009-104 of 30 January 2009); the fact of the advocates concerned endeavouring to dissuade their client from taking part in an illegal activity does not constitute prohibited disclosure (Article L. 561-19).

3. *The national Financial Intelligence Unit ("the FIU")*

40. The FIU (known as "Tracfin" in France) is an administrative investigation department of the Ministry of Finance, composed of specially selected officials. Its main purpose is to collect, analyse, develop and make use of any information likely to establish the origin or the destination of the sums or the nature of the transactions that have been the subject of a report. Where its investigations reveal acts likely to relate to the laundering of the proceeds of an offence punishable by a custodial sentence in excess of one year or to terrorist financing, it refers the matter to the public prosecutor via a memorandum (Article L. 561-23).

41. The FIU may directly ask the persons concerned to disclose documents kept in connection with the obligation of due diligence. As an exception to the above, requests for disclosure of documents made to advocates attached to the *Conseil d'Etat* and to the Court of Cassation and to advocates and counsel attached to the courts of appeal are submitted by the FIU, as applicable, to the President of the Bar Council of the *Conseil d'Etat* and of the Court of Cassation, or the Chairman of the Bar or the professional body to which the advocate or counsel belongs. Having ensured that the provisions of Article L. 561-3 have been complied with, these persons then forward the documents thus received to the FIU (Article L. 561-26).

4. *Internal procedures and auditing*

42. The persons and entities concerned are required to put systems in place to assess and manage the risks of money-laundering and of terrorist financing, and to provide their staff with regular training and information to ensure compliance with the obligations of due diligence and reporting (Articles L. 561-32 and L. 561-33).

Article R. 563-3 (repealed by Decree no. 2009-1087 of 2 September 2009) provided for the internal procedures to be defined by order of the

relevant ministry, by professional rules and regulations approved by the ministry concerned, or by the general regulations of the financial markets supervisory authorities.

5. *Disciplinary proceedings*

43. Where, as a result of either a serious lack of due diligence or a failure in the organisation of its internal auditing procedures, an advocate attached to the *Conseil d'Etat* or the Court of Cassation or an advocate or counsel attached to the courts of appeal has failed to comply with these obligations, the competent supervisory authority will institute disciplinary proceedings founded on the professional or administrative rules and shall notify the public prosecutor attached to the Court of Cassation or the court of appeal thereof (Article L. 561-36 III).

B. The judgment of the *Conseil d'Etat* of 10 April 2008

44. In a judgment of 10 April 2008 (no. 296845), the *Conseil d'Etat* found Directive 2001/97/EC of 4 December 2001 and the Law of 11 February 2004 transposing it compatible with Articles 6 and 8 of the Convention.

45. Concerning the Directive, the *Conseil d'Etat* first pointed out that the judgment of the Court of Justice of the European Communities in the case of *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others* had found that it was not in breach of the requirements of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 of the Convention in so far as the obligation to cooperate and report excluded information obtained by lawyers in the course of their activities linked to judicial proceedings. The same judgment showed that information obtained by a lawyer evaluating a client's legal situation was also excluded from the scope of these obligations, the only exceptions being where the lawyer was taking part in money-laundering activities, or the legal advice was provided for money-laundering purposes, or the lawyer knew that the client was seeking legal advice for money-laundering purposes. That being so, and regard being had to the general interest served by combating money-laundering, the Directive "did not violate the fundamental right to professional confidentiality protected by Article 8 of the Convention ..., which permits interference by the authorities with the right to respect for private and family life when necessary in the interests of public safety, for the prevention of disorder or crime".

46. As to the legislation, the *Conseil d'Etat* found that it was an accurate transposition of the Directive and that, as such, it was not incompatible with the fundamental rights guaranteed by Articles 6 and 8 of the Convention.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

47. The applicant complained that because lawyers were under obligation to report suspicious operations, as a lawyer he was required, subject to disciplinary action, to report people who came to him for advice. He considered this to be incompatible with the principles of lawyer-client privilege and professional confidentiality. 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.”

48. The Government disagreed.

A. Admissibility

1. *The applicant's victim status*

49. As their main submission, the Government maintained that the applicant could not claim to be a “victim” within the meaning of Article 34 of the Convention. They argued that his rights had not actually been affected in practice, highlighting that he did not claim that the legislation in question had been applied to his detriment, but simply that he had been obliged to organise his practice accordingly and introduce special internal procedures. The applicant was in fact asking the Court to examine *in abstracto* the conformity of a domestic law with the Convention. As to his status as a “potential victim” within the meaning of the Court’s case-law, the Government warned against the extensive application of this concept, which would open the door to *actio popularis*, would go against the intention of the authors of the Convention, would considerably increase the number of potential applicants and would be difficult to reconcile with the obligation to exhaust all domestic remedies. In their submission only very exceptional circumstances should, in particular cases, be taken into account by the Court to broaden the notion of victim status. There were no such circumstances in the present case.

50. The applicant invited the Court to find that he could claim to be a victim of the violation of the Convention of which he complained. He

pointed out that according to the Court's case-law a person was entitled to claim that a law violated his rights in the absence of any individual measure of implementation if it required him to either modify his conduct or risk being prosecuted, or if he belonged to a class of people likely to be directly affected by it. As a lawyer he belonged to a class of people likely to be directly affected by the legislation: he was bound, subject to disciplinary action, by obligations of due diligence and report and obliged to modify his conduct and organise his practice by introducing special internal procedures. As a lawyer specialising in financial and tax law he was particularly affected by these obligations and threatened by the consequences of failure to comply.

51. The Court points out that in order to be able to lodge an application in pursuance of Article 34 of the Convention a person must be able to claim to be a "victim" of a violation of the rights enshrined in the Convention: to claim to be a victim of a violation, a person must be directly affected by the impugned measure. The Convention does not envisage the bringing of an *actio popularis* for the interpretation of the rights set out therein, or permit individuals to complain about a provision of national law simply because they consider, without having been directly affected by it, that it may contravene the Convention (see *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, § 31, Series A no. 142, and among many other authorities, *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 33, ECHR 2008).

It is, however, open to a person to contend that a law violates his rights, in the absence of an individual measure of implementation, and therefore to claim to be a "victim" within the meaning of Article 34 of the Convention, if he is required to either modify his conduct or risk being prosecuted, or if he is a member of a class of people who risk being directly affected by the legislation (see, among other authorities, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 27, Series A no. 31; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 42, Series A no. 112; *Norris*, cited above, § 31; and *Burden*, cited above, § 34).

52. In the instant case, the applicant has not been affected by any individual measure based on the National Bar Council's decision of 12 July 2007 "adopting regulations on internal procedures for implementing the obligation to combat money-laundering and terrorist financing, and an internal supervisory mechanism to guarantee compliance with those procedures".

However, the Court notes that the decision concerned, which was adopted in application of section 21-1 of the Law of 31 December 1971, which empowers the National Bar Council to pass general measures to harmonise the rules and practices of the legal profession, has the force of law. It further notes that, like the obligation to show due diligence and report suspicions,

it affects all French lawyers, so the applicant belongs to a class of people who risk being directly affected by it. In particular, for example, if he fails to report suspicious activities as required he will expose himself by virtue of this text to disciplinary sanctions up to and including being struck off. The Court also considers credible the applicant's suggestion that, as a lawyer specialising in financial and tax law, he is even more concerned by these obligations than many of his colleagues and exposed to the consequences of failure to comply. In fact he is faced with a dilemma comparable, *mutatis mutandis*, to that which the Court identified in *Dudgeon v. the United Kingdom* (22 October 1981, § 41, Series A no. 45) and *Norris* (cited above, §§ 30-34): either he applies the rules and relinquishes his idea of the principle of lawyer-client privilege, or he decides not to apply them and exposes himself to disciplinary sanctions and even being struck off.

53. In view of the above, the Court accepts that the applicant is directly affected by the impugned provisions and may therefore claim to be a "victim" of the alleged violation of Article 8.

2. *The six-month time-limit*

54. According to the Government, even assuming that the applicant could claim to be a "victim", it should be noted that the application was lodged outside the six-month time-limit provided for in Article 35 § 1 of the Convention. In their submission the time-limit started to run on the date of the judgment of 10 April 2008 in which the *Conseil d'Etat* ruled on the conformity with Article 8 of the Convention of Directive 2001/97/EC of 4 December 2001 and the Law of 11 February 2004 transposing it.

55. The applicant replied that he had respected the time-limit under Article 35 § 1 of the Convention because he had lodged his application with the Court in the six months following the judgment given by the *Conseil d'Etat* on 23 July 2010 in the action he had brought before that court to have the above-mentioned regulatory decision set aside.

56. The Court recalls that what matters as far as Article 35 § 1 of the Convention is concerned is that the applicant has afforded the respondent State an opportunity to prevent or put right the alleged violation by exhausting the appropriate domestic remedies, and then lodged an application with the Court within a period of six months from the date on which the final decision was taken.

57. The Court notes that the practical details of the obligation to report suspicions were set out in the National Bar Council's decision of 12 July 2007, which decision provides the basis for the disciplinary measures to be taken against lawyers who fail to comply. In submitting his complaint

under Article 8 to the *Conseil d'Etat* in an application to have the decision concerned set aside, the applicant gave that court an opportunity to rule on his complaint in the first instance, which indeed it did (see paragraphs 44-46 above). The applicant therefore used a domestic remedy which was appropriate in the circumstances of the case. The judgment pronounced by the *Conseil d'Etat* on 23 July 2010 at the end of those proceedings was therefore the final domestic decision for the purposes of the six-month time-limit. As the application was lodged on 19 January 2011, it was not lodged out of time.

3. Conclusion

58. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention, and that it is not inadmissible on any other grounds. It therefore declares it admissible.

B. The merits

1. The parties' submissions

(a) The applicant

59. Noting that the Government did not dispute that Article 8 of the Convention protected legal professional privilege, the applicant maintained that the interference he complained of was not “in accordance with the law” within the meaning of that provision. He submitted that the regulations in question were unclear: they required lawyers to report “suspicions” without defining that term; the scope of the “activities” to which they applied was vague and it was difficult for a lawyer to segment or compartmentalise his activities into those which were concerned and those which were not. He added that the confidentiality of lawyer-client relations was indivisible: the law governing the legal professions specified that it applied both to defence and to advisory activities and concerned all the activities of lawyers and the files they dealt with.

60. The applicant did not dispute that the interference in issue pursued one of the legitimate aims set out in the second paragraph of Article 8. He did consider, however, that it was not “necessary in a democratic society” in order to achieve that aim.

61. The applicant considered that the presumption of equivalent protection established in the *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* judgment ([GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI – hereinafter “*Bosphorus*”) was not applicable.

He considered that his case differed from *Bosphorus* and other cases where the Court had accepted that European Union membership afforded equivalent protection, in so far as those cases concerned the implementation of a regulation by a member State, not of a directive. With regulations, he argued, the member States had no margin of appreciation, whereas in implementing directives they did. He also emphasised that, unlike the Convention system of human rights protection, the positive law of the European Union made no provision for individuals to be able to apply directly to the Luxembourg Court.

62. More specifically, the machinery of Community law had not permitted the specific examination of the complaint under Article 8 of the Convention which the applicant had lodged with the Court: this was firstly because the *Conseil d'Etat* had rejected his request to refer the matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling; and, secondly, because in the above-cited *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others* case that court had examined the issue only from the point of view of the right to a fair trial. This, he argued, showed that the European Union system did not afford scrutiny and protection equivalent to that offered by the Convention.

63. The applicant considered that when examining the question of “necessity” it was necessary to take into account the role played by lawyers – the specificity of which the Court had highlighted in the context of Article 10 of the Convention – as well as the importance of confidentiality in the practice of their profession, which was what protected the confidence that existed between them and their clients, as well as individual freedom and the smooth functioning of justice. In his opinion, requiring lawyers to report their suspicions was asking them to take action that was in contradiction with the social purpose of their profession and shed doubt on the traditional role they played.

He further pointed out that while the Court had built its case-law protecting the professional confidentiality of lawyers on Article 8 of the Convention, it had also deemed it to be covered by Article 6 § 1. He laid particular emphasis on the link between confidentiality and the right of the accused persons they defend not to incriminate themselves, which the Court itself had highlighted in the *André and Another v. France* judgment (no. 18603/03, 24 July 2008). He added that to require lawyers to report their suspicions meant that they were expected to divulge personal information about their clients – which fell within the scope of Article 8 –, and that prohibiting them from informing the person they were reporting deprived that person not only of the right to receive information but also of the possibility of correcting it or having it deleted if the suspicion proved

to be unfounded. The obligation would thus have repercussions on the fundamental rights of others.

64. The applicant did not deny the need to combat money-laundering, but he did consider that it was disproportionate, in pursuit of that aim, to oblige lawyers, as a preventive measure, to report any suspicions regarding their clients' activities to a financial intelligence unit ("the FIU" – known as "Tracfin" in France), thereby practising what one might call "self-incrimination by proxy" and breaching their duty of confidentiality.

65. According to the applicant the obligation to report made lawyers contributors to a financial and fiscal data centralisation unit, which was a departure from the averred legitimate aim. He had reached that conclusion after observing that 98% of the nominal information lawyers were obliged to report was used for that purpose rather than to prevent crime. He referred in this connection to the statistics published by the FIU, which revealed, for example, that in 2010 it had received 20,252 reports, including 19,208 reports of suspicions submitted by the legal profession, that only 5,132 of these – that is, 25% – had been examined in detail and that in the end only 404 (no more than a quarter of which concerned suspicions of money-laundering) had been forwarded to the judicial system for follow-up; the others had been dealt with in the form of notes for the intelligence services, the tax authorities and the police. The information thus gathered was transmitted, recorded and held by an administrative department answering to the Ministry of Finance and it was not known what use was made of it. These figures also showed how inefficient the system was, as only 404 out of 19,208 reports had found their way into the justice system; lawyer-client privilege was thus being sacrificed to very little effect in terms of the prevention of money-laundering.

66. According to the applicant, the interference was all the more disproportionate in that there were alternative ways of combating terrorism and money-laundering which were more effective and impinged less upon people's fundamental rights. In asking the member States to "ensure" that money-laundering was prohibited, Article 2 of Directive 2001/97/EC allowed them to have recourse to a whole range of methods which were proportionate and tailored to the situation of each of the professions concerned. Obliging lawyers to report suspicions was clearly unnecessary when they were already subject to the criminal legislation prohibiting money-laundering, to strict legal obligations and to close financial scrutiny. French criminal law severely punished money-laundering and a lawyer could be charged with aiding and abetting if he neglected to dissuade a client from engaging in a dubious financial transaction, and cash transactions were prohibited in the profession.

67. The applicant also considered the obligation to report suspicions incompatible with the lawyer's duty of loyalty to his clients, enshrined in the Basic Principles on the Role of Lawyers adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Havana, Cuba, from 27 August to 7 September 1990, and Recommendation No. R. (2000) 21 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer, of 25 October 2000. It was alien to the very role and aim of the lawyer, and undermined the relationship of trust between lawyer and client.

68. Lastly, the applicant pointed out that the positive law of certain European Union countries (Belgium, Estonia, Ireland, Italy and the Netherlands) and Switzerland protected professional confidentiality better than French law, and in Canada and the United States of America lawyers were bound by no such obligation to report suspicions.

(b) The Government

69. The Government accepted that Article 8 of the Convention protected legal professional privilege. They submitted, however, that there had been no "interference" by the authorities with the applicant's right to respect for his private life, home or correspondence within the meaning of the second paragraph of that provision, as he did not complain of any concrete event that had affected him personally.

70. Even assuming that there had been interference, the Government submitted that it was "in accordance with the law", namely, the decision of the National Bar Council, adopted in application of the regulatory provisions of the Monetary and Financial Code contained in the Decree of 26 June 2006, which was itself issued in application of the Law of 11 February 2004 transposing Directive 2001/97/EC amending Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money-laundering.

They further submitted that French law was sufficiently clear for there to have been no infringement of the principle of legal certainty. In particular, the notion of reporting "suspicions" was unambiguous: the suspicions could concern the identity of the client or the beneficiary of the operation, the origin of the funds, the unusual or complex nature of the transaction or its purpose; under Article L. 561-15 of the Monetary and Financial Code suspicions had to be reported when the professional knew, based on clear, objective information, that the funds were the proceeds of crime, or when the characteristics of the operation or the lack of details or missing information he was unable to obtain gave rise to suspicions of money-laundering and

constituted reasonable grounds to doubt the legitimate origin of the funds. In addition, Article D. 561-32-1 of the Monetary and Financial Code laid down the reference criteria that should trigger reports of suspicions of tax fraud – the use of front companies, for example – because they were an indication of dubious practices. As to the notion of “legal advice”, the Government considered that no lawyer could seriously be unaware of its meaning, especially as it was clearly defined in both legal theory and case-law as well as by the General Assembly of the Bar Council (which, in a resolution adopted on 18 June 2011, defined it as “a personalised intellectual service consisting, on a given question, of offering an opinion or advice on the application of a rule of law with a view, for example, to the taking of a decision”). Referring, among other authorities, to the *Cantoni v. France* judgment (15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V), they also argued that in evaluating the foreseeability of the legal provisions in question, it should be borne in mind that the regulations concerned were aimed at the legal profession.

71. The Government added that, intended as it was to combat money-laundering and related crime, the interference pursued one of the legitimate aims set out in the second paragraph of Article 8, namely the prevention of disorder and crime.

72. They also considered that the presumption of equivalent protection did apply.

73. This was so because first of all, by subjecting lawyers to the obligations of due diligence and the reporting of suspicions in the context of their activities covered by Directive 91/308/EEC of the Council and Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council, the French lawmakers had simply been complying with their obligations under the law of the European Union; their leeway in the matter was limited to certain practical arrangements, such as attributing a “filtering” role to the profession’s self-regulating bodies.

Secondly, there was nothing to rebut that presumption in the present case. The Government pointed out that the explanations given in the *Bosphorus* judgment concerning the respecting of fundamental rights by Community law still applied, and Article 6 § 3 of the Treaty on European Union specifically made reference to the Convention in the legal system of the European Union. In that judgment, the Government submitted, the Court had, *in abstracto*, issued the Community human rights protection system with a “certificate of conventionality”, in terms of both its substantive and its procedural guarantees. They further submitted that professional confidentiality was given specific protection under European Union law, referring in that regard to the *AM & S Europe Limited v. Commission of the*

European Communities judgment of 18 May 1982, in which the Court of Justice had noted that “there are to be found in the national laws of the member States common criteria inasmuch as those laws protect, in similar circumstances, the confidentiality of written communications between lawyer and client provided that, on the one hand, such communications are made for the purposes and in the interests of the client’s rights of defence and, on the other hand, they emanate from independent lawyers, that is to say, lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment”. The Government added that in his conclusions in the above-cited case of *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others*, the Advocate General, Miguel Poiares Maduro, had explained that, interpreted in the light of its recital 17, Directive 91/308/EEC as amended respected professional confidentiality for the purposes not only of Article 6 but also of Article 8 of the Convention.

74. Even if the Court were nevertheless to decide that it was necessary to examine whether the interference was necessary, the Government pointed out that both the principle of subjecting lawyers to obligations in respect of the effort to prevent money-laundering and the list of activities covered and the exceptions thereto were the exact transposition of European Union law, which reflected the Financial Action Task Force (FATF) recommendations. They added, referring specifically to money-laundering, that the Court itself had found in the *André and Another* judgment, cited above, that the Convention did not rule out imposing certain obligations on lawyers in their relations with their clients, provided that such measures were subject to strict scrutiny.

They also affirmed that the obligations of due diligence and cooperation concerned only those activities that were listed, which, as the Court of Justice had found in its judgment of 26 June 2007, were generally carried out, because of their very nature, in a context unrelated to any judicial proceedings. Lawyers were not affected in their activities linked to judicial proceedings or when consulted for “legal advice”. The only cases where this exception did not apply were where the legal counsellor himself was taking part in money-laundering activities, the legal advice was provided for money-laundering purposes, or the lawyer knew that the client was seeking legal advice for money-laundering purposes.

The Government also highlighted the “maximum procedural guarantees” provided, emphasising that French law had made use of the possibility afforded by Article 6 § 3 of Directive 91/308/EEC, as amended, of making the self-regulatory bodies of the legal profession serve as a “filter” between the reporting lawyer and the authorities, entrusting that role to the Chairman of the Bar: if the Chairman considered that there was no

suspicion of money-laundering, he would not pass on the information; the same applied if it appeared that the information reported had been received in the course of activities excluded from the scope of the obligations of due diligence and cooperation. Only a small number of other European Union member States had taken up that option (the Czech Republic, Denmark, Portugal and Spain), so French law was among the most protective of legal professional privilege in the European Union.

In addition, data storage was limited in time (ten years at most when the information had not been transmitted to the judicial system), the information collected by the FIU was confidential, its disclosure was strictly controlled by the law and any failure to comply was punishable under Article 226-13 of the Criminal Code.

Lastly, the Government pointed out that lawyers were in any event bound by a general duty of caution under Article 1.5 of the national rules and regulations governing the legal profession, which was inherent in the lawyer's profession and pre-dated the anti-money-laundering regulations.

2. Observations of the third-party interveners

(a) The Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)

75. The CCBE considered that the essential values of the legal profession were seriously threatened by the anti-money-laundering Directives and the laws passed by the member States to transpose them, which, it deemed, undermined the independence of lawyers, professional secrecy and people's right to respect for their private life.

It submitted that lawyers' activities were indivisible and that the distinction between those activities relating to expert advice – which were excluded from the obligation to report suspicions – and the others was a source of legal uncertainty, as people believing that lawyers were bound by a duty of confidentiality might inadvertently incriminate themselves. That uncertainty, combined with the fact that lawyers were required to report "suspicions" rather than actual offences, was incompatible with the confidentiality of exchanges between client and lawyer and the clients' right to respect for their private life, as protected by Article 8 of the Convention. The lawyer became a *de facto* "agent of the State", entering into a conflict of interest with his clients. Yet this approach was not essential to the anti-money-laundering effort, as demonstrated by the fact that in Canada and the United States of America lawyers were not obliged to report suspicious transactions.

76. According to the CCBE, the regulations in question were incompatible with European privacy protection standards in that they

restricted the principle of confidentiality with their “obscure and vague wording”, which failed to define the “legal advice” activities to which the obligation to report did not apply. In exposing lawyers to such uncertainties, subject to disciplinary sanctions and even being struck off, they also undermined the independence of the legal profession.

77. The CCBE referred to the Code of Conduct for European Lawyers and the Charter of Core Principles of the European Legal Profession, drafted under its own aegis, and to the above-mentioned Basic Principles on the Role of Lawyers, which stressed the importance of preserving the independence of the legal profession and protecting legal professional secrecy and the confidentiality of exchanges between lawyers and their clients.

It pointed out that the Court’s case-law acknowledged the fundamental nature of professional confidentiality for lawyers. Moreover, in the *AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities* judgment of 18 May 1982 (155/79), the Court of Justice of the European Communities had established the principle of the confidentiality of lawyer-client exchanges and, indirectly, the principle of legal professional privilege, and had gone on to specify in the *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission* judgment of 14 September 2010 (C-550/07 P) that legal professional privilege was based on the principle that the lawyer was independent. According to the CCBE, the Luxembourg Court’s approach to the independence of the legal profession, which it justified largely by reference to the professional discipline inherent in the job, made it difficult to see the point of a law requiring lawyers to report suspicions.

78. Lastly, the CCBE pointed out that the *Bosphorus* presumption could be rebutted where European Union law left the States a margin of appreciation with regard to its implementation, as illustrated by the *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment ([GC], no. 30696/09, ECHR 2011), and that was indeed the case in respect of the Directives in issue in the present case.

(b) The French-speaking Bar Council of Brussels

79. According to the French-speaking Bar Council of Brussels, the fact that legal professional privilege was guaranteed by Articles 6 and 8 of the Convention was undeniable.

80. Article 8 protected the lawyer’s office, home, correspondence, computer equipment and telephone lines as well as the confidentiality of his relations with his clients and his professional privilege. It was part of the respect for private life to which the lawyer was entitled – which included his professional activities – and to which his clients were also entitled, and in addition, clients could rely on the confidentiality of their exchanges with their lawyer on the basis of their right to a fair trial. On this last point,

highlighting the fundamental role played by lawyers in a democratic society governed by the rule of law, the Bar Council pointed out that the confidentiality of the lawyer's work also had its basis in the need for the lawyer's clients to be able to trust that any secrets they confided in their lawyer would not be disclosed to a third party.

In *M.S. v. Sweden* (27 August 1997, *Reports* 1997-IV), a case concerning medical secrecy, the Court had found that respecting the confidentiality of health data was a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention. It was crucial not only in order to respect the sense of privacy of a patient but also to preserve his or her confidence in the medical profession and in the health services in general. The French-speaking Bar Council submitted that this approach also applied, *mutatis mutandis*, to exchanges between lawyers and their clients.

81. It further submitted that legal professional privilege was also acknowledged by the positive law of the European Union; it referred in this connection to the *AM & S Europe Limited* judgment cited above and, in particular, to the conclusions of the Advocate General in the *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others* case, also cited above.

82. Moreover, along similar lines to the judgments of the French *Conseil d'Etat* of 10 April 2008 and 23 July 2010 cited above, the Constitutional Court of Belgium held in a judgment of 23 January 2008 (no. 10/2008) that legal professional privilege was a general principle that contributed to respect for fundamental rights and was enshrined in Articles 10, 11 and 22 of the Belgian Constitution and Articles 6 and 8 of the Convention.

83. Without taking any stance on the existence of an "interference" with Article 8 rights in the present case, or the applicant's victim status, the Bar Council went on to point out that a person could claim that a law violated his rights in the absence of any individual measure of implementation if it required him to either modify his conduct or risk being prosecuted, or if he belonged to a class of people likely to be directly affected by it.

84. As to the presumption of equivalent protection, it did not apply in this case, which concerned the transposition of a European Directive. This was confirmed by paragraph 157 of the *Bosphorus* judgment (cited above). The French-speaking Bar Council also referred to the *Cantoni* case, cited above, in which the Court had given the impugned measures its full scrutiny even though they simply transposed a Directive into French law, and to the *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment (cited above).

85. Lastly, the Bar Council drew the Court's attention to the judgment of 23 January 2008 mentioned above, in which the Constitutional Court of Belgium had held that while the fight against money-laundering and terrorist financing was a legitimate aim in the public interest, it could not

justify the unconditional or unlimited lifting of legal professional privilege, as lawyers could not be confused with the authorities responsible for crime detection. It had accordingly found that information that came to the lawyer's attention in the course of the essential activities of his profession, including those listed in Article 2 § 1 (3) (b) of Directive 2005/60/EC, namely, assisting and defending clients in matters of justice and providing legal advice, even outside the context of judicial proceedings, fell within the scope of legal professional privilege and could not be disclosed to the authorities.

However, the Constitutional Court did not suggest that professional confidentiality was unlimited. Based on Article 20 of the Directive, it specified in its judgment that a lawyer who failed to dissuade a client from conducting or taking part in a money-laundering or terrorist financing operation he knew to be illegal was required, in circumstances where the obligation to report suspicions applied to him, to pass on the information in his possession to the Chairman of the Bar for communication to the authorities. In such an event, he should terminate the relationship between himself and the client concerned, so that the relationship of confidence between lawyer and client was no longer an issue.

(c) The European Bar Human Rights Institute (“EBHRI”)

86. EBHRI submitted that professional confidentiality was a legal obligation in France, prohibiting the disclosure of confidential information obtained by virtue of a person's status or profession or as a result of a temporary mission or duty, the aim being to foster the trust necessary to the exercise of certain professions or functions.

It was EBHRI's conviction that professional confidentiality was an absolute duty of the lawyer in all his activities and in respect of all his files. In connection with the transposition of the Directives cited above, the National Bar Council had stated: “while the aim of combating crime and terrorism is legitimate, lawyers refuse to be informers or police the system and renege on the very essence of their oath and their essential values; the anti-money-laundering Directives and, as a result, our domestic law, threaten the fundamental rights of our citizens, the independence of our lawyers, the confidentiality of exchanges between lawyer and client, legal professional privilege and the presumption of innocence; they destroy the indispensable trust between the client and his lawyer; for fear of being reported, the client will feel obliged to withhold certain information; the lawyer will be ill-informed and unable to advise his client properly and defend his interests.”

87. EBHRI went on to point out that, according to the Court's case-law, Article 8 of the Convention protected the confidentiality of exchanges

between lawyers and their clients and legal professional privilege, and that the case-law of the Court of Justice of the European Union took a similar stance.

88. EBHRI emphasised that in order to assess the “need” for interference with the enjoyment of the rights guaranteed by Article 8, one had first to take into account “the extent of the interference and its effects”. In this connection it highlighted four points. Firstly, the client’s right to remain silent was also at stake. The obligation to report suspicions required lawyers to make their clients incriminate themselves. Secondly, as the legal provisions in issue were based on the notion of “suspicions”, but did not define that term, the “law” had neither the quality nor the foreseeability required. Thirdly, confidentiality was particularly important in the Court’s case-law – which protected the confidentiality of journalists’ sources and of medical data –, the protection of legal professional privilege in the face of this type of obligation had been affirmed in Canada and the United States of America, and the positive law of certain European Union member States (Belgium, Estonia, Ireland, Italy and the Netherlands), as well as Switzerland, was more protective. Fourthly, as the Court had pointed out in the *Casado Coca v. Spain* judgment (24 February 1994, Series A no. 285-A), the lawyer played a key role in preserving public confidence in the action of the courts; it was essential, therefore, that people should be able to trust in their lawyers, which meant preserving their independence from the authorities – which was undermined by the link with the FIU established by the legal provisions in issue – and the confidentiality of the information they handled.

The interference also had to be proportionate to the aim pursued: the fight against money-laundering and terrorism. However, whereas the Court had found in the *Xavier Da Silveira v. France* case (no. 43757/05, 21 January 2010) that special procedural guarantees were needed in that particular case, which concerned searches or visits to a lawyer’s offices, the provisions in issue in the present case provided no such guarantees (the part played by the Chairman of the Bar was limited to an advisory role where he was certain that there was nothing suspicious to report). In addition, French lawyers were all subject to the criminal law on money-laundering, which was particularly strict, as well as to major ethical obligations, with sanctions for failure to comply, and to financial supervision. They were not allowed to handle cash transactions, except for very small sums, and bank transfers had to be made through a special payment fund for lawyers.

89. Lastly, on the subject of the presumption of equivalent protection, EBHRI pointed out that the *Bosphorus* case concerned the obligation for the respondent State to apply a Community Regulation implementing

the obligations arising from a binding resolution of the United Nations Security Council. Thus far the cases in which the Court had allowed equivalent protection in favour of the European Union had not concerned the implementation of Directives, which, unlike Regulations, left the States a margin of appreciation. Furthermore, while the fact that certain of the Directives relating to money-laundering referred to the Convention might lead to the acknowledgment of an equivalence of the rules and the substantive protection, there was clearly no equivalence of procedural protection in the absence of a right of individual petition in the European Union system. EBHRI also noted that the Court had acknowledged the equivalence of the protection afforded in the case of disputes involving international organisation staff members, precisely because they had a right of direct individual application to a judicial body affording all the requisite guarantees (it referred to *Boivin v. 34 member States of the Council of Europe* (dec.), no. 73250/01, ECHR 2008; *Gasparini v. Italy and Belgium* (dec.), no. 10750/03, 12 May 2009; and *Beygo v. 46 member States of the Council of Europe*, no. 36099/06, 16 June 2009).

3. *The Court's assessment*

(a) **Whether there was interference with the exercise of the right protected by Article 8 of the Convention**

90. In establishing the right of “everyone” to respect for his “correspondence”, Article 8 of the Convention protects the confidentiality of “private communications” (see *Frérot v. France*, no. 70204/01, § 53, 12 June 2007), whatever the content of the correspondence concerned (*ibid.*, § 54) [the text of §§ 53 and 54 is available only in French in Hudoc], and whatever form it may take. This means that what Article 8 protects is the confidentiality of all the exchanges in which individuals may engage for the purposes of communication.

91. So, in requiring lawyers to report to the administrative authorities information concerning another person which came into their possession through exchanges with that person, the obligation for them to report suspicions constitutes an interference with lawyers’ right to respect for their correspondence. It also constitutes an interference with their right to respect for their “private life”, a notion which includes activities of a professional or business nature (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B).

92. In the present case it is true that the applicant does not claim to have found himself in a situation where he was actually obliged to declare such suspicions, or to have been disciplined under the regulations concerned for

having failed to do so. However, as indicated previously, he is faced with the following dilemma: either he does as he is told and in so doing abandons his idea of the principle of the confidentiality of exchanges between lawyer and client and of legal professional privilege; or he refuses to comply and exposes himself to disciplinary sanctions and even being struck off. In the opinion of the Court, therefore, the obligation to report suspicions amounts to a “continuing interference” (see, *mutatis mutandis*, *Dudgeon*, § 41, and *Norris*, § 38, both cited above) with the applicant’s enjoyment, as a lawyer, of the rights guaranteed by Article 8, even if it is not the most intimate sphere of his private life that is affected but his right to respect for his professional exchanges with his clients.

93. Such interference violates Article 8, unless it is “in accordance with the law”, pursues one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 and is “necessary in a democratic society” to achieve the aim or aims concerned.

(b) Whether the interference was justified

(i) Was the interference in accordance with the law?

94. The Court reiterates that the expression “in accordance with the law” requires first and foremost that the interference has a basis in domestic law (see *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, §§ 86-88, Series A no. 61). Such is undeniably the case here: the obligation for lawyers to report suspicions is provided for in European Directives which have been transposed into French law (in particular Law no. 2004-130 of 11 February 2004 in the case of the Directive of 10 June 1991, as amended) and codified in the Monetary and Financial Code; the practical formalities are set forth in implementing regulations (the provisions of which are also codified) and also in the decision of the National Bar Council of 12 July 2007 cited above.

95. It is also necessary for the “law” to be sufficiently accessible – which the applicant does not dispute in the present case – and precise (*ibid.*). The applicant alleges that the “law” in question lacks clarity in so far as it requires lawyers to report “suspicions” without defining that term, and the field of activities it covers is vague.

96. The Court is not convinced by this argument. It reiterates that a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (*ibid.*). However, the Court has already recognised the impossibility of attaining absolute certainty in the framing of laws and the risk that the search for

certainty may entail excessive rigidity. Many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (*ibid.*).

97. The Court considers that the notion of “suspicions” is a matter of common sense and that an informed group such as lawyers can scarcely claim that they do not understand it in that, as the Government have explained, the Monetary and Financial Code gives specific guidance. What is more, as the suspicions are to be reported to the Chairman of the Bar, or the President of the Bar Council of the *Conseil d’Etat* and the Court of Cassation, any lawyer who has doubts about the existence of “suspicions” in a given case can seek the advice of an informed and experienced colleague.

As to the allegedly vague nature of the type of activity concerned by the obligation to report suspicions, the Court notes that the texts in issue (for example Article 1 of the National Bar Council’s decision of 12 July 2007, see paragraph 12 above) state that the obligation applies to lawyers when, in the course of their business activity, they participate for and on behalf of their client in any financial or real-estate transaction or assist their client in the preparation or execution of certain types of transaction (relating to the buying and selling of real estate or businesses, the management of funds, securities or other assets belonging to the client, the opening of current accounts, savings accounts or securities accounts, the organisation of the contributions required to create companies, the formation, administration or management of companies, or the formation, administration or management of trusts governed by a foreign legal system, or of any other similar structure). The texts specify that they are not bound by the same rules when acting as legal counsel or in the context of judicial proceedings in connection with one or other of the above activities. The Court deems that this guidance is sufficiently clear, especially considering that the texts concerned are aimed at lawyers and, as the Government have pointed out, the notion of “legal counsel” is defined by the Bar Council, *inter alia*.

98. In conclusion, the interference was “in accordance with the law” within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

(ii) *Did the interference have a legitimate aim?*

99. The Court has no doubt that, intended as it was to combat money-laundering and associated crimes, the interference pursued one of the legitimate aims set out in the second paragraph of Article 8, namely the prevention of disorder and crime. Neither party disputed that.

100. Furthermore, the Court reiterates that compliance with European Union law by a Contracting Party constitutes a legitimate general-interest objective (see *Bosphorus*, cited above, §§ 150-51).

(iii) *Was the interference necessary?*

(a) Application of the presumption of equivalent protection

101. The Government submitted that the obligation for lawyers to exercise due diligence and report suspicions was the result of the fact that France, as a member of the European Union, was required to transpose European directives into French law. Referring to the *Bosphorus* judgment, cited above, they contended that France must be presumed to have respected the requirements of the Convention as all it had done was comply with its obligations, and it was established that the European Union afforded protection of fundamental rights equivalent to that provided by the Convention.

General principles

102. The Court reiterates that absolving the Contracting States completely from their Convention responsibility where they were simply complying with their obligations as members of an international organisation to which they had transferred a part of their sovereignty would be incompatible with the purpose and object of the Convention: the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards. In other words, the States remain responsible under the Convention for the measures they take to comply with their international legal obligations, even when those obligations stem from their membership of an international organisation to which they have transferred part of their sovereignty (see *Bosphorus*, cited above, § 154).

103. It is true, however, that the Court has also held that action taken in compliance with such obligations is justified where the relevant organisation protects fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent – that is to say not identical but “comparable” – to that for which the Convention provides (it being understood that any such finding of “equivalence” could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection). If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation.

However, a State will be fully responsible under the Convention for all acts falling outside its strict international legal obligations, notably where it has exercised State discretion (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 338). In addition, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a "constitutional instrument of European public order" in the field of human rights (see *Bosphorus*, cited above, §§ 152-58, and also, among other authorities, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, §§ 338-40).

104. This presumption of equivalent protection is intended, in particular, to ensure that a State Party is not faced with a dilemma when it is obliged to rely on the legal obligations incumbent on it as a result of its membership of an international organisation which is not party to the Convention and to which it has transferred part of its sovereignty, in order to justify its actions or omissions arising from such membership *vis-à-vis* the Convention. It also serves to determine in which cases the Court may, in the interests of international cooperation, reduce the intensity of its supervisory role, as conferred on it by Article 19 of the Convention, with regard to observance by the States Parties of their engagements arising from the Convention. It follows from these aims that the Court will accept such an arrangement only where the rights and safeguards it protects are given protection comparable to that afforded by the Court itself. Failing that, the State would escape all international review of the compatibility of its actions with its Convention commitments.

The protection of fundamental rights afforded by European Union law

105. Concerning the protection of fundamental rights afforded by the European Union, the Court found in the *Bosphorus* judgment (cited above, §§ 160-65) that it was in principle equivalent to that of the Convention system.

106. To reach that conclusion, it firstly noted that the European Union offered equivalent protection of the substantive guarantees, noting that at the relevant time respect for fundamental rights had become a condition of the legality of Community acts, and that in its deliberations the Court of Justice of the European Communities referred extensively to Convention provisions and to this Court's jurisprudence (see *Bosphorus*, cited above, § 159). *A fortiori* since 1 December 2009, the date of entry into force of Article 6 (amended) of the Treaty on European Union, which gave the Charter of Fundamental Rights of the European Union the force of law and made fundamental rights, as guaranteed by the Convention and as they

resulted from the constitutional traditions common to the member States, general principles of European Union law.

107. The Court then considered whether the same could be said of the machinery for monitoring respect for fundamental rights.

108. It noted that private individuals had only limited access to the Court of Justice: actions for failure to fulfil Treaty obligations (initially provided for in Articles 169 and 170 of the Treaty establishing the European Community) were not open to them, access to annulment actions and actions for failure to perform Treaty obligations (initially provided for in Articles 173 and 175 of the same Treaty) was limited, as were, in consequence, related pleas of illegality (initially provided for in Article 184 of the Treaty), and individuals had no right to bring an action against another individual (see *Bosphorus*, cited above, §§ 161-62).

109. The Court nevertheless found that there was equivalent protection on this level too, noting that actions initiated before the Court of Justice by the European Union institutions or a member State constituted important control of compliance with European Union norms to the indirect benefit of individuals, and that individuals could also bring an action for damages before the Court of Justice in respect of the non-contractual liability of the institutions (initially provided for in Article 184 of the Treaty) (see *Bosphorus*, cited above, § 163).

110. It further noted that it was essentially through the national courts that the Community system provided a remedy to individuals against a member State or another individual for a breach of European Union law.

Certain provisions of the Treaty establishing the European Community had envisaged a complementary role for the national courts in the Community control mechanisms from the outset, notably (referring to the original numbering) Articles 189 (the notion of direct applicability) and 177 (the preliminary reference procedure), and the role of the domestic courts in the enforcement of Community law and its fundamental rights guarantees had been greatly enlarged by the development by the Court of Justice of important notions such as the supremacy of Community law, direct effect, indirect effect and State liability.

The Court then observed that the Court of Justice maintained its control on the application by national courts of European Union law, including its fundamental rights guarantees, through the preliminary referral procedure originally provided for in Article 177 of the Treaty, during which the parties to the domestic proceedings had the right to put their case. It noted in this connection that while the Court of Justice's role was limited to replying to the interpretative or validity question referred by the domestic court, the

reply would often be determinative of the domestic proceedings (as, indeed, it had been in the *Bosphorus* case (cited above, § 164)).

111. So, although individual access to the Court of Justice is far more limited than the access private individuals have to the Court under Article 34 of the Convention, the Court accepts that, all in all, the supervisory mechanism provided for in European Union law affords protection comparable to that provided by the Convention: firstly, because private individuals are protected under European Union law by the actions brought before the Court of Justice by the member States and the institutions of the European Union; and, secondly, because they have the possibility of applying to the domestic courts to determine whether a member State has breached Community law, in which case the control exercised by the Court of Justice takes the form of the preliminary referral procedure open to the domestic courts.

The application in the present case of the presumption of equivalent protection

112. The present case differs from that of *Bosphorus* for two main reasons.

113. Firstly, as the latter case concerned a Regulation, which was directly and fully applicable in the member States, Ireland had no margin of manoeuvre at all in the execution of the obligations resulting from its membership of the European Union.

In the present case France implemented Directives, which are binding on the member States as regards the result to be achieved but leave it to them to choose the means and manner of achieving it. That being so, the question whether France, in complying with its obligations resulting from its membership of the European Union, had a margin of manoeuvre capable of obstructing the application of the presumption of equivalent protection is not without relevance.

114. Secondly, and above all, in the *Bosphorus* case the control mechanism provided for in European Union law was fully brought into play. The Irish Supreme Court applied to the Court of Justice for a preliminary ruling on the alleged violation of the right of property of which the applicant subsequently complained to the Court.

Conversely, in the present case the *Conseil d'Etat* refused to submit the applicant's request to the Court of Justice for a preliminary ruling on whether the obligation for lawyers to report suspicions was compatible with Article 8 of the Convention, even though the Court of Justice had not had an opportunity to examine the question, either in a preliminary ruling delivered in the context of another case, or on the occasion of one of the various actions mentioned above which were open to the European

Union's member States and institutions. The Court observes that in its judgment in the case of *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others*, cited above (see paragraphs 27-29), the Court of Justice examined the compatibility of the obligation for lawyers to report suspicions only in respect of the requirements of the right to a fair trial within the meaning of Article 6 of the Convention. In so doing, it ruled solely on the rights of the lawyer's client. The question is different, however, when approached from the angle of Article 8 of the Convention: here the issue is not just the rights of the lawyer's client under this provision, but also the rights of the lawyer himself, as illustrated by the judgments in *Kopp v. Switzerland* (25 March 1998, Reports 1998-II), *André and Another* (cited above), and *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria* (no. 74336/01, ECHR 2007-IV), which respectively concerned telephone tapping, the search of a lawyer's offices in the context of proceedings against a client company and the seizure of computer data.

115. The Court is therefore obliged to note that because of the decision of the *Conseil d'Etat* not to refer the question before it to the Court of Justice for a preliminary ruling, even though that court had never examined the Convention rights in issue, the *Conseil d'Etat* ruled without the full potential of the relevant international machinery for supervising fundamental rights – in principle equivalent to that of the Convention – having been deployed. In the light of that choice and the importance of what was at stake, the presumption of equivalent protection does not apply.

116. The Court is therefore required to determine whether the interference was necessary for the purposes of Article 8 of the Convention.

(β) The Court's assessment

117. The Court notes in this connection that it has on several occasions examined complaints under Article 8 of the Convention brought by lawyers in the exercise of their profession. For example, it has ruled on the compatibility with this Convention provision of searches and seizures carried out at a lawyer's offices or home (see *Niemietz*, cited above; *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, no. 51772/99, ECHR 2003-IV; *Sallinen and Others v. Finland*, no. 50882/99, 27 September 2005; *André and Another*, cited above; and *Xavier Da Silveira*, cited above), of the interception of correspondence between a lawyer and his client (see *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, 20 June 1988, Series A no. 137), of the tapping of a lawyer's telephone (see *Kopp*, cited above) and of the search and seizure of electronic data in a law firm (see *Sallinen and Others*, and *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH*, both cited above).

It has pointed out in this connection that, by virtue of Article 8, correspondence between a lawyer and his client, whatever its purpose (strictly professional correspondence included: see *Niemietz*, cited above, § 32), enjoys privileged status where confidentiality is concerned (see *Campbell v. the United Kingdom*, 25 March 1992, §§ 46-48, Series A no. 233; and also, among other authorities, *Ekinçi and Akalın v. Turkey*, no. 77097/01, § 47, 30 January 2007; this applies, as mentioned earlier, to all forms of exchanges between lawyers and their clients). It has also said that it “attaches particular weight” to the risk of impingement on the lawyer’s right to professional secrecy, “since it may have repercussions on the proper administration of justice” (see *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH*, cited above, §§ 65 and 66; see also *Niemietz*, § 37, and *André and Another*, § 41, both cited above) and professional secrecy is the basis of the relationship of confidence between lawyer and client (see *André and Another*, § 41, and *Xavier Da Silveira*, § 36, both cited above).

118. The result is that while Article 8 protects the confidentiality of all “correspondence” between individuals, it affords strengthened protection to exchanges between lawyers and their clients. This is justified by the fact that lawyers are assigned a fundamental role in a democratic society, that of defending litigants. Yet lawyers cannot carry out this essential task if they are unable to guarantee to those they are defending that their exchanges will remain confidential. It is the relationship of trust between them, essential to the accomplishment of that mission, that is at stake. Indirectly but necessarily dependent thereupon is the right of everyone to a fair trial, including the right of accused persons not to incriminate themselves.

119. This additional protection conferred by Article 8 on the confidentiality of lawyer-client relations, and the grounds on which it is based, lead the Court to find that, from this perspective, legal professional privilege, while primarily imposing certain obligations on lawyers, is specifically protected by that Article.

120. The question facing the Court is therefore whether, as implemented in France and bearing in mind the legitimate aim pursued, the obligation for lawyers to report suspicions, seen in this light, amounts to disproportionate interference with legal professional privilege.

The Court reiterates that for the purposes of Article 8 of the Convention the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued (see, among other authorities, *Campbell*, cited above, § 44).

121. The Court notes that in its judgment of 23 July 2010 (see paragraph 17 above), the *Conseil d’Etat*, after having agreed that Article 8 of the Convention protects “the fundamental right to professional

confidentiality”, held that requiring lawyers to report suspicions did not amount to excessive interference with that right. It reached that conclusion regard being had to the general interest served by combating money-laundering and to the guarantee provided by the exclusion from the scope of the obligation of information received or obtained by lawyers in the course of activities connected with judicial proceedings, or in their capacity as legal counsel (save, in this latter case, where the lawyer is taking part in money-laundering activities, or the legal advice is provided for money-laundering purposes, or the lawyer knows that the client is seeking legal advice for money-laundering purposes).

122. The Court finds no fault with that reasoning.

123. It is true that, as previously indicated, legal professional privilege is of great importance for both the lawyer and his client and for the proper administration of justice. It is without a doubt one of the fundamental principles on which the administration of justice in a democratic society is based. It is not, however, inviolable, and the Court has already found that it may have to give way, for example, to the lawyer’s right to freedom of expression (see *Mor v. France*, no. 28198/09, 15 December 2011). Its importance should also be weighed against that attached by the member States to combating the laundering of the proceeds of crime, which are likely to be used to finance criminal activities linked to drug trafficking, for example, or international terrorism (see *Grifhorst v. France*, no. 28336/02, § 93, 26 February 2009). The Court observes in this connection that the European Directives at the origin of the obligation to report suspicions of which the applicant complained form part of a series of international instruments intended to prevent activities which constitute a serious threat to democracy (see, for example, the FATF recommendations and the Council of Europe’s Convention of 16 May 2005 on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, cited in paragraphs 18 and 19 above).

124. As to the applicant’s argument that the obligation to report is not necessary because any lawyer found to be involved in a money-laundering operation would in any event be liable to criminal proceedings, the Court is not indifferent to it. It considers, however, that that argument does not prevent a State or a group of States from combining the repressive provisions they have adopted with a specifically preventive mechanism.

125. The Court also takes note of the statistics published by the FIU to which the applicant referred, in particular the fact that out of the 20,252 reports received by the FIU in 2010, including 19,208 reports of suspicions submitted by professionals, only 5,132 were examined in detail and only 404 were forwarded to the prosecuting authorities, and approximately only

a hundred of those concerned money-laundering or terrorist financing. The applicant maintained that these figures showed that the system was ineffective and the interference therefore unnecessary. The Court is not convinced. It fails to see what lesson can be learnt from these figures in the present case when the FIU's 2010 activity report reveals that none of the 19,208 reports of suspicions were submitted by a lawyer. It considers, on the contrary, that this report presents a positive picture of the results achieved; in fact FATF found that France's methods of combating money-laundering and the financing of terrorism were among the most effective in the world. It further observes that the applicant's argument ignores the deterrent effect of the system.

126. Lastly, and above all, two factors are decisive in the eyes of the Court in assessing the proportionality of the interference.

127. Firstly, as stated above and as the *Conseil d'Etat* noted, the fact that lawyers are subject to the obligation to report suspicions only in two cases: where, in the context of their business activity, they take part for and on behalf of their clients in financial or real-estate transactions or act as trustees; and where they assist their clients in preparing or carrying out transactions concerning certain defined operations (the buying and selling of real estate or businesses; the management of funds, securities or other assets belonging to the client; the opening of current accounts, savings accounts, securities accounts or insurance policies; the organisation of the contributions required to create companies; the formation, administration or management of companies; the formation, administration or management of trusts or any other similar structure; and the setting-up or management of endowment funds). The obligation to report suspicions therefore only concerns tasks performed by lawyers, which are similar to those performed by the other professions subjected to the same obligation, and not the role they play in defending their clients.

Furthermore, the Monetary and Financial Code specifies that lawyers are not subjected to the obligation where the activity in question "relates to judicial proceedings, whether the information they have was received or obtained before, during or after said proceedings, including any advice given with regard to the manner of initiating or avoiding such proceedings, nor where they give legal advice, unless said information was provided for the purpose of money-laundering or terrorist financing or with the knowledge that the client requested it for the purpose of money-laundering or terrorist financing" (Article L. 561-3 II of the Monetary and Financial Code, see paragraph 32 above).

128. The obligation to report suspicions does not therefore go to the very essence of the lawyer's defence role which, as stated earlier, forms the very basis of legal professional privilege.

129. The second factor is that the legislation has introduced a filter which protects professional privilege: lawyers do not transmit reports directly to the FIU but, as appropriate, to the President of the Bar Council of the *Conseil d'Etat* and the Court of Cassation or to the Chairman of the Bar of which the lawyer is a member. It can be considered that at this stage, when a lawyer shares information with a fellow professional who is not only subject to the same rules of conduct but also elected by his or her peers to uphold them, professional privilege has not been breached. The fellow professional concerned, who is better placed than anybody to determine which information is covered by lawyer-client privilege and which is not, transmits the report of suspicions to the FIU only after having ascertained that the conditions laid down by Article L. 561-3 of the Monetary and Financial Code have been met (Article L. 561-17 of the same Code, see paragraph 38 above). The Government pointed out in this regard that the information is not forwarded if the Chairman of the Bar considers that there is no suspicion of money-laundering or it appears that the information reported was received in the course of activities excluded from the scope of the obligation to report suspicions.

130. The Court has already pointed out that the role played by the Chairman of the Bar constitutes a guarantee when it comes to protecting legal professional privilege. In the *André and Another* judgment, it specified that the Convention did not prevent domestic law from allowing for the possibility of searching a lawyer's offices as long as proper safeguards were provided; more broadly, it emphasised that, subject to strict supervision, it was possible to impose certain obligations on lawyers concerning their relations with their clients, in the event, for example, that there was plausible evidence of the lawyer's involvement in a crime and in the context of the fight against money-laundering. It then took into account the fact that the search had been carried out in the presence of the Chairman of the Bar, which it saw as a "special procedural guarantee" (§§ 42 and 43). Similarly, in the *Roemen and Schmit* judgment cited above (§ 69) it noted that the search of the lawyer's premises had been accompanied by "special procedural safeguards", including the presence of the President of the Bar Council. Lastly, in *Xavier Da Silveira*, cited above (see in particular §§ 37 and 43), it found a violation of Article 8, in part because there had been no such safeguard when a lawyer's premises were searched.

131. In the light of the above considerations, the Court considers that, regard being had to the legitimate aim pursued and the particular importance of that aim in a democratic society, the obligation for lawyers to report suspicions, as practised in France, does not constitute disproportionate interference with the professional privilege of lawyers.

132. There has therefore been no violation of Article 8 of the Convention.

II. THE OTHER ALLEGED VIOLATIONS

133. The applicant complained that the professional regulations of 12 July 2007 did not define with sufficient clarity the obligations imposed on lawyers, subject to disciplinary action, in so far as they used such vague and general terms as “report suspicions” and “due diligence”. He alleged that this was in breach of the principle of legal certainty, in violation of Article 7 of the Convention.

The Court reiterates that Article 7 prohibits the retrospective application of criminal law to the disadvantage of the accused and, more generally, embodies the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty and that criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment; it follows from this that “an offence must be clearly defined in law” (see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 52, Series A no. 260-A). It applies only in the context of “criminal” proceedings, within the meaning of the Convention, which led to a “conviction” or to the imposition of a “penalty”. Now, even assuming that the disciplinary action to which failure to comply with the professional regulations of 12 July 2007 could lead might be classified as “criminal” proceedings within the meaning of the Convention, the Court notes that no such proceedings were brought against the applicant. This means that he cannot claim to be a victim of the alleged violation of Article 7. This part of the application is therefore incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4.

134. Relying on Article 6 of the Convention, the applicant complained that the obligation for lawyers to report their “suspicions” concerning the possible unlawful activities of their clients was incompatible with the right of those clients not to incriminate themselves, and with their right to be presumed innocent.

The Court notes that the applicant’s complaint concerns a violation of the rights of others. Therefore, he cannot claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention. This part of the application is accordingly incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaint under Article 8 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 6 December 2012.

Claudia Westerdiek
Section Registrar

Dean Spielmann
President

DE SOUZA RIBEIRO c. FRANCE
(Requête n° 22689/07)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 2012¹

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

SOMMAIRE¹**Reconduite à la frontière exécutée dans les cinquante minutes suivant la demande de sa suspension devant un tribunal****Article 13 combiné avec l'article 8**

Recours effectif – Expulsion – Reconduite à la frontière exécutée dans les cinquante minutes suivant la demande de sa suspension devant un tribunal – Vie privée – Vie familiale – Ingérence – Prévues par la loi – Impossibilité d'examen sérieux des demandes du reconduit – Recours existants inopérants et indisponibles du fait de la rapidité de la reconduite – Absence de justification d'un régime d'exception à l'éloignement

*

* *

Le requérant, ressortissant brésilien, a vécu sans interruption en Guyane avec sa famille de l'âge de sept ans en 1995 jusqu'à janvier 2007. Le 25 janvier 2007, n'ayant pas pu présenter de papiers attestant de la régularité de son séjour lors d'un contrôle routier, il fit l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF) et d'un placement en rétention administrative. Le lendemain, à 15 h 11, il introduisit devant le tribunal administratif une demande en référé suspension dans laquelle il faisait valoir l'urgence à suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement contestée et les doutes sérieux portant sur sa légalité. Le même jour à 16 heures, soit environ cinquante minutes après l'introduction de son recours devant le tribunal administratif, le requérant fut reconduit au Brésil. Le soir même, sa demande en référé suspension fut déclarée sans objet par le juge des référés auprès du tribunal administratif en raison de l'exécution de la mesure d'éloignement qui avait eu lieu l'après-midi. En février 2007, le requérant déposa une requête en référé liberté devant le tribunal administratif qui fut rejetée. En août 2007, il revint clandestinement en Guyane. A la suite d'un recours pour excès de pouvoir introduit par le requérant le 26 janvier 2007, le tribunal administratif constata le 18 octobre 2007 l'illégalité de l'APRF qu'il annula. En juin 2009, le requérant se vit délivrer une carte de séjour visiteur, qui fut renouvelée jusqu'en juin 2012. Il est à présent titulaire d'une carte de séjour renouvelable portant la mention vie privée et familiale.

Article 13 combiné avec l'article 8: le requérant a exercé les voies de recours disponibles avant son éloignement dans le système en vigueur en Guyane. Or l'examen de la situation du requérant effectué par l'autorité préfectorale a

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

été superficiel. Il a été éloigné de Guyane moins de trente-six heures après son interpellation à la suite d'un arrêté préfectoral au caractère succinct et stéréotypé, qui a été notifié au requérant immédiatement après son interpellation.

Ensuite, quelle que soit la raison de l'irrégularité de la situation du requérant au moment de son interpellation, il était protégé de tout éloignement du territoire français par le droit national. Cette analyse a été retenue par le tribunal administratif qui a prononcé par la suite l'illégalité de l'APRF. Ainsi, dès le 26 janvier 2007, les autorités françaises étaient en possession des éléments tendant à établir que l'éloignement du requérant n'était pas prévu par la loi et pouvait donc constituer une ingérence illégale. Par conséquent, au moment où le requérant a été reconduit à destination du Brésil, une question sérieuse se posait quant à la compatibilité de son éloignement avec l'article 8, et le grief soumis par le requérant sur ce point est dès lors « défendable » aux fins de l'article 13.

L'intéressé a pu saisir le tribunal administratif. Le juge remplissait les conditions d'indépendance, d'impartialité et de compétence pour examiner les griefs du requérant dont l'argumentation juridique précise était dûment exposée par ce dernier. Cependant, la brièveté du délai entre la saisie du tribunal par le requérant et son éloignement, soit environ cinquante minutes, a exclu toute possibilité pour le tribunal d'examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militent pour ou contre la violation de l'article 8 en cas de mise à exécution de la décision d'éloignement. Ainsi, aucun examen judiciaire des demandes du requérant n'a pu avoir lieu, ni au fond ni en référé. Or, si la procédure en référé pouvait en théorie permettre au juge de prononcer, si nécessaire, la suspension de l'éloignement, toute possibilité à cet égard a été anéantie par le caractère excessivement bref du délai écoulé entre la saisine du tribunal et l'exécution de la décision d'éloignement. D'ailleurs, le juge des référés saisi n'a pu que déclarer sans objet la demande introduite par le requérant. L'éloignement du requérant a donc été effectué sur la seule base de la décision prise par l'autorité préfectorale. Par conséquent, la hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre a eu pour effet pratique de rendre les recours existants inopérants et donc indisponibles. Le requérant n'a pu bénéficier d'un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates de la légalité de la mesure litigieuse par une instance interne.

En outre, la situation géographique de la Guyane et la forte pression migratoire qu'elle subit, ainsi que le risque d'engorgement des juridictions pouvant entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la justice, ne justifient pas le régime d'exception prévu par la législation ainsi que son fonctionnement. La marge d'appréciation dont jouissent les Etats quant à la manière de se conformer aux obligations de l'article 13 ne saurait nier les garanties procédurales minimales contre l'éloignement arbitraire.

Au vu de l'ensemble des considérations, le requérant n'a pas disposé en pratique de recours effectifs lui permettant de faire valoir le bien-fondé du grief tiré de l'article 8 alors que son éloignement était en cours. Cela n'a pu être réparé par la délivrance

ultérieure d'un titre de séjour. Partant, la Cour rejette l'exception préliminaire du Gouvernement tirée de la perte de la qualité de victime du requérant au sens de l'article 34 de la Convention et conclut dès lors à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 8.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41 : la Cour octroie des sommes pour préjudice moral, ainsi qu'au titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

- Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28
Leander c. Suède, 26 mars 1987, série A n° 116
Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215
Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V
Çakıcı c. Turquie [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV
Rotaru c. Roumanie [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V
Khan c. Royaume-uni, n° 35394/97, CEDH 2000-V
G.H.H. et autres c. Turquie, n° 43258/98, CEDH 2000-VIII
Jabari c. Turquie, n° 40035/98, CEDH 2000-VIII
Kudła c. Pologne [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI
Boultif c. Suisse, n° 54273/00, CEDH 2001-IX
Čonka c. Belgique, n° 51564/99, CEDH 2002-I
Al-Nashif c. Bulgarie, n° 50963/99, 20 juin 2002
Doran c. Irlande, n° 50389/99, CEDH 2003-X
Bati et autres c. Turquie, n°s 33097/96 et 57834/00, CEDH 2004-IV
Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, n° 36378/02, CEDH 2005-III
Üner c. Pays-Bas [GC], n° 46410/99, CEDH 2006-XII
Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France, n° 25389/05, CEDH 2007-II
M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC], n° 30696/09, CEDH 2011
M. et autres c. Bulgarie, n° 41416/08, 26 juillet 2011
I.M. c. France, n° 9152/09, 2 février 2012
Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], n° 27765/09, CEDH 2012

En l'affaire de Souza Ribeiro c. France,

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

Nicolas Bratza, *président*,
Françoise Tulkens,
Nina Vajić,
Lech Garlicki,
Corneliu Bîrsan,
Boštjan M. Zupančič,
Alvina Gyulumyan,
Egbert Myjer,
Davíd Thór Björgvinsson,
Ineta Ziemele,
Päivi Hirvelä,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Angelika Nußberger,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Erik Møse,
André Potocki, *juges*,
et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 21 mars et 19 septembre 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 22689/07) dirigée contre la République française et dont un ressortissant brésilien, M. Luan de Souza Ribeiro (« le requérant »), a saisi la Cour le 22 mai 2007 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 D. Monget Sarrail, avocat à Créteil et en Guyane. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant alléguait une violation de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 13, en raison notamment de l'impossibilité de contester une mesure d'éloignement prise à son encontre avant que celle-ci ne soit exécutée.

4. La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour, « le règlement »). Le 9 février 2009, le président de la section a décidé de la communiquer au Gouvernement. Comme le permettent l'article 29 § 1 de la Convention et l'article 54A du règlement, il a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire.

5. Le 30 juin 2011, une chambre de la cinquième section, composée de Dean Spielmann, président, Elisabet Fura, Jean-Paul Costa, Karel Jungwiert, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre, Ann Power, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section, a rendu un arrêt dans lequel elle déclarait la requête partiellement recevable et concluait, par quatre voix contre trois, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8. A l'arrêt se trouvait joint le texte d'une opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Berro-Lefèvre et Power.

6. Le 27 septembre 2011, le requérant a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre (article 43 de la Convention). Le 28 novembre 2011, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

8. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites devant la Grande Chambre. En outre, des observations écrites communes ont été reçues du Groupe d'information et de soutien des immigrés, de la Ligue française des droits de l'homme et du Comité Inter-Mouvements Auprès des Évacués, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 21 mars 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

- M^{me} A.-F. Tissier, co-agent du Gouvernement français
devant la Cour, sous-directrice des droits de l'homme,
direction des affaires juridiques du ministère
des Affaires étrangères et européennes, *agent,*
- M. B. Jadot, rédacteur, direction des affaires juridiques du
ministère des Affaires étrangères et européennes,
- M. S. Humbert, conseiller juridique auprès du secrétaire
général chargé de l'immigration et de l'intégration,
- M^{me} C. Salmon, adjointe au chef du service des affaires

juridiques et institutionnelles à la délégation
générale à l'outre-mer,

conseillers;

– *pour le requérant*

M^e D. Monget Sarrail, avocat au barreau de Guyane,

conseil,

M^e L. Navennec Normand, avocat au barreau
du Val-de-Marne,

conseiller.

La Cour a entendu M^e Monget Sarrail et M^{me} Tissier en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Le requérant est né le 14 juin 1988 et réside à Remire-Montjoly, en Guyane, un département et région d'outre-mer français situé en Amérique du Sud.

11. Originaire du Brésil, le requérant entra en Guyane en 1992, à l'âge de quatre ans. Il y fut scolarisé pendant une année, puis retourna au Brésil en 1994.

12. En 1995, le requérant, muni d'un visa de tourisme, revint à Cayenne, en Guyane. Il rejoignait ainsi ses parents, tous deux titulaires d'une carte de résident, ses deux sœurs et ses deux frères, l'un des membres de la fratrie ayant la nationalité française et les autres ayant vocation à la demander puisqu'ils étaient nés sur le territoire français. Ses grands-parents maternels demeuraient au Brésil.

13. Le requérant fut scolarisé en Guyane de 1996 à 2004, d'abord à l'école primaire puis au collège. En l'absence de papiers régularisant sa situation, qu'il ne pouvait obtenir qu'à sa majorité (paragraphe 26 ci-dessous), il interrompit sa formation en 2004, à l'âge de seize ans.

14. Le 25 mai 2005, le requérant fut interpellé pour infraction à la législation sur les stupéfiants. Par une ordonnance rendue le 17 mai 2006 par le juge des enfants auprès du tribunal pour enfants de Cayenne, il fut placé sous contrôle judiciaire avec interdiction de quitter la Guyane.

15. Par un jugement rendu le 25 octobre 2006, le tribunal pour enfants de Cayenne condamna le requérant à une peine de deux mois de prison assortie de sursis avec mise à l'épreuve et obligation de présentation et de formation pour avoir détenu sans autorisation administrative de la cocaïne, faits commis alors qu'il était âgé de moins de dix-huit ans. En exécution de ce jugement, le requérant commença à suivre une formation prévue du

13 octobre 2006 au 30 mars 2007, dans le cadre du dispositif d'insertion sociale, professionnelle et d'orientation de Guyane.

16. Le 25 janvier 2007, le requérant et sa mère firent l'objet d'un contrôle routier. Le requérant ne put justifier de la régularité de son entrée et de son séjour sur le territoire français. Il fut interpellé.

17. Le même jour, à 10 heures, un arrêté préfectoral portant reconduite à la frontière (APRF) et un arrêté de placement en rétention administrative furent notifiés au requérant. L'APRF mentionnait notamment :

«– Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et notamment les articles 3 et 8,

(...)

– Considérant qu'il résulte du procès-verbal n° 56 du 25/01/2007 établi par la D.D.P.A.F. [Direction départementale de la police aux frontières] de la Guyane que la personne ci-dessus nommée :

- Ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français ;
- S'est maintenue illégalement sur le territoire français ;
- Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances en l'espèce, de prononcer à l'égard de cet étranger une mesure administrative de reconduite à la frontière,
- Considérant que l'intéressé a été informé qu'il pouvait présenter des observations écrites,
- Considérant que compte tenu des circonstances propres au cas d'espèce, il n'est pas porté une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressé à sa vie familiale,
- Considérant que l'étranger n'allègue pas être exposé à des peines ou traitements contraires à la Convention européenne des droits de l'homme en cas de retour dans son pays d'origine (ou dans son pays de résidence habituelle où il est effectivement réadmissible),

(...)

Est prononcée la reconduite à la frontière [du requérant].»

18. Le 26 janvier 2007, à 15 h 11, le requérant transmet par télécopie deux demandes au tribunal administratif de Cayenne.

Il s'agissait d'une part d'un recours pour excès de pouvoir contre l'APRF dont il avait fait l'objet, tendant à l'annulation de cette mesure d'éloignement et à l'obtention d'un titre de séjour. A l'appui de sa requête, le requérant alléguait en particulier une violation de l'article L. 511-4 2° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) (paragraphe 26 ci-dessous), ainsi que, en se fondant sur l'article 8 de la Convention, une erreur manifeste d'appréciation des conséquences de la

reconduite à la frontière sur sa vie personnelle et familiale. Il expliquait qu'il était entré en France avant l'âge de treize ans et qu'il y avait régulièrement résidé depuis, que ses parents étaient titulaires d'une carte de résident, que l'un de ses frères avait la nationalité française, et que son autre frère et ses sœurs étaient nés sur le territoire français. Le requérant ajoutait être tenu de respecter pendant deux ans les conditions du sursis d'une condamnation prononcée à son encontre, sous peine d'emprisonnement et que, conformément aux obligations qui en découlaient, il avait déjà entrepris une formation en mécanique.

D'autre part, ce recours était accompagné d'une demande en référé suspension, dans laquelle le requérant faisait valoir l'urgence à suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement contestée et les doutes sérieux portant sur sa légalité. Pour étayer ces doutes, le requérant invoquait à nouveau l'article 8 de la Convention et réitérait les éléments mentionnés dans le recours en excès de pouvoir et tendant à prouver que l'essentiel de sa vie privée et familiale s'était jusqu'alors déroulé en Guyane.

19. Le 26 janvier, à 16 heures, le requérant fut reconduit à Belem, au Brésil.

20. Le même jour, le juge des référés auprès du tribunal administratif de Cayenne rendit une ordonnance déclarant sans objet la demande en référé suspension introduite par le requérant, en raison de l'exécution de la mesure d'éloignement.

À la même date, le requérant demanda à bénéficier de l'aide juridictionnelle afin de se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre l'ordonnance précédente. Par une décision rendue le 6 mars 2007, le président du bureau d'aide juridictionnelle près le Conseil d'Etat rejeta cette demande pour « absence de moyens sérieux susceptibles de convaincre le juge de cassation ».

21. Le 6 février 2007, le requérant déposa une requête en référé liberté devant le tribunal administratif de Cayenne. Se référant à la Convention et à la jurisprudence de la Cour, le requérant alléguait une atteinte grave et manifestement illégale portée par l'administration à son droit de mener une vie familiale normale ainsi qu'à son droit à un recours effectif. Il demanda qu'il soit fait injonction au préfet de la Guyane d'organiser son retour dans le délai de vingt-quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir, afin qu'il puisse se défendre effectivement quant aux violations de la Convention alléguées et qu'il retrouve sa place au sein de sa famille pour le temps du réexamen de son droit au séjour par la préfecture.

Par une ordonnance rendue le 7 février 2007, le juge des référés auprès du tribunal administratif de Cayenne rejeta la demande du requérant. Il

considéra, pour l'essentiel, que la mesure sollicitée par le requérant aurait des conséquences en tous points équivalentes à celles de mesures définitives alors que le juge des référés ne peut prononcer que des mesures provisoires.

22. En août 2007, le requérant revint en Guyane illégalement.

23. Le 4 octobre 2007, le tribunal administratif de Cayenne examina, au cours d'une audience, le recours pour excès de pouvoir précédemment introduit par le requérant (paragraphe 18 ci-dessus). Par un jugement rendu le 18 octobre 2007, il annula l'APRF litigieux. Le tribunal releva notamment que le requérant indiquait être revenu en France à l'âge de sept ans en 1995 et y avoir résidé habituellement depuis, et qu'il produisait à l'appui de ces affirmations des certificats de scolarité dont le préfet ne contestait pas l'authenticité. Il estima établi que la mère du requérant avait une carte de résident et que son père vivait aussi en Guyane. Le tribunal constata par ailleurs qu'il ressortait d'une ordonnance de contrôle judiciaire produite par le requérant que celui-ci avait été interpellé en Guyane en 2005 et qu'il lui avait été fait interdiction de quitter la Guyane. Il conclut que le requérant remplissait les conditions prévues par l'article L. 511-4 2° du CESEDA faisant obstacle à ce qu'une mesure de reconduite à la frontière soit prise à son encontre.

Répondant ensuite à la demande du requérant d'enjoindre au préfet de la Guyane de lui délivrer un titre de séjour dans le délai d'un mois à compter de la signification du jugement, le tribunal considéra que sa décision n'impliquait pas nécessairement la délivrance d'une carte de séjour temporaire puisqu'il s'agissait de l'annulation d'un APRF. En revanche, le tribunal fixa à trois mois le délai dans lequel le préfet devait statuer sur la situation du requérant au regard de son droit au séjour.

24. Le 16 juin 2009, la préfecture de la Guyane délivra au requérant une carte de séjour portant la mention «visiteur», valable pendant un an et ne lui permettant pas de travailler. Une enquête auprès des services préfectoraux permit de révéler que la délivrance d'une telle carte de séjour résultait d'une erreur matérielle. Le 23 septembre 2009, une nouvelle carte de séjour portant la mention «vie privée et familiale» fut délivrée au requérant. Cette carte était valable rétroactivement à compter de juin 2009 pour un an et permettait au requérant de travailler.

Le requérant n'obtint pas le renouvellement de ce titre de séjour à la date d'échéance de celui-ci, le 15 juin 2010, en raison d'un différend concernant les pièces à fournir pour l'obtenir. Le 14 octobre 2010, l'administration procéda au renouvellement du titre de séjour du requérant valable du 16 juin 2010 au 15 juin 2011, puis jusqu'au 15 juin 2012. Le requérant est

désormais titulaire d'une carte de séjour renouvelable portant mention « vie privée et familiale ».

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

25. La Guyane est un département et région d'outre-mer (DROM) français. L'article 73 de la Constitution dispose que dans les départements et les régions d'outre-mer les lois et règlements sont applicables de plein droit, tout en prévoyant qu'ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. En matière de droit des étrangers, le régime applicable en outre-mer est le droit commun prévu par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), avec des spécificités.

A. Dispositions relatives au séjour des étrangers

26. Les dispositions pertinentes du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) sont les suivantes, dans la version en vigueur à l'époque des faits :

Article L. 313-11

« Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit :

1° A l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire (...), dont l'un des parents au moins est titulaire de la carte de séjour temporaire ou de la carte de résident (...);

2° A l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire (...), qui justifie par tout moyen avoir résidé habituellement en France avec au moins un de ses parents légitimes, naturels ou adoptifs depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans, la filiation étant établie dans les conditions prévues à l'article L. 314-11 ; la condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigée ; »

Article L. 511-4

« Ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure de reconduite à la frontière en application du présent chapitre :

(...);

2° L'étranger qui justifie par tous moyens résider habituellement en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans ;

(...) »

27. Ces dispositions sont applicables sur l'ensemble du territoire français, y compris en outre-mer.

B. Les mesures d'éloignement et le recours devant le tribunal administratif

1. Le droit commun

28. A l'époque des faits, cette matière était régie par le livre V du CESEDA, issu de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 et consacré aux mesures d'éloignement. Celles-ci comportaient notamment l'obligation de quitter le territoire français (article L. 511-1-I) et la reconduite à la frontière (article L. 511-1-II).

29. L'étranger qui ne pouvait justifier être entré régulièrement sur le territoire français ou qui s'y était maintenu illégalement, et qui ne pouvait être autorisé à y demeurer à un autre titre, pouvait faire l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français, et en particulier d'un APRF (articles L. 511-1 à L. 511-3 du CESEDA).

30. Si l'étranger était placé en rétention administrative, il recevait notification de ses droits et pouvait bénéficier d'une assistance juridique fournie par une association présente en centre de rétention. Il s'agit de personnes morales ayant conclu une convention avec le ministre chargé de l'asile et ayant pour mission d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits. En 2007, seule le Comité Inter-Mouvements Auprès des Évacués (CIMADE) était présent dans les centres de rétention administratifs français. Depuis 2010, quatre autres associations interviennent : l'Ordre de Malte, l'Association Service Social Familial Migrants (ASSFAM), France Terre d'Asile et Forum des Réfugiés.

31. L'APRF pouvait faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif dans le délai de quarante-huit heures suivant sa notification (article L. 512-2 du CESEDA). Ce recours suspendait l'exécution de la mesure d'éloignement, sans pour autant faire obstacle au placement de l'étranger en rétention administrative. L'étranger ne pouvait être éloigné avant l'expiration du délai de recours et, si le juge était saisi, avant qu'il ne statue (article L. 512-3 du CESEDA). La décision fixant le pays de renvoi constituait une décision distincte de la mesure d'éloignement elle-même. Si elle était contestée en même temps que l'APRF, le recours était également suspensif (article L. 513-3 du CESEDA).

32. Il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir, à savoir un recours en annulation, sans conclusions indemnitaires. La décision prise par le juge administratif portait donc sur la seule légalité de l'acte attaqué. Le juge exerçait un contrôle de proportionnalité entre la ou les libertés fondamentales invoquées par l'étranger et les motifs d'ordre public. Lorsqu'il était saisi de conclusions aux fins d'annulation de la décision fixant le pays de renvoi, le

juge exerçait un contrôle au regard de l'article 3 de la Convention. Il exerçait également un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée à la vie privée ou familiale de l'étranger, garantie par l'article 8 de la Convention, et les buts poursuivis par la mesure d'éloignement.

33. Le juge administratif saisi disposait d'un délai de soixante-douze heures pour statuer.

34. Le jugement rendu par le tribunal administratif était susceptible d'appel dans un délai d'un mois devant le président de la cour administrative d'appel territorialement compétent ou la personne déléguée par lui. Cet appel n'était pas suspensif (article R. 776-19 du code de justice administrative).

35. Les conséquences de l'annulation d'un APRF étaient prévues par l'article L. 512-4 du CESEDA. Tout d'abord, une telle invalidation mettait fin aux mesures éventuelles de rétention administrative ou d'assignation à résidence. Ensuite, l'étranger était muni d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que l'autorité administrative ait à nouveau statué sur son cas. Enfin, le juge de la reconduite à la frontière ne se bornait pas à renvoyer l'étranger vers l'administration. En application de l'article L. 911-2 du code de justice administrative, il enjoignait également au préfet de se prononcer sur le droit de l'intéressé à un titre de séjour «qu'il ait été ou non saisi d'une telle demande» et fixait un délai dans lequel la situation de l'intéressé devait être réexaminée (voir, par exemple, Conseil d'Etat, 13 octobre 2006, req. n° 275262, *M. Abid A.*).

36. En revanche, le jugement du tribunal administratif annulant un APRF ne contraignait pas le préfet à remettre un titre de séjour à l'intéressé dans la mesure où le juge n'annulait pas un refus de titre de séjour (voir l'arrêt de principe rendu par le Conseil d'Etat, 22 février 2002, req. n° 224496, *M. Dieng*, suivi d'autres). Ceci était applicable même lorsque l'annulation contentieuse était fondée sur un motif de fond, notamment sur la violation de l'article 8 de la Convention. Ainsi, selon la jurisprudence, un nouvel examen de la situation de l'intéressé suffisait à la complète exécution de la décision juridictionnelle annulant la mesure d'éloignement pour un motif de fond. Toutefois, le principe d'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que l'autorité administrative prenne une nouvelle mesure d'éloignement sur le même motif sans faire état d'un changement de circonstances.

37. Ces dispositions (paragraphe 28 à 36 ci-dessus) ont été partiellement modifiées par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, qui unifie la procédure d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Les solutions dégagées précédemment par la jurisprudence relative aux APRF sont en général transposables à la situation actuelle.

2. *Le droit applicable en Guyane*

38. Les dispositions pertinentes du CESEDA se lisent comme suit, dans la version en vigueur à l'époque des faits :

Article L. 514-1

« Pour la mise en œuvre du présent titre, sont applicables en Guyane et à Saint-Martin, les dispositions suivantes :

1° Si l'autorité consulaire le demande, la mesure de reconduite à la frontière ne peut être mise à exécution avant l'expiration du délai d'un jour franc à compter de la notification de l'arrêté ;

2° Sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, l'étranger qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure administrative de reconduite à la frontière et qui défère cet acte au tribunal administratif peut assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution.

En conséquence, les dispositions des articles L. 512-1 et L. 512-2 à L. 512-4 [qui prévoient qu'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière peut être contesté devant le tribunal administratif dans un délai de 48 heures et que ce recours suspend l'exécution de la mesure de renvoi] ne sont pas applicables en Guyane ni à Saint-Martin. »

39. Contrairement au droit commun (paragraphe 31 ci-dessus), le recours devant le tribunal administratif n'est donc pas suspensif de l'exécution de la mesure d'éloignement. Cette exception, mise en place à l'origine pour une période limitée, a été rendue pérenne pour la Guyane par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

40. Saisi dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution française prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a validé ce dispositif. Dans sa décision n° 2003-467 du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel, tout en se prononçant sur la conformité avec l'article 73 de la Constitution, a en effet relevé que :

« [L]es articles 141 et 142 [de la loi pour la sécurité intérieure] pérennisent en Guyane et dans la commune de Saint-Martin en Guadeloupe les dispositions dérogatoires (...); qu'en vertu de ces dispositions, les refus de délivrance de titre de séjour à certains étrangers ne sont pas soumis pour avis à la commission du titre de séjour prévue par l'article 12 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et le recours dirigé contre un arrêté de reconduite d'un étranger à la frontière ne revêt pas de caractère suspensif ;

Considérant que les députés requérants soutiennent qu'en pérennisant un tel régime, les articles 141 et 142 méconnaissent « des droits et garanties constitutionnellement protégés, tels que les droits de la défense » et vont au-delà des adaptations au régime législatif des départements d'outre-mer autorisées par l'article 73 de la Constitution ;

Considérant que le législateur a pu, pour prendre en compte la situation particulière et les difficultés durables du département de la Guyane et, dans le département de la Guadeloupe, de la commune de Saint-Martin, en matière de circulation internationale

des personnes, y maintenir le régime dérogatoire institué par les articles 12 quater et 40 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis ; que les intéressés conserveront un droit de recours juridictionnel contre les mesures de police administrative ; qu'ils auront notamment la faculté de saisir le juge des référés administratifs ; que le législateur n'a pas non plus porté atteinte au principe constitutionnel d'égalité compte tenu de cette situation particulière, laquelle est en relation directe avec l'objectif qu'il s'est fixé de renforcer la lutte contre l'immigration clandestine ; que les adaptations ainsi prévues ne sont pas contraires à l'article 73 de la Constitution ; (...)

41. En matière d'éloignement d'étrangers, la législation française prévoit, de façon analogue, des régimes d'exception concernant six autres départements-régions et collectivités d'outre-mer (Guadeloupe, Mayotte, îles Wallis et Futuna, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Polynésie française) ainsi que la Nouvelle-Calédonie.

C. Les demandes en référé

42. Comme sur le reste du territoire français, les dispositions concernant les demandes en référé suspension et en référé liberté sont applicables de plein droit en Guyane. Les dispositions pertinentes du code de justice administrative (CJA) sont libellées de la façon suivante :

Article L. 521-1

« Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision. »

Article L. 521-2

« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

43. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA d'une affaire concernant la Guyane, le Conseil d'Etat a rappelé que :

« l'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à

un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre; qu'il appartient au juge des référés, saisi d'une demande de suspension d'une décision refusant la délivrance d'un titre de séjour, d'apprécier et de motiver l'urgence compte tenu de l'incidence immédiate du refus de titre de séjour sur la situation concrète de l'intéressé; que l'article L. 514-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ayant écarté l'application en Guyane de l'article L. 512-1 du même code, le recours d'un étranger dirigé contre une décision de refus de séjour assortie d'une obligation de quitter le territoire français mentionnant le pays de destination ne suspend pas l'exécution de l'obligation de quitter le territoire français.»

44. Le Conseil d'Etat a ensuite estimé, dans ces circonstances, que :

«la perspective de la mise en œuvre à tout moment de la mesure d'éloignement (...) est de nature à caractériser une situation d'urgence ouvrant au juge des référés le pouvoir de prononcer la suspension de l'exécution de la décision de refus de séjour assortie d'une obligation de quitter le territoire français en application des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative» (Conseil d'Etat, 9 novembre 2011, *M. Takaram A.*, n° 346700, recueil Lebon).

D. L'avis n° 2008-9 de la Commission nationale de déontologie de la sécurité

45. Saisie le 23 janvier 2008, la Commission nationale de déontologie de la sécurité a enquêté sur les conditions dans lesquelles M. C.D., ressortissant brésilien, avait été interpellé le 12 novembre 2007 par la brigade mobile de recherche de la direction départementale de la police aux frontières de Guyane, placé en garde à vue puis en rétention dans l'attente d'une mesure d'éloignement, et était ensuite décédé six heures après son hospitalisation au centre hospitalier de Cayenne.

46. Dans son avis, adopté le 1^{er} décembre 2008, la Commission nationale de déontologie de la sécurité constatait notamment que :

«l'existence, au sein de la PAF [police aux frontières] de Guyane, à partir de 2006 et jusqu'au 30 janvier 2008 – date de la dissolution des deux groupes de voie publique de la BMR [brigade mobile de recherche] – d'une organisation matérielle et informatique du service qui, sous couvert d'une régularité formelle des procédures, violait de manière systématique tous les principes de la procédure pénale et particulièrement les droits les plus élémentaires des personnes appréhendées, (...) par des mentions horaires volontairement faussées ou des réponses négatives pré-imprimées prêtées aux personnes gardées à vue ou placées en rétention, avant même ou sans qu'elles aient pu formuler leurs propres *desiderata* en matière d'exercice de leurs droits.

Du fait du caractère systématique et de la durée de ces violations de la loi, (...) la Commission recommand[ait] très fermement que (...):

des poursuites disciplinaires soient engagées à l'encontre de tous ceux (...) qui les ont instaurées, mises en pratique ou qui ont accepté qu'elles se perpétuent sur une longue période (...)

Plus généralement, la Commission demand[ait] qu'il soit rappelé (...) à tous ceux qui servent outre-mer, que :

(...)

en matière de lutte contre le séjour irrégulier, le nombre des reconduites effectives exigé par l'administration centrale ne doit en aucun cas nuire à la qualité et à la régularité des procédures ;

quelle que soit la voie légale utilisée après l'interpellation – garde à vue, vérification d'identité, placement en rétention – chacune est porteuse de droits pour la personne retenue, droits qu'il appartient aux officiers de police judiciaire de notifier réellement, dans une langue comprise par l'étranger, pour en permettre l'exercice effectif et non le simulacre.»

III. TEXTES ET PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Textes du Conseil de l'Europe

1. *Le Comité des Ministres*

47. Le 4 mai 2005, le Comité des ministres adopta «Vingt principes directeurs sur le retour forcé». Les principes pertinents se lisent comme suit :

«Principe 2. Adoption de la décision d'éloignement

Les décisions d'éloignement ne doivent être prises qu'en application d'une décision conforme à la loi.

1. Une décision d'éloignement ne doit être prise que si les autorités de l'Etat d'accueil ont pris en considération toutes les informations pertinentes dont elles disposent et qu'elles sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que le respect ou la mise en œuvre de cette décision n'exposera pas la personne devant être éloignée :

a. à un risque réel d'être exécutée ou soumise à la torture ou à des traitements ou peines inhumains ou dégradants ;

b. à un risque réel d'être tuée ou soumise à des traitements inhumains ou dégradants par des agents non étatiques, si les autorités de l'Etat de retour, les partis ou les organisations qui contrôlent l'Etat ou une portion substantielle de son territoire, y compris les organisations internationales, n'ont pas la possibilité ou la volonté de fournir une protection adéquate et efficace ; ou

c. à d'autres situations qui, conformément au droit international ou à la législation nationale, justifieraient qu'une protection internationale soit accordée.

2. La décision d'éloignement ne doit être prise que si les autorités de l'Etat d'accueil sont convaincues, en tenant compte de toutes les informations pertinentes à leur disposition, qu'une éventuelle interférence dans le droit au respect de la vie familiale

et/ou privée de la personne éloignée est, en particulier, proportionnée et poursuit un but légitime.

(...)

Principe 5. Recours contre une décision d'éloignement

1. Dans la décision d'éloignement ou lors du processus aboutissant à la décision d'éloignement, la possibilité d'un recours effectif devant une autorité ou un organe compétent composé de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance doit être offerte à la personne concernée. L'autorité ou l'organe compétent doit avoir le pouvoir de réexaminer la décision d'éloignement, y compris la possibilité d'en suspendre temporairement l'exécution.

2. Le recours doit offrir les garanties de procédure requises et présenter les caractéristiques suivantes :

- le délai d'exercice du recours ne doit pas être déraisonnablement court ;
- le recours doit être accessible, ce qui implique notamment que, si la personne concernée par la décision d'éloignement n'a pas suffisamment de ressources pour disposer de l'aide juridique nécessaire, elle devrait obtenir gratuitement cette aide, conformément à la législation nationale pertinente en matière d'assistance judiciaire ;
- si la personne fait valoir que son retour entraînera une violation des droits de l'homme visés au principe directeur 2.1, le recours doit prévoir l'examen rigoureux de ces allégations.

3. L'exercice du recours devrait avoir un effet suspensif si la personne à éloigner fait valoir un grief défendable prétendant qu'elle serait soumise à des traitements contraires aux droits de l'homme visés au principe directeur 2.1.»

2. Le Commissaire aux droits de l'homme

48. Le Commissaire aux droits de l'homme a formulé une recommandation relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion (CommDH(2001)19). Cette recommandation du 19 septembre 2001, inclut en particulier les éléments suivants :

« 11. Il est indispensable de non seulement garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la CEDH, lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la CEDH. Ce droit à un recours effectif doit être garanti à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refoulement ou d'expulsion du territoire. Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la CEDH. »

B. La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (« Directive retour »)

49. Les parties pertinentes des articles 5, 12 et 13 de la directive sont libellées comme suit :

Article 5

Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé

«Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les Etats membres tiennent dûment compte :

- a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,
- b) de la vie familiale,
- c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, et respectent le principe de non-refoulement.»

Chapitre III

Garanties procédurales

Article 12

Forme

« 1. Les décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement sont rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles.

(...)»

Article 13

Voies de recours

« 1. Le ressortissant concerné d'un pays tiers dispose d'une voie de recours effective pour attaquer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, devant une autorité judiciaire ou administrative compétente ou une instance compétente composée de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance.

2. L'autorité ou l'instance visée au paragraphe 1 est compétente pour réexaminer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, et peut notamment en suspendre temporairement l'exécution, à moins qu'une suspension temporaire ne soit déjà applicable en vertu de la législation nationale.

(...)»

C. Observations finales du Comité des droits de l'homme des Nations unies sur le quatrième rapport périodique de la France

50. Conformément à l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les 9 et 10 juillet 2008, le Comité des droits de l'homme a examiné le quatrième rapport périodique de la France (CCPR/C/FRA/4). Le 22 juillet 2008, il a adopté ses observations finales sur ce rapport (CCPR/C/FRA/CO/4), dont les extraits pertinents se lisent comme suit :

« (...) aucun recours en justice n'est ouvert pour les personnes expulsées à partir (...) de Mayotte, ce qui serait le cas de 16 000 adultes et de 3 000 enfants chaque année, ni à partir de la Guyane française (...) »

L'Etat partie devrait veiller à ce que la décision de renvoyer un étranger, y compris un demandeur d'asile, soit prise à l'issue d'une procédure équitable qui permet d'exclure effectivement le risque réel de violations graves des droits de l'homme dont l'intéressé pourrait être victime à son retour. Les étrangers sans papiers et les demandeurs d'asile doivent être correctement informés de leurs droits, lesquels doivent leur être garantis, y compris du droit de demander l'asile, et bénéficier d'une aide juridictionnelle gratuite. L'Etat partie devrait également veiller à ce que tous les individus frappés d'un arrêté d'expulsion disposent de suffisamment de temps pour établir une demande d'asile, bénéficient de l'assistance d'un traducteur et puissent exercer leur droit de recours avec effet suspensif. » (Le dernier paragraphe apparaît en caractères gras dans le texte d'origine.)

EN DROIT

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

51. Dans sa plaidoirie devant la Grande Chambre, le Gouvernement soulève une exception préliminaire relative au grief tiré de l'article 8 de la Convention. Or, dans son arrêt du 30 juin 2011, la chambre a déclaré recevable le grief tiré de l'absence de recours effectif (articles 13 et 8 de la Convention combinés) et irrecevable le grief tiré de l'existence d'une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant (article 8 de la Convention pris isolément). La chambre a en effet rejeté ce dernier grief comme étant incompatible *ratione personae* avec la Convention, le requérant ne pouvant être considéré comme « victime » au sens de l'article 34. Aussi la Grande Chambre n'examinera que le grief déclaré recevable par la chambre, car « l'affaire » renvoyée devant la Grande Chambre est la requête telle qu'elle a été déclarée recevable par la chambre (voir, parmi d'autres, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, §§ 140-141, CEDH 2001-VII, et *Taxquet c. Belgique* [GC], n° 926/05, § 61, CEDH 2010).

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

52. Le requérant se plaint de ne pas avoir bénéficié en droit français d'un recours effectif pour faire valoir le grief tiré d'une ingérence illégale dans son droit au respect à la vie privée et familiale en raison de la mesure d'éloignement vers le Brésil. Il invoque l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8, qui se lisent comme suit :

Article 8

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

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

Article 13

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

A. L'arrêt de la chambre

53. Dans son arrêt du 30 juin 2011, la chambre a constaté qu'en l'espèce le tribunal administratif de Cayenne a annulé l'arrêté préfectoral portant reconduite à la frontière (APRF) pour illégalité le 18 octobre 2007, soit près de neuf mois après que le requérant eut été reconduit au Brésil. Elle a également relevé que le requérant s'est vu délivrer seulement le 16 juin 2009 un titre de séjour lui permettant de résider légalement en Guyane. A partir de ces éléments, la chambre a considéré qu'au moment où le requérant a été reconduit à destination du Brésil une question sérieuse se posait quant à la compatibilité de son renvoi avec l'article 8 de la Convention. Elle a estimé que le requérant conservait un grief « défendable » aux fins de l'article 13 de la Convention et au sens de la jurisprudence de la Cour. Poursuivant, par conséquent, l'examen au fond du grief, la chambre s'est prononcée ensuite sur l'effectivité du recours dont le requérant a bénéficié en Guyane. Elle a relevé à cet égard que le recours que le requérant a exercé devant le tribunal

administratif de Cayenne lui a permis de faire reconnaître l'illégalité de l'arrêté préfectoral et, par la suite, de se faire délivrer un titre de séjour même si, en l'absence d'effet suspensif, la juridiction ne s'est pas prononcée avant la reconduite à la frontière. Elle a noté ensuite que l'éloignement litigieux n'a pas entraîné de rupture durable du lien familial, puisque le requérant a pu revenir en Guyane quelque temps après son expulsion, même si cela s'est produit de façon clandestine, et a obtenu un titre de séjour. Compte tenu notamment de la marge d'appréciation dont disposent les Etats en la matière, la chambre a conclu à l'absence de violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8.

B. Les arguments des parties devant la Grande Chambre

1. Le Gouvernement

a) Sur la qualité de victime du requérant

54. Le Gouvernement plaide la perte de la qualité de « victime » du requérant au sens de l'article 34 de la Convention et de la jurisprudence de la Cour.

Il soutient qu'en l'espèce les autorités nationales ont reconnu puis réparé la violation alléguée au regard de l'article 13 combiné avec l'article 8 en régularisant la situation du requérant par un titre de séjour. De plus, en dépit de l'exécution de la mesure de reconduite à la frontière, le tribunal administratif s'est prononcé sur l'annulation de la décision et n'a pas statué par un non-lieu, ce qui montrerait le caractère effectif du recours.

55. A l'audience, le Gouvernement a également fait valoir que le requérant se trouvait en situation irrégulière au moment de son interpellation en raison de sa propre négligence, puisqu'il avait omis de faire une demande de régularisation de sa situation administrative, alors qu'il pouvait bénéficier de plein droit d'un titre de séjour. Il s'ensuit, pour le Gouvernement, que la présente affaire se distingue fondamentalement de l'affaire *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. France* (n° 25389/05, CEDH 2007-II), dans laquelle le requérant, ressortissant érythréen, demandait l'admission sur le territoire français au titre de l'asile. Or, le défaut d'effet suspensif du recours exercé à l'encontre du refus d'admission, en l'absence de la mesure provisoire prononcée par la Cour, n'aurait pas permis aux autorités nationales de réparer la violation alléguée au regard de l'article 3 de la Convention. Le requérant conservait donc un grief défendable, ce qui ne serait pas le cas dans la présente espèce.

b) Sur l'observation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8

56. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement expose que le caractère suspensif ne conditionne pas en principe l'effectivité du recours au regard de l'article 13, sauf lorsque son absence pourrait entraîner des « conséquences potentiellement irréversibles », sous l'angle de l'article 3 de la Convention et de l'article 4 du Protocole n° 4. Dans la présente affaire, la décision de reconduite à la frontière a été contestée devant le juge administratif, qui l'a annulée, permettant au requérant de revenir en Guyane. Le requérant a donc eu à sa disposition un recours effectif. Le Gouvernement souligne en effet qu'en l'espèce, le lien familial n'a pas été durablement rompu, et que la mesure de reconduite n'a pas produit d'effets irréversibles. Au moment de la reconduite, le requérant était âgé de dix-huit ans, célibataire, sans enfant et en bonne santé. Il a été reconduit vers le pays où vivaient ses grands-parents et, quelques mois après la mesure d'éloignement, il a été en mesure de regagner la Guyane, où il a repris le cours de sa vie, sans incident. Il s'ensuit, selon le Gouvernement, que le requérant a bénéficié d'un recours effectif.

De plus, le Gouvernement estime que la chambre a suivi une logique *a priori*. Elle a en effet considéré qu'en principe une ingérence de l'autorité au regard de l'article 8 ne possède pas de caractère irréversible, sauf à considérer l'hypothèse de la fin tragique de l'individu ou un cas de très grande vulnérabilité. Or, le Gouvernement considère que ces cas spécifiques ne manqueraient pas d'entrer dans le champ de l'article 3 de la Convention et disposeraient donc d'un effet suspensif automatique. Le cas du requérant relève sans conteste de l'article 8, et illustre le principe de l'absence de conséquences potentiellement irréversibles.

57. Selon le Gouvernement, le requérant n'a pas démontré en quoi une atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale aurait des conséquences irréversibles. Si son retour clandestin a pu comporter des risques, le fait de se placer dans l'illégalité sans même attendre la décision du tribunal administratif ne peut relever que de la responsabilité du requérant. Enfin, le Gouvernement précise qu'après le jugement rendu par le tribunal, le requérant a fait l'objet d'une autorisation provisoire de séjour. Si l'administration n'a pu délivrer un titre de séjour que le 16 juin 2009, ce n'est qu'en raison de la négligence du requérant qui n'a pas jugé utile de fournir les pièces demandées par l'administration et n'a mis aucun empressement à régulariser sa situation, alors qu'il était invité à le faire.

58. Le Gouvernement estime que le régime d'exception guyanais relève de la marge d'appréciation dont les Etats disposent pour honorer les obligations au regard de l'article 13 de la Convention. L'aménagement

au principe de l'effet suspensif du recours se justifie en Guyane par des contraintes particulières en matière d'immigration illégale. Celle-ci, tout comme les réseaux criminels qui la favorisent, est encouragée par la topographie particulière de la Guyane, qui rend les frontières perméables et impossibles à contrôler efficacement. De plus, compte tenu du nombre important d'arrêtés de reconduite à la frontière pris par le préfet de Guyane, instituer un recours suspensif pourrait entraîner un engorgement accru des juridictions et entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la justice. L'exception au caractère suspensif des recours serait aussi justifiée par la nécessité de maintenir une situation équilibrée dans ce département, ainsi que par les relations bilatérales étroites que la France entretient avec les pays limitrophes de la Guyane.

59. En tout état de cause, s'il n'existe pas un recours suspensif de plein droit, l'introduction d'une demande de référé suspension est largement utilisée, y compris par le requérant. A l'audience, le Gouvernement a d'ailleurs indiqué que la portée exacte de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat en la matière reste à définir, s'agissant d'une jurisprudence récente. Le Gouvernement a expliqué que cet arrêt tend à conférer au juge des référés le pouvoir de prononcer la suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement lorsque celle-ci peut être mise en œuvre à tout moment et qu'il est fait état d'un doute sérieux quant à sa légalité (paragraphe 43 et 44 ci-dessus).

60. Quant à la cohérence de la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement considère qu'elle est assurée. Ainsi, le caractère suspensif ne s'impose pas au regard de l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention. En effet, dans ce cadre, la Cour opère un véritable contrôle de proportionnalité de la mesure de reconduite à la frontière par rapport au but poursuivi. Pour ce faire, la Cour applique les critères définis par sa jurisprudence (notamment *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, CEDH 2001-IX). En la matière l'effet suspensif ne conditionne donc pas le caractère effectif du recours. A l'audience, le Gouvernement a ajouté qu'une modification de ce principe porterait atteinte à la cohérence et à la lisibilité de la jurisprudence de la Cour.

61. Le Gouvernement conclut en invitant la Cour à confirmer l'arrêt rendu par la chambre.

2. Le requérant

a) Sur la qualité de victime du requérant

62. Le requérant estime que, comme dans l'affaire *Gebremedhin [Gaberamadhién]* précitée, il a conservé la qualité de victime au sens de

l'article 34 de la Convention. Selon lui, la violation alléguée sur le terrain de l'article 13 combiné avec l'article 8 s'était déjà produite au moment où le jugement du tribunal administratif est intervenu. Lors de l'audience, il a expliqué que, lorsqu'il a été interpellé et éloigné, il venait d'avoir dix-huit ans, et disposait donc, selon le droit français, d'un délai pour régulariser sa situation, jusqu'en juin 2007 (paragraphe 26 et 27 ci-dessus). Malgré cela, l'éloignement a eu lieu, obligeant le requérant à prendre le risque de revenir en Guyane clandestinement, en payant un passeur.

Se référant à la conclusion à laquelle la chambre est parvenue dans son arrêt, le requérant soutient que son grief revêtait un caractère défendable et posait une question sérieuse au moment de son éloignement.

b) Sur l'observation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8

63. Le requérant critique le régime d'exception existant en Guyane auquel il a été soumis et soutient ne pas avoir pu bénéficier d'un recours effectif pour faire valoir son grief tiré de l'article 8 de la Convention.

64. Il explique d'abord que, contrairement à ce qui a été décidé par l'arrêt de la chambre, la violation du droit au respect de la vie privée et familiale peut entraîner des conséquences potentiellement irréversibles en matière d'éloignement des étrangers. Dans son cas, les conséquences auraient pu être irréversibles et le sont en tout cas psychologiquement. Elles ne sauraient être évaluées *a posteriori* et par rapport à la chance qu'il a eue de pouvoir revenir en Guyane à la suite d'un éloignement illégal. L'on ne saurait pas non plus se satisfaire du fait que le requérant a dû payer un passeur pour revenir en Guyane, en prenant de grands risques, alors que, pour exécuter la décision du tribunal, l'administration a mis deux ans au lieu des trois mois alloués. Selon le requérant, ce délai de deux ans pour l'obtention du titre de séjour est dû à des relations « tendues » avec l'administration, celle-ci réclamant notamment de nombreux documents pas toujours pertinents.

65. Le requérant se réfère à la réalité de la situation en Guyane, où, parmi les quarante mille étrangers en séjour irrégulier, dix mille sont reconduits chaque année. Selon le requérant, de tels chiffres rendent impossible tout contrôle individuel préalable à l'éloignement. La plupart des mesures d'éloignement seraient exécutées en moins de quarante-huit heures et ne feraient l'objet que d'un contrôle très formel, la plupart étant signées à la chaîne, comme le révèle une enquête menée par la Commission nationale de déontologie de la sécurité (paragraphe 45 et 46 ci-dessus). Elles concerneraient toutes sortes de cas, y compris celui de parents laissant des enfants isolés qui sont ensuite placés auprès des services sociaux, ce qui porte atteinte irrémédiablement à leur vie familiale. Ainsi, la potentialité

de conséquences irréversibles serait d'autant plus grande qu'aucun contrôle préalable n'est exercé, ni par l'administration ni par les juges.

66. Le requérant se réfère ensuite à la jurisprudence de la Cour en matière d'enlèvement international d'enfants, selon laquelle le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. Cette approche serait transposable en matière d'éloignement d'étrangers.

67. Par ailleurs, selon le requérant, la mise en place de l'exigence d'un recours suspensif en relation avec l'article 8 de la Convention suivrait la tendance jurisprudentielle amorcée par l'arrêt *Čonka c. Belgique* (n° 51564/99, CEDH 2002-I) et s'inscrirait logiquement dans le cadre du renforcement de la subsidiarité.

68. De plus, le requérant estime que la marge d'appréciation dont les Etats disposent en la matière ne saurait justifier le régime d'exception mis en place en Guyane au regard de l'engagement de la France de protéger les droits conventionnels.

69. Enfin, le requérant considère que l'arrêt rendu par la chambre est à contre-courant des exigences de l'Union européenne et en particulier de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil.

3. Le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), la Ligue des droits de l'homme (LDH) et le Comité Inter-Mouvements Auprès des Évacués (CIMADE), tiers intervenants

70. Dans une intervention conjointe, les tiers intervenants exposent qu'en matière de droit des étrangers, l'outre-mer se caractérise par des dispositifs dérogatoires au droit commun. Il s'agirait en réalité d'un laboratoire des politiques d'immigration et des pratiques policières. Ainsi, en Guyane notamment, et contrairement au territoire métropolitain, les forces de l'ordre peuvent procéder à des contrôles d'identité généralisés, sans réquisition préalable du procureur. Alors que les conditions de rétention sont peu satisfaisantes, la Guyane connaît des éloignements massifs et expéditifs. Depuis le centre de rétention guyanais, d'une capacité de 38 places, 6073 personnes ont été placées et 4057 reconduites en 2010, pour une durée moyenne de maintien en rétention de 1,4 jour. En 2010, seules 717 des 6073 personnes retenues (11,8 %) ont été présentées au juge des libertés et de la détention. Pour les tiers intervenants, seule l'absence de recours suspensif permet d'obtenir de tels résultats, au détriment de la protection des droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention. Cette absence de recours suspensif concerne même les étrangers invoquant une violation des articles 2 et 3 de la Convention ou de l'article 4 du Protocole n° 4, ce qui serait incompatible avec la jurisprudence de la Cour.

71. Les dérogations à l'effet suspensif de la procédure auraient pour finalité de faciliter les reconduites à la frontière, tout comme les méthodes policières utilisées. Ces dernières ont été critiquées par la Commission nationale de déontologie de la sécurité, qui a été saisie à plusieurs reprises en 2008 de cas graves (notamment décès après garde à vue et rétention). Le taux de reconduite du centre de rétention de Cayenne est de 80 % (pour environ 20 à 30 % en France métropolitaine). L'éloignement consistant souvent à faire traverser le fleuve aux personnes interpellées, il est alors très rapide (moins de quatre heures). Le Brésil est le seul pays avec lequel la France a conclu un accord de réadmission depuis la Guyane, ce qui permet une reconduite sans formalité des ressortissants brésiliens. Des départs vers le Brésil sont organisés quotidiennement et la brièveté du maintien en rétention rend difficile l'intervention de la CIMADE, chargée d'accompagner les personnes interpellées dans leurs démarches juridiques.

72. En pratique, la très grande majorité des reconduites s'effectue sans contrôle du juge et les mesures d'éloignement sont notifiées et exécutées sans qu'aucune garantie sérieuse de contrôle de leur légalité n'ait été mise en place. Ainsi, la CIMADE constate la reconduite de personnes ayant déposé un recours assorti d'une demande en référé avant, et même après, la notification de l'audience. Une fois le requérant reconduit, le référé est sans objet et le non-lieu à statuer est prononcé par le juge.

73. Les personnes retenues sollicitent souvent un recours gracieux auprès de la préfecture. Si la préfecture dispose d'un pouvoir discrétionnaire, il s'agit d'un des moyens d'intervention majeurs de la CIMADE qui donne de bons résultats, la situation personnelle des personnes retenues étant souvent grave.

74. Dans cette configuration, la CIMADE constate des atteintes à la vie privée et familiale des personnes retenues : enfants isolés et confiés à la hâte à des étrangers à la famille, scolarité interrompue, rupture brutale de la vie commune, séparation douloureuse des enfants, rupture de l'allaitement, etc. Elle mentionne des pratiques consistant à éloigner des milliers d'enfants, avec ou sans leurs parents, en les faisant passer par des centres de rétention inadaptés.

75. En conclusion, selon les tiers intervenants, l'instauration d'un recours suspensif contre les mesures d'éloignement relève de l'impérieuse nécessité. Son absence expose les personnes concernées à d'importantes et parfois irrémédiables atteintes à leurs droits et libertés fondamentaux et permet l'existence d'un droit d'exception sur un territoire français relevant de la juridiction de la Cour.

C. Appréciation de la Cour

1. Sur la qualité de victime du requérant

76. La Cour estime que l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement au titre de la perte de la qualité de victime est si étroitement liée à la substance du grief du requérant qu'il y a lieu de la joindre au fond de la requête.

2. Sur l'observation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8

a) Principes généraux applicables

77. Dans les affaires concernant le droit des étrangers, la Cour a constamment affirmé que, d'après 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, le séjour et l'éloignement des non-nationaux sur leur sol. La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier, et, lorsqu'ils assument leur mission de maintien de l'ordre public, les Etats contractants ont la faculté d'expulser un étranger délinquant. Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent avoir une base légale, poursuivre un but légitime et se révéler nécessaires dans une société démocratique, (*Boultif*, précité, § 46, et *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, § 54, CEDH 2006-XII).

En vertu de l'article 1 de la Convention, ce sont les autorités internes qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35 § 1 de la Convention (*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI).

78. La Cour l'a dit à de nombreuses reprises, l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils y sont consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié. La portée de l'obligation que l'article 13 fait peser sur les Etats contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant. Les Etats jouissent en effet d'une certaine marge d'appréciation

quant à la manière de se conformer aux obligations que leur impose cette disposition (*Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, § 48, CEDH 2000-VIII). Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit (*Kudla*, précité, § 157).

79. L'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. De même, l'« instance » dont parle cette disposition n'est pas nécessairement juridictionnelle. Cependant, ses pouvoirs et les garanties procédurales qu'elle présente entrent en ligne de compte pour déterminer si le recours est effectif (*Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 67, série A n° 28). S'agissant des « instances » non juridictionnelles, la Cour s'attache à en vérifier l'indépendance (voir, par exemple, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, §§ 77 et 81 à 83, série A n° 116, *Khan c. Royaume-uni*, n° 35394/97, §§ 44 à 47, CEDH 2000-V), ainsi que les garanties de procédure offertes aux requérants (voir, *mutatis mutandis*, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, §§ 152 à 154, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V). En outre, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul (*Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 69, CEDH 2000-V).

80. Pour être effectif, le recours exigé par l'article 13 doit être disponible en droit comme en pratique, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur (*Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, § 112, CEDH 1999-IV).

81. Une attention particulière doit aussi être prêtée à la rapidité du recours lui-même puisqu'il n'est pas exclu que la durée excessive d'un recours le rende inadéquat (*Doran c. Irlande*, n° 50389/99, § 57, CEDH 2003-X).

82. Lorsqu'il s'agit d'un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, compte tenu de l'importance que la Cour attache à cette disposition et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale (*Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, § 448, CEDH 2005-III), un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l'article 3 (*Jabari*, précité, § 50) ainsi qu'une célérité particulière (*Bati et autres c. Turquie*, n°s 33097/96 et 57834/00, § 136, CEDH 2004-IV). Dans ce cas, l'effectivité requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif (*Gebremedhin [Gaberamadhien]*, précité, § 66, et *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC],

n° 27765/09, § 200, CEDH 2012). Les mêmes principes s'appliquent lorsque l'expulsion expose le requérant à un risque réel d'atteinte à son droit à la vie, protégé par l'article 2 de la Convention. Enfin, l'exigence d'un recours de plein droit suspensif a été confirmée pour les griefs tirés de l'article 4 du Protocole n° 4 (*Čonka*, précité, §§ 81-83, et *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 206).

83. En revanche, s'agissant d'éloignements d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif. Il n'en demeure pas moins qu'en matière d'immigration, lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel une expulsion risque de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8 exige que l'Etat fournisse à la personne concernée une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour et d'obtenir un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes par une instance interne compétente fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité (*M. et autres c. Bulgarie*, n° 41416/08, §§ 122 à 132, 26 juillet 2011, et, *mutatis mutandis*, *Al-Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, § 133, 20 juin 2002).

b) Application de ces principes au cas d'espèce

84. La Cour relève que la question qui se pose concerne l'effectivité des recours exercés en Guyane par le requérant, dont l'éloignement était en cours, pour faire valoir un grief tiré de l'article 8 de la Convention. A cet égard, la Cour estime nécessaire de souligner à nouveau qu'en ce qui concerne les requêtes relatives à l'immigration, telles que celle du requérant, elle se consacre et se limite, dans le respect du principe de subsidiarité, à évaluer l'effectivité des procédures nationales et à s'assurer que ces procédures fonctionnent dans le respect des droits de l'homme (voir, *mutatis mutandis*, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, §§ 286-287, CEDH 2011, et *I.M. c. France*, n° 9152/09, § 136, 2 février 2012).

85. La Cour rappelle également que l'article 13 de la Convention ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours et que l'organisation des voies de recours internes relève de la marge d'appréciation des Etats (*Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 122, série A n° 215, et, parmi d'autres, *G.H.H. et autres c. Turquie*, n° 43258/98, § 36, CEDH 2000-VIII).

86. Dans la présente affaire, le requérant a exercé les voies de recours disponibles avant son éloignement dans le système en vigueur en Guyane : il a saisi le tribunal administratif d'un recours en excès de pouvoir à

l'encontre de l'APRF dont il avait fait l'objet, ainsi que d'une demande en référé suspension ; il a ensuite soumis, au même tribunal administratif, une demande en référé liberté.

87. La Cour doit dès lors rechercher si le requérant a bénéficié de garanties effectives le protégeant contre la mise en œuvre d'une décision d'éloignement prétendument contraire à l'article 8.

88. A cet égard, la Cour ne peut manquer de relever tout d'abord la chronologie de la présente affaire : interpellé le matin du 25 janvier 2007, le requérant fit l'objet d'un APRF et fut placé en rétention administrative le même jour à 10 heures, pour être ensuite éloigné le lendemain à 16 heures. Il a donc été éloigné de Guyane moins de trente-six heures après son interpellation.

La reconduite à la frontière a été prononcée par le préfet de Guyane au moyen d'un arrêté dont la Cour note, avec le requérant, le caractère succinct et stéréotypé de la motivation (paragraphe 17 ci-dessus). La Cour constate aussi que cet arrêté a été notifié au requérant immédiatement après son interpellation. Ces éléments paraissent révéler le caractère superficiel de l'examen de la situation du requérant effectué par l'autorité préfectorale.

89. La Cour note également qu'il existe un désaccord entre les parties quant à la raison pour laquelle le requérant a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière. Selon le Gouvernement, le requérant se trouvait en situation irrégulière par sa propre négligence, puisqu'il avait omis de régulariser sa situation administrative. Le requérant, en revanche, souligne que, puisqu'il se trouvait alors dans l'année suivant son dix-huitième anniversaire, il pouvait encore demander la régularisation de sa situation et qu'en tout état de cause il était protégé de tout éloignement du territoire français.

90. Or la Cour constate, comme cela a été allégué dès la première saisine des juridictions nationales par le requérant (paragraphe 18 ci-dessus), que quelle que soit la raison de l'irrégularité de la situation du requérant au moment de son interpellation, il était protégé de tout éloignement du territoire français par le droit national (voir l'article L. 511-4 du CESEDA). Cette analyse a été retenue par le tribunal administratif de Cayenne, qui, ayant examiné les éléments initialement fournis par le requérant, a prononcé par la suite l'illégalité de l'APRF (paragraphe 23 ci-dessus).

91. Ainsi, il est avéré que, dès le 26 janvier 2007, les autorités françaises étaient en possession des éléments tendant à établir que l'éloignement du requérant n'était pas prévu par la loi et pouvait donc constituer une ingérence illégale, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention (paragraphe 18 ci-dessus). A l'instar de la chambre, la Grande Chambre considère, par conséquent, qu'au moment où le requérant a été reconduit à destination

du Brésil, une question sérieuse se posait quant à la compatibilité de son éloignement avec l'article 8 de la Convention et estime que le grief soumis par le requérant sur ce point est dès lors « défendable » aux fins de l'article 13 (paragraphe 53 ci-dessus).

92. Envisageant ensuite les possibilités dont disposait le requérant pour contester la décision d'éloignement dont il avait fait l'objet, la Cour observe que l'intéressé, avec l'assistance de la CIMADE, a pu saisir le tribunal administratif de Cayenne. La Cour reconnaît que ce recours a été exercé devant un juge remplissant les conditions d'indépendance, d'impartialité et de compétence pour examiner les griefs tirés de l'article 8.

93. Toutefois, elle rappelle que, sans préjudice du caractère suspensif ou non des recours, l'effectivité requiert, pour éviter tout risque de décision arbitraire, que l'intervention du juge ou de « l'instance nationale » soit réelle.

94. En l'espèce, le dossier soumis à « l'instance nationale » compétente ne saurait être qualifié de particulièrement complexe. A cet égard, la Cour le réitère, les recours introduits comportaient une argumentation juridique précise dûment exposée par le requérant. Pour contester son éloignement, celui-ci avait en effet allégué à la fois la non-conformité à la Convention de la mesure prise ainsi que son illégalité au regard du droit national. Il s'était notamment référé à l'article L. 511-4 du CESEDA et il avait exposé de façon détaillée les éléments tendant à prouver que l'essentiel de sa vie privée et familiale s'était jusqu'alors déroulée en Guyane (paragraphe 18 ci-dessus), assurant ainsi une saisine suffisamment étayée de façon à faciliter l'examen du dossier (voir, *mutatis mutandis*, *I.M. c. France*, précité, § 155).

Ensuite et surtout, la Cour ne peut que constater que, ayant saisi le tribunal administratif le 26 janvier 2007¹ à 15 heures et 11 minutes, le requérant a été éloigné vers le Brésil le même jour à 16 heures. Aux yeux de la Cour, la brièveté de ce délai exclut toute possibilité pour le tribunal d'examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militent pour ou contre la violation de l'article 8 de la Convention en cas de mise à exécution de la décision d'éloignement.

Il en résulte donc qu'au moment de l'éloignement les recours introduits par le requérant et les circonstances concernant sa vie privée et familiale n'avaient fait l'objet d'aucun examen effectif par une instance nationale. En particulier, compte tenu du déroulement chronologique des faits de la présente espèce, la Cour ne peut que constater qu'aucun examen judiciaire des demandes du requérant n'a pu avoir lieu, ni au fond ni en référé.

95. Or, si la procédure en référé pouvait en théorie permettre au juge d'examiner les arguments exposés par le requérant ainsi que de prononcer, si

1. Rectifié le 18 décembre 2012: le texte était le suivant: « 26 janvier 2011 ».

nécessaire, la suspension de l'éloignement, toute possibilité à cet égard a été anéantie par le caractère excessivement bref du délai écoulé entre la saisine du tribunal et l'exécution de la décision d'éloignement. D'ailleurs, le juge des référés saisi n'a pu que déclarer sans objet la demande introduite par le requérant. Ainsi, l'éloignement du requérant a été effectué sur la seule base de la décision prise par l'autorité préfectorale.

Par conséquent, dans les circonstances de la présente espèce, la Cour estime que la hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre a eu pour effet en pratique de rendre les recours existants inopérants et donc indisponibles. Si la Cour reconnaît l'importance de la rapidité des recours, celle-ci ne saurait aller jusqu'à constituer un obstacle ou une entrave injustifiée à leur exercice, ni être privilégiée aux dépens de leur effectivité en pratique.

96. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la reconduite à la frontière du requérant a été effectuée selon une procédure mise en œuvre d'après des modalités rapides, voire expéditives. Ces circonstances n'ont pas permis au requérant d'obtenir, avant son éloignement, un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates de la légalité de la mesure litigieuse par une instance interne (paragraphe 79 ci-dessus).

97. Quant à la situation géographique de la Guyane, et à la forte pression migratoire subie par ce département-région d'outre-mer, le Gouvernement soutient que ces éléments justifieraient le régime d'exception prévu par la législation ainsi que son fonctionnement. Au vu du cas d'espèce, la Cour ne saurait souscrire à cette analyse. Certes, elle est consciente de la nécessité pour les Etats de lutter contre l'immigration clandestine et de disposer des moyens nécessaires pour faire face à de tels phénomènes, tout en organisant les voies de recours internes de façon à tenir compte des contraintes et situations nationales.

Toutefois, si les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur impose l'article 13 de la Convention, celle-ci ne saurait permettre, comme cela a été le cas dans la présente espèce, de dénier au requérant la possibilité de disposer en pratique des garanties procédurales minimales adéquates visant à le protéger contre une décision d'éloignement arbitraire.

98. Enfin, en ce qui concerne le risque d'engorgement des juridictions pouvant entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la justice en Guyane, la Cour rappelle que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition. A cet égard, il y a lieu de souligner l'importance de l'article 13

en vue du maintien du caractère subsidiaire du système de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Kudla*, précité, § 152, et *Čonka*, précité, § 84).

99. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour constate que le requérant n'a pas disposé en pratique de recours effectifs lui permettant de faire valoir le bien-fondé du grief tiré de l'article 8 de la Convention alors que son éloignement était en cours. Cela n'a pu être réparé par la délivrance ultérieure d'un titre de séjour.

100. Partant, la Cour estime qu'il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement tirée de la perte de la qualité de « victime » du requérant au sens de l'article 34 de la Convention.

Elle conclut à la violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

101. 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

102. Le requérant sollicite le versement de 32 000 euros (EUR) au titre de son préjudice matériel, ce montant comprenant notamment les frais qu'il explique avoir dû exposer pour vivre au Brésil pendant sept mois et pour revenir en fraude en Guyane. Il inclut également dans cette somme un dédommagement pour ne pas avoir pu suivre la formation prévue dans le cadre des obligations liées au contrôle judiciaire dont il faisait l'objet au moment de son éloignement ainsi que pour compenser le fait qu'il ne lui a pas été possible de travailler avant l'obtention d'un titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale ».

103. Il demande également 10 000 EUR pour préjudice moral.

104. Le Gouvernement estime que ces sommes sont manifestement excessives. S'agissant du dommage matériel, le Gouvernement rappelle que la violation alléguée concerne le renvoi du requérant vers le Brésil et non le titre de séjour qui lui a été octroyé. Il considère donc qu'il n'existe pas de lien entre l'impossibilité pour le requérant de travailler et une éventuelle violation de la Convention. Le Gouvernement expose au demeurant qu'au moment des faits le requérant n'avait pas d'activité professionnelle et qu'il n'était pas demandeur d'emploi.

105. En ce qui concerne le préjudice moral allégué, le Gouvernement estime qu'un constat de violation constituerait en soi une satisfaction équitable satisfaisante.

106. La Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué et rejette cette demande.

107. En revanche, la Cour considère que, dans les circonstances de la cause, le requérant a dû éprouver une angoisse certaine et faire face à des incertitudes qui ne sauraient être réparées par le seul constat de violation. En conséquence, statuant en équité comme le veut l'article 41, elle alloue au requérant la somme de 3 000 EUR en réparation du dommage moral.

B. Frais et dépens

108. Le requérant demande 2 500 EUR pour les frais et dépens engagés devant les juridictions internes. Il ne présente pas de justificatif à ce titre. Quant à la procédure devant la Cour, le conseil du requérant indique que son client était sans ressources et privé de la possibilité de travailler jusqu'en 2009. Le conseil indique donc avoir fait l'avance des frais et honoraires, et avoir établi les factures correspondantes, une pour la procédure devant la chambre et une deuxième pour celle devant la Grande Chambre. Il fournit ces deux factures à la Cour, présentant chacune un état prévisionnel détaillé et ventilé des dépenses. La première facture comporte un montant de 14 960 EUR, la deuxième 7 120 EUR, soit une somme totale de 22 080 EUR. De plus, le requérant explique avoir bénéficié de l'assistance judiciaire devant la Cour.

109. Le Gouvernement estime que ces montants sont disproportionnés. En ce qui concerne la procédure devant les juridictions internes, il expose notamment que les frais demandés ne correspondent pas aux critères énoncés par la jurisprudence de la Cour. Quant aux frais et dépens engagés devant la Cour, le Gouvernement estime que la somme de 3 000 EUR serait raisonnable pour couvrir les frais engagés, avant déduction des sommes perçues au titre de l'assistance judiciaire devant la Cour.

110. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, la Cour rejette la demande relative aux frais et dépens de la procédure nationale, pour laquelle aucun justificatif n'a été fourni.

111. Par ailleurs, vu la situation du requérant, d'abord éloigné vers le Brésil puis démuné de titre de séjour lui permettant de travailler en Guyane jusqu'en 2009, la Cour ne doute pas de son impécuniosité pendant cette période. Elle estime que, dans ces circonstances, il y a lieu d'allouer une somme au requérant au titre de l'avance sur honoraires que son conseil lui

a concédée. Il convient cependant de prendre en compte le fait que la Cour n'a conclu en l'espèce à la violation de la Convention que pour l'un des griefs développés par le requérant devant la Cour, celui tiré des articles 13 et 8 de la Convention combinés. Seuls sont recouvrables au titre de l'article 41 les frais et dépens raisonnables quant à leur montant et qui ont été réellement et nécessairement engagés pour amener la Cour à constater la violation. La Cour rejette en conséquence la demande pour le surplus (voir, *mutatis mutandis*, *I.M. c. France*, précité, § 171).

112. Compte tenu de ce qui précède et des documents en sa possession, la Cour estime raisonnable d'allouer au requérant la somme de 12 000 EUR au titre des frais et dépens pour la procédure devant la Cour. Quant à l'assistance judiciaire, la Cour constate que si une demande avait été initialement formulée par le requérant, ce dernier n'a ensuite pas effectué les formalités procédurales nécessaires. Par conséquent, aucun montant n'ayant été versé dans le cadre de l'assistance judiciaire devant la Cour, il n'y a lieu à déduire aucune somme à ce titre.

C. Intérêts moratoires

113. 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. *Joint au fond* l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement relative au grief tiré de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8 et la *rejette*;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8;
3. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes :
 - i. 3 000 EUR (trois mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
 - ii. 12 000 EUR (douze mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 13 décembre 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 de la juge Kalaydjieva ;
- opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le juge Vučinić.

N.B.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE KALAYDJIEVA

(Traduction)

La présente affaire ne soulève aucune question concernant l'existence ou non d'un recours interne qui aurait permis au requérant de faire valoir son grief défendable au regard de l'article 8. Le droit interne prévoyait officiellement des procédures de contrôle juridictionnel de la décision d'éloignement et donnait compétence aux juridictions internes pour suspendre l'exécution de cette décision en présence d'un risque d'arbitraire ou de violation des droits fondamentaux protégés par la Convention.

La question du caractère effectif de ces recours ne se pose qu'en raison de la latitude laissée à la police de renvoyer le requérant moins d'une heure après la tentative de celui-ci de se prévaloir de ces recours. Cette mesure hâtive a effectivement empêché tout véritable contrôle juridictionnel de la situation du requérant, et n'a donc laissé aucune chance raisonnable aux tribunaux de prévenir d'éventuelles violations des droits de l'intéressé par le prononcé d'une mesure provisoire.

La question n'est pas de savoir si la protection des droits du requérant appelait une mesure provisoire. Quel qu'ait été le risque encouru, rien ne permet de croire, en l'absence d'un examen ou de possibilité de contrôle, que la situation de l'intéressé aurait été examinée plus soigneusement s'il avait risqué d'être soumis à la torture et non « seulement » à une violation de ses droits découlant de l'article 8 de la Convention.

J'ai quelques hésitations concernant l'utilité du constat formulé au paragraphe 93 de l'arrêt: « l'effectivité requiert, pour éviter tout risque de décision arbitraire, que l'intervention du juge ou de « l'instance nationale » soit réelle ».

Dans quelle mesure l'intervention peut-elle être « réelle » lorsque la loi ménage des possibilités de passer outre ou de court-circuiter la compétence de l'instance nationale concernée ? A mon sens, seule une obligation légale imposant aux autorités de s'abstenir de renvoyer un individu, au moins jusqu'à ce que les tribunaux aient eu une chance raisonnable de décider si les circonstances justifiaient ou non de suspendre l'exécution, permettrait d'empêcher que cette situation se reproduise. A défaut, les personnes concernées devront se contenter d'un droit théorique de déposer des demandes urgentes auprès du tribunal administratif, qui « peut » à son tour décider d'exercer son pouvoir théorique d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision (paragraphe 42 de l'arrêt).

En ce qui concerne les conséquences des constats formulés ci-dessus, je partage entièrement les vues exprimées par mes éminents collègues, les

juges Spielmann, Berro-Lefèvre et Power, qui, dans leur opinion en partie dissidente commune jointe à l'arrêt de la chambre, ont dit :

« A l'heure où la Cour doit faire face à un accroissement important des demandes d'article 39 (mesures provisoires), – et qu'elle est appelée, bien malgré elle, à jouer de plus en plus le rôle des juridictions nationales –, l'instauration de recours suspensifs pourrait enrayer cette tendance : elle obligerait les Etats à renforcer les garanties offertes et le rôle des juridictions nationales, ainsi que, par conséquence, la subsidiarité de la Cour dans le sens préconisé par la déclaration d'Interlaken, repris avec force dans celle d'Izmir (voir le point A 3 de cette dernière déclaration). »

OPINION CONCORDANTE
DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE,
À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE VUČINIĆ

(Traduction)

L'affaire *De Souza Ribeiro* concerne le contrôle des migrants sans papiers et la protection de leur vie familiale. Le statut juridique des personnes qui vivent en marge de la société et ne rêvent que d'un lopin de terre¹ se trouve au cœur du litige. Le requérant alléguait que son droit à un recours effectif, qui lui aurait permis de se plaindre de la violation de son droit au respect de sa vie privée, avait été méconnu en raison d'une absence de recours suspensif contre la mesure d'éloignement du territoire guyanais prise à son encontre. Le Gouvernement soutenait qu'aucun recours suspensif n'était nécessaire puisqu'au moment de son éloignement le requérant ne courait aucun risque de subir un dommage irréversible. Il arguait en outre que la situation géographique spéciale de la Guyane justifiait l'absence dans la loi d'un recours suspensif contre l'éloignement de migrants sans papiers. Enfin, le Gouvernement estimait que la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») ne garantissait pas aux migrants un droit à un recours suspensif contre leur éloignement pour sauvegarder leur vie familiale.

Je souscris à la conclusion de la Grande Chambre selon laquelle le grief du requérant est dans l'ensemble fondé, mais deux raisons m'amènent à expliquer mon propre point de vue sur l'affaire. D'une part, l'arrêt rejette, dans son paragraphe crucial (paragraphe 83), une norme de protection des migrants qui est conforme au droit international relatif aux droits de l'homme et au droit international de la migration². D'autre part, il ne

1. L'image est tirée du passage remarquable du roman *Des souris et des hommes* de John Steinbeck (1937) dans lequel Crooks parle du rêve de George et Lennie, deux exclus travaillant comme journaliers : « J'ai vu des centaines d'hommes passer sur les routes et dans les ranches, avec leur baluchon sur le dos et les mêmes bobards dans la tête. (...) et chacun d'eux a son petit lopin de terre dans la tête. » Ces deux personnages personnifient, avec une grande puissance allégorique, la recherche inlassable des migrants d'un avenir meilleur.

2. Le terme migrant est employé dans son sens juridique strict, à distinguer du terme réfugié (en ce qui concerne le sens juridique du terme réfugié, voir mon opinion séparée jointe à l'arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CEDH 2012). Un migrant est un ressortissant d'un Etat tiers ou un apatride entré dans un pays étranger pour y vivre de façon permanente. Si le migrant a une « activité rémunérée », c'est un travailleur migrant. Lorsque l'entrée ou, par la suite, le séjour du migrant dans un pays étranger est dûment autorisé, il devient un migrant avec papiers. Lorsque l'entrée ou le séjour du migrant n'ont pas été autorisés ou ne le sont plus, il devient un migrant sans papiers. Cette expression « sans papiers » est couramment utilisée dans certains pays, principalement pour désigner les migrants qui ont perdu leur statut juridique. C'était le cas du requérant à l'époque des faits.

fournit aux autorités nationales aucune norme claire et définie, ce qui laisse la porte ouverte à un exercice casuistique du pouvoir d'appréciation des autorités nationales dans les affaires d'expulsion ou d'éloignement, avec un risque de dommages irréversibles pour la vie familiale du migrant.

Mon opinion comportera donc deux parties : dans la première, j'examinerai la nature du recours effectif contre l'expulsion ou l'éloignement des migrants sans papiers dans le droit international relatif aux droits de l'homme et dans le droit international de la migration et exposerai la norme au regard de la Convention ; dans la seconde, j'apprécierai les faits de l'espèce à la lumière des principes dégagés en tenant plus particulièrement compte de la situation personnelle du requérant à l'époque des faits, des caractéristiques de la politique de l'Etat défendeur en matière d'éloignement des migrants en Guyane, tant d'un point de vue juridique que *de facto*, et de la situation géographique exceptionnelle censée exister en Guyane.

L'expulsion des migrants sans papiers en droit international

En période de chômage et de contraintes budgétaires, les Etats s'abstiennent d'accorder aux migrants un accès égal aux droits civils et sociaux et privilégient leurs ressortissants par rapport aux migrants. Non seulement cette politique met à mal la cohésion sociale dans les pays européens, mais elle touche au cœur même du principe d'égalité. En ne reconnaissant pas les droits civils et sociaux des migrants sans papiers, les Etats deviennent moralement responsables de la marchandisation des personnes qui se situent tout en bas de l'échelle sociale. Cette responsabilité est non seulement morale mais également juridique. Comme l'a dit Cicéron, *Meminerimus autem etiam adversus infimos justitiam esse servandam*¹.

En fait, le droit international ne fait pas abstraction des migrants sans papiers. La protection de base offerte par les principaux traités relatifs aux droits de l'homme a peu à peu été étendue aux migrants sous l'égide du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des Nations unies², du Comité des droits de l'homme³, du Comité des droits de l'enfant⁴ et du

1. Cicéron, *De officiis* (Traité des devoirs), 1, 13 (41) : « Souvenons-nous aussi de respecter la justice même envers les plus humbles ».

2. CERD : Recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 1^{er} octobre 2004, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004), paragraphe 7, selon laquelle « les protections légales contre la discrimination raciale s'appliquent aux non-ressortissants indépendamment de leur statut quant à l'émigration ».

3. UNHRC : Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, 26 mai 2004, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, paragraphe 10, selon laquelle la jouissance des droits reconnus dans le Pacte, loin d'être limitée aux citoyens des Etats parties, doit être accordée aussi à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides.

4. UNCRC : Observation générale n° 5, Mesures d'application générales de la Convention relative

Comité des droits économiques, sociaux et culturels^{1,2}. De plus, on constate une tendance manifeste en droit international en faveur de l'émergence d'un statut juridique des migrants sans papiers, un vaste éventail de droits et de devoirs étant conférés aux personnes qui, pour une raison ou pour une autre, ont migré ou sont restées sans autorisation dans le pays hôte³.

Dans le cadre des Nations unies, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (« la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants »), adoptée par l'Assemblée générale dans sa Résolution 45/158 du 18 décembre 1990, constitue la principale norme du droit international de la migration⁴. Le but de la Convention des Nations unies se trouve

aux droits de l'enfant, 27 novembre 2003, UN Doc CRC/GC/2003/5, paragraphe 1, et Observation générale n° 6 : Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 1^{er} septembre 2005, UN Doc CRC/GC/2005/6, paragraphe 12, selon lesquelles la jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est pas limitée aux enfants de l'Etat partie et doit (...) être accessible à tous les autres enfants, y compris les enfants migrants.

1. CESCR : Observation générale n° 20 : La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2 juillet 2009, UN Doc E/C.12/CG/20, paragraphe 30, selon laquelle le motif de la nationalité ne doit pas empêcher l'accès aux droits consacrés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les droits visés s'appliquant à chacun, y compris aux travailleurs migrants, indépendamment de leur statut juridique.

2. S'appuyant sur le droit international relatif aux droits de l'homme, le Rapporteur spécial a conclu que « toute personne devait, en vertu de son humanité même, jouir de tous les droits fondamentaux. Il ne pouvait exceptionnellement être fait de distinctions – par exemple entre ressortissants et non-ressortissants – que pour servir un objectif légitime de l'Etat et ces distinctions devaient être proportionnées à la recherche de cet objectif ». « Les droits des non-ressortissants », rapport final du Rapporteur spécial, M. David Weissbrodt, Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 mai 2003, p. 2.

3. Il n'existe pas d'instrument international exhaustif unique réglementant la migration et établissant les droits et devoirs des migrants. Six instruments universels constituent la structure juridique de la protection des droits de l'homme des migrants et prévoient la coopération internationale pour la réglementation de la migration. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adapte à la situation spécifique des travailleurs migrants les droits prévus dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. La Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, de l'Organisation internationale du Travail (OIT), et la Convention (n° 143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975, ainsi que les deux recommandations y afférentes, et le Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre adopté par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail (BIT) en mars 2006 établissent les principes d'une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits. Sur la base de ces instruments internationaux une branche scientifiquement autonome du droit international est née : le droit international de la migration.

4. Même si les principaux pays accueillant des migrants ne l'ont pas encore ratifiée, la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants établit le principe universel de la non-discrimination des travailleurs migrants. Ce principe est également valable pour l'Europe, bien que la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, notamment l'Etat défendeur, n'aient pas ratifié cette Convention. Un parallèle pourrait être établi avec la Convention relative aux droits des personnes handicapées ou la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage. Dans l'affaire *Glor c. Suisse* (n° 13444/04, § 53, CEDH 2009), la Cour a renvoyé à la Convention relative aux droits des personnes handicapées lorsqu'elle a estimé « qu'il exist[ait] un consensus européen et universel

explicitement énoncé dans son Préambule, qui reconnaît que les travailleurs migrants sans papiers subissent de graves violations des droits de l'homme, qu'il convient d'encourager des mesures appropriées en vue de prévenir et d'éliminer les mouvements clandestins ainsi que le trafic de travailleurs migrants et que l'emploi de travailleurs migrants sans papiers se trouvera découragé si les droits fondamentaux de tous les travailleurs migrants sont reconnus. Avec ces défis en perspective, la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants reconnaît résolument un large éventail de droits civils, politiques, économiques et sociaux aux travailleurs migrants et à leur famille, qu'ils aient des papiers ou non, notamment le droit d'accès aux tribunaux et le droit de recours contre une décision d'expulsion¹. D'après l'article 22, paragraphe 4, de ladite Convention, « [e]n

sur la nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires », alors que les faits pertinents étaient survenus avant l'adoption de la Convention par l'Assemblée générale et que l'Etat défendeur n'avait pas ratifié la Convention à la date de l'examen de l'affaire par la Cour. Dans l'affaire *Mazurek c. France* (n° 34406/97, § 49, CEDH 2000-II), la Cour a invoqué la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui à l'époque n'avait été ratifiée que par un tiers des Etats membres du Conseil de l'Europe et pas par la France, instrument qui indiquait, selon la Cour, que les Etats membres attachaient de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Autrement dit, l'universalité des normes en matière de droits de l'homme énoncées dans les traités et conventions qui visent à mettre fin à des situations de discrimination ne tient pas nécessairement au nombre de parties ayant ratifié l'instrument en question. En outre, l'universalité de la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants se trouve renforcée par un texte antérieur, la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa Résolution A/RES/40/144 du 13 décembre 1985. Cette déclaration, qui a posé les jalons de la Convention, consacre les principes fondamentaux de la protection des droits de l'homme sans discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence. En particulier, l'article 5 énumère certains droits civiques fondamentaux, tels que le droit à la protection contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans la vie privée et familiale, le domicile ou la correspondance des migrants et le droit d'être égaux devant les cours et tribunaux, et l'article 7 dispose qu'un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin.

1. En droit comparé, on trouve trois systèmes déterminant l'effet juridique d'un recours contre une décision d'expulsion, de renvoi, d'éloignement ou de toute autre mesure similaire. Les Etats peuvent décider que le recours a un effet suspensif sur la mesure litigieuse ou qu'il n'a qu'un effet dévolutif (*appellatio in devolutivo*). Dans le second cas, le recours confère simplement à la juridiction de recours le pouvoir de prendre connaissance de l'affaire et de statuer à nouveau, sans que les effets de la décision litigieuse soient suspendus durant l'examen du recours. Le recours peut être formé à partir de l'étranger et l'examen peut se dérouler *in absentia*. Dans le premier cas, les Etats ont deux options : le recours peut être doté d'un effet suspensif de plein droit ou d'un effet suspensif discrétionnaire sur la décision litigieuse. La différence n'est pas sans importance. Si le recours est de plein droit suspensif, il a pour effet de suspendre immédiatement l'exécution de la décision litigieuse. Si l'effet suspensif est discrétionnaire, l'appelant doit solliciter la suspension de l'arrêté d'expulsion et l'autorité de recours peut, dès le début de la procédure de recours, suspendre la décision litigieuse jusqu'à la fin de son examen. Dans ce cas,

dehors des cas où la décision finale est prononcée par une autorité judiciaire, les intéressés ont le droit de faire valoir les raisons de ne pas les expulser et de faire examiner leur cas par l'autorité compétente, à moins que des raisons impératives de sécurité nationale n'exigent qu'il en soit autrement. En attendant cet examen, les intéressés ont le droit de demander la suspension de la décision d'expulsion»¹.

Les migrants inactifs jouissent de la même protection, conformément au droit international relatif aux droits de l'homme. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit toute immixtion arbitraire ou illégale dans la vie familiale d'un migrant² et prévoit le droit d'accès à un tribunal, notamment le droit à un recours suspensif contre l'expulsion ou l'éloignement d'un migrant sans papiers. En 2008, le Comité des droits de l'homme a examiné plus particulièrement la situation en Guyane et a vivement critiqué l'Etat défendeur dans les termes suivants: «De plus, aucun recours en justice n'est ouvert pour les personnes expulsées à partir

la décision litigieuse ne peut être exécutée avant que l'autorité de recours n'ait pris une décision sur la demande de suspension. La règle énoncée dans le raisonnement de l'arrêt de la Grande Chambre n'est pas claire, puisque le paragraphe 83 n'impose pas un recours de plein droit suspensif s'agissant d'arrêtés d'expulsion contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie familiale, alors qu'au paragraphe 96 la Cour critique l'éloignement du requérant avant qu'il n'ait pu obtenir un examen de la «légalité de [l'arrêt d'expulsion]» par une instance indépendante, ce qui implique qu'il ne doit pas y avoir d'éloignement avant l'examen sur le fond de l'arrêt d'expulsion.

1. La jurisprudence du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille montre que le comité est extrêmement attentif à ce que le droit à un recours contre les arrêtés d'expulsion et d'éloignement soit effectivement garanti (Observations finales sur l'Argentine, CMW/C/ARG/CO/1, 2 novembre 2011, paragraphe 25; Observations finales sur le Chili, CMW/C/CHL/CO/1, 19 octobre 2011, paragraphes 28-29; Observations finales sur le Guatemala, CMW/C/GTM/CO/1, 18 octobre 2011, paragraphes 22-23; Observations finales sur le Mexique, CMW/C/MEX/CO/2, 3 mai 2011, paragraphe 10; Observations finales sur l'Equateur, CMW/C/ECU/CO/2, 15 décembre 2010, paragraphes 29-30; Observations finales sur l'Albanie, CMW/C/ALB/CO/1, 10 décembre 2010, paragraphes 23-24; Observations finales sur l'Algérie, CMW/C/DZA/CO/1, 19 mai 2010, paragraphes 22-23; Observations finales sur le Salvador, CMW/C/SLV/CO/1, 4 février 2009, paragraphes 27-28; Observations finales sur la Bolivie, CMW/C/BOL/CO/1, 2 mai 2008, paragraphes 29-30; Observations finales sur la Colombie, CMW/C/COL/CO/1, 22 mai 2009, paragraphes 27-28; Observations finales sur l'Equateur, CMW/C/ECU/CO/1, 5 décembre 2007, paragraphes 25-26; Observations finales sur le Mexique, CMW/C/MEX/CO/1, 20 décembre 2006, paragraphe 13). Il ressort de cette jurisprudence que le recours doit être de plein droit suspensif, les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne pouvant être expulsés du territoire d'un Etat qu'en application d'une décision prise par l'autorité compétente conformément à la loi et ayant fait l'objet d'un examen en appel. Par conséquent, le comité recommande aux Etats parties «d'accorder des permis de séjour temporaires pour toute la période durant laquelle les autorités administratives ou judiciaires compétentes sont saisies d'un appel contre des décisions de la DNM [(*Dirección Nacional de Migraciones*)] relatives à la légalité du séjour d'un migrant».

2. Comité des droits de l'homme, Communication n° 1011/2001, *Madafferi c. Australie*, 26 août 2004, UN Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001, paragraphe 9.8, Communication n° 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australie*, 6 novembre 2003, CCCPR/C/79/D/1069/2002, paragraphe 9.6, et Communication n° 930/2000, *Winata c. Australie*, 16 août 2001, CCPR/C/72/D/930/2000, paragraphe 7.3.

du territoire d'outre-mer de Mayotte, ce qui serait le cas de 16 000 adultes et de 3 000 enfants chaque année, ni à partir de la Guyane française ou de la Guadeloupe (articles 7 et 13). L'Etat partie devrait veiller à ce que la décision de renvoyer un étranger, y compris un demandeur d'asile, soit prise à l'issue d'une procédure équitable qui permet d'exclure effectivement le risque réel de violations graves des droits de l'homme dont l'intéressé pourrait être victime à son retour. Les étrangers sans papiers et les demandeurs d'asile doivent être correctement informés de leurs droits, lesquels doivent leur être garantis, y compris du droit de demander l'asile, et bénéficier d'une aide juridictionnelle gratuite. L'Etat partie devrait également veiller à ce que tous les individus frappés d'un arrêté d'expulsion disposent de suffisamment de temps pour établir une demande d'asile, bénéficient de l'assistance d'un traducteur et puissent exercer leur droit de recours avec effet suspensif. (...) L'Etat partie devrait faire preuve de la plus grande circonspection quand il recourt aux assurances diplomatiques et adopter des procédures claires et transparentes prévoyant un réexamen par des mécanismes judiciaires appropriés avant de procéder à une expulsion, ainsi que des moyens efficaces de suivre la situation des personnes renvoyées»¹. Ce point de vue du Comité des droits de l'homme vaut évidemment non seulement pour les demandeurs d'asile, mais également pour tous les migrants sans papiers sous le coup d'une décision d'expulsion, de renvoi, d'éloignement ou de toute autre mesure similaire, comme le comité lui-même l'a dit. Dans d'autres décisions, le comité a souligné encore plus clairement l'obligation de protéger tous les migrants, quel que soit leur statut juridique. L'exemple le plus frappant à cet égard se trouve dans les observations finales sur la Belgique adoptées par le Comité des droits de l'homme le 12 août 2004, dans lesquelles celui-ci a affirmé sans ambages : « L'Etat partie devrait augmenter le délai de dépôt des plaintes et le doter d'un caractère suspensif de la mesure d'éloignement. (...) Il devrait conférer un caractère suspensif non seulement aux recours en extrême urgence, mais aussi aux recours en annulation assortis d'une demande de suspension ordinaire formulés par tout étranger contre les mesures d'éloignement le concernant».² Le comité a été tout aussi ferme dans ses observations finales sur l'Irlande du 30 juillet 2008, déclarant que l'Etat partie « devrait également introduire une procédure de recours indépendante permettant un réexamen de toutes les décisions relatives à l'immigration. Le fait d'engager cette procédure ainsi que de recourir à la révision judiciaire des décisions de rejet devrait avoir un effet suspensif»³.

1 . CPR/C/FRA/CO/4, 31 juillet 2008, paragraphe 20.

2. CCPR, Observations finales sur la Belgique, UN Doc CCPR/CO/81/BEL, 12 août 2004, paragraphes 21 et 23.

3. CCPR, Observations finales sur l'Irlande, UN Doc CCPR/C/IRL/CO/3, 30 juillet 2008,

En fait, cette position du comité va dans le sens de sa propre interprétation du statut juridique des migrants au titre du Pacte exposée dans l'Observation générale n° 15, dans laquelle il a constaté: «L'article 13 ne porte directement que sur la procédure, et non sur les motifs de fond de l'expulsion. Cependant, pour autant qu'il n'autorise que les mesures exécutées à la suite d'une «décision prise conformément à la loi», son objectif évident est d'éviter les expulsions arbitraires. D'autre part, il reconnaît à chaque étranger le droit à une décision individuelle; il s'ensuit que les lois ou décisions qui prévoiraient des mesures d'expulsion collective ou massive ne répondraient pas aux dispositions de l'article 13. Le comité estime que cette interprétation est confirmée par les dispositions qui prévoient le droit de faire valoir les raisons qui peuvent militer contre une mesure d'expulsion et de soumettre la décision à l'examen de l'autorité compétente ou d'une personne désignée par elle, en se faisant représenter à cette fin devant cette autorité ou cette personne. L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit. Les principes énoncés par l'article 13 au sujet du recours contre la décision d'expulsion ou du droit à un nouvel examen par une autorité compétente ne peuvent souffrir d'exception que si «des raisons impérieuses de sécurité nationale l'exigent». Aucune discrimination ne peut être opérée entre différentes catégories d'étrangers dans l'application de l'article 13». Le comité a précisé que ces considérations visent les migrants qui se trouvent légalement sur le territoire d'un Etat, mais il a toutefois ajouté que si la légalité de l'entrée ou du séjour d'un étranger faisait l'objet d'un litige, les garanties de l'article 13 devaient s'appliquer¹.

paragraphe 19.

1. CCPR Observation générale n° 15: Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, 140 (2003), paragraphe 9. Se référant à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, et notamment à *Hammel c. Madagascar*, n° 155/1983, *Giry c. République dominicaine*, n° 193/1985, et *Canon Garcia c. Équateur*, n° 319/1988, Manfred Novak résume la position du comité dans les termes suivants: «Ces décisions et formulations indiquent clairement que l'interprétation par le comité de l'article 13 veut que les Etats parties suspendent l'exécution d'une décision d'expulsion dans l'attente d'une décision sur le recours, pour autant qu'aucune raison impérieuse de sécurité nationale ne s'y oppose» (Manfred Novak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2^e édition révisée, 2005, p. 299). Ce résumé a été confirmé par d'autres commentateurs renommés du pacte, tels que Pieter Boles, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1997, p. 124, et Sarah Joseph, Jenny Schutz et Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, deuxième édition, OUP, 2004, p. 382: «les examens *in absentia* ne sont, semble-t-il, pas conformes à l'obligation de fournir à l'étranger sous le coup d'un arrêté d'expulsion «tous les moyens nécessaires d'exercer» son recours contre l'expulsion, conformément au paragraphe 10 de l'Observation générale n° 15».

Dans sa recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale recommande également de veiller à ce que les non-ressortissants aient un accès égal à des recours efficaces, notamment le droit de contester une mesure d'expulsion ou d'éloignement, et qu'ils soient autorisés à utiliser ces recours effectivement. Il demande aussi aux Etats de veiller à ce que les non-ressortissants ne soient pas renvoyés ou rapatriés dans un pays ou un territoire où ils risquent d'être soumis à des violations graves des droits de l'homme, et leur demande de s'abstenir de procéder à toute expulsion de non-ressortissants, en particulier de résidents de longue date, qui se traduirait par une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale¹.

Le Comité des droits de l'enfant a quant à lui examiné la question de l'expulsion ou de l'éloignement des enfants. Dans son observation générale sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, le comité a déclaré que « les Etats sont en outre tenus de ne pas renvoyer un enfant dans un pays s'il y a des motifs sérieux de croire que cet enfant sera exposé à un risque réel de dommage irréparable, comme ceux, non limitativement, envisagés dans les articles 6 et 37 de la Convention », à savoir le droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté².

Les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme en vigueur en Afrique, en Amérique et en Europe confirment la tendance décrite ci-dessus. Dans le système africain, le droit à un procès équitable, notamment le droit de recours devant un juge et le droit d'obtenir une décision motivée, est également appliqué dans les procédures d'expulsion, de renvoi ou d'éloignement. Dans ZLHR et IHRD c. Zimbabwe, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a estimé qu'il était clair que l'Etat défendeur n'avait pas voulu que la victime fût entendue par la Cour suprême pendant que sa requête se trouvait en instance devant cette juridiction. Dans cette affaire, l'Etat défendeur avait renvoyé la victime avant la date fixée pour l'audience, ce qui l'avait ainsi effectivement empêchée d'être entendue. La commission a ajouté que la victime aurait toujours pu engager des poursuites, quel que fût l'endroit où elle se trouvait, mais qu'en la renvoyant de manière soudaine l'Etat défendeur avait fait tourner court la procédure judiciaire qui avait été initiée³.

1. CERD Recommandation générale n° 30, précitée, paragraphes 25, 27-28, et CERD, Observations finales sur la République dominicaine, 16 mai 2008, paragraphe 13.

2. Observation générale n° 6, UNCRC, précitée, paragraphe 27.

3. ZLHR et IHRD c. Zimbabwe, n° 294/04, paragraphes 106-109, et, dans le même sens, Kenneth Good c. Botswana, n° 313/05, paragraphes 179-180, 194-195; IHRDA c. Angola, n° 292/04, paragraphes 58-59; Amnesty International c. Zambie, n° 212/98, paragraphes 41, 50, 59-61; OMCT

Dans le système américain de protection des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté une position de principe dans son avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003 sur la situation juridique et les droits des migrants sans papiers. Elle y affirme le principe fondamental selon lequel « la non-discrimination et le droit à l'égalité sont des normes de *jus cogens* applicables à tous les résidents, qu'ils soient immigrés ou non ». Ainsi, le droit à un procès équitable doit être reconnu, comme l'une des garanties minimales, à tous les migrants, quelle que soit leur situation. Le principe de la protection du droit à un procès équitable s'étend à tous les domaines et à toutes les personnes, sans discrimination. La circonstance qu'une personne est immigrée ne saurait constituer une justification pour la priver de la jouissance et de l'exercice de ses droits de l'homme, et lorsque le migrant devient actif dans le monde du travail, il acquiert en tant que travailleur des droits qui doivent lui être reconnus et garantis, indépendamment de sa situation – légale ou illégale – dans l'Etat où il travaille¹. En outre, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu que ni le texte ni l'esprit de la Convention américaine n'indiquent que le dommage irréparable ne peut que porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique; par conséquent, d'autres droits doivent bénéficier de la même protection que celle accordée au droit à la vie et à l'intégrité personnelle. En d'autres termes, le risque d'un dommage irréparable au droit d'un migrant au respect de sa vie familiale, par exemple, doit s'apprécier à l'aune des mêmes garanties d'équité de la procédure que tout autre risque de dommage irréparable pour un droit protégé par la Convention².

Dans le système européen de protection des droits de l'homme, différents points de vue s'affrontent sur la question. Plusieurs années après l'adoption de la Convention européenne relative au statut juridique

et autres c. Rwanda, n^{os} 27/89, 46/91, 49/91, 99/93 (1996), paragraphe 34; *UIADH (au nom de Esmaila Connateh & 13 autres) c. Angola*, n^o 159/1996, paragraphes 39-40, 61-65; et *RADDH c. Zambie*, n^o 71/1992, paragraphe 27.

1. Avis consultatif sur les migrants sans papiers, paragraphes 124-127; et, dans le même esprit, *Raghda Habbal et fils c. Argentine*, rapport n^o 64/08, affaire 11.691, 25 juillet 2008, paragraphe 54, *Riebe Star et autres c. Mexique*, rapport n^o 49/99, affaire 11.160, 13 avril 1999, paragraphe 71, *Juan Ramón Chamorro Quiroz c. Costa Rica*, rapport n^o 89/00, affaire 11.495, 5 octobre 2000, paragraphes 34-36, et *José Sánchez Guner Espinales et autres c. Costa Rica*, rapport 37/01, affaire 11.529, 22 février 2001, paragraphes 43-45; Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octobre 2002, paragraphes 401 et 409; Rapport annuel de la Commission des droits de l'homme 2001, 16 avril 2001, OEA/Ser.L/V/II.114, Troisième rapport du rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et leur famille, § 77, et Rapport de la Commission sur la situation des droits de l'homme en République dominicaine, 7 octobre 1999, OEA/Ser.L/V/II.104, §§ 325-334, 350-362 et 366.

2. Ordonnances de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, 18 août 2000, 12 novembre 2000 et 26 mai 2001, dans l'affaire des Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne expulsés de République dominicaine.

du travailleur migrant¹, les organes du Conseil de l'Europe sont toujours divisés sur l'étendue des garanties procédurales contre l'expulsion, le renvoi ou l'éloignement des migrants, étant donné que le Comité des Ministres, l'Assemblée parlementaire et la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance ont exprimé des opinions différentes.

D'une part, le principe 5 des Vingt principes directeurs adoptés en 2005 par le Comité des Ministres sur le retour forcé énonce : « Dans la décision d'éloignement ou lors du processus aboutissant à la décision d'éloignement, la possibilité d'un recours effectif devant une autorité ou un organe compétent composé de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance doit être offerte à la personne concernée. L'autorité ou l'organe compétent doit avoir le pouvoir de réexaminer la décision d'éloignement, y compris la possibilité d'en suspendre temporairement l'exécution. (...) L'exercice du recours devrait avoir un effet suspensif si la personne à éloigner fait valoir un grief défendable prétendant qu'elle serait soumise à des traitements contraires aux droits de l'homme visés au principe directeur 2.1. ». Dans ses commentaires sur les Vingt principes directeurs, le comité explique : « Ce principe directeur, selon lequel l'exercice du recours devrait avoir pour effet de faire surseoir à l'exécution de la décision d'éloignement lorsque la personne à éloigner peut alléguer de manière défendable qu'elle serait victime d'un traitement contraire à ses droits de l'homme visés au principe directeur 2.1., se fonde sur l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Čonka c. Belgique* (n° 51564/99, § 79, CEDH 2002-I) ». Le Comité des Ministres étend le raisonnement suivi dans l'affaire *Čonka* à toutes les situations où il existe un risque pour la vie et l'intégrité physique, et à « d'autres situations qui, conformément au droit international ou à la législation nationale, justifieraient qu'une protection internationale soit accordée ». Par conséquent, les droits de l'homme de ceux qui ont besoin d'une protection internationale exigent l'octroi d'un recours ayant un effet de plein droit suspensif (tel qu'établi dans le principe 5, paragraphe 3) et un recours doté d'un effet suspensif discrétionnaire doit être prévu dans tous les autres cas (ainsi que l'énonce le principe 5, paragraphe 1).

D'autre part, l'Assemblée parlementaire a insisté sur l'automaticité de l'effet suspensif du recours contre l'expulsion ou l'éloignement de tous les migrants. Il importe de relever que cette approche plus large a été exprimée tant avant qu'après l'adoption des Principes par le Comité des Ministres.

1. STE n° 93, 24 novembre 1977. Cette Convention, qui prévoit un éventail important d'obligations interétatiques concernant les travailleurs migrants mais qui ne s'applique aux étrangers que dans la mesure où ils sont des ressortissants des Etats parties résidant et travaillant régulièrement sur le territoire de la partie intéressée, et sur une base de réciprocité, ne renferme aucune disposition spécifique sur la procédure d'expulsion ou d'éloignement.

Dans sa Résolution 1509 (2006) sur les droits fondamentaux des migrants irréguliers, l'Assemblée parlementaire a dit : « les instruments internationaux en matière de droits de l'homme s'appliquent à toutes les personnes, quels que soient leur nationalité ou leur statut. Les migrants en situation irrégulière, dans la mesure où ils se trouvent souvent en situation de vulnérabilité, ont tout particulièrement besoin que leurs droits fondamentaux soient protégés, notamment leurs droits civils, politiques, économiques et sociaux (...) le migrant en situation irrégulière qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire devrait avoir droit à un recours effectif devant une autorité ou un organe compétent, indépendant et impartial. L'exercice du recours devrait avoir un effet suspensif si la personne qui doit être expulsée fait valoir un argument défendable selon lequel elle serait soumise à des traitements contraires aux droits de l'homme (...) le droit au respect de la vie privée et familiale devrait être observé. Il ne devrait pas y avoir d'éloignement lorsque la personne concernée a des attaches familiales ou sociales très fortes avec le pays qui entend l'expulser et lorsque l'éloignement est susceptible de mener à la conclusion que l'expulsion est constitutive d'une violation du droit au respect de la vie familiale et/ou privée de la personne concernée »^{1, 2}.

Dans le même esprit, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) a souvent abordé la question des droits des migrants sans papiers dans divers rapports sur les pays et a critiqué le fait « qu'en cas de décision négative, l'appel qui peut être formé n'est pas suspensif de la mesure d'expulsion »³. Dans son second rapport sur la Slovénie du 8 juillet

1. Dans un document préparatoire, le rapporteur de la Commission des Migrations, M. Ed van Thijn, n'a laissé aucun doute quant à l'intention de l'Assemblée parlementaire d'inclure le droit au respect de la vie familiale parmi les droits appelant la protection d'un mécanisme de recours à effet suspensif (Assemblée parlementaire, Doc. 10924, 4 mai 2006, Droits fondamentaux des migrants irréguliers, Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population).

2. Cette approche plus large est conforme à la Recommandation 1504 (2001) de l'APCE sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, qui énonce que les Etats devraient « prendre les mesures nécessaires pour que les personnes sujettes à expulsion bénéficient (...) d'un droit d'appel suspensif, en raison des conséquences irréversibles de l'exécution de l'expulsion », et à la Recommandation 1547 (2002) de l'APCE sur les procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, qui recommande aux Etats d'« introduire dans la loi les garanties juridictionnelles nécessaires à l'exercice effectif de leur droit de recours par les personnes qui sont victimes d'une violation de leurs droits pendant la procédure d'expulsion, à savoir : (...) la présence de la victime sur le territoire de l'Etat qui a décidé son expulsion, pendant toute la durée de la procédure ouverte par le recours, si nécessaire par le biais : de l'effet suspensif de la procédure d'expulsion d'une personne encore présente sur le territoire de l'Etat dont elle doit être expulsée ; ou du retour de la personne déjà expulsée sur le territoire de l'Etat qui l'a expulsée ».

3. Voir le troisième rapport de l'ECRI sur l'Italie adopté le 16 mai 2006, paragraphe 105. Dans ce rapport, la Commission fait aussi référence à l'arrêt n° 222 du 8-15 juillet 2004 de la Cour constitutionnelle, dans lequel celle-ci a déclaré inconstitutionnelle la disposition contenue à l'article 13, alinéa 5-bis du Texte unique sur l'immigration (tel qu'introduit par le décret-loi n° 51 de 2002, converti en loi n° 106 de 2002) dans la mesure où elle ne prévoyait pas que l'arrêté d'expulsion fût validé par un juge avant son

2003, paragraphe 53, l'ECRI a établi un lien clair entre la menace pour la vie familiale des migrants et l'effet suspensif des recours contre les arrêtés d'expulsion ; la commission s'est exprimée ainsi : « extrêmement préoccupée d'apprendre que, bien que certaines de ces personnes soient nées en Slovénie ou vivent dans le pays depuis leur enfance et/ou aient des liens familiaux étroits en Slovénie, elles aient apparemment pu être expulsées. L'ECRI attire l'attention sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon lesquels l'expulsion d'un étranger ne doit pas porter atteinte à son droit à la vie familiale. L'ECRI considère également que tout non-ressortissant qui est expulsé ou qui est sous la menace d'une expulsion doit avoir la possibilité d'exercer tous les droits garantis par le droit national et international, y compris un recours suspensif contre une décision d'expulsion devant un tribunal et tous les moyens de défense devant ce tribunal, tels que le droit de bénéficier gratuitement des services d'un interprète et le droit à une assistance juridique gratuite si nécessaire ».¹

Enfin, dans le cadre de l'Union européenne, le préambule de la Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers énonce qu'il convient d'adopter les décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers en conformité avec les droits, tels qu'ils sont garantis par les articles 3 et 8 de la Convention, non seulement en ce qui concerne les migrants soupçonnés d'infractions graves, mais aussi ceux qui n'ont pas respecté les réglementations nationales relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. En outre, la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier renferme une disposition spécifique sur les voies de recours contre une expulsion. L'article 13 prévoit la possibilité pour l'instance de recours de suspendre l'exécution de la décision litigieuse. En d'autres termes, les Etats membres de l'Union européenne devraient pour le moins prévoir un recours

exécution et dans le respect des droits de la défense.

1. L'ECRI a exprimé des préoccupations similaires dans le quatrième rapport sur l'Espagne, 8 février 2011, paragraphe 190, le troisième rapport sur l'Irlande, 24 mai 2007, paragraphe 69, le troisième rapport sur le Portugal, 13 février 2007, paragraphe 80, le troisième rapport sur la Roumanie, 21 février 2006, paragraphe 115, le troisième rapport sur l'Estonie, 21 février 2006, paragraphe 71, le troisième rapport sur la Suède, 14 juin 2005, paragraphe 50, le troisième rapport sur la Belgique, 27 janvier 2004, paragraphe 29, le second rapport sur la Lituanie, 15 avril 2003, paragraphe 50, le second rapport sur le Portugal, 4 novembre 2002, paragraphe 30, le second rapport sur la Finlande, 23 juillet 2002, paragraphe 50, le second rapport sur l'Estonie, 23 avril 2002, paragraphe 32, et le premier rapport sur la Fédération de Russie, 26 janvier 1999, paragraphe 38.

doté d'un effet suspensif discrétionnaire¹. Le rejet par l'instance de recours de la demande de suspension d'un arrêté d'expulsion comporte un risque d'erreur et, par conséquent, de dommage irréversible, à moins que l'affaire ne soit manifestement mal fondée; toutefois, si tel est le cas, le recours devrait être immédiatement écarté pour défaut de motivation valable. Lorsque l'affaire n'est pas manifestement mal fondée, une suspension de l'exécution de la décision litigieuse s'impose en raison de la nature même de la procédure de recours. En d'autres termes, soit le recours contre l'arrêté d'expulsion ou d'éloignement est manifestement mal fondé et l'autorité de recours est donc en mesure de prendre une décision immédiate rendant la suspension des effets de l'arrêté d'expulsion litigieux inutile; soit le recours n'est pas manifestement mal fondé et le refus de suspendre l'exécution peut sérieusement compromettre le but même de la procédure de recours et vider la garantie offerte à l'appelant de tout son sens. Outre la marge de risque, inacceptable, de dommage irréversible, il y a lieu de garder à l'esprit que lorsqu'une demande de recours doit être introduite depuis un pays autre que le pays hôte, elle ne peut pas être entourée des mêmes garanties d'équité que dans le pays hôte, principalement en raison des difficultés concrètes évidentes auxquelles le migrant doit faire face pour rester en rapport avec

1. Cette solution a déjà fait l'objet de critiques solidement motivées: « Dans la pratique, l'absence d'information ou le court délai entre la délivrance de l'arrêté d'expulsion et son application peuvent aboutir à une situation dans laquelle un migrant est expulsé avant la fin de la procédure de recours. L'effet suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion ou d'éloignement devrait être automatique afin que le migrant puisse rester sur le territoire de l'Etat membre en question jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise en ce qui concerne son éloignement », dans « Commentaires sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005) 391, mars 2006 », Caritas Europa, Commission des Eglises auprès des migrants en Europe (CEME), Commission des Episcopats de la Communauté Européenne (COMECE), Commission internationale catholique pour les migrations (CICM), Service jésuite des réfugiés (JRS) Europe, et Conseil Quaker des affaires européennes; voir également, dans le même esprit, les « Commentaires sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (COM (2005) 391 définitif) », Conseil européen pour les réfugiés et exilés (CERE); et les « Commentaires sur le livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier présenté par la Commission (COM(2002) 175 définitif) », Plate-forme pour la coopération internationale sur les sans-papiers (PICUM). Devant la Chambre des lords, le Refugee Council et Amnesty International ont exprimé le point de vue selon lequel toute personne visée par un arrêté d'expulsion devrait avoir dans le pays en question un droit de recours et pouvoir formuler ses craintes de subir un traitement contraire à l'article 8 de la Convention en cas de retour. La Immigration Law Practitioners' Association est allée encore plus loin, estimant qu'un recours doit être suspensif, sauf circonstances exceptionnelles. La Commission de la Chambre des lords sur l'Union européenne, dans son 32^e rapport de la session 2005-2006 intitulé « Migrants illégaux: propositions pour une politique européenne commune sur les retours », conclut ainsi: « il est inadmissible de laisser entièrement à la discrétion des Etats membres la question importante de savoir si l'introduction d'un recours doit ou non suspendre le processus de retour ».

ses avocats ou les autorités de l'Etat hôte et pour soumettre les éléments de preuve à l'appui de son affaire. La dure réalité, à savoir le nombre minime d'affaires concernant des étrangers expulsés ayant formé avec succès un recours depuis l'étranger et revenus dans le pays hôte, montre de manière plus que convaincante qu'un recours non suspensif contre un arrêté d'expulsion, de renvoi ou d'éloignement est voué à l'échec¹.

En résumé, il apparaît que le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit international de la migration imposent au moins une double garantie procédurale en ce qui concerne les migrants sans papiers: premièrement, ceux-ci jouissent du droit d'accès aux tribunaux dans le pays hôte pour défendre leurs droits fondamentaux, notamment leur droit au respect de leur vie familiale, et, deuxièmement, ils ont droit à un recours de plein droit suspensif contre tout arrêté d'expulsion, de renvoi, d'éloignement ou contre toute autre mesure similaire lorsqu'ils allèguent qu'une de ces mesures risque de causer un dommage irréversible à leur vie familiale. Le principe fondamental sous-jacent est que l'unité familiale exclut tout intérêt public à l'expulsion, au renvoi, à l'éloignement ou autre, et doit donc être autant que possible préservée².

L'expulsion des migrants sans papiers sous l'angle de la Convention

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, les Etats ont le droit de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. Si la Convention ne garantit pas, comme tel, le droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un pays déterminé, les politiques en matière d'immigration

1. Commission de la Chambre des lords sur l'Union européenne, 32^e rapport de la session 2005-2006, Migrants illégaux: proposition pour une politique européenne commune sur les retours, paragraphe 93.

2. La Commission internationale de juristes (CIJ) partage cette conclusion. Dans son *Practitioners Guide* n° 6 « *Migration and International Human Rights Law* » de 2011, la Commission considère: « Pour que le recours soit effectif, il doit être suspensif de la mesure d'expulsion à partir du moment de son introduction, puisque la notion de recours effectif exige que les autorités nationales procèdent à un examen approfondi de la compatibilité d'une mesure avec les normes en matière de droits de l'homme avant que la mesure ne soit exécutée » (p. 142); « De plus, particulièrement dans les affaires d'expulsion, le recours doit pouvoir suspendre la situation de violation potentielle lorsque le défaut de suspension entraînerait un dommage irréparable/des effets irréversibles pour le demandeur pendant l'examen de son affaire » (p. 262). Dès lors, la conclusion qui s'impose est que « un droit à un recours non suspensif n'est pas de nature à fournir une protection effective » (p. 134). Il y a lieu de mentionner également le groupe d'éminents juristes de la CIJ sur le terrorisme, le contre-terrorisme et les droits de l'homme. Dans son rapport final, le groupe déclare: « il ne fait aucun doute que, en particulier lorsqu'une décision de renvoi vise un résident de longue date ou permanent, et lorsqu'il existe un risque grave que la personne qui sera expulsée soit soumise à de graves violations des droits de l'homme à son retour, seule une audience par un organe judiciaire indépendant constitue une procédure acceptable. Un tel recours devrait être suspensif, particulièrement lorsqu'il y a un risque de dommage irréparable » (*Assessing Damage, Urging Action*, Rapport du groupe d'éminents juristes de la CIJ sur le terrorisme, le contre-terrorisme et les droits de l'homme, Commission Internationale de Juristes, Genève, 2009, p. 119).

n'échappent pas à la compétence de la Cour¹. De plus, la Convention protège bien les droits des migrants, quel que soit leur statut juridique dans le pays hôte. Le fait qu'un migrant n'a pas été autorisé à entrer ou à séjourner dans un pays ne le prive pas de ses droits fondamentaux, notamment de son droit au respect de sa vie familiale.

En outre, la Cour a déclaré à maintes reprises qu'un recours contre l'expulsion, le renvoi ou l'éloignement de migrants ou toute autre mesure analogue n'est effectif que s'il s'accompagne d'un effet suspensif, pour le moins dans les affaires où il est allégué que la mesure exposerait le migrant à un danger de subir un dommage irréversible. La notion de dommage irréversible est habituellement liée au dommage physique, par exemple celui résultant d'actes de torture et de mauvais traitements². La Cour a toutefois abandonné ce lien dans l'affaire *Čonka*, dans laquelle la notion de dommage irréversible avait pour origine l'interdiction de l'expulsion collective d'étrangers, indépendamment de leur statut juridique³. Ainsi, l'affaire *Čonka* a établi le principe selon lequel un dommage potentiellement irréversible peut être invoqué sans qu'un danger de torture ou de mauvais traitement soit allégué simultanément. En outre, la Cour a dit que pour être effectif un recours doit être pleinement suspensif, et qu'un effet suspensif discrétionnaire est incompatible avec l'effectivité requise du recours. Elle a exposé deux arguments à l'appui de cette déclaration : premièrement, « l'on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort » (*Čonka*, précité, § 82), et deuxièmement, « il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique » (*Čonka*, précité, § 83). Un effet suspensif qui dépend « dans la pratique » du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales ne remplace pas la garantie procédurale offerte par un recours de plein droit suspensif, même si le risque d'erreur est concrètement négligeable. Si les autorités nationales ne sont pas automatiquement tenues de suspendre l'exécution de la décision d'expulsion, de renvoi ou d'éloignement pendant l'examen d'un recours, la garantie du recours effectif n'est plus réelle, mais elle devient virtuelle.

1. Voir les arrêts fondamentaux en la matière, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67, série A n° 94, et *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI.

2. *Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, CEDH 2000-VIII.

3. *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, §§ 77-79 et 85, CEDH 2002-I, jurisprudence réitérée dans *Gebremedhin [Gaberamadhin] c. France*, n° 25389/05, § 58, CEDH 2007-II, et *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 206.

Aux fins d'une interprétation cohérente de la Convention, il y a lieu de résoudre la présente affaire à la lumière de ces mêmes principes afférents à l'automatisme requis du recours contre tout arrêté d'expulsion, de renvoi ou d'éloignement dont l'exécution provoquerait des dommages irréversibles¹. En outre, la Cour a dit de nombreuses reprises que la séparation des membres d'une famille peut causer à ceux-ci des dommages irréversibles, comportant un risque de violation de l'article 8, qui doit être évité par l'indication d'une mesure au titre de l'article 39 du règlement de la Cour². Là encore, dans un souci de cohérence de la jurisprudence de la Cour, il y a lieu d'adopter la même conception large de la notion de « dommage irréversible » aux fins de l'interprétation de l'article 13³.

1. 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 (*Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 68, série A n° 28, et *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n° 65731/01 et 65900/01, § 47, CEDH 2005-X).

2. Voir, par exemple, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, CEDH 2010, et *Nunez c. Norvège*, n° 55597/09, 28 juin 2011. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a suivi un raisonnement absolument identique relativement à l'indication de mesures provisoires destinées à protéger le droit au respect de la vie familiale dans l'affaire des migrants haïtiens susmentionnée.

3. Aucune raison plausible ne justifie d'appliquer deux poids deux mesures : exiger un recours de plein droit suspensif lorsque le risque concerne un droit protégé par les articles 2 ou 3 de la Convention ou par l'article 4 du Protocole n° 4 et n'exiger qu'un « examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates » lorsque le risque porte sur un droit garanti par l'article 8 (paragraphe 83 de l'arrêt). En outre, aucune raison convaincante ne justifie d'imposer un recours de plein droit suspensif dans les affaires d'expulsion ou d'éloignement de migrants ayant des papiers (article 1 du Protocole n° 7) et d'accorder simplement un recours à effet dévolutif, voire un recours à effet suspensif discrétionnaire, dans les affaires d'expulsion ou d'éloignement de migrants sans papiers. L'arrêt ne donne aucune raison d'avoir ainsi deux poids deux mesures. Les droits garantis par l'article 8 ne sont pas des droits mineurs qui méritent d'être moins protégés. Ainsi que les parties intervenantes l'ont indiqué en l'espèce dans leurs observations à la Grande Chambre, les migrants sans papiers connaissent en Guyane de très graves problèmes susceptibles d'entraîner la destruction de leur famille et des dommages psychologiques durables, profonds et irréversibles pour les personnes concernées. Il faut prendre le droit au respect de la vie familiale très au sérieux. Dès lors, il faut prévoir une garantie égale pour les requérants expulsés qui soulèvent un grief sur le terrain de l'article 8. En outre, le critère d'un « examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates » est vague. Il est particulièrement regrettable que l'arrêt ne définisse pas les termes « garanties procédurales adéquates ». Au lieu de cela, il les met sur le même plan que l'exigence d'un « examen approfondi ». En réalité, la notion d'« examen approfondi » se réfère au temps qu'il a fallu aux autorités nationales pour examiner le recours du requérant. D'après l'arrêt, l'examen n'était pas « approfondi » parce que « superficiel » (paragraphe 88), « excessivement bref » (paragraphe 95) et effectué « selon des modalités rapides, voire expéditives » (paragraphe 96). Autrement dit, la critique répétée, à vrai dire la seule, émise par la majorité au sujet de la conduite des autorités nationales concerne la « hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre » (paragraphe 95) et la « brièveté [du] délai » (paragraphe 94) écoulé entre la saisine du tribunal administratif et l'exécution de la décision d'éloignement par les autorités nationales : ainsi que la Cour n'a pas manqué de le souligner, le requérant a été éloigné de Guyane moins de trente-six heures après son arrestation. L'interprétation de la majorité suscite une question évidente : après quel délai l'examen est-il suffisamment « approfondi » ? Après quarante-huit heures, trois jours, quatre jours ... ? Ce critère de temps extrêmement imprévisible fait planer l'incertitude sur l'application du droit, garanti par la Convention, à un recours effectif contre un arrêté d'expulsion ou d'éloignement. La ligne de démarcation entre un recours effectif et un recours

Le principe de subsidiarité lui-même va également dans ce sens. Les Etats membres doivent assumer leur responsabilité et traiter de façon approfondie et aussi rapidement que possible les griefs de migrants relatifs à des violations de leurs droits protégés par la Convention, y compris les allégations sur le terrain de l'article 8, afin d'éviter de placer la Cour dans la situation d'un tribunal de première instance appelé à protéger la vie familiale de migrants censément sans papiers. Par conséquent, ils doivent fournir un recours effectif contre un arrêté d'éloignement, d'expulsion, de renvoi ou toute autre mesure lorsque le migrant allègue que pareille mesure risque de causer un dommage irréversible à sa vie familiale. Ainsi, de nombreux griefs bien fondés donnant lieu à des demandes d'application de l'article 39 du règlement pourraient être traités en temps utile au niveau national.

Par conséquent, à la lumière de ces deux principes fondamentaux d'interprétation de la Convention – le principe d'une interprétation systématiquement cohérente et le principe de subsidiarité – il y a lieu de conclure que l'article 13 combiné avec l'article 8 impose un recours de plein droit suspensif contre un arrêté d'expulsion, de renvoi, d'éloignement ou toute autre mesure similaire lorsqu'il est allégué que pareille mesure risque de causer un dommage irréversible à la vie familiale du migrant¹. Seule cette

ineffectif devient floue et les exigences procédurales minimales à remplir pour qu'un recours puisse être qualifié d'effectif dans les procédures d'expulsion ou d'éloignement ne sont pas claires.

1. En réalité, l'absence d'un recours suspensif jette le doute sur l'effectivité de la défense du requérant dans la procédure d'éloignement, et donc sur son équité même. En d'autres termes, il s'agit d'une question relevant du champ d'application de l'article 6, puisque la procédure d'éloignement touche directement le droit de caractère civil du requérant au respect de sa vie familiale. Comme je l'ai mentionné dans mon opinion concordante jointe à l'arrêt *Hirsi Jamaa et autres*, je ne suis pas convaincu par les arguments exposés par la majorité dans l'affaire *Maaouia c. France* ([GC], n° 39652/98, CEDH 2000-X) (concernant d'autres critiques de la jurisprudence *Maaouia* et « les positions étroites sur les affaires de migration » adoptées par la Cour, voir « *The European Court of Human Rights and the Rights of Migrants affected by deportation policies, procedures and jurisprudence* », International Federation for Human Rights & Migrants Rights International, 2011, pp. 29-30). J'ai de sérieuses réserves à l'égard de l'interprétation étroite du système conventionnel de protection des migrants selon laquelle l'article 6 ne s'étend pas aux questions d'immigration et que seul l'article 1 du Protocole n° 7 offre quelques garanties procédurales assez limitées aux migrants résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat. Outre les arguments déjà exposés dans mon opinion concordante jointe à l'arrêt *Hirsi Jamaa et autres*, il y a lieu de garder à l'esprit qu'une telle interprétation restrictive du droit d'accès aux tribunaux établit une discrimination sans fondement entre migrants et ressortissants nationaux, puisque l'article 1 du Protocole n° 7 offre aux étrangers pourvus de papiers (« étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ») moins de garanties procédurales que l'article 6 de la Convention aux ressortissants et, pire encore, impose une différenciation non fondée entre migrants, puisque les migrants sans papiers ne relèvent ni de l'article 6 ni de l'article 1 du Protocole n° 7. Pour contourner ce fossé juridique autocréé, la Cour a ingénieusement fourni aux migrants sans papiers un degré minimal de protection de leur droit d'accès à un tribunal sur la base de l'article 13 de la Convention combiné avec les articles 2, 3 ou 8. La même voie juridique a été empruntée en l'espèce.

conclusion donne au droit au respect de la vie familiale la place qu'il mérite dans le système européen de protection des droits de l'homme¹.

La situation particulière du requérant

Le requérant a été soumis à une procédure psychologiquement très stressante qui aurait pu lui causer des dommages irréversibles, puisqu'il a été arrêté en pleine rue et expulsé dans la foulée vers un pays où il n'avait aucun lien, laissant tout son noyau familial derrière lui, sans aucune perspective de retour². La rupture brutale de tous les liens avec le noyau familial est reconnue comme l'une des causes les plus dommageables de souffrance psychologique à laquelle un enfant ou un adolescent peut être soumis.

Le seul fait que le requérant était âgé de dix-huit ans au moment de son éloignement ne modifie pas la conclusion formulée. En droit international, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans³. Le requérant ne pouvait certes pas être considéré comme un enfant au moment de son éloignement, mais il faut tenir compte du fait qu'il venait à peine d'atteindre sa majorité et qu'il avait vécu sans interruption avec le noyau familial pendant les sept dernières années⁴.

1. Il s'agit de la position constamment défendue depuis de nombreuses années par beaucoup d'ONG de défense des droits de l'homme et d'associations et de mouvements de défense des droits des migrants. Selon les « Principes communs sur l'éloignement des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile déboutés », élaborés par Amnesty International, Caritas Europa, la Commission des Eglises auprès des migrants en Europe, le Conseil européen pour les réfugiés et exilés, Human Rights Watch, le Service jésuite des réfugiés Europe, la Plate-forme pour la coopération internationale sur les sans-papiers, le Conseil Quaker des affaires européennes, Save the Children, CIMADE France, l'Iglesia Evangelica Espanola, la Federazione delle Chiese Evangeliche en Italie et SENSOA Belgique, « Toute personne faisant l'objet d'une mesure d'éloignement ou d'expulsion devrait avoir droit à un appel suspensif individuel contre cette décision devant un organe judiciaire indépendant, permettant de faire valoir les craintes de refoulement ou de mauvais traitements après le retour contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention contre la torture ou des violations potentielles de l'article 8 de la CEDH. Un délai suffisant pour former cet appel et le rendre ainsi effectif devrait être prévu par la loi ».

2. Il est inacceptable de statuer sur cette affaire à la lumière des événements ultérieurs, comme le Gouvernement lui-même le reconnaît. Le fait que le requérant est retourné en Guyane par ses propres moyens et qu'il vit désormais avec sa famille ne doit pas entrer en ligne de compte pour l'appréciation de l'affaire. Ce qui importe c'est l'existence ou non au moment de l'éloignement d'un recours effectif contre une ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée.

3. Voir l'article 1 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et, plus particulièrement, les articles 9 et 10 concernant le droit d'un enfant de ne pas être séparé de sa famille, sauf décision contraire d'un tribunal.

4. En outre, la littérature scientifique établit que la séparation brutale d'un adolescent de sa famille peut causer des dommages psychologiques irréversibles, durables et douloureux, en particulier lorsque cette séparation physique implique la rupture de tous les liens avec le noyau familial (mère, père et frères et sœurs). Séparer un enfant de ses parents peut avoir des effets profondément néfastes, par exemple un manque d'estime de soi, une méfiance générale à l'égard des autres, des troubles de l'humeur, dépression et anxiété notamment, une immaturité socio-morale et un comportement social inadéquat (voir,

Le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement assortie de sursis avec mise à l'épreuve, en vertu de laquelle il avait des devoirs et des obligations durant une période de deux ans. Cette période était toujours en cours lorsqu'il a été éloigné, si bien que l'arrêté d'éloignement pris par les autorités administratives n'a pas tenu compte des conditions de la mise à l'épreuve que les tribunaux eux-mêmes avaient imposées.

Enfin, bien que le requérant lui-même n'eût pas de papiers, il était à la charge d'une famille de migrants en situation régulière et avait légalement un droit de résider en Guyane, qui ne lui a été reconnu qu'après son éloignement vers le Brésil.

La politique d'éloignement mise en œuvre par l'Etat défendeur en Guyane

La Cour doit tenir compte du fait que le cas d'espèce n'est pas unique en Guyane. Des affaires de ce type surviennent quotidiennement. La police et les autorités administratives traitent tous les migrants de la même façon, quels que soient leurs situations et besoins personnels¹. Aucune distinction n'est établie entre les affaires urgentes dans lesquelles l'éloignement peut entraîner des dommages irréversibles et les affaires non urgentes dans lesquelles l'éloignement ne comporte aucun risque de la sorte.

Certes, les erreurs commises par la police et les autorités administratives peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, mais celui-ci a lieu des mois, voire des années après l'éloignement de la personne. Cette politique du fait accompli ne fournit pas aux migrants un moyen effectif de faire redresser les violations de leurs droits fondamentaux avant l'éloignement. Les migrants sont *de facto* à la merci du pouvoir discrétionnaire de la police et des autorités administratives. Cette situation n'a pas changé avec l'arrêt que le Conseil d'Etat a rendu récemment concernant l'éloignement d'un migrant de Guyane. Le Conseil d'Etat a déclaré qu'il y avait une présomption d'urgence justifiant l'applicabilité de l'article L. 521-1 du code de justice administrative². D'après cette disposition du droit administratif ordinaire, le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative lorsque l'urgence le justifie et lorsqu'il existe un doute sérieux quant à la légalité de la décision litigieuse. De toute

par exemple, Caye, J., McMahon, J., Norris, T., & Rahija, L. (1996) *Effects of separation and loss on attachment*, Chapel Hill: School of Social Work, University of North Carolina at Chapel Hill).

1. Pour la police et les autorités administratives, il importe peu que l'éloignement risque d'exposer le migrant à un danger de subir des actes de torture, de mauvais traitements ou une atteinte à sa vie familiale et privée, ainsi que le montre la pratique (voir le rapport extrêmement instructif des parties intervenantes et les précédents qui y sont mentionnés).

2. Voir la décision du Conseil d'Etat du 9 novembre 2011.

évidence, cette nouvelle jurisprudence n'excuse pas l'Etat défendeur, ni de manière générale ni en l'espèce. La raison en est simple: la demande formée en vertu de l'article L. 521-1 du code de justice administrative n'a pas en soi un effet suspensif, ce qui signifie que le recours en question n'entraîne pas automatiquement la suspension de l'éloignement. La décision d'éloignement peut être exécutée par l'administration entre l'introduction du recours et la décision du juge sur la suspension de l'arrêté d'éloignement¹. Par conséquent, la nouvelle jurisprudence ne satisfait toujours pas aux exigences établies par la Cour dans son arrêt de principe *Čonka* en vue de prévenir les atteintes aux droits et libertés garantis par la Convention pouvant avoir des conséquences potentiellement irréversibles. Etant donné qu'il incombait au Gouvernement de prouver que le droit interne répondait aux exigences énoncées dans l'arrêt *Čonka*, ce qu'il n'a pas fait de manière satisfaisante, je ne puis que conclure que la décision du Conseil d'Etat du 9 novembre 2011 n'a pas corrigé les lacunes du cadre juridique national tel qu'il est appliqué en Guyane.

La prétendue situation « exceptionnelle » de la Guyane française

La situation géographique particulière de la Guyane ne justifie pas ce système de pouvoir discrétionnaire laissé aux autorités administratives et à la police. L'Etat défendeur a réitéré l'argument formulé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-467 du 13 mars 2003, qui mentionne la situation particulière et les difficultés durables du département de la Guyane. Cet argument est identique à celui soulevé par la Belgique dans l'affaire *Čonka* et par la République dominicaine dans l'affaire de l'expulsion de migrants haïtiens². Il se fonde sur l'impossibilité concrète de protéger les droits de l'homme. Lorsqu'aucun autre argument n'est valable,

1. CAT/C/FRA/CO/3, 3 avril 2006, paragraphe 7: «le comité est préoccupé par le caractère non suspensif de ces procédures, compte tenu du fait que «la décision prononçant le refus d'entrée peut être exécutée d'office par l'administration» entre l'introduction du recours et la décision du juge relative à la suspension de la mesure d'éloignement. (Article 3). Le comité réitère sa recommandation (A/53/44, par. 145) qu'une décision de refoulement («non-admission») entraînant une mesure d'éloignement puisse faire l'objet d'un recours suspensif, lequel devrait être effectif dès l'instant où il est déposé». La même critique a été exprimée dans la « Note de l'association CIMADE à l'attention des rapporteurs » présentée au Comité des droits de l'homme dans le cadre de l'examen du quatrième rapport périodique de la France pendant sa 93^e session du 7 au 25 juillet 2008, pp. 12-14. Malgré la décision du Conseil d'Etat du 9 novembre 2011, il n'existe toujours pas de recours de plein droit suspensif contre l'expulsion ou l'éloignement de migrants de Guyane, ainsi que les parties intervenantes GISTI, LDH et CIMADE l'ont relevé à juste titre dans leurs observations à la Cour.

2. Devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le représentant de la République dominicaine a soutenu dans l'affaire de l'expulsion de migrants haïtiens que le nombre de personnes rapatriées ne compense pas, même un tant soit peu, le nombre de personnes qui entrent illégalement dans le pays.

on est tenté d'invoquer le poids des faits. Mais alors ce n'est pas le droit qui prime sur les faits, ce sont les faits qui dictent le droit.

Cet argument, irrecevable par principe, est également inadmissible du strict point de vue du régime spécifique applicable aux situations de troubles de l'ordre public ou de danger public exceptionnels envisagés à l'article 15 de la Convention. Le gouvernement défendeur n'a pas appliqué l'article 15 à la Guyane. En fait, il n'a pas laissé entendre que la situation en Guyane était exceptionnelle au point que l'article 15 trouvait à s'appliquer. Toutefois, si le gouvernement défendeur veut déroger sur une partie de son territoire aux principes se dégageant de la Convention en raison d'une situation exceptionnelle qui y prévaut, la seule solution est l'application de l'article 15. Autrement dit, si le gouvernement défendeur veut s'écarter du principe de l'octroi d'un recours suspensif contre l'éloignement de migrants sur le territoire guyanais, il doit satisfaire aux strictes exigences de l'article 15 et justifier le caractère exceptionnel des mesures prises au titre de cet article. Or il ne l'a pas fait à ce jour.

En résumé, les Etats ne devraient pas avoir carte blanche pour « soustraire » une partie de leur territoire aux obligations internationales qui leur incombent en vertu de la Convention. Si la Cour acceptait une telle situation, elle se placerait en porte à faux non seulement avec sa propre jurisprudence mais également avec les normes actuelles du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international de la migration, créant un trou noir juridique sur un territoire où la Convention devrait être pleinement appliquée, mais ne l'est pas.

Conclusion

Rien dans la Convention ne légitime l'entrée et la présence illégales d'un migrant dans un Etat membre, ni ne restreint le droit des Etats de promulguer des lois et des règlements concernant l'entrée des étrangers et les modalités et les conditions de leur séjour ou d'établir des différences non discriminatoires entre leurs ressortissants et les migrants. Toutefois, ces lois et règlements ne doivent pas être incompatibles avec les obligations juridiques internationales qui incombent à l'Etat, notamment celles du domaine des droits de l'homme. Aujourd'hui, le droit international relatif aux droits de l'homme prévaut sur une interprétation rigide de la souveraineté absolue de l'Etat-nation sur son territoire.

A la lumière de ce qui précède, les Etats membres doivent donner aux « exténués » et aux « pauvres » qui se trouvent devant la « porte d'or » de l'Europe un recours de plein droit suspensif contre l'expulsion, l'éloignement, le renvoi ou toute autre mesure similaire lorsque le migrant allègue que pareille mesure risque de causer un dommage irréversible à sa

vie familiale¹. Compte tenu de l'absence en Guyane d'un recours effectif permettant d'éviter un tel risque, j'estime que l'Etat défendeur a violé l'article 13 combiné avec l'article 8.

1. Les mots sont tirés du sonnet «Le Nouveau Colosse» écrit par Emma Lazarus en 1883 et gravé sur une plaque montée sur le piédestal de la Statue de la Liberté en 1903: «Donnez-moi vos pauvres, vos exténués, Qui en rangs serrés aspirent à vivre libres, Le rebut de vos rivages surpeuplés, Envoyez-les moi, les déshérités, que la tempête m'apporte, De ma lumière, j'éclaire la porte d'or !»

DE SOUZA RIBEIRO v. FRANCE
(Application no. 22689/07)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 2012¹

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

SUMMARY¹**Removal order enforced within fifty minutes of application to a court for its suspension****Article 13 in conjunction with Article 8**

Effective remedy – Expulsion – Removal order enforced within fifty minutes of application to a court for its suspension – Private life – Family life – Interference – In accordance with the law – No serious examination of deportee’s objections – Existing remedies ineffective and unavailable because of speed of expulsion – Lack of justification for exceptional expulsion conditions

*

* *

The applicant, a Brazilian national, lived with his family in French Guiana without interruption from 1995, when he was seven years old, to January 2007. On 25 January 2007 he was stopped at a police road check and, as he was unable to show any papers proving that he was on French soil legally, an order was issued for his administrative detention and removal. At 3.11 p.m. the next day he filed an urgent application with the administrative court to suspend the enforcement of the removal order in view of the urgency of the situation and some serious doubts about its lawfulness. On the same day, at 4 p.m., about fifty minutes after he had filed his application with the administrative court, the applicant was removed to Brazil. That same evening the urgent-applications judge declared his application for the suspension of the removal order devoid of purpose as he had already been deported. In February 2007 the applicant lodged an urgent application with the administrative court, for protection of a fundamental freedom, which was rejected. In August 2007 he returned to French Guiana illegally. Following an application for judicial review of the removal order, lodged by the applicant on 26 January 2007, on 18 October 2007 the administrative court found the removal order unlawful and set it aside. In June 2009 the applicant was issued with a “visitor’s” residence permit, which was renewed until June 2012. He now has a renewable residence permit for “private and family life”.

Held

Article 13 in conjunction with Article 8: The applicant had made use, prior to his removal, of the remedies available to him under the system in force in French

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

Guiana. However, the examination of his situation by the French authorities had been cursory. He had been removed from French Guiana less than thirty-six hours after his arrest, on the strength of a succinct and stereotyped administrative order served on him immediately after his arrest.

Next, irrespective of the reason for the applicant's lack of documentation at the time of his arrest, he was protected from removal from French territory under French law. This was the opinion of the administrative court which had subsequently found the removal order unlawful. Clearly by 26 January 2007 the French authorities had been in possession of evidence that the applicant's removal was not in accordance with the law and might therefore constitute an unlawful interference. Therefore, at the time of the applicant's removal to Brazil a serious question had arisen as to the compatibility of his removal with Article 8 of the Convention, and he had an "arguable" complaint in that regard for the purposes of Article 13.

The applicant had been able to apply to the administrative court. That court fulfilled the requirements of independence, impartiality and competence to examine the applicant's complaints, which contained clearly explained legal reasoning. However, the brevity of the time lapse between the applicant's application to the court and his removal – approximately fifty minutes – excluded any possibility that the court had seriously examined the circumstances and legal arguments in favour of or against a violation of Article 8 in the event of the removal order being enforced. So no judicial examination had been made of the merits of the applicant's pleadings or of his urgent application for interim measures. While the urgent proceedings could in theory have been an opportunity for the court to examine the applicant's arguments and, if necessary, to stay the execution of the removal order, any possibility of that actually happening had been extinguished because of the excessively short time between his application to the court and the execution of the removal order. In fact, the urgent-applications judge had been powerless to do anything but declare the application devoid of purpose. The applicant had therefore been deported solely on the basis of the decision of the administrative authority. Consequently, the haste with which the removal order had been executed had had the effect of rendering the available remedies ineffective in practice and therefore inaccessible. The applicant had had no chance of having the lawfulness of the removal order examined sufficiently thoroughly by a national authority offering the requisite procedural guarantees.

Furthermore, the geographical location of French Guiana and the strong pressure of immigration there, and the risk of overloading the courts and adversely affecting the proper administration of justice, did not justify the exception to the ordinary legislation and the manner in which it was applied there. The margin of appreciation the States enjoyed as to the manner in which they conformed to their obligations under Article 13 must not result in a person being denied the minimum procedural safeguards against arbitrary expulsion.

In the light of all the foregoing considerations, the applicant had not had access in practice to effective remedies in respect of his complaint under Article 8 when he was about to be deported. That fact was not remedied by the eventual issue of a residence permit. The Court accordingly dismissed the Government's preliminary objection concerning the applicant's loss of "victim" status within the meaning of Article 34, and held that there had been a violation of Article 13 in conjunction with Article 8.

Conclusion: violation (unanimously).

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

Case-law cited by the Court

Klass and Others v. Germany, 6 September 1978, Series A no. 28
Leander v. Sweden, 26 March 1987, Series A no. 116
Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, 30 October 1991, Series A no. 215
Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V
Çakıcı v. Turkey [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV
Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V
Khan v. the United Kingdom, no. 35394/97, ECHR 2000-V
G.H.H. and Others v. Turkey, no. 43258/98, ECHR 2000-VIII
Jabari v. Turkey, no. 40035/98, ECHR 2000-VIII
Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI
Boultif v. Switzerland, no. 54273/00, ECHR 2001-IX
Čonka v. Belgium, no. 51564/99, ECHR 2002-I
Al-Nashif v. Bulgaria, no. 50963/99, 20 June 2002
Doran v. Ireland, no. 50389/99, ECHR 2003-X
Bati and Others v. Turkey, nos. 33097/96 and 57834/00, ECHR 2004-IV
Shamayev and Others v. Georgia and Russia, no. 36378/02, ECHR 2005-III
Üner v. the Netherlands [GC], no. 46410/99, ECHR 2006-XII
Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France, no. 25389/05, ECHR 2007-II
M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], no. 30696/09, ECHR 2011
M. and Others v. Bulgaria, no. 41416/08, 26 July 2011
I.M. v. France, no. 9152/09, 2 February 2012
Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], no. 27765/09, ECHR 2012

In the case of de Souza Ribeiro v. France,

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

Nicolas Bratza, *President*,
Françoise Tulkens,
Nina Vajić,
Lech Garlicki,
Corneliu Bîrsan,
Boštjan M. Zupančič,
Alvina Gyulumyan,
Egbert Myjer,
David Thór Björgvinsson,
Ineta Ziemele,
Päivi Hirvelä,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Angelika Nußberger,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Erik Møse,
André Potocki, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 21 March and 19 September 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 22689/07) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Brazilian national, Mr Luan de Souza Ribeiro (“the applicant”), on 22 May 2007.

2. The applicant was represented by Ms D. Monget Sarrail, a lawyer practising in Créteil and in French Guiana. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged a violation of Article 8 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 13, in particular because he had had no possibility of challenging the lawfulness of a removal order prior to its execution.

4. The application was allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 9 February 2009 the President of the Section decided to give notice of the application to the Government. As provided for in Article 29 § 1 of the Convention and Rule 54A, it was decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

5. On 30 June 2011 a Chamber of the Fifth Section, composed of Dean Spielmann, President, Elisabet Fura, Jean-Paul Costa, Karel Jungwiert, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre and Ann Power, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar, delivered a judgment declaring the application partly admissible and finding, by four votes to three, that there had been no violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8. The joint dissenting opinion of Judges Spielmann, Berro-Lefèvre and Power was appended to the judgment.

6. On 27 September 2011 the applicant requested the referral of the case to the Grand Chamber (Article 43 of the Convention). A panel of the Grand Chamber granted that request on 28 November 2011.

7. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Articles 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

8. The applicant and the Government each filed submissions before the Grand Chamber. In addition, joint written observations were submitted by the Groupe d'information et de soutien des immigrés, the Ligue française des droits de l'homme and the Comité Inter-Mouvements Auprès des Évacués, whom the President had authorised to intervene in the written proceedings (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 21 March 2012 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

- | | | |
|----|---|---------------|
| Ms | A.-F. Tissier, Co-Agent of the French Government,
Head of the Human Rights Section,
Department of Legal Affairs,
Ministry of Foreign and European Affairs, | <i>Agent,</i> |
| Mr | B. Jadot, drafting secretary, Department of Legal
Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs, | |
| Mr | S. Humbert, Legal Adviser to the Secretary General
for immigration and integration, | |

- Ms C. Salmon, Deputy Head of Legal and Institutional Affairs, General Delegation for Overseas Territories, *Advisers;*
- (b) *for the applicant*
- Ms D. Monget Sarrail, lawyer practising in French Guiana, *Counsel,*
- Ms L. Navennec Normand, lawyer practising in Val de Marne, *Adviser.*

The Court heard addresses from Ms Monget Sarrail and Ms Tissier as well as their answers to questions put by the judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicant was born on 14 June 1988 and lives in Remire Montjoly in French Guiana, a French overseas “*département* and region” in South America.

11. He arrived in French Guiana from Brazil in 1992, at the age of four, and attended school there for a year before returning to Brazil in 1994.

12. In 1995, in possession of a tourist visa, the applicant returned to Cayenne in French Guiana, where he joined his parents, both of whom had permanent residence cards, and his two sisters and two brothers, one of whom had French nationality while the other three, having been born on French soil, were entitled to apply for it. His maternal grandparents remained in Brazil.

13. The applicant attended primary then secondary school in French Guiana from 1996 to 2004. As he had no proper residence papers and could not apply for them until he came of age (see paragraph 26 below), he had to leave school in 2004, at the age of 16.

14. On 25 May 2005 the applicant was arrested on suspicion of a drug offence. By an order of 17 May 2006, the Cayenne Youth Court placed him under court supervision and barred him from leaving French Guiana.

15. In a judgment of 25 October 2006, the Cayenne Youth Court sentenced the applicant to two months’ imprisonment, suspended, and two years’ probation, together with the obligation to report to the authorities and to undergo training, for unauthorised possession of cocaine while under 18 years of age. In execution of that judgment, the applicant began a vocational training course that was scheduled to last from 13 October

2006 to 30 March 2007, as part of the socio-professional guidance and integration scheme in French Guiana.

16. On 25 January 2007 the applicant and his mother were stopped at a road check. As the applicant was unable to show proof that his presence on French soil was legal, he was arrested.

17. The same day, at 10 a.m., an administrative removal order (*arrêté préfectoral de reconduite à la frontière*) and an administrative detention order were issued against him. The removal order stated:

“– Having regard to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 and in particular Articles 3 and 8,

...

– Whereas, according to report no. 56 of 25/01/2007, drawn up by the DDPAF [*Département* Border Police] of French Guiana, the above-mentioned person:

– is unable to prove that he entered French territory legally;

– has remained in French territory illegally;

– Whereas, in the circumstances of the present case, an administrative removal order must be issued against the alien concerned,

– Whereas that person has been informed of his right to submit observations in writing,

– Whereas, in the circumstances of the present case, there is no disproportionate interference with the person’s right to family life,

– Whereas the alien does not allege that he would be exposed to punishment or treatment contrary to the European Convention on Human Rights in the event of his return to his country of origin (or the country of habitual residence to which he is effectively entitled to return),

...

[The applicant’s] removal is hereby ordered.”

18. On 26 January 2007, at 3.11 p.m., the applicant sent two faxes to the Cayenne Administrative Court.

One contained an application for judicial review of the removal order, calling for its cancellation and the issue of a residence permit. In support of his application the applicant alleged in particular that the order was in breach of Article L. 511-4 (2) of the Code regulating the entry and residence of aliens and asylum-seekers (*Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile* – CESEDA) (see paragraph 26 below), and also, relying on Article 8 of the Convention, that the authorities had manifestly misjudged the consequences of his removal for his personal and family life. He explained that he had entered French territory before the age of 13, that

he had lived there on a habitual basis ever since, that both his parents had permanent residence cards, and that one of his brothers had acquired French citizenship and his other brother and sisters had been born on French soil. He further submitted that he was under an obligation to abide, for two years, by the conditions of his probation, failing which he would go to prison, and that, as required by the probation order, he had already begun a course in mechanics.

The other fax contained an urgent application for the court to suspend the enforcement of the removal order in view of the serious doubts about its lawfulness. In support of his application the applicant again relied on Article 8 of the Convention and repeated the arguments mentioned in the application for judicial review, which showed that most of his private and family life had been spent in French Guiana.

19. On 26 January 2007, at 4 p.m., the applicant was removed to Belem in Brazil.

20. On the same day, the urgent-applications judge at the Cayenne Administrative Court declared the urgent application for a suspension of the applicant's removal devoid of purpose as he had already been deported.

The applicant immediately applied for legal aid to appeal to the *Conseil d'Etat* against that ruling. By a decision of 6 March 2007, the President of the Legal Aid Office of the *Conseil d'Etat* rejected his application for "lack of serious grounds likely to convince the court".

21. On 6 February 2007 the applicant lodged an urgent application for protection of a fundamental freedom (*requête en référé liberté*) with the Cayenne Administrative Court. Referring to the Convention and to the Court's case-law, he complained of a serious and clearly unlawful interference by the authorities with his right to lead a normal family life and his right to an effective remedy. He requested that the prefect of French Guiana be instructed to organise his return there within twenty-four hours of notification of the order, to enable him to defend himself effectively regarding the alleged violations of the Convention, and to be reunited with his family while the prefecture examined his right to stay in French Guiana.

By an order of 7 February 2007, the urgent-applications judge at the Cayenne Administrative Court rejected the application, considering in essence that the measure the applicant sought would to all intents and purposes amount to a permanent measure, whereas the urgent-applications judge could only order interim measures.

22. In August 2007 the applicant returned to French Guiana illegally.

23. On 4 October 2007 the Cayenne Administrative Court held a hearing in which it examined the applicant's earlier application for judicial review (see paragraph 18 above). In a judgment delivered on 18 October

2007, it set aside the removal order. It noted in particular that the applicant claimed that he had returned to France in 1995, at the age of seven, and had resided there on a habitual basis thereafter, and that in support of his claims he had produced school certificates the authenticity of which the prefect did not dispute. It found it established that the applicant's mother had a permanent residence card and that his father also lived in French Guiana. The court further noted that, according to a court supervision order produced by the applicant, he had been arrested in French Guiana in 2005 and prohibited from leaving the territory. It found that the applicant fulfilled the conditions provided for in Article L. 511-4 (2) of the CESEDA, which meant that the removal order should not have been issued against him.

In response to the applicant's request to instruct the prefect of French Guiana to issue him with a residence permit within a month of the judgment being served, the court considered that its decision did not necessarily entail the issue of a temporary residence permit as it concerned only the setting aside of the removal order. The court did, however, set a three-month time-limit within which the prefect was to resolve the question of the applicant's residence status.

24. On 16 June 2009 the prefecture of French Guiana issued the applicant with a "visitor's" residence permit, which was valid for one year but did not allow him to work. An investigation revealed that the authorities had issued the "visitor's" permit by mistake. On 23 September 2009 the applicant was issued with a new residence permit for "private and family life". It was backdated to June 2009, valid for one year and allowed him to work.

That residence permit was not renewed upon its expiry on 15 June 2010 because of a problem with the documents required for its renewal. On 14 October 2010 the applicant was issued with a new residence permit valid from 16 June 2010 to 15 June 2011, subsequently renewed until 15 June 2012. The applicant now holds a renewable residence permit for "private and family life".

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

25. French Guiana is a French overseas *département* and region. Article 73 of the Constitution stipulates that in the overseas *départements* and regions French laws and regulations automatically apply, although adjustments may be made to allow for the particular characteristics and constraints in those territories. Where immigration laws are concerned, the regime applicable in the overseas territories is that provided for in the Code

regulating the entry and residence of aliens and asylum-seekers (CESEDA), with certain distinctions.

A. Provisions governing residence for aliens

26. The relevant provisions of the CESEDA as in force at the material time are as follows:

Article L. 313-11

“Unless their presence represents a threat to public order, a temporary residence permit for ‘private and family life’ shall automatically be issued:

(1) to an alien, in the year following his eighteenth birthday, ... where at least one of the parents has a temporary or a full residence permit ...;

(2) to an alien, in the year following his eighteenth birthday, ... where he can prove by any means that he has been habitually resident in France, with at least one of his legitimate, natural or adoptive parents, since the age of 13, filiation having been established in the conditions laid down in Article L. 314-11; the condition provided for in Article L. 311-7 is not required; ...”

Article L. 511-4

“The following persons shall not be required to leave French territory, or made the subject of a removal order, under the provisions of this chapter:

...;

(2) Aliens who can prove by any means that they have been habitually resident in France since at least the age of 13;

...”

27. These provisions are applicable throughout French territory, including France’s overseas territories.

B. Expulsion measures and appeals to the administrative court

1. The law generally applicable

28. At the material time expulsion measures were governed by Book V of the CESEDA, introduced by Law no. 2006-911 of 24 July 2006. They included the obligation to leave French territory (Article L. 511-1-I) and administrative removal (Article L. 511-1-II).

29. An alien who could not prove that he or she had entered France legally, or who had remained there illegally, and who could not be authorised to stay on any other grounds, could be ordered to leave, in particular by means of an administrative removal order (Articles L. 511-1 to L. 511-3 of the CESEDA).

30. If the alien was placed in administrative detention, he or she was informed of his or her rights and was entitled to legal assistance provided by an association in the detention centre. These associations were legal entities which had concluded agreements with the Ministry responsible for asylum and whose purpose was to inform the aliens concerned and help them to exercise their rights. In 2007, the only association present in French administrative detention centres was CIMADE. Since 2010 four other associations have also been present: the Ordre de Malte, the Association Service Social Familial Migrants (ASSFAM), France Terre d'Asile and Forum des Réfugiés.

31. Appeals against administrative removal orders could be lodged before the administrative court within forty-eight hours of their being served (Article L. 512-2 of the CESEDA). The appeal suspended the execution of the removal order but did not prevent the alien from being placed in administrative detention. The alien could not be deported before the time-limit for appealing had expired or – if the matter had been referred to the court – before the court had reached a decision (Article L. 512-3 of the CESEDA). The decision as to the country of destination was separate from the actual removal order. If that decision was challenged at the same time as the removal order, the appeal also had suspensive effect (Article L. 513-3 of the CESEDA).

32. The appeal took the form of an application for judicial review, with no examination of the issue of compensation. The administrative court's decision therefore focused solely on the lawfulness of the removal order. The court reviewed the proportionality of the public-policy reasons with the fundamental freedom(s) relied on by the alien. When examining an appeal against the decision fixing the country to which the alien was to be removed, the court reviewed compliance with Article 3 of the Convention. It also examined the proportionality of the aims pursued by the removal order in relation to the interference with the alien's private or family life as protected by Article 8 of the Convention.

33. The administrative court was required to reach a decision within seventy-two hours.

34. An appeal against the judgment of the administrative court could be lodged with the president of the administrative court of appeal having territorial jurisdiction, or a person delegated by him. This appeal had no suspensive effect (Article R. 776-19 of the Administrative Courts Code).

35. The consequences of the setting aside of an administrative removal order were covered by Article L. 512-4 of the CESEDA. First of all, it put a stop to any administrative detention or house arrest. The alien was then

issued with a temporary residence permit while the administrative authority reviewed his or her case. Lastly, the judge responsible for removal matters did not merely refer the alien back to the administrative authorities; under Article L. 911-2 of the Administrative Courts Code, it also ordered the prefect to decide whether the person was entitled to a residence permit, “regardless of whether he or she had applied for one” and set a time-limit within which the situation of the alien concerned was to be reviewed (see, for example, *Conseil d’Etat*, 13 October 2006, application no. 275262, *M. Abid A.*).

36. However, a judgment of the administrative court setting aside a removal order did not oblige the prefect to issue a residence permit, as it did not concern the setting aside of a refusal to issue a residence permit (see the leading judgment of the *Conseil d’Etat* of 22 February 2002, application no. 224496, *M. Dieng*, followed by others). This applied even when the decision to set aside a removal order was based on substantive grounds, such as a violation of Article 8 of the Convention. According to the case-law, a review of the person’s situation sufficed to fully execute a decision to set aside a removal order on substantive grounds. However, the principle of *res judicata* prevents the administrative authority from issuing a new removal order on the same grounds without showing any change in the circumstances.

37. These provisions (see paragraphs 28-36 above) were amended in part by Law no. 2011-672 of 16 June 2011 on immigration, integration and nationality, which harmonised the procedure for removing illegal aliens. The solutions previously adopted in the case-law concerning administrative removal measures are generally transposable to the present situation.

2. *The law applicable in French Guiana*

38. The relevant provisions of the CESEDA, in the version in force at the material time, read as follows:

Article L. 514-1

“For the purposes of this part, the following provisions shall apply in French Guiana and Saint Martin:

(1) If the consular authority so requests, the removal order shall not be executed until one full day after it has been served;

(2) Without prejudice to the provisions of the preceding paragraph, an alien who has been ordered to leave French territory or against whom an administrative removal order has been issued and who refers the matter to the administrative court may, at the same time, apply for a stay of execution.

Consequently, the provisions of Articles L. 512-1 and L. 512-2 to L. 512-4 [whereby a removal order issued by the prefect may be challenged before the administrative court within forty-eight hours, with suspensive effect on the execution of the removal order] shall not apply in French Guiana or Saint Martin.”

39. Unlike in ordinary French law, therefore (see paragraph 31 above), an appeal to the administrative court does not stay the execution of a removal order. This exception, originally introduced for a limited period, was made permanent in French Guiana by the Homeland Security Act (Law no. 2003-239 of 18 March 2003).

40. When asked to review the conformity of this measure with the French Constitution, as provided for in Article 61 of the Constitution, the Constitutional Council approved it. In its decision no. 2003-467 of 13 March 2003, when examining the conformity of the measure with Article 73 of the Constitution, the Constitutional Council noted:

“Sections 141 and 142 [of the Homeland Security Act] make the special provisions ... permanent in French Guiana and in the municipality of Saint Martin in Guadeloupe; under these provisions, refusal to issue a residence permit to certain aliens is not submitted for opinion to the residence-permit committee provided for in section 12 *quater* of the order of 2 November 1945, and an appeal against a removal order has no suspensive effect.

The applicant MPs argue that in making the special regime permanent sections 141 and 142 interfere with ‘constitutionally protected rights and guarantees such as the rights of the defence’ and go beyond the adjustments to the legislation of the overseas *départements* authorised by Article 73 of the Constitution.

In order to allow for the particular situation and the lasting difficulties encountered with regard to the international movement of people in the *département* of French Guiana and in the municipality of Saint Martin in the *département* of Guadeloupe, Parliament has maintained the special regime introduced by sections 12 *quater* and 40 of the order of 2 November 1945, mentioned above, without disrupting the balance, required by the Constitution, between the needs of public policy and the protection of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution. The persons concerned continue to enjoy the right of appeal against administrative measures, and in particular the right to lodge urgent applications with the administrative court. Bearing in mind the special circumstances, which are directly related to the specific aim of strengthening the fight against illegal immigration, the legislation has not infringed the constitutional principle of equality. The adjustments in question are not contrary to Article 73 of the Constitution. ...”

41. Concerning the removal of aliens, French legislation provides for similar exceptions in another six overseas “*départements* and regions” and communities (Guadeloupe, Mayotte, Wallis and Futuna, Saint Barthélemy, Saint Martin, French Polynesia) and New Caledonia.

C. Urgent applications

42. The legal provisions governing urgent applications for a stay of execution or for the protection of a fundamental freedom (*référé suspension* or *référé liberté*) are automatically applicable in French Guiana just as they are everywhere else in France. The relevant provisions of the Administrative Courts Code read as follows:

Article L. 521-1

“When an application is made to set aside or vary an administrative decision, including a refusal, the urgent-applications judge may order that execution of the decision or certain of its effects be stayed where the urgent nature of the matter warrants it and where grounds are advanced capable of raising serious doubts, as the evidence stands, as to the lawfulness of the decision.

Where an order is made staying execution, a ruling shall be given as soon as possible on the application to have the decision set aside or varied. The stay of execution shall end at the latest when a decision is taken on the application to have the decision set aside or varied.”

Article L. 521-2

“Where such an application is submitted to him or her as an urgent matter, the urgent-applications judge may order whatever measures are necessary to protect a fundamental freedom which has been breached in a serious and manifestly unlawful manner by a public law entity or an organisation under private law responsible for managing a public service, in the exercise of their powers. The urgent-applications judge shall rule within forty-eight hours.”

43. When examining a case concerning French Guiana, referred to it under Article L. 521-1 of the Administrative Courts Code, the *Conseil d’Etat* pointed out:

“The urgency of the matter justifies the stay of execution of an administrative measure when its execution would, in a sufficiently serious and immediate manner, undermine a public interest, the applicant’s situation or the interests he seeks to defend. It is for the urgent-applications judge to whom an application for a stay of execution of a decision not to issue a residence permit has been referred to assess the urgency and give reasons, taking into account the immediate impact of the refusal to issue the residence permit on the practical situation of the individual concerned. As Article L. 514-1 of the Code regulating the entry and residence of aliens and asylum-seekers stipulates that Article L. 512-1 of the same Code does not apply in French Guiana, an appeal by an alien against a refusal to issue a residence permit, combined with an obligation to leave French territory for a specified country of destination, does not stay the execution of the obligation to leave French territory.”

44. The *Conseil d’Etat* went on to consider that, in these circumstances, “the prospect that an expulsion measure might be implemented at any time ... may be considered to characterise an urgent situation opening the possibility for the urgent-

applications judge to stay the execution of the decision to refuse to issue a residence permit, combined with the obligation to leave French territory, in conformity with the provisions of Article L. 521-1 of the Administrative Courts Code”. (*Conseil d’Etat*, 9 November 2011, *M. Takaram A.*, no. 346700, *Recueil Lebon*)

D. Opinion no. 2008-9 of the National Commission for Policing Ethics

45. In response to a complaint lodged on 23 January 2008, the National Commission for Policing Ethics (*Commission nationale de déontologie de la sécurité*) examined the circumstances in which Mr C.D., a Brazilian national, had been stopped on 12 November 2007 by the mobile investigation squad of the Border Police of the *département* of French Guiana, taken into custody and detained pending his expulsion, and subsequently died six hours after being hospitalised in Cayenne.

46. In its opinion of 1 December 2008, the National Commission for Policing Ethics noted

“the existence within the Border Police in French Guiana, from 2006 to 30 January 2008 – when the two public highway patrol units of the mobile investigation squad were disbanded – of working methods and data-processing practices which, under cover of formally legitimate procedures, systematically violated all the principles of criminal procedure and in particular the most elementary rights of the people arrested, ... by intentionally falsifying the times mentioned in their reports, or using pre-printed forms whereby people who were taken into custody or detained waived their rights before they had even had a chance to voice their wishes on the matter.

Because of the systematic and long-standing nature of these violations of the law ... the Commission strongly recommends that ...

disciplinary measures be taken against all those ... who instigated or implemented them or allowed them to go on for such a long time ...

More generally, the Commission requests that all those who serve overseas be reminded that:

...

in the fight against illegal immigration the number of effective removals demanded by the central authorities must in no way affect the quality and lawfulness of the procedures;

and whatever the legal steps taken following the arrest – remand in custody, identity check, administrative detention – the people concerned have certain rights of which it is the duty of the police to inform them in practice, in a language they understand, to enable them to exercise their rights effectively and not just for the sake of appearances.”

III. RELEVANT INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND PRACTICE

A. Council of Europe instruments

1. *The Committee of Ministers*

47. On 4 May 2005 the Committee of Ministers adopted “Twenty Guidelines on forced return”. The relevant guidelines read as follows:

“Guideline 2. Adoption of the removal order

Removal orders shall only be issued in pursuance of a decision reached in accordance with the law.

1. A removal order shall only be issued where the authorities of the host State have considered all relevant information that is readily available to them, and are satisfied, as far as can reasonably be expected, that compliance with, or enforcement of, the order, will not expose the person facing return to:

a. a real risk of being executed, or exposed to torture or inhuman or degrading treatment or punishment;

b. a real risk of being killed or subjected to inhuman or degrading treatment by non-State actors, if the authorities of the State of return, parties or organisations controlling the State or a substantial part of the territory of the State, including international organisations, are unable or unwilling to provide appropriate and effective protection; or

c. other situations which would, under international law or national legislation, justify the granting of international protection.

2. The removal order shall only be issued after the authorities of the host State, having considered all relevant information readily available to them, are satisfied that the possible interference with the returnee’s right to respect for family and/or private life is, in particular, proportionate and in pursuance of a legitimate aim.

...

Guideline 5. Remedy against the removal order

1. In the removal order, or in the process leading to the removal order, the subject of the removal order shall be afforded an effective remedy before a competent authority or body composed of members who are impartial and who enjoy safeguards of independence. The competent authority or body shall have the power to review the removal order, including the possibility of temporarily suspending its execution.

2. The remedy shall offer the required procedural guarantees and present the following characteristics:

- the time-limits for exercising the remedy shall not be unreasonably short;

– the remedy shall be accessible, which implies in particular that, where the subject of the removal order does not have sufficient means to pay for necessary legal assistance, he/she should be given it free of charge, in accordance with the relevant national rules regarding legal aid;

– where the returnee claims that the removal will result in a violation of his or her human rights as set out in Guideline 2.1, the remedy shall provide rigorous scrutiny of such a claim.

3. The exercise of the remedy should have a suspensive effect when the returnee has an arguable claim that he or she would be subjected to treatment contrary to his or her human rights as set out in Guideline 2.1.”

2. *The Commissioner for Human Rights*

48. The Commissioner for Human Rights issued a Recommendation concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders (CommDH(2001)19). This Recommendation of 19 September 2001 included the following paragraph:

“11. It is essential that the right of judicial remedy within the meaning of Article 13 of the [European Convention on Human Rights] be not only guaranteed in law but also granted in practice when a person alleges that the competent authorities have contravened or are likely to contravene a right guaranteed by the [Convention]. The right of effective remedy must be guaranteed to anyone wishing to challenge a *refoulement* or expulsion order. It must be capable of suspending enforcement of an expulsion order, at least where contravention of Articles 2 or 3 of the [Convention] is alleged.”

B. Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (“the Return Directive”)

49. The relevant parts of Articles 5, 12 and 13 of the Return Directive read as follows:

Article 5

Non-refoulement, best interests of the child, family life and state of health

“When implementing this Directive, member States shall take due account of:

- (a) the best interests of the child;
- (b) family life;
- (c) the state of health of the third-country national concerned,

and respect the principle of *non-refoulement*.”

Chapter III Procedural Safeguards

Article 12 Form

“1. Return decisions and, if issued, entry-ban decisions and decisions on removal shall be issued in writing and give reasons in fact and in law as well as information about available legal remedies.

...”

Article 13 Remedies

“1. The third-country national concerned shall be afforded an effective remedy to appeal against or seek review of decisions related to return, as referred to in Article 12 § 1, before a competent judicial or administrative authority or a competent body composed of members who are impartial and who enjoy safeguards of independence.

2. The authority or body mentioned in paragraph 1 shall have the power to review decisions related to return, as referred to in Article 12 § 1, including the possibility of temporarily suspending their enforcement, unless a temporary suspension is already applicable under national legislation.

...”

C. Concluding Observations of the United Nations Human Rights Committee on the fourth periodic report of France

50. In accordance with Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on 9 and 10 July 2008 the United Nations Human Rights Committee examined the fourth periodic report of France (UN Doc. CCPR/C/FRA/4). On 22 July 2008, it adopted its Concluding Observations (UN Doc. CCPR/C/FRA/CO/4) on that report, which included the following:

“... no recourse to the courts is available to persons deported from the overseas territory of Mayotte, involving some 16,000 adults and 3,000 children per year, nor from French Guiana ...

The State Party should ensure that the return of foreign nationals, including asylum-seekers, is assessed through a fair process that effectively excludes the real risk that any person will face serious human rights violations upon his return. Undocumented foreign nationals and asylum-seekers must be properly informed and assured of their rights, including the right to apply for asylum, with access to free legal aid. The State Party should also ensure that all individuals subject to deportation orders have an adequate period to prepare an asylum application, with guaranteed access to translators, and a right of appeal with suspensive effect.” (The last paragraph appears in bold type in the original text.)

THE LAW

I. SCOPE OF THE CASE BEFORE THE GRAND CHAMBER

51. In their submissions to the Grand Chamber, the Government raised a preliminary objection concerning the complaint under Article 8 of the Convention. In its judgment of 30 June 2011, however, the Chamber declared the complaint about the lack of an effective remedy (Articles 13 and 8 of the Convention taken together) admissible and the complaint concerning unjustified interference with the applicant's right to respect for his private and family life (Article 8 of the Convention taken alone) inadmissible. The Chamber rejected the latter complaint as being incompatible *ratione personae* with the Convention as the applicant could not be considered to be a "victim" within the meaning of Article 34. The Grand Chamber will therefore only examine the complaint declared admissible by the Chamber, as "the case" referred to the Grand Chamber is the application as declared admissible by the Chamber (see, among other authorities, *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, §§ 140-41, ECHR 2001-VII, and *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 61, ECHR 2010).

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

52. The applicant complained that he had had no effective remedy under French law in respect of his complaint of unlawful interference with his right to respect for his private and family life as a result of his expulsion to Brazil. He relied on Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8, which read as follows:

Article 8

"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."

Article 13

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

A. The Chamber judgment

53. In its judgment of 30 June 2011, the Chamber noted that the Cayenne Administrative Court had set aside the removal order against the applicant as illegal on 18 October 2007, nearly nine months after his removal to Brazil. It also noted that he had not been issued with a residence permit enabling him to live legally in French Guiana until 16 June 2009. On that basis, the Chamber considered that at the time of the applicant's removal to Brazil a serious question had arisen as to the compatibility of his removal with Article 8 of the Convention. It considered that the applicant had an "arguable" complaint for the purposes of Article 13 of the Convention and within the meaning of the Court's case-law. It accordingly went on to examine the merits of the complaint and the effectiveness of the remedy available to the applicant in French Guiana. It found that the remedy of which the applicant had been able to avail himself before the Cayenne Administrative Court had made it possible for him to have the removal order declared illegal and, subsequently, to obtain a residence permit, even though, because it had no suspensive effect, the applicant had been removed before the Administrative Court could examine his case. It went on to note that the applicant's removal had not definitively broken his family ties, as he had been able to return to French Guiana some time after being deported – albeit illegally at first – and had been given a residence permit. Bearing in mind, *inter alia*, the margin of appreciation the States enjoy in such matters, the Chamber held that there had been no violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

B. The parties' submissions before the Grand Chamber

1. The Government

(a) The applicant's victim status

54. The Government contended that the applicant could no longer claim to be a "victim" within the meaning of Article 34 of the Convention or under the Court's case-law.

They submitted that the domestic authorities had acknowledged and then remedied the alleged violation of Article 13 taken in conjunction with Article 8 by issuing the applicant with a residence permit. In addition, in spite of the execution of the removal order, the Administrative Court had ruled that the decision should be set aside rather than simply terminating the proceedings, which showed that the remedy was an effective one.

55. At the hearing, the Government also pointed out that the applicant's illegal status in French Guiana at the time of his arrest was the result of his own negligence, as he had failed to apply to regularise his administrative status even though he was automatically entitled to a residence permit. According to the Government, this clearly distinguished the present case from that of *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France* (no. 25389/05, ECHR 2007-II), where the applicant, an Eritrean national, had requested admission to France as an asylum-seeker. In that case, however, had it not been for the interim measure ordered by the Court, the fact that the appeal against the decision not to let the person into the country had no suspensive effect would have made it impossible for the domestic authorities to remedy the alleged violation of Article 3 of the Convention. The applicant in that case had accordingly had an arguable complaint, unlike the applicant in the present case.

(b) Compliance with Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8

56. Referring to the Court's case-law, the Government argued that the effectiveness of a remedy was not, in principle, conditional on its suspensive effect for the purposes of Article 13, except where there might be "potentially irreversible effects" contrary to Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4. In the present case, the decision to remove the applicant had been challenged before the Administrative Court, which had set it aside, thereby permitting the applicant to return to French Guiana. The applicant had therefore had access to an effective remedy. The Government emphasised that the applicant's family ties had not been definitively broken and that his removal had not had any irreversible effects. At the time of his removal the applicant was 18 years old, single, had no children and was in good health. He had been sent back to the country where his grandparents lived and a few months later he had been able to return to French Guiana and resume his life there without incident. It followed, according to the Government, that the applicant had had an effective remedy.

Furthermore, the Government considered that the Chamber had taken an *a priori* approach, reasoning that an interference by the authorities with an Article 8 right was not, in principle, irreversible, unless the individual concerned came to a tragic end or was particularly vulnerable. The Government submitted, however, that such specific cases would fall within the scope of Article 3 and the remedy would automatically have suspensive effect. The applicant's case indubitably fell within the scope of Article 8, and illustrated the principle of the absence of potentially irreversible effects.

57. In the Government's submission, the applicant had not shown how an interference with the right to respect for one's private and family life could have irreversible effects. While his illegal return to French Guiana might have been risky, the fact that he had broken the law without even waiting for the Administrative Court's decision concerning his appeal could not be seen as anything but the applicant's own responsibility. Lastly, the Government pointed out that following the domestic court's judgment the applicant had been granted temporary authorisation to stay. The fact that the authorities had been unable to issue the first residence permit until 16 June 2009 had been the applicant's own fault, as he had not seen fit to submit the requisite papers and had made no effort to regularise his situation when invited to do so.

58. The Government contended that the exception applied in French Guiana fell within the margin of appreciation afforded to States as to the manner in which they honoured their obligations under Article 13 of the Convention. The exception to the principle of a suspensive remedy was justified by the particular pressure of illegal immigration in French Guiana. Illegal immigration and the criminal networks that facilitated it were encouraged by the peculiar topography there, which made the borders permeable and impossible to guard effectively. Moreover, considering the large number of removal orders issued by the prefect of French Guiana, introducing an automatically suspensive remedy might overload the administrative courts and adversely affect the proper administration of justice. The exception was also justified by the need to maintain a certain equilibrium in French Guiana and by the close bilateral ties France had with the neighbouring countries.

59. In any event, although there was no automatically suspensive remedy, urgent applications for a stay of execution were widely used, and had been used by the applicant. At the hearing, the Government in fact pointed out that, as the judgment delivered by the *Conseil d'Etat* in the matter was a recent one, its exact scope remained to be defined. The judgment appeared to give the urgent-applications judge the power to stay the execution of a removal order when there was a risk of its being implemented at any time and there were serious reasons to doubt its lawfulness (see paragraphs 43 and 44 above).

60. As to whether the Court's case-law was consistent, the Government submitted that it was. There was no need for a remedy with suspensive effect when Article 13 was taken in conjunction with Article 8. In such cases the Court made a proper assessment of the proportionality of the removal in relation to the aim pursued. In doing this the Court applied the criteria laid down in its case-law (for example, *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00,

ECHR 2001-IX). So the effectiveness of the remedy was not conditional on its having suspensive effect. At the hearing the Government added that a departure from this principle would undermine the consistency and clarity of the Court's case-law.

61. The Government concluded by inviting the Court to uphold the judgment delivered by the Chamber.

2. *The applicant*

(a) **Victim status**

62. The applicant argued that, as in *Gebremedhin [Gaberamadhien]*, cited above, he could still claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention. According to him, the alleged violation of Article 13 taken in conjunction with Article 8 had already occurred by the time the Administrative Court gave judgment. At the hearing he explained that at the time of his arrest and removal he had just turned 18, and as a result, under French law he should have had until June 2007 to regularise his situation (see paragraphs 26 and 27 above). He had nevertheless been expelled and obliged to run the risk of paying a smuggler to return him to French Guiana illegally.

Referring to the conclusion reached by the Chamber in its judgment, the applicant submitted that his complaint had been arguable and had raised a serious issue at the time of his removal.

(b) **Compliance with Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8**

63. The applicant criticised the exception to the law in French Guiana that had deprived him of an effective remedy to defend his complaint under Article 8 of the Convention.

64. He explained that, contrary to what the Chamber had decided, a violation of the right to respect for private and family life could have potentially irreversible effects when foreigners were deported. In his case the consequences could have been irreversible and indeed they had been, at least psychologically. They could not be assessed *ex post facto* in the light of his good fortune in managing to return to French Guiana following his illegal expulsion. Nor was it acceptable that he had had to pay a smuggler to return him to French Guiana, at great risk to himself, when the authorities had taken two years to act on the court's decision instead of the three months they had been given. According to the applicant, the fact that it had taken two years to obtain a residence permit was due to the "tense" relations with

the administrative authorities, who had required him to produce numerous documents, not all of which were relevant.

65. The applicant referred to the reality of the situation in French Guiana, where 10,000 of the 40,000 illegal aliens present were removed every year. In the applicant's submission, such figures made it impossible to review each individual situation prior to expulsion. Most of the removal orders were executed within forty-eight hours, with only very cursory formal verification, and were simply signed in bulk, as revealed by an investigation carried out by the National Commission for Policing Ethics (see paragraphs 45 and 46 above). They concerned all sorts of cases, including parents obliged to leave their children behind, who were then placed in care, irremediably affecting their family life. The potential for irreversible effects was all the greater in that no prior verifications were made by the authorities or the courts.

66. The applicant then referred to the Court's case-law on international child abduction, according to which the passage of time could have irremediable consequences for relations between the child and the parent with whom the child did not live. He submitted that this approach could be transposed to the removal of aliens.

67. Furthermore, he argued, the requirement for a remedy to have suspensive effect in connection with a complaint under Article 8 would be consistent with the general trend in the case-law set by the *Čonka v. Belgium* judgment (no. 51564/99, ECHR 2002-I) and would logically enhance the subsidiarity of the Court's role.

68. The applicant also submitted that the margin of appreciation afforded to member States in the matter could not justify the legal exception applied in French Guiana in the light of France's commitment to protecting Convention rights.

69. Lastly, the applicant submitted that the Chamber judgment was at variance with the European Union's requirements, and in particular Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council.

3. *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Ligue française des droits de l'homme (LDH) and Comité Inter-Mouvements Auprès des Évacués (CIMADE), third-party interveners*

70. In a joint memorial the third-party interveners explained that France's overseas territories were characterised by exceptions to the law applicable in mainland France where the rights of immigrants were concerned. These territories were in fact a testing ground for immigration policies and police practices. In French Guiana, for example, unlike in mainland France, the police could carry out general identity checks without the prior authorisation of the public prosecutor. The conditions at holding facilities

were unsatisfactory, and expulsions from French Guiana were carried out swiftly and on a massive scale. In 2010, for example, 6,073 people had been placed in the administrative holding centre, which had a capacity of 38 places, and 4,057 had been expelled after being held for 1.4 days on average. In that same year only 717 (11.8%) of the 6,073 people held there had been brought before the liberties and detention judge. In the submission of the third-party interveners, such results were entirely due to the lack of a suspensive remedy, to the detriment of the fundamental rights and freedoms protected by the Convention. This lack of a suspensive remedy applied even to aliens alleging violations of Articles 2 and 3 of the Convention or Article 4 of Protocol No. 4 – in disregard of the Court’s case-law.

71. The purpose of the exceptions to the suspensive effect of the procedure – and also of the police methods used – was to make it easier to expel illegal aliens. The methods used by the police had been criticised by the National Commission for Policing Ethics, which had examined several serious cases in 2008 (including the death of a person who had been held in police custody and administrative detention). The expulsion rate for the Cayenne holding centre was 80% (compared with 20-30% in mainland France). Often, expulsion was simply a matter of ferrying the illegal aliens across the river, so it took no time at all (less than four hours). Brazil was the only country with which France had concluded an agreement on readmission from French Guiana, which made it possible to expel Brazilian nationals without any formalities. Departures for Brazil were organised every day and the individuals concerned were held for such a short time that it was difficult for CIMADE to assist them with the legal formalities.

72. In practice the vast majority of expulsions were carried out without judicial oversight and the removal orders were served on the persons concerned and executed in the absence of any real safeguards ensuring a review of their lawfulness. CIMADE observed, for example, that some persons were removed – after lodging an appeal accompanied by an urgent application for a stay of execution – before, or in some cases even after, the holding centre had received notice of a hearing. Once the person concerned had been removed, the urgent application became devoid of purpose and the court discontinued the proceedings.

73. The detainees often applied to the prefecture to reconsider its decision. Although the prefecture had full discretion in the matter, this was one of CIMADE’s main means of action and produced good results, the personal situation of the detainees often being serious.

74. In that context CIMADE had observed multiple cases of interference with detainees’ private and family lives: children separated from their parents and hurriedly entrusted to the care of strangers, schooling interrupted,

households broken up, parents wrenched from their children, mothers of small children forced to stop breastfeeding, and so on. It also mentioned thousands of children who had been placed in ill-suited holding centres and deported, with or without their parents.

75. In conclusion, according to the third-party interveners, the introduction of a suspensive appeal against expulsion measures was an urgent necessity. The lack of such a remedy placed the persons concerned at risk of significant and sometimes irreversible infringements of their fundamental rights and freedoms and allowed the existence of exemptions from the law in a French territory that fell within the jurisdiction of the Court.

C. The Court's assessment

1. The applicant's victim status

76. The Court considers that the preliminary objection raised by the Government that the applicant is no longer a victim is so closely linked to the substance of the applicant's complaint that it must be joined to the merits of the application.

2. Compliance with Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8

(a) Applicable general principles

77. In cases concerning immigration laws the Court has consistently affirmed that, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, the States have the right to control the entry, residence and expulsion of aliens. The Convention does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country and, in pursuance of their task of maintaining public order, Contracting States have the power to expel an alien convicted of criminal offences. However, their decisions in this field must, in so far as they may interfere with a right protected under paragraph 1 of Article 8, be in accordance with the law, pursue a legitimate aim and be necessary in a democratic society (see *Boultif*, cited above, § 46, and *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, § 54, ECHR 2006-XII).

By virtue of Article 1 of the Convention, the primary responsibility for implementing and enforcing the guaranteed rights and freedoms is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights. This subsidiary character is articulated in Article 13 and Article 35 § 1 of the Convention (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000-XI).

78. The Court has reiterated on numerous occasions that Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they are secured in the domestic legal order. The effect of this Article is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint. The States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision (see *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, § 48, ECHR 2000-VIII). However, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law (see *Kudla*, cited above, § 157).

79. The effectiveness of a remedy within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the “authority” referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority. Nevertheless, its powers and the procedural guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective (see *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 67, Series A no. 28). When the “authority” concerned is not a judicial authority, the Court makes a point of verifying its independence (see, for example, *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, §§ 77 and 81-83, Series A no. 116, and *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, §§ 44-47, ECHR 2000-V) and the procedural guarantees it offers applicants (see, *mutatis mutandis*, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, §§ 152-54, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V). Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so (see *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 69, ECHR 2000-V).

80. In order to be effective, the remedy required by Article 13 must be available 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 respondent State (see *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 112, ECHR 1999-IV).

81. In addition, particular attention should be paid to the speediness of the remedial action itself, since it is not inconceivable that the adequate nature of the remedy can be undermined by its excessive duration (see *Doran v. Ireland*, no. 50389/99, § 57, ECHR 2003-X).

82. Where a complaint concerns allegations that the person’s expulsion would expose him to a real risk of suffering treatment contrary to Article 3 of the Convention, in view of the importance the Court attaches to that

provision and given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised, the effectiveness of the remedy for the purposes of Article 13 requires imperatively that the complaint be subject to close scrutiny by a national authority (see *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, § 448, ECHR 2005-III), independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 (see *Jabari*, cited above, § 50), and reasonable promptness (see *Bati and Others v. Turkey*, nos. 33097/96 and 57834/00, § 136, ECHR 2004-IV). In such a case, effectiveness also requires that the person concerned should have access to a remedy with automatic suspensive effect (see *Gebremedhin [Gaberamadhien]*, cited above, § 66, and *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, § 200, ECHR 2012). The same principles apply when expulsion exposes the applicant to a real risk of a violation of his right to life safeguarded by Article 2 of the Convention. Lastly, the requirement that a remedy should have automatic suspensive effect has been confirmed for complaints under Article 4 of Protocol No. 4 (see *Čonka*, cited above, §§ 81-83, and *Hirsi Jamaa and Others*, cited above, § 206).

83. By contrast, where expulsions are challenged on the basis of alleged interference with private and family life, it is not imperative, in order for a remedy to be effective, that it should have automatic suspensive effect. Nevertheless, in immigration matters, where there is an arguable claim that expulsion threatens to interfere with the alien's right to respect for his private and family life, Article 13 of the Convention in conjunction with Article 8 requires that States must make available to the individual concerned the effective possibility of challenging the deportation or refusal-of-residence order and of having the relevant issues examined with sufficient procedural safeguards and thoroughness by an appropriate domestic forum offering adequate guarantees of independence and impartiality (see *M. and Others v. Bulgaria*, no. 41416/08, §§ 122-32, 26 July 2011, and, *mutatis mutandis*, *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, § 133, 20 June 2002).

(b) Application of these principles to the present case

84. The Court notes that the question in issue concerns the effectiveness of the remedies used by the applicant in French Guiana, at the time of his removal, to defend a complaint under Article 8 of the Convention. In this regard the Court considers it necessary to reiterate that where immigration cases are concerned, such as that of the applicant, its sole concern, in keeping with the principle of subsidiarity, is to examine the effectiveness of the domestic procedures and ensure that they respect human rights (see, *mutatis*

mutandis, *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, §§ 286-87, ECHR 2011, and *I.M. v. France*, no. 9152/09, § 136, 2 February 2012).

85. The Court further reiterates that Article 13 of the Convention does not go so far as to require any particular form of remedy, Contracting States being afforded a margin of discretion in this regard (see *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 122, Series A no. 215, and, among other authorities, *G.H.H. and Others v. Turkey*, no. 43258/98, § 36, ECHR 2000-VIII).

86. In the present case the applicant made use of the remedies available to him prior to his removal under the system in force in French Guiana: he lodged an application with the Administrative Court for judicial review of the removal order, as well as an urgent application for a stay of its execution; he also subsequently lodged an urgent application with the same court for protection of a fundamental freedom.

87. The Court must accordingly determine whether the applicant had the benefit of effective safeguards to protect him against the execution of a removal order allegedly breaching Article 8.

88. The Court is bound first of all to note the chronology of the present case: after the applicant was arrested on the morning of 25 January 2007, an order was issued for his removal, and he was placed in administrative detention at 10 a.m. the same day and deported at 4 p.m. the following day. He was therefore removed from French Guiana less than thirty-six hours after his arrest.

The Court notes, like the applicant, that the reasoning given in the removal order issued by the prefect of French Guiana was succinct and stereotyped (see paragraph 17 above). The Court also notes that notice of the order was served on the applicant immediately after his arrest. These elements appear to demonstrate the cursory nature of the examination of the applicant's situation by the authorities.

89. The Court also notes that the parties disagreed as to the reason why the applicant's removal was ordered. According to the Government, the applicant's illegal situation in French Guiana was due to his own negligence, as he had failed to take steps to regularise his administrative status. The applicant, on the other hand, alleged that as he was in the year following his eighteenth birthday he was still entitled to apply to regularise his status, and in any event he was protected from any form of removal from French territory.

90. The Court notes that, as the applicant alleged when he first appealed to the domestic courts (see paragraph 18 above), regardless of the reason for his illegal situation at the time of his arrest, he was protected under French law against any form of expulsion (see Article L. 511-4 of the CESEDA).

This was the conclusion reached by the Cayenne Administrative Court, which, after examining the evidence initially adduced by the applicant, proceeded to declare the removal order illegal (see paragraph 23 above).

91. Clearly, then, by 26 January 2007 the French authorities were in possession of evidence that the applicant's removal was not in accordance with the law and might therefore constitute an unlawful interference with his rights under Article 8 § 2 of the Convention (see paragraph 18 above). Like the Chamber, the Grand Chamber therefore considers that at the time of the applicant's removal to Brazil a serious question arose as to the compatibility of his removal with Article 8 of the Convention, and that he had an "arguable" complaint in that regard for the purposes of Article 13 of the Convention (see paragraph 53 above).

92. Turning next to the possibilities open to the applicant to challenge the decision to remove him, the Court observes that with the assistance of CIMADE he was able to apply to the Cayenne Administrative Court. In the Court's view the court to which his application was made fulfilled the requirements of independence, impartiality and competence to examine the complaints under Article 8.

93. However, it reiterates that, without prejudice to the issue of its suspensive nature, in order for a remedy to be effective and to avoid any risk of an arbitrary decision, there must be genuine intervention by the court or "national authority".

94. In the present case the file submitted to the competent "national authority" cannot be said to have been particularly complex. The Court would reiterate that the applications lodged by the applicant contained clearly explained legal reasoning. In challenging the removal order the applicant alleged that it was both contrary to the Convention and illegal under French law. He referred, *inter alia*, to Article L. 511-4 of the CESEDA and presented detailed proof that most of his private and family life had been spent in French Guiana (see paragraph 18 above), thereby demonstrating that his case was sufficiently meritorious to warrant proper examination (see, *mutatis mutandis*, *I.M. v. France*, cited above, § 155).

Next, and above all, the Court is obliged to observe that, after applying to the Administrative Court on 26 January 2007¹ at 3.11 p.m., the applicant was deported to Brazil the same day at 4 p.m. In the Court's view the brevity of that time lapse excludes any possibility that the court seriously examined the circumstances and legal arguments in favour of or against a violation of Article 8 of the Convention in the event of the removal order being enforced.

1. Rectified on 18 December 2012: the text read: "26 January 2011".

The result is that at the time of his removal the applications lodged by the applicant and the circumstances concerning his private and family life had not been effectively examined by any national authority. In particular, bearing in mind the chronology of the facts of the present case, the Court cannot but note that no judicial examination was made of the merits of the applicant's pleadings or of his urgent application for interim measures.

95. While the urgent proceedings could in theory have been an opportunity for the court to examine the applicant's arguments and, if necessary, to stay the execution of the removal order, any possibility of that actually happening was extinguished because of the excessively short time between his application to the court and the execution of the removal order. In fact, the urgent-applications judge was powerless to do anything but declare the application devoid of purpose. So the applicant was deported solely on the basis of the decision of the administrative authority.

Consequently, in the circumstances of the present case the Court considers that the haste with which the removal order was executed had the effect of rendering the available remedies ineffective in practice and therefore inaccessible. While the Court is aware of the importance of swift access to a remedy, speed should not go so far as to constitute an obstacle or unjustified hindrance to making use of it, or take priority over its practical effectiveness.

96. In the light of the above the Court considers that the manner in which the applicant's removal was effected was extremely rapid, even perfunctory. In the circumstances, before he was deported, the applicant had no chance of having the lawfulness of the removal order examined sufficiently thoroughly by a national authority offering the requisite procedural guarantees (see paragraph 79 above).

97. As to the geographical location of French Guiana and the strong pressure of immigration there, the Government contended that these factors justified the exception to the ordinary legislation and the manner in which it was applied there. In view of the circumstances of the present case, the Court cannot subscribe to that analysis. It is certainly aware of the need for States to combat illegal immigration and to have the necessary means to do so, while organising domestic remedies in such a way as to make allowance for certain national constraints and situations.

However, while States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under Article 13 of the Convention, that discretion must not result, as in the present case, in an applicant being denied access in practice to the minimum procedural safeguards needed to protect him against arbitrary expulsion.

98. Lastly, concerning the danger of overloading the courts and adversely affecting the proper administration of justice in French Guiana, the Court reiterates that, as with Article 6 of the Convention, Article 13 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet its requirements. In that connection, the importance of Article 13 for preserving the subsidiary nature of the Convention system must be stressed (see, *mutatis mutandis*, *Kudła*, cited above, § 152, and *Čonka*, cited above, § 84).

99. In the light of all the foregoing considerations, the Court finds that the applicant did not have access in practice to effective remedies in respect of his complaint under Article 8 of the Convention when he was about to be deported. That fact was not remedied by the eventual issue of a residence permit.

100. The Court must therefore dismiss the Government's preliminary objection concerning the applicant's loss of "victim" status within the meaning of Article 34 of the Convention, and holds that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

101. 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

102. The applicant claimed 32,000 euros (EUR) in respect of pecuniary damage, explaining that this covered the cost of living in Brazil for seven months and returning to French Guiana illegally. He also included damages in this sum for the fact that he had been unable to attend the training course he was supposed to undergo at the time of his removal as part of the requirements of court supervision, and for the fact that he had been unable to work until he obtained a residence permit for "private and family life".

103. He also claimed EUR 10,000 in respect of non-pecuniary damage.

104. The Government considered these sums manifestly excessive. Regarding pecuniary damage, they pointed out that the alleged violation concerned the applicant's removal to Brazil and not the residence permit issued to him. They therefore submitted that there was no link between the fact that the applicant had not been allowed to work and the alleged

Convention violation. The Government explained that at the material time the applicant had not been employed or seeking employment.

105. As to the alleged non-pecuniary damage, the Government submitted that the finding of a violation would in itself constitute sufficient just satisfaction.

106. The Court sees no causal link between the violation found and the pecuniary damage allegedly sustained, and rejects the corresponding claim.

107. However, the Court considers that in the circumstances of the case the applicant must have experienced genuine distress and uncertainty which cannot be compensated solely by the finding of a violation. In consequence, ruling on an equitable basis, as required by Article 41, it awards the applicant the sum of EUR 3,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

108. The applicant claimed EUR 2,500 for the costs and expenses incurred before the domestic courts. He submitted no documents in support of this claim. As to the proceedings before the Court, the applicant's counsel pointed out that his client had been without income and deprived of the possibility of working until 2009. His counsel had therefore advanced him the costs and fees and drawn up the corresponding invoices – one for the proceedings before the Chamber and one for the proceedings before the Grand Chamber. He submitted both invoices to the Court, each giving a detailed provisional breakdown of the expenses. The first invoice totalled EUR 14,960 and the second EUR 7,120, making a grand total of EUR 22,080. The applicant also explained that he had been granted legal aid for the proceedings before the Court.

109. The Government considered these sums disproportionate. Concerning the proceedings before the domestic courts, they submitted that the sums sought did not correspond to the criteria laid down by the Court's case-law. As to the costs and expenses before the Court, the Government considered that EUR 3,000 was a reasonable amount to cover the costs incurred, minus the legal aid already received.

110. According to the Court's case-law, an award can be made in respect of costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred by the applicant and are reasonable as to quantum. In the instant case the Court dismisses the claim for costs and expenses incurred in the domestic proceedings, as no receipts were submitted.

111. Next, in view of the applicant's situation, first after he was deported to Brazil and then when he had no residence permit allowing him to work in French Guiana until 2009, the Court has no doubt that he was impecunious during that period. It considers, in the circumstances, that the

applicant should be awarded a sum in respect of the fees advanced to him by his counsel. That sum should make allowance, however, for the fact that the Court has found a violation of the Convention in respect of only one of the applicant's complaints before it, namely the complaint under Articles 13 and 8 of the Convention taken together. Under Article 41 only those costs and expenses which are reasonable as to quantum and were actually and necessarily incurred by the applicant in order to have the Court establish a violation of the Convention may be reimbursed. The Court dismisses, therefore, the remainder of the claim for costs and expenses (see, *mutatis mutandis*, *I.M. v. France*, cited above, § 171).

112. In view of the above and having regard to the documents in its possession, the Court considers it reasonable to award the applicant the sum of EUR 12,000 for the costs and expenses incurred in the proceedings before it. As to legal aid, the Court notes that although the applicant initially submitted a claim for legal aid, he failed to complete the necessary formalities. Consequently, as no legal aid was paid for the proceedings before the Court, no corresponding deduction need be made.

C. Default interest

113. 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. *Joins to the merits* the Government's preliminary objection concerning the complaint under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8 and *dismisses* it;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8;
3. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts:
 - (i) EUR 3,000 (three thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 12,000 (twelve thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank

- during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 December 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 the Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Kalaydjieva;
- (b) concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Vučinić.

N.B.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE KALAYDJIEVA

The present case raises no issue as to whether or not there existed a domestic remedy that should have allowed the applicant to defend his arguable claim under Article 8. The domestic law formally envisaged procedures for the judicial review of the expulsion order and acknowledged the competence of the domestic courts to suspend its execution in the face of risks of arbitrariness or violations of basic individual rights protected by the Convention.

The question of the effectiveness of these remedies arises only as a result of the discretion left to the police authorities to deport the applicant less than an hour after his attempt to avail himself of them. This hasty action effectively pre-empted any meaningful judicial review of the applicant's situation, leaving no reasonable chance for the courts to prevent potential violations of his rights by imposing an interim measure.

The question is not whether the applicant's rights deserved an interim measure. His situation could have involved any or no risk at all, but in the absence of any examination or possible review there is no reason to believe that the applicant's situation would have been examined more carefully had he risked exposure to torture and not "only" a violation of his rights under Article 8 of the Convention.

I have misgivings about the helpfulness, for the purposes of execution, of the finding in paragraph 93 of the judgment that "in order for a remedy to be effective and to avoid any risk of an arbitrary decision, there must be genuine intervention by the court or 'national authority'".

How "genuine" can the intervention be where there are lawful opportunities to disregard and pre-empt the competence of the relevant national authority? In my view only a statutory requirement to refrain from deporting the subject, at least until the courts have had a reasonable chance to decide whether or not the circumstances warrant a stay of execution, is capable of preventing this situation from recurring. Failing that, the individuals concerned will have to make do with a theoretical right to lodge urgent applications with the administrative court, which "may" in turn decide to exercise its theoretical power to suspend the measure (see paragraph 42 of the judgment).

As regards the consequences of the above politely formulated findings, I fully share the views of my learned colleagues Judges Spielmann, Berro-Lefèvre and Power, who stated in their joint partly dissenting opinion appended to the Chamber judgment:

“At a time when the Court is faced with a sharp increase in Rule 39 requests (interim measures) – and is increasingly being expected to do the job of the domestic courts, albeit reluctantly – the introduction of suspensive remedies could reverse this trend: it would oblige the States to strengthen the guarantees they offer, and to strengthen the role of the domestic courts, thereby reinforcing the subsidiary nature of the Court’s role called for in the Interlaken Declaration and further emphasised in the İzmir Declaration (section A 3).”

CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE JOINED BY JUDGE VUČINIĆ

The *De Souza Ribeiro* case concerns the control of undocumented migrants and the protection of their family life. At the heart of the dispute is the legal status of those who live on the margins of society and have nothing but the dream of a piece of land¹. The applicant claimed that his right to an effective remedy against a breach of his right to family life was violated because of the lack of a suspensive remedy against his removal from French Guiana. The Government argued that no suspensive remedy was needed since at the time of the applicant's removal there was no danger of irreversible damage for him. The Government further reasoned that the specific geographical situation of French Guiana justified the inexistence in the law of a remedy with suspensive effect against the removal of undocumented migrants. Finally, the Government considered that the European Convention on Human Rights ("the Convention") did not guarantee migrants a right to a remedy with suspensive effect against their removal in order to safeguard their family life.

I share the Grand Chamber's conclusion that the applicant's claim is essentially right, but I am obliged to explain my own views on the case for two reasons. On the one hand, the judgment rejects, in its crucial paragraph 83, a standard of protection of migrants which is consistent with international human rights law and international migration law². And on the other hand, the judgment does not provide a clear and defined standard for national authorities to comply with, leaving the door half open to the

1. The image is drawn from the remarkable passage in John Steinbeck's "Of Mice and Men", 1937, where Crooks speaks about the dream of George and Lennie, two dispossessed migrant field workers: "I seen hundreds of men come by on the road an' on the ranches, with their bindles on their back an' that same damn thing in their heads ... every damn one of 'em's got a little piece of land in his head." With a very strong allegorical power, these two characters portray the tireless pursuit of migrants for a better future.

2. The term "migrant" is used in its strict legal meaning, to distinguish it from the term "refugee" (on the legal meaning of "refugee", see my separate opinion in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, ECHR 2012). A migrant is a third-country national or stateless person who entered a foreign country in order to live there permanently. If the migrant has been engaged in a "remunerated activity", he or she is a migrant worker. When the entrance or subsequent residence in the foreign country has been duly authorised, he or she is called a documented migrant. When the migrant's entrance or residence has not been authorised or is no longer authorised, he or she is called an undocumented migrant. The expression *sans papiers* ("without papers") is commonly used in some countries, mainly to designate migrants who have lost their legal status. That was the case of the applicant at the material time.

casuistic exercise of discretion by national authorities in cases of expulsion or removal with the risk of irreversible damage for the migrant’s family life.

Thus, my opinion will be divided into two parts: in the first part I will discuss the nature of the effective remedy against the expulsion or removal of undocumented migrants in international human rights law and international migration law and establish the Convention standard; in the second part I will assess the facts of the case against the benchmarks which have been identified, taking into special account the particular personal circumstances of the applicant at the relevant time, the specific features of the respondent State’s policy of removal of migrants in French Guiana, from both a legal and a *de facto* perspective, and the alleged exceptional geographical situation of French Guiana.

The expulsion of undocumented migrants in international law

In times of unemployment and fiscal constraints, States refrain from granting migrants equal access to civil and social rights and give preference to nationals over migrants. This policy not only challenges social cohesion in European countries, but goes to the heart of the principle of equality. By failing to acknowledge the civil and social rights of undocumented migrants, States become morally responsible for the commodification of those persons who live at the very bottom of the social ladder. This responsibility is not only moral, but also legal. As Cicero once put it, *Meminerimus autem etiam adversus infimos iustitiam esse servandam*¹.

In fact, undocumented migrants are not ignored by international law. Migrants have been gradually included in the core protection afforded by the main human rights treaties, under the auspices of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination², the Human Rights Committee³, the Committee on the Rights of the Child⁴ and the Committee on Economic,

1. Marcus Tullius Cicero, *De officiis*, 1, 13 (41): “Let us not forget that justice should also be done to the most humble.”

2. CERD General Recommendation No. 30: Discrimination against non-citizens, 1 October 2004, UN Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004), paragraph 7, which states that legislative guarantees against racial discrimination apply to non-citizens “regardless of their immigration status”.

3. HRC General Comment No. 31: The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, paragraph 10, according to which the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness.

4. CRC General Comment No. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 November 2003, UN Doc. CRC/GC/2003/5, paragraph 1, and General Comment No. 6: Treatment of unaccompanied and separated children outside their countries of origin, 1 September 2005, UN Doc. CRC/GC/2005/6, paragraph 12, according to which the rights granted by the Convention must be available to all children, including migrant children.

Social and Cultural Rights^{1,2}. Moreover, there is a clear trend in international law supporting an emerging legal status of undocumented migrants, with a large array of rights protected and duties imposed on persons who, for one reason or another, have migrated to or have remained without authorisation in the host country³.

Within the United Nations, the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (“the Migrants Convention”), adopted by General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990, sets the most important standard in international migration law⁴. The rationale of this Convention is explicitly

1. CESCR General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2 July 2009, UN Doc. E/C.12/CG/20, paragraph 30, according to which the ground of nationality should not bar access to the rights enshrined in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, since it applies to everyone, including migrant workers, regardless of their legal status.

2. Based on a review of international human rights law, the Special Rapporteur on the human rights of non-citizens concluded that “all persons should by virtue of their essential humanity enjoy all human rights unless exceptional distinctions, for example, between citizens and non-citizens, serve a legitimate State objective and are proportional to the achievement of that objective”, in “The rights of non-citizens”, Final report of the Special Rapporteur, Mr David Weissbrodt, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 May 2003, p. 2.

3. There is no single comprehensive international instrument regulating migration and establishing the rights and duties of migrants. Six universal instruments provide the legal architecture for the protection of migrants’ human rights as well as for international cooperation to regulate migration. The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families adapts the rights provided for in the 1966 International Covenants on Political and Civil Rights and on Economic, Social and Cultural Rights to the specific situation of migrant workers. The International Labour Organization (ILO) Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (C-97) and the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (C.143), and the two related Recommendations, and the ILO Multilateral Framework on Labour Migration endorsed by the ILO Governing Body in March 2006, establish the principles for a rights-based approach to labour migration. Based on these international instruments, a scientifically autonomous branch of international law was born: international migration law.

4. The Migrants Convention sets a universal standard of non-discriminatory treatment of working migrants, although the major migrant-receiving countries have not yet ratified it. This standard is also valid for Europe, in spite of the non-ratification of the Convention by the majority of the Council of Europe’s member States, including the respondent State in this case. A parallel could be established with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities or the Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock. In *Glor v. Switzerland* (no. 13444/04, § 53, ECHR 2009), the Court referred to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities as the basis of “a European and worldwide consensus on the need to protect people with disabilities from discriminatory treatment”, despite the fact that the relevant facts took place before the adoption of the Convention by the General Assembly and the respondent State had not ratified the Convention at the time of the Court’s judgment. In *Mazurek v. France* (no. 34406/97, § 49, ECHR 2000-II), the Court invoked the Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock, which at that time had been ratified by only a third of the member States of the Council of Europe, but not by France, as evidence of the “great importance” attached by member States to the equal legal treatment of children born out of wedlock. In other words, the universality of human rights standards set out in treaties and conventions which aim to put an end to situations of discrimination does not necessarily depend on the number of ratifying parties. Moreover, the universality of the Migrants Convention is further reinforced by the previous Declaration

stated in its Preamble, which recognises that undocumented migrants face serious human rights violations, that appropriate action should be encouraged to prevent and eliminate clandestine movements and trafficking in migrant workers and that recourse to the employment of undocumented migrants will be discouraged if the fundamental human rights of all migrant workers are recognised. With those challenges on the horizon, the Migrants Convention boldly acknowledged a wide range of civil, political, economic and social rights for migrant workers and their relatives, documented as well as undocumented, including the right of access to the courts and the right of appeal against an expulsion decision¹. According to Article 22, paragraph 4, of the said Convention: “Except where a final decision is pronounced by a judicial authority, the person concerned shall have the right to submit the reason he or she should not be expelled and to have his or her case reviewed by the competent authority, unless compelling reasons of national security require otherwise. Pending such review, the person concerned shall have the right to seek a stay of the decision of expulsion.”²

on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live, adopted by the General Assembly in Resolution 40/144 of 13 December 1985. This Declaration, which paved the way for the Convention, embodies basic principles for the protection of human rights without discrimination based upon nationality or residence status. In particular, Article 5 lists some basic civic rights, such as the right to protection against arbitrary or unlawful interference with privacy, family, or correspondence and the right to equality before the courts, and Article 7 provides that a migrant lawfully in the territory of a State may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons why he or she should not be expelled and to have the case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons specially designated by the competent authority.

1. In comparative law, there are three systems regulating the legal effect of an appeal against a decision of expulsion, deportation, removal or any other similar measure. States can establish that the appeal has a suspensive effect on the impugned measure or that it only has a devolutive effect (*appellatio in devolutivo*). In the second case, the appeal merely devolves on the appellate authority the competence to take cognisance of, and also to decide, the case in question, without any stay of the effects of the appealed decision while the review is carried out. The appeal may be lodged from outside the host country and the review may thus occur *in absentia*. In the first case, States have two alternatives: the remedy can be accompanied by an automatic suspensive effect or by a discretionary suspensive effect on the impugned decision. The difference is not without significance. If the appeal has automatic suspensive effect, it immediately stays the execution of the impugned decision. If the suspensive effect of the appeal is discretionary, the appellant must request the suspension of the expulsion order and the reviewing authority has the option, at the outset of the appeal proceedings, to stay the impugned decision until it completes its review. In this case, the impugned decision cannot be executed before the reviewing authority has taken a decision on the request to stay. The standard set in the present Grand Chamber judgment’s reasoning is not clear, since paragraph 83 does not require an automatically suspensive appeal against expulsion orders when interference with family life is alleged, but paragraph 96 criticises the applicant’s removal prior to the examination of the “lawfulness of the removal order” by an independent authority, which implies that until the removal order is examined on its merits there should be no removal.

2. The case-law of the Committee on Migrant Workers has been very attentive to the effective

Non-working migrants enjoy the same protection, according to international human rights law. The International Covenant on Political and Civil Rights prohibits arbitrary or unlawful interference with the migrant's family¹ and provides for the right of access to a court, including the right to a suspensive appeal against the expulsion, deportation or removal of undocumented migrants. In 2008 the Human Rights Committee examined specifically the situation in French Guiana and vehemently censured the respondent State in this case in the following terms: "In addition, no recourse to the courts is available to persons deported from the overseas territory of Mayotte, involving some 16,000 adults and 3,000 children per year, or in French Guiana or Guadeloupe (Articles 7 and 13). The State Party should ensure that the return of foreign nationals, including asylum-seekers, is assessed through a fair process that effectively excludes the real risk that any person will face serious human rights violations upon his return. Undocumented foreign nationals and asylum-seekers must be properly informed and assured of their rights, including the right to apply for asylum, with access to free legal aid. The State Party should also ensure that all individuals subject to deportation orders have an adequate period to prepare an asylum application, with guaranteed access to translators, and a right of appeal with suspensive effect. ... The State Party should

guarantee of an appeal against expulsion and removal orders (see Concluding Observations on Argentina, UN Doc. CMW/C/ARG/CO/1, 2 November 2011, paragraph 25; Concluding Observations on Chile, UN Doc. CMW/C/CHL/CO/1, 19 October 2011, paragraphs 28-29; Concluding Observations on Guatemala, UN Doc. CMW/C/GTM/CO/1, 18 October 2011, paragraphs 22-23; Concluding Observations on Mexico, UN Doc. CMW/C/MEX/CO/2, 3 May 2011, paragraph 10; Concluding Observations on Ecuador, UN Doc. CMW/C/ECU/CO/2, 15 December 2010, paragraphs 29-30; Concluding Observations on Albania, UN Doc. CMW/C/ALB/CO/1, 10 December 2010, paragraphs 23-24; Concluding Observations on Algeria, UN Doc. CMW/C/DZA/CO/1, 19 May 2010, paragraphs 22-23; Concluding Observations on El Salvador, UN Doc. CMW/C/SLV/CO/1, 4 February 2009, paragraphs 27-28; Concluding Observations on Bolivia, UN Doc. CMW/C/BOL/CO/1, 2 May 2008, paragraphs 29-30; Concluding Observations on Colombia, UN Doc. CMW/C/COL/CO/1, 22 May 2009, paragraphs 27-28; Concluding Observations on Ecuador, UN Doc. CMW/C/ECU/CO/1, 5 December 2007, paragraphs 25-26; and Concluding Observations on Mexico, UN Doc. CMW/C/MEX/CO/1, 20 December 2006, paragraph 13). From this case-law it is apparent that the appeal should have an automatic suspensive effect, since migrant workers and members of their families should only be expelled from the territory of the State Party pursuant to a decision taken by the competent authority in conformity with the law, and reviewed on appeal. Accordingly, the Committee recommends that States Parties "extend temporary residence permits for the period during which an appeal against decisions of the DNM [Dirección Nacional de Migraciones] on the legality of a migrant's stay is pending before the competent administrative or judicial authorities".

1. Human Rights Committee in *Madafferi v. Australia*, Communication No. 1011/2001, 26 August 2004, UN Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001, paragraph 9.8; *Bakhtiyari v. Australia*, Communication No. 1069/2002, 6 November 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, paragraph 9.6; and *Winata v. Australia*, Communication No. 930/2000, 6 August 2001, UN Doc. CCPR/C/72/D/930/2000, paragraph 7.3.

exercise the utmost care in the use of such assurances and adopt clear and transparent procedures allowing review by adequate judicial mechanisms before individuals are deported, as well as effective means to monitor the fate of the affected individuals.”¹ This position of the Human Rights Committee is evidently valid not only for asylum-seekers, but also for all undocumented migrants who face a decision of expulsion, deportation or removal or any similar measure, as the Committee itself has stated. In other Committee decisions, the protection of all migrants, irrespective of their legal status, has been stressed even more clearly. The most striking example is the Concluding Observations of the Human Rights Committee on Belgium, of 12 August 2004, where the Committee affirmed in a straightforward way that “[t]he State Party should extend the deadline for lodging complaints and give complaints a suspensive effect on expulsion measures. ... It should give suspensive effect not only to emergency remedies but also to appeals accompanied by an ordinary request for suspension filed by any migrant against an expulsion order concerning him or her”². The same firm approach was sustained in the Concluding Observations on Ireland, of 30 July 2008, where the Committee recommended that the State “should also introduce an independent appeals procedure to review all immigration-related decisions. Engaging in such a procedure, as well as resorting to judicial review of adverse decisions, should have a suspensive effect in respect of such decisions”³.

In fact, this position of the Committee is in line with its own interpretation of the legal status of migrants within the Covenant, expressed in its General Comment No. 15, where the Committee established that “Article 13 directly regulates only the procedure and not the substantive grounds for expulsion. However, by allowing only those carried out ‘in pursuance of a decision reached in accordance with law’, its purpose is clearly to prevent arbitrary expulsions. On the other hand, it entitles each alien to a decision in his own case and, hence, Article 13 would not be satisfied with laws or decisions providing for collective or mass expulsions. This understanding, in the opinion of the Committee, is confirmed by further provisions concerning the right to submit reasons against expulsion and to have the decision reviewed by and to be represented before the competent authority or someone designated by it. An alien must be given full facilities for pursuing his remedy against expulsion so that this right will in all the circumstances

1. UN Doc. CCPR/C/FRA/CO/4, 31 July 2008, paragraph 20.

2. CCPR, Concluding Observations on Belgium, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL, 8 December 2004, paragraphs 21 and 23.

3. CCPR, Concluding Observations on Ireland, UN Doc. CCPR/C/IRL/CO/3, 30 July 2008, paragraph 19.

of his case be an effective one. The principles of Article 13 relating to appeal against expulsion and the entitlement to review by a competent authority may only be departed from when ‘compelling reasons of national security’ so require. Discrimination may not be made between different categories of aliens in the application of Article 13”. Although these considerations were aimed at migrants lawfully present on the territory, the Committee also added that whenever the legality of a migrant’s presence on the territory was in dispute, the guarantees of Article 13 should apply¹.

In its General Recommendation No. 30 on discrimination against non-citizens, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination expressed the same concern that non-citizens should have equal access to effective remedies, including the right to challenge expulsion or removal orders, and be allowed effectively to pursue such remedies. Non-citizens should not be returned or removed to a country or territory where they are at risk of being subjected to serious human rights abuses, and expulsions of non-citizens – especially long-term residents – that would result in disproportionate interference with the right to family life should be avoided².

The Committee on the Rights of the Child also addressed the issue of expulsion or removal of alien children. In its General Comment on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, the Committee stated that States Parties should not return children to a country where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm to the children, “such as, but by no means limited to, those contemplated under Articles 6 and 37 of the Convention [on the Rights of the Child]”, namely the right to life, physical integrity and liberty³.

1. CCPR General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, 11 April 1986, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 140 (2003), paragraph 9. Referring to the case-law of the Human Rights Committee, and specifically to *Hammel v. Madagascar*, no. 155/1983, *Giry v. Dominican Republic*, no. 193/1985, and *Canon Garcia v. Ecuador*, no. 319/1988, Manfred Novak summarised the position of the Committee in the following terms: “These decisions and formulations make it clear that the Committee interprets Article 13 in such a way that States Parties must suspend an expulsion decision pending appeal, so long as this is not opposed by compelling reasons of national security” (Manfred Novak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, 2005, p. 299). This summary has been confirmed by other renowned commentators of the Covenant, like Pieter Boeles, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1997, p. 124; and Sarah Joseph, Jenny Schutz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, second edition, OUP, 2004, p. 382: “it does not seem that reviews *in absentia* conform to the need to provide potential deportees with ‘full facilities for pursuing’ remedies against expulsion, in accordance with paragraph 10 of General Comment 15.”

2. CERD General Recommendation No. 30, quoted above, paragraphs 25 and 27-28, and CERD, Concluding Observations on the Dominican Republic, 16 May 2008, paragraph 13.

3. CRC General Comment No. 6, quoted above, paragraph 27.

Regional human rights protection systems in Africa, America and Europe have confirmed the trend described above. In the African system, the right to a fair trial, including the right to appeal before a judge and the right to be provided with a reasoned decision, has also been applied to expulsion, deportation or removal procedures. In *ZLHR and IHRD v. Republic of Zimbabwe*, the African Commission on Human and People's Rights found it clear that the respondent State had not wanted the applicant to be heard by the Supreme Court while deportation proceedings were pending. The respondent State had deported him before the date scheduled for the hearing, thus effectively preventing him from being heard. The Commission added that the applicant could still have proceeded against the respondent State from wherever he was deported to, but by immediately deporting him the respondent State had frustrated the judicial process that had been initiated¹.

In the American human rights protection system, the Inter-American Court of Human Rights took a position of principle in its Advisory Opinion OC-18-03 on the juridical condition and rights of undocumented migrants, of 17 September 2003. There, it affirmed the fundamental principle that “non-discrimination and the right of equality are *jus cogens* applicable to all residents regardless of immigration status”. Thus, the right to due process of law should be recognised as one of the minimum guarantees that should be offered to any migrant, irrespective of his or her migratory status. The broad scope of the preservation of due process encompasses all matters and all persons, without any discrimination. The migratory status of a person cannot constitute a justification in depriving him or her of the enjoyment and exercise of his or her human rights, and upon taking up a work-related role the migrant acquires rights by virtue of being a worker that should be recognised and guaranteed independently of his or her regular or irregular situation in the State of employment². In addition, the Inter-American

1. *ZLHR and IHRD v. Republic of Zimbabwe*, no. 294/04, paragraphs 106-09; and, similarly, *Kenneth Good v. Republic of Botswana*, no. 313/05, paragraphs 179-80 and 194-95; *IHRDA v. Angola*, no. 292/04, paragraphs 58-59; *Amnesty International v. Zambia*, no. 212/98, paragraphs 41, 50 and 59-61; *OMCT and others v. Rwanda*, nos. 27/89, 46/91, 49/91 and 99/93 (1996), paragraph 34; *UIADH (on behalf of Esmaila Connaateb & 13 others) v. Angola*, no. 159/1996, paragraphs 39-40 and 61-65; and *RADDH v. Zambia*, no. 71/1992, paragraph 27.

2. Advisory Opinion on Undocumented Migrants, paragraphs 124-27; and in the same vein, *Raghda Habbal and son v. Argentina*, report no. 64/08, case 11.691, 25 July 2008, paragraph 54; *Riebe Star and Others v. Mexico*, report no. 49/99, case 11.160, 13 April 1999, paragraph 71; *Juan Ramón Chamorro Quiroz v. Costa Rica*, report no. 89/00, case 11.495, 5 October 2000, paragraphs 34-36; and *José Sánchez Guner Espinales and others v. Costa Rica*, report no. 37/01, case 11.529, 22 February 2001, paragraphs 43-45; the report on Terrorism and Human Rights, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, paragraphs 401 and 409; the Annual Report of the Commission on Human Rights 2001, 16 April 2001, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.114, Third Progress Report of the

Court acknowledged that neither the text nor the spirit of the American Convention established a restriction as to whether the irreparable damage should be against life or physical integrity, and consequently other rights should be subjected to protection similar to that afforded to life and personal integrity. In other words, the risk of irreparable damage to a migrant's right to family life, for instance, should be assessed with the same guarantees of due process as any other risk of irreparable damage to a Convention right¹.

In the European human rights protection system, different views have clashed on the issue. Many years after the approval of the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers², the Council of Europe still takes a divided position on the ambit of the procedural guarantees against the expulsion, deportation or removal of migrants, the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly and the European Commission against Racism and Intolerance having expressed different points of view. On the one hand, Guideline 5 of the 2005 Committee of Ministers Twenty Guidelines on forced return provides: "In the removal order, or in the process leading to the removal order, the subject of the removal order shall be afforded an effective remedy before a competent authority or body composed of members who are impartial and who enjoy safeguards of independence. The competent authority or body shall have the power to review the removal order, including the possibility of temporarily suspending its execution. ... The exercise of the remedy should have a suspensive effect when the returnee has an arguable claim that he or she would be subjected to treatment contrary to his or her human rights as set out in Guideline 2.1." In its Commentary to the Guidelines, the Committee explained that "[t]he requirement according to which the exercise of the remedy should have the effect of suspending the execution of the removal order when the returnee has an arguable claim that he or she is likely to be subjected to treatment contrary to his or her human rights as set out in Guideline 2.1 is based on the judgment delivered by the European Court of Human Rights in the case of *Čonka v. Belgium* (no. 51564/99, § 79, ECHR 2002-I)". Hence, the Committee of Ministers does extend the reasoning in *Čonka* to all situations of risk to life, physical integrity or "other situations which would, under

rapporteurship on migrant workers and their families, paragraph 77; and the Report of the Commission on the situation of human rights in the Dominican Republic, 7 October 1999, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.104, paragraphs 325-34, 350-62 and 366.

1. Inter-American Court Orders of 18 August 2000, 12 November 2000 and 26 May 2001, proffered in the case of Haitians and Dominicans of Haitian origin expelled from the Dominican Republic.

2. ETS no. 93, 24 November 1977. This Convention, which provides for an important set of inter-State obligations in regard to working migrants, but only applies to migrants who are nationals of other Contracting Parties "lawfully resident and working regularly", and on the basis of reciprocity, does not comprise a specific rule on expulsion or removal proceedings.

international law or national legislation justify the granting of international protection”. Accordingly, a remedy with an automatic suspensive effect should be provided for in regard to the human rights of those in need of international protection (as established in Guideline 5, paragraph 3) and a remedy with a discretionary suspensive effect should be foreseen in all other cases (as provided for in Guideline 5, paragraph 1).

The Parliamentary Assembly, on the other hand, has always stressed the automaticity of the suspensive effect of the remedy against the expulsion or removal of all migrants. It is significant that this broader approach was expressed before and after the Guidelines of the Committee of Ministers. In its Resolution 1509 (2006) on the human rights of irregular migrants, the Parliamentary Assembly stated: “international human rights instruments are applicable to all persons regardless of their nationality or status. Irregular migrants, as they are often in a vulnerable situation, have a particular need for the protection of their human rights, including basic civil, political, economic and social rights. ... an irregular migrant being removed from a country should be entitled to an effective remedy before a competent, independent and impartial authority. The remedy should have a suspensive effect when the returnee has an arguable claim that, if returned, he or she would be subjected to treatment contrary to his or her human rights ... the right to respect for private and family life should be observed. Removal should not take place when the irregular person concerned has particularly strong family or social ties with the country seeking to remove him or her and when the removal is likely to lead to the conclusion that expulsion would violate the right to private and/or family life of the person concerned.”^{1, 2}

In the same vein, the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) has often tackled the rights of undocumented migrants in various country reports and criticised the fact that “appeals against

1. In a preparatory document, the rapporteur of the Committee on Migration, Mr van Thijn, left no doubt about the intention of the Parliamentary Assembly to include the right to family life among those rights which should be protected by a mechanism of review with a suspensive effect (Parliamentary Assembly, Doc. 10924, 4 May 2006, “Human rights of irregular migrants”, Report of the Committee on Migration, Refugees and Population).

2. This broader position is consistent with PACE Recommendation 1504 (2001) on non-expulsion of long-term immigrants, which provided that States should “grant persons subject to expulsion the right to an appeal with suspensive effect, because of the irreversible consequences of enforcing the expulsion”, and PACE Recommendation 1547 (2002) on expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity, which foresaw that States should “introduce into law the legal guarantees necessary for persons whose rights are violated during an expulsion procedure to be able to effectively exercise their right to appeal, namely: ... the presence of the victim in the State which decided to expel him or her throughout the duration of the proceedings brought about by the appeal, if necessary by means of: the suspension of an expulsion procedure against a person still present in the State from which he or she is to be expelled; or the return of an expelled person to the State which expelled him or her”.

negative decisions do not have a suspensive effect on deportations”¹. A clear link between the threat to migrants’ family life and the suspensive effect of review of deportation orders was established in the Second Report on Slovenia, 8 July 2003, paragraph 53: “ECRI is very concerned to learn that, although some of the persons were born in Slovenia or have been living since their childhood in the country and/or have close family links in Slovenia, it appears that they might have been deported. ECRI draws attention to Article 8 of the European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights according to which deportation of a foreigner should not infringe his/her right to family life. ECRI also considers that any non-citizen who is deported or threatened with deportation should be given the possibility of exercising all the rights guaranteed by national and international law, including a suspensive appeal against deportation before a court and all means of defence before this court such as the right to a free interpreter and to free legal aid if needed.”²

Finally, within the European Union, the preamble of Council Directive 2001/40/EC of 28 May 2001 on the mutual recognition of decisions on the expulsion of third-country nationals states that expulsion decisions have to be adopted in accordance with the rights enshrined in Articles 3 and 8 of the Convention, not only in regard to migrants suspected of having committed serious crimes, but also to migrants who broke national rules on the entry and residence of aliens. Furthermore, Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals has a specific provision on the existence of an appeal against removal. Article 13 provides for the possibility of the suspensive effect of the appeal being determined by the appeal body. In other words, European Union member States should at least provide for

1. See ECRI’s Third Report on Italy, 16 May 2006, paragraph 105. In this report, the Commission also referred to Italian Constitutional Court judgment no. 222 of 8-15 July 2004, which declared unconstitutional the provision contained in Article 13, subsection 5 *bis* of the Consolidated Text on Immigration (as introduced by Decree Law No. 51 of 2002, converted into Law No. 106 of 2002) inasmuch as it did not provide for validation of the deportation in a proper hearing, before the execution of the order and with due defence guarantees.

2. Similar concerns were expressed in the Fourth Report on Spain, 8 February 2011, paragraph 190; the Third Report on Ireland, 24 May 2007, paragraph 69; the Third Report on Portugal, 13 February 2007, paragraph 80; the Third Report on Romania, 21 February 2006, paragraph 115; the Third Report on Estonia, 21 February 2006, paragraph 71; the Third Report on Sweden, 14 June 2005, paragraph 50; the Third Report on Belgium, 27 January 2004, paragraph 29; the Second Report on Lithuania, 15 April 2003, paragraph 50; the Second Report on Portugal, 4 November 2002, paragraph 30; the Second Report on Finland, 23 July 2002, paragraph 50; the Second Report on Estonia, 23 April 2002, paragraph 32; and the First Report on the Russian Federation, 26 January 1999, paragraph 38.

a review with discretionary suspensive effect¹. A refusal by the reviewing authority of the request for a stay of execution runs the risk of error and consequently of causing irreversible damage, unless the case is manifestly ill-founded; but if that is the case, the appeal should be immediately disposed of for lack of any plausible grounds. When the case is not manifestly ill-founded, a stay of execution of the appealed decision is called for by the very nature of the review proceedings. In other words, either the appeal against an expulsion or removal order is manifestly ill-founded and therefore the reviewing authority is in a position to take an immediate decision on it, making the suspension of the effects of the appealed expulsion order otiose; or the appeal is not manifestly ill-founded, and a refusal of suspensive effect could seriously compromise the very aim of the review proceedings and deprive the guarantee provided to the appellant of its meaning. Other than the inadmissible margin of risk of irreversible damage, it should be kept in mind that when an application for review has to be made outside the host country it cannot be made in as fair a way as within the country, mainly because of the obvious practical difficulties that migrants face to keep in touch with their lawyers or the authorities in the host State and to put forward the evidence capable of substantiating their case. The hard reality of the minimal number of cases of expelled aliens who successfully appeal from overseas and return to the host country is overwhelming evidence that

1. The critique of this solution has already been made with sound arguments: “In practice, the lack of information or the short delay between the issuing of the removal order and its application may lead to a situation in which migrants are removed before reaching the end of the appeal procedure. The suspensive effect of appeal against a return or removal order should be automatic in order to allow migrants to stay in the territory of member States before a final decision about their removal is taken”, in Caritas Europa, the Churches’ Commission for Migrants in Europe, the Commission of the Bishops’ Conferences of the European Community, the International Catholic Migration Commission, the Jesuit Refugee Service Europe, and the Quaker Council for European Affairs, Comments on the European Commission’s Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals COM(2005)391, March 2006; in the same vein, see also the Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (COM(2005)391 final); and the Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, Comment on the Green Paper on a Community return policy for illegal residents presented by the European Commission (COM(2002)175 final). Before the House of Lords, the Refugee Council and Amnesty International expressed their views that all those subject to a removal order should have an in-country right of appeal and be able to raise fears of treatment on return contrary to Article 8 of the Convention. The Immigration Law Practitioners’ Association went even further, considering that only in exceptional circumstances should a remedy not have suspensive effect. The House of Lords European Union Committee, in its 32nd Report of Session 2005/06, “Illegal Migrants: proposals for a common EU returns policy”, concluded that “[i]t is unacceptable that the important question whether or not the lodging of an appeal should suspend the return process is left entirely to the discretion of member States”.

a non-suspensive appeal against an expulsion, deportation or removal order is nothing but a self-fulfilling prophecy¹.

Summing up, it is apparent that international human rights and international migration law do impose at least a twofold procedural guarantee in respect of undocumented migrants: firstly, they have the right to access to courts in the host country in order to uphold their human rights, including their family rights, and, secondly, they have the right to an automatic suspensive review of any order of expulsion, deportation, removal or any similar measure when they face the risk of alleged irreversible damage to their family lives. The underlying substantive principle is that family unity precludes any public interest in expulsion, deportation, removal or the like, and should therefore be maintained as far as possible².

The expulsion of undocumented migrants under the Convention

According to the Court's well-established case-law, a State is entitled to control the entry of migrants into its territory and their residence there. If the Convention does not guarantee *per se* the right of a migrant to enter or to reside in a particular country, immigration policies are not outside the ambit of the Court's jurisdiction³. Moreover, migrants do have rights protected by the Convention, regardless of their legal status in the host country. The fact that a migrant has not been authorised to enter or reside in a country does not deprive him or her of his or her human rights, including the right to family life.

1. See the House of Lords European Union Committee, in its 32nd Report of Session 2005/06, "Illegal Migrants: proposals for a common EU returns policy", paragraph 93.

2. This conclusion is shared by the International Commission of Jurists (ICJ). In its Practitioners Guide No. 6 on "Migration and International Human Rights Law", 2011, the Commission argues that "to provide an effective remedy, the appeal must be suspensive of the expulsion measure from the moment the appeal is filed, since the notion of an effective remedy requires that the national authorities give full consideration to the compatibility of a measure with human rights standards, before the measure is executed" (p. 142). "Furthermore, particularly in cases of expulsions, the remedy must have the power to suspend the situation of potential violation when the lack of suspension would lead to irreparable harm/irreversible effects for the applicant while the case is being considered" (p. 262). Therefore, the obvious conclusion is that "non-suspensive rights of review are unlikely to provide effective protection" (p. 134). The work of the ICJ Eminent Jurists Panel on terrorism, counter-terrorism and human rights is also worth mentioning. In its final report, the Panel stated that there is "no doubt that, particularly when a deportation decision affects a long-term or permanent resident, and where there is a serious risk of the deportee being subjected to serious human rights violations upon return, only a hearing by an independent judicial body constitutes an acceptable process. Such an appeal should have a suspensive effect, particularly where irreparable harm is at stake" ("Assessing Damage, Urging Action", Report of the Eminent Jurists Panel on terrorism, counter-terrorism and human rights, International Commission of Jurists, Geneva, 2009, p. 119).

3. See the groundbreaking judgments of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 67, Series A no. 94, and *Boujlifa v. France*, 21 October 1997, § 42, *Reports of judgments and Decisions* 1997-VI.

The Court has also repeatedly sustained that a remedy against the expulsion, deportation or removal of migrants or any similar measure is only effective if it has a suspensive effect, at least in cases where the measure would allegedly put the migrant in danger of irreversible damage. Irreversible damage is usually linked to physical damage, such as that resulting from torture and ill-treatment¹. But the Court gave up this link in *Čonka*. There, the notion of irreversible damage was derived from the prohibition of the collective expulsion of aliens, regardless of their legal status². Thus, *Čonka* set a principle according to which potential irreversible damage may be invoked without the simultaneous allegation of danger of torture or ill-treatment. Moreover, the Court reasoned that an effective remedy requires full suspensive effect, but discretionary suspensive effect is inconsistent with the required effectiveness of the remedy. Two arguments supported this statement: firstly, “it is not possible to exclude the risk that in a system where stays of execution must be applied for and are discretionary they may be refused wrongly” (see *Čonka*, cited above, § 82), and, secondly, “it should be noted that the requirements of Article 13, and of the other provisions of the Convention, take the form of a guarantee and not of a mere statement of intent or a practical arrangement” (ibid., § 83). A suspensive effect which depends “in practice” on the discretion of national authorities does not replace the procedural guarantee offered by a remedy with automatic suspensive effect, even if the risk of error is in practice negligible. When national authorities are not necessarily required to defer execution of the expulsion, deportation or removal order while an appeal is pending, the guarantee of an effective remedy is no longer real, but virtual.

For the sake of a consistent interpretation of the Convention, the instant case should be resolved in the light of these same principles on the necessary automaticity of the remedy against any expulsion, deportation or removal order whose execution would cause irreversible damage³. In addition, the Court has affirmed many times that the separation of the members of a family may cause irreversible damage to them, involving a possible violation of Article 8, which should be avoided through a Rule 39 measure⁴. Here

1. See *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, ECHR 2000-VIII.

2. See *Čonka*, cited above, §§ 77-79 and 85, reiterated in *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*, no. 25389/05, § 58, ECHR 2007-II, and *Hirsi Jamaa and Others*, cited above, § 206.

3. 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 *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 68, Series A no. 28, and *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 47, ECHR 2005-X).

4. See, for instance, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, ECHR 2010, and *Nunez v. Norway*, no. 55597/09, 28 June 2011. The very same line of reasoning has been upheld by the Inter-American Court of Human Rights in regard to provisional measures to safeguard the right to family life in the Haitian migrants' case mentioned above.

again, the consistency of the Court’s jurisprudence requires that the same broad understanding of the notion of “irreversible damage” be upheld in the interpretation of Article 13¹.

The principle of subsidiarity itself also points in that direction. Member States should assume their responsibility in dealing fully and as swiftly as possible with migrants’ claims of breaches of Convention rights, including Article 8 claims, in order to avoid putting the Court in the situation of a first-instance court for the protection of the family life of alleged undocumented migrants. Hence, they should provide for an effective remedy against removal, expulsion, deportation or any similar measure where the measure would allegedly put the migrant in danger of irreversible damage to his or her right to family life. By so doing they would make it possible for many founded complaints based on Rule 39 to be dealt with in good time at the national level.

Thus, in the light of these two fundamental tenets of interpretation of the Convention – the principle of a systematically consistent interpretation and the principle of subsidiarity – one has to conclude that *Article 13 read in*

1. There is no plausible reason for a double-standard policy which requires a remedy with automatic suspensive effect when there is a risk which affects an Article 2 or 3 right or an Article 4 of Protocol No. 4 right and only requires “examination with sufficient procedural safeguards and thoroughness” when there is a risk which affects an Article 8 right (see paragraph 83 of the present judgment). Neither is there a convincing reason for a double standard which imposes an automatic suspensive review in cases of expulsion or removal of documented migrants (Article 1 of Protocol No. 7) and accords a mere devolutive or even a discretionary suspensive review in cases of expulsion or removal of undocumented migrants. The judgment does not present any reason for these double standards. Article 8 rights are not minor rights which deserve less protection. As the third parties in this case have shown in their observations to the Grand Chamber, undocumented migrants in French Guiana face very serious problems which may lead to the destruction of their families and to long-lasting, profound and irreversible psychological damage to the persons involved. We should take the right to family life very seriously. Therefore, an equal guarantee should be provided to an expelled applicant with an Article 8 claim. Furthermore, the criterion of “examination with sufficient procedural safeguards and thoroughness” is vague. It is particularly regrettable that the judgment did not provide a definition of “sufficient procedural guarantees”. Instead, it equates them with the prerequisite of “thoroughness”. In reality, the concept of “thoroughness” is equivalent to the time the national authorities took to examine the applicant’s appeal. According to the judgment, the examination was not “thorough” because it was “cursory” (paragraph 88), “excessively short” (paragraph 95) and “extremely rapid, even perfunctory” (paragraph 96). In other words, the majority’s repeated, indeed sole, point of criticism of the domestic authorities’ conduct is the “haste with which the removal order was executed” (paragraph 95) and the “brevity of [the] time lapse” (paragraph 94) between the filing of the application to the Administrative Court and the execution of the removal order by the domestic authorities: as the Court was keen to emphasise, it took no more than thirty-six hours to remove the applicant from French Guiana after his arrest. The majority’s interpretation leads to an obvious question: when will the examination be “thorough” enough? After forty-eight hours, three days, four days ... With this extremely volatile time criterion, a shadow of uncertainty clouds the application of the Convention guarantee of an effective review of the removal order. The line between effective and ineffective review becomes blurred, and the minimum procedural prerequisites that must be fulfilled for a review to qualify as an effective remedy in expulsion or removal procedures are unclear.

*conjunction with Article 8 does impose the necessity of an automatic suspensive remedy against expulsion, deportation, removal or any other similar measure when it would allegedly put migrants in danger of irreversible damage to their family lives*¹. Only this conclusion gives the right to family life the place it deserves in the European human rights protection system².

The particular circumstances of the applicant

The applicant was submitted to a psychologically very stressful procedure which could potentially have caused him irreversible damage, since he was stopped in the street and expelled from one moment to the next to another country with which he had no ties, leaving his entire core family behind him, with the prospect of never coming back³. The abrupt severance of all

1. In reality, the lack of a remedy with a suspensive effect casts doubt on the effectiveness of the applicant's defence in the removal procedure, and thus on its basic fairness. In other words, this is a question that falls within the scope of Article 6, since the removal procedure directly affects the applicant's civil right to family life. As I mentioned in my concurring opinion appended to *Hirsi Jamma and Others*, the arguments exposed by the majority in *Maaouia v. France* ([GC], no. 39652/98, ECHR 2000-X) do not convince me (for further criticism of the *Maaouia* case-law and the Court's "narrow positions on migration-related cases", see "The European Court of Human Rights and the Rights of Migrants Affected by Deportation Policies, Procedures and Jurisprudence", International Federation for Human Rights & Migrants Rights International, 2011, pp. 29-30). I have serious reservations about accepting the narrow interpretation of the Convention system of protection of migrants according to which Article 6 does not include immigration issues and only Article 1 of Protocol No. 7 affords some limited procedural guarantees to migrants lawfully resident. On top of those arguments already exposed in my concurring opinion in *Hirsi Jamaa and Others*, it should be retained that such a restrictive interpretation of the right of access to courts unfoundedly discriminates between migrants and nationals, since Article 1 of Protocol No. 7 affords documented migrants ("migrants lawfully resident") fewer procedural guarantees than those set by Article 6 for nationals and, even worse, imposes a groundless differentiation among migrants, since it leaves undocumented migrants outside the scope of both Article 6 and Article 1 of Protocol No. 7. To avoid this self-created legal gap, the Court has ingeniously provided undocumented migrants with a minimum degree of protection of their right of access to courts, based on Article 13 applied in conjunction with Article 2, 3 or 8. The same legal avenue was taken in the case at hand.

2. This has been the persistent position of many human rights NGOs and migrants' rights associations and movements for many years. According to the Common Principles on Removal of Irregular Migrants and Rejected Asylum Seekers, set by Amnesty International, Caritas Europa, the Churches' Commission for Migrants on Europe, the European Council for Refugees and Exiles, the Human Rights Watch, the Jesuit Refugee Service Europe, the Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, the Quaker Council for European Affairs, Save the Children, CIMADE France, the Iglesia Evangelica Española, the Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia, and SENSOA Belgium, "Every person subject to a removal order or a deportation order should have the right to an individual in-country suspensive appeal against these decisions before an independent judicial body, including the possibility to raise fears of *refoulement* or ill-treatment upon return contrary to Article 3 of the European Convention on Human Rights and the Convention Against Torture, or potential breaches of Article 8 of the ECHR. A sufficient delay to make this appeal effective should be provided by law".

3. It is not admissible to try this case with the prejudice of hindsight, as the Government themselves recognise. The fact that the applicant returned to French Guiana by his own means and now lives with his family is irrelevant for the purpose of trying this case. What is decisive is the existence or not, at the time of his removal, of an effective remedy against interference with the applicant's right to respect for

ties with his or her core family is admittedly one of the most harmful causes of psychological distress to which one can subject a child or young person.

The mere fact that the applicant was 18 years old at the time of his removal does not affect the conclusion reached. For the purposes of international law, childhood includes the period of time up until the age of 18¹. Although the applicant could not be considered a child at the time of his removal, the fact that he had barely come of age and had been living uninterruptedly with his core family for the last seven years should not be ignored².

The applicant was given a suspended prison sentence, under the conditions of which he had certain duties and obligations during a two-year probation period. This probation period was still in force when the applicant was removed, so the administrative authorities' removal order ignored the conditions of probation the courts themselves had imposed on the applicant.

Finally, although himself undocumented, the applicant was a dependent member of a documented migrant family and had a legal right to reside in French Guiana, which was only acknowledged to him after he had been removed to Brazil.

The respondent State's removal policy in French Guiana

The Court must take into account that this is not a unique case in French Guiana. This is a daily occurrence. The police and the administrative authorities treat all migrants in the same way, regardless of their personal stories and needs³. No distinction is made between urgent cases where removal may entail irreversible damage and non-urgent cases where removal entails no such risk.

It is true that there can be a judicial control of the mistakes made by the police and the administrative authorities, but this control takes place months or even years after the person was removed. This policy of *fait accompli* does

his private life.

1. See Article 1 of the United Nations Convention on the Rights of the Child and Articles 9 and 10 specifically for the right not to be separated from one's family except where a court decides otherwise.

2. Moreover, scientific literature has already established that the abrupt separation of a young person from his or her family can cause irreversible, long-lasting, painful psychological damage, especially when that physical separation implies the severance of all ties with the core family (mother, father and brothers and sisters). Separating a young son or daughter from their parents can have profoundly negative effects, such as low self-esteem, a general distrust of others, mood disorders, including depression and anxiety, socio-moral immaturity and inadequate social skills (see, for instance, Caye, J., McMahon, J., Norris, T., and Rahija, L. (1996), "Effects of separation and loss on attachment", Chapel Hill: School of Social Work, University of North Carolina at Chapel Hill).

3. For the police and the administrative authorities it is irrelevant whether the removal may put the migrant in danger of torture or ill-treatment or damage to his family and private life, as the practice shows (see the very enlightening report of the third parties and the authorities mentioned in it).

not provide migrants with any effective means of remedying violations of their human rights prior to removal. Migrants are *de facto* at the mercy of the unfettered discretion of the police and administrative authorities. This situation did not change with the recent judgment of the *Conseil d'Etat* on the removal of a migrant from French Guiana, where the court ruled that there was a presumption of urgency which justified the applicability of Article L. 521-1 of the Administrative Courts Code¹. According to this rule of ordinary administrative law, the *juge des référés* has the power to suspend the enforcement of any administrative decision when urgency so requires and there is serious doubt about the legality of the impugned decision. Evidently, this new jurisprudence does not absolve the respondent State, in general terms or in the present case. The reason is simple: the request under Article L. 521-1 of the Administrative Courts Code is not suspensive itself, which means that the remedy in question does not automatically entail the suspension of the removal. The removal decision can be enforced by the administration between the lodging of the appeal and the decision of the judge on the suspension of the removal order². Therefore, the new jurisprudence still does not satisfy the requirements laid down by the Court in the landmark *Čonka* judgment in order to prevent potentially irreversible infringements of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. Since it was incumbent on the Government to prove that national law complied with the requirements provided for in *Čonka*, and they have failed to meet this burden of proof in a satisfactory manner, I cannot but conclude that the deficiencies of the national legal framework, as applied in French Guiana, have not been overcome by the decision of the *Conseil d'Etat* of 9 November 2011.

The alleged “exceptional” situation of French Guiana

The specific geographical situation of French Guiana does not justify this system of administrative and police discretion. The respondent State reiterated the argument made by the *Conseil Constitutionnel* in its decision

1. See the judgment of the *Conseil d'Etat* of 9 November 2011.

2. UN Doc. CAT/C/FRA/CO/3, 3 April 2006, paragraph 7: “the Committee is concerned that these procedures are non-suspensive, in that ‘the decision to refuse entry may be enforced *ex officio* by the administration’ after the appeal has been filed but before the judge has taken a decision on the suspension of the removal order (Article 3). The Committee reiterates its recommendation (A/53/44, paragraph 145) that a *refoulement* decision (refusal of admission) that entails a removal order should be open to a suspensive appeal that takes effect the moment the appeal is filed.” The same critique was made in “Note de l’association CIMADE à l’attention des rapporteurs”, presented to the Human Rights Committee during its fourth periodic review of France, 93rd session, 7-25 July 2008, pp. 12-14. In spite of the *Conseil d'Etat*'s judgment of 9 November 2011, there is still no remedy with an automatic suspensive effect against expulsion or removal of migrants in French Guiana, as the third parties GISTI, LDH and CIMADE rightly noted in their submissions to the Court.

no. 2003-467 of 13 March 2003, which refers to the particular situation and the lasting difficulties of the *département* of French Guiana (*la situation particulière et les difficultés durables du département de la Guyane*). This argument is similar to the one used by Belgium in *Čonka* and by the Dominican Republic in the case of expulsion of Haitian migrants¹. It is based on the practical impossibility of upholding human rights. When no other argument is valid, one is tempted to resort to the argument of the force of facts. But then the rule of law does not prevail over facts – instead facts dictate the rule.

The argument, inadmissible as a matter of principle, is also unacceptable from the strict point of view of the specific regime for situations of exceptional public order disturbances or public danger envisaged in Article 15 of the Convention. The respondent Government did not apply Article 15 to French Guiana. In fact, it did not even suggest that the situation in French Guiana was of such an exceptional nature that Article 15 was applicable. However, if the respondent Government do want to depart from the principles of the Convention in a part of their territory because of an exceptional situation that part of the territory is facing, the only way to do it is by applying Article 15. In other words, if the respondent Government want to depart from the principle of a suspensive remedy against the removal of migrants in the territory of French Guiana, then they have to comply with the strict requirements of Article 15 and justify the exceptional nature of the measures taken under Article 15. They have not done so to date.

In sum, there should not be any *carte blanche* for States to “excise” a part of their territory from their international obligations under the Convention. Were the Court to accept this situation, it would place itself at odds not only with its own jurisprudence but also with the actual standard of international human rights law and international migration law, creating a legal black hole in a territory where the Convention should be fully applied but is not.

Conclusion

Nothing in the Convention legitimises the illegal entry into and illegal presence in a member State of any migrant, or restricts the right of any State to promulgate laws and regulations concerning the entry of migrants and the terms and conditions of their stay, or to establish non-discriminatory differences between nationals and migrants. However, such laws and regulations must not be incompatible with the international legal obligations of that State, including those in the field of human rights. Today,

1. The argument of the representative of the Dominican Republic before the Inter-American Court in the case of the expulsion of Haitian migrants was that “the number of persons repatriated does not compensate even remotely for the number of persons who come into the country illegally”.

international human rights law prevails over a rigid understanding of the nation-State's absolute sovereign power over its territory.

In the light of the above, member States must provide the “tired”, “poor” and “huddled” masses that stand at Europe's “golden door”¹ with an automatic suspensive remedy against expulsion, deportation, removal or any similar measure when it would allegedly put the migrant in danger of irreversible damage to his or her right to family life. In view of the lack of an effective remedy in French Guiana to avoid such danger, I find that the respondent State violated Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

1. The words quoted are those of Emma Lazarus, in her sonnet “The New Colossus”, written in 1883 and engraved on the pedestal of the Statue of Liberty in 1903: “Give me your tired, your poor, Your huddled masses yearning to breathe free, The wretched refuse of your teeming shore. Send these, the homeless, tempest-tost to me, I lift my lamp beside the golden door!”

EL-MASRI v. THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA
(Application no. 39630/09)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 2012¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.

SUMMARY¹

Torture and inhuman and degrading treatment during and following applicant's extraordinary rendition to CIA

Article 3

Torture – Torture and inhuman and degrading treatment during and following applicant's extraordinary rendition to CIA – Inhuman or degrading treatment – Incommunicado detention – Solitary confinement – Excessive use of force – Forcible undressing – Use of physical restraints and hooding – Forcible administration of suppository – Effective investigation – Extrajudicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system – State secret privilege invoked to obstruct search for truth – Absence of legitimate request for extradition or arrest warrant – Failure to seek assurances from US authorities to assess the risk of ill-treatment

Article 5

Liberty and security of person – Detention during and following operation involving extraordinary rendition to CIA – Extraordinary place of detention outside any judicial framework – Unacknowledged and incommunicado detention – Arbitrary deprivation of liberty – Deliberate circumvention of due process – Positive obligation – Failure to protect the applicant from arbitrary detention in a State not party to the Convention – “Enforced disappearance” – Effective investigation

*

* *

The applicant, a German national, alleged that on 31 December 2003 he boarded a bus for Skopje. At the Macedonian border a suspicion arose as to the validity of his passport. He was questioned by the Macedonian authorities about possible ties with several Islamic organisations and groups. Later he was taken to a hotel room in Skopje where he was held for twenty-three days. During his detention, he was watched at all times and interrogated repeatedly. His requests to contact the German embassy were refused. On one occasion, when he stated that he intended to leave, a gun was pointed at his head and he was threatened. On the thirteenth day of his confinement, the applicant commenced a hunger strike to protest against

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

his continued detention. On 23 January 2004, handcuffed and blindfolded, he was put in a car and taken to Skopje Airport.

There he was placed in a room, beaten severely by several disguised men and stripped. After a suppository had been forcibly administered, he was placed in an adult nappy and dressed in a dark blue short-sleeved tracksuit. Then, shackled and hooded, and subjected to total sensory deprivation, he was forcibly marched to a US Central Intelligence Agency (CIA) aircraft, which was surrounded by Macedonian security agents who formed a cordon around the plane. When on the plane, the applicant was thrown to the floor, chained down and forcibly tranquillised. While in that position, he was flown to Kabul (Afghanistan), where he was held captive for just over four months.

On 29 May 2004 the applicant was returned to Germany via Albania. In October 2008 he lodged a criminal complaint with the Skopje public prosecutor's office, but this was rejected as being unsubstantiated.

Held

(1) Article 3: (a) *Procedural aspect* – By filing the criminal complaint, the applicant had brought to the public prosecutor's attention his allegations that State agents had subjected him to ill-treatment and had been actively involved in his subsequent rendition by CIA agents. His complaints had been supported by the evidence which had come to light in the course of the international and other foreign investigations. He had thus laid the basis of a prima facie case of misconduct on the part of the security forces of the respondent State, which had warranted an investigation. However, almost two and a half months later the public prosecutor had rejected the complaint for lack of evidence. Apart from seeking information from the Ministry, she had not taken any steps to examine the applicant's allegations. Moreover, although the applicant's allegations regarding the timing and manner of his transfer to Afghanistan had been strikingly consistent with the actual course of the aircraft concerned, the investigators had remained passive and had not followed up that lead. In view of the considerable, at least circumstantial, evidence available when the applicant had submitted his complaint, such a conclusion fell short of what could be expected from an independent authority.

Another aspect of the inadequate character of the investigation was its impact on the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case. The case was of great importance not only for the applicant and his family, but also for other victims of similar crimes and the general public, who had the right to know what had happened. The issue of "extraordinary rendition" had attracted worldwide attention and triggered inquiries by many international and intergovernmental organisations, including the United Nations human rights bodies, the Council of Europe and the European Parliament. The concept of "State secrets" had often been invoked to obstruct the search for the truth. State secret privilege had also been asserted by the US government in the applicant's case before the US courts. Despite the undeniable complexity of the circumstances surrounding the present case, the

respondent State should have endeavoured to undertake an adequate investigation in order to prevent any appearance of impunity in respect of certain acts. Therefore, the summary investigation that had been carried out in this case could not be regarded as effective.

Conclusion: violation (unanimously).

(b) *Substantive aspect:* (i) Treatment in the hotel – The applicant had undeniably lived in a permanent state of anxiety owing to his uncertainty about his fate during the interrogation sessions to which he had been subjected. Furthermore, such treatment had intentionally been meted out with the aim of extracting a confession or information about his alleged ties with terrorist organisations. The applicant's suffering had also been increased by the secret nature of the operation and the fact that he had been kept incommunicado for twenty-three days in a hotel, an extraordinary place of detention outside any judicial framework. Therefore, the treatment to which the applicant had been subjected while in the hotel had amounted on various counts to inhuman and degrading treatment.

Conclusion: violation (unanimously).

(ii) Treatment at the airport – The same pattern of conduct applied in similar circumstances had already been found to be in breach of Article 7 of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights. Although the applicant had been in the hands of the special CIA rendition team, the acts concerned had been carried out in the presence of officials of the respondent State and within its jurisdiction. Consequently, the respondent State had to be regarded as responsible under the Convention for acts performed by foreign officials on its territory with the acquiescence or connivance of its authorities. The applicant had not posed any threat to his captors. Thus, the physical force used against him at the airport had been excessive and unjustified in the circumstances. The measures had been used in combination and with premeditation, with the aim of causing severe pain or suffering in order to obtain information, inflict punishment or intimidate the applicant. Such treatment amounted to torture. It followed that the respondent State must be considered directly responsible for the violation of the applicant's rights under this head since its agents had actively facilitated the treatment and failed to take any necessary measures to prevent it from occurring.

Conclusion: violation (unanimously).

(iii) Removal of the applicant – There was no evidence that the applicant's transfer into the custody of CIA agents had been pursuant to a legitimate request for his extradition or any other legal procedure recognised in international law for the transfer of a prisoner to foreign authorities. Nor had any arrest warrant been shown to have existed at the time authorising the applicant's delivery into the hands of US agents. Further, the evidence suggested that the Macedonian authorities had had knowledge of the destination to which the applicant would be flown from Skopje Airport. They had also been or ought to have been aware that there was a real risk that the applicant would be subjected to treatment contrary to Article 3,

as various reports had been published at the time concerning practices resorted to or tolerated by the US authorities that were manifestly contrary to the principles of the Convention. Lastly, the respondent State had not sought any assurances from the US authorities to avert the risk of the applicant being ill-treated. Accordingly, having regard to the manner in which the applicant had been transferred into the custody of the US authorities, the Court considered that he had been subjected to “extraordinary rendition”, that is, an extrajudicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 5: (a) *Substantive aspect:* (i) Detention in Skopje – The applicant’s confinement in the hotel had not been authorised by a court or substantiated by any custody record. The applicant had not had access to a lawyer or been allowed to contact his family or a representative of the German embassy, and he had been deprived of any possibility of being brought before a court to test the lawfulness of his detention. It was wholly unacceptable that in a State subject to the rule of law a person could be deprived of his or her liberty in an extraordinary place of detention outside any judicial framework. The applicant’s unacknowledged and incommunicado detention in such a highly unusual location as a hotel had added to the arbitrariness of the deprivation of liberty. This constituted a particularly grave violation of his right to liberty and security.

(ii) Subsequent detention – In the present case, the applicant had been subjected to “extraordinary rendition”, which entailed detention outside the normal legal system and which, by its deliberate circumvention of due process, was anathema to the rule of law and the values protected by the Convention. Furthermore, the detention of terrorist suspects within the “rendition” programme run by the US authorities had already been found to have been arbitrary in other similar cases. In such circumstances, it should have been clear to the Macedonian authorities that, having been handed over into the custody of the US authorities, the applicant had faced a real risk of a flagrant violation of his rights under Article 5. The Macedonian authorities had not only failed to comply with their positive obligation to protect the applicant from being detained in contravention of Article 5, they had also actively facilitated his subsequent detention in Afghanistan by handing him over to the CIA, despite the fact that they had been aware or ought to have been aware of the risk of that transfer.

Having regard to the above, the applicant’s abduction and detention had amounted to “enforced disappearance” as defined in international law. The respondent Government were to be held responsible for violating the applicant’s rights under Article 5 during the entire period of his captivity.

Conclusion: violation (unanimously).

(b) *Procedural aspect*: The Court had already found under Article 3 that the respondent State had not conducted an effective investigation into the applicant's allegations of ill-treatment. For the same reasons, it found that no meaningful investigation had been conducted into the applicant's credible allegations that he had been detained arbitrarily.

Conclusion: violation (unanimously).

The Court also found violations of Articles 8 and 13.

Article 41: The Court made an award in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

- Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25
Campbell and Cosans v. the United Kingdom, 25 February 1982, Series A no. 48
Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, Series A no. 161
Cruz Varas and Others v. Sweden, 20 March 1991, Series A no. 201
Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, 30 October 1991, Series A no. 215
Quinn v. France, 22 March 1995, Series A no. 311
Ribitsch v. Austria, 4 December 1995, Series A no. 336
Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V
Aksoy v. Turkey, 18 December 1996, *Reports* 1996-VI
Kurt v. Turkey, 25 May 1998, *Reports* 1998-III
Ergi v. Turkey, 28 July 1998, *Reports* 1998-IV
Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
Oğur v. Turkey [GC], no. 21594/93, ECHR 1999-III
Tanrıkulu v. Turkey [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV
Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V
Mahmut Kaya v. Turkey, no. 22535/93, ECHR 2000-III
Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV
İlhan v. Turkey [GC], no. 22277/93, ECHR 2000-VII
Dikme v. Turkey, no. 20869/92, ECHR 2000-VIII
Gül v. Turkey, no. 22676/93, 14 December 2000
Egmez v. Cyprus, no. 30873/96, ECHR 2000-XII
Hilal v. the United Kingdom, no. 45276/99, ECHR 2001-II
Z and Others v. the United Kingdom [GC], no. 29392/95, ECHR 2001-V
Anguelova v. Bulgaria, no. 38361/97, ECHR 2002-IV
M.C. v. Bulgaria, no. 39272/98, ECHR 2003-XII
Bati and Others v. Turkey, nos. 33097/96 and 57834/00, ECHR 2004-IV
Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII
Mehmet Emin Yüksel v. Turkey, no. 40154/98, 20 July 2004
Krastanov v. Bulgaria, no. 50222/99, 30 September 2004
Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I

- Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV
Storck v. Germany, no. 61603/00, ECHR 2005-V
Ognyanova and Choban v. Bulgaria, no. 46317/99, 23 February 2006
Corsacov v. Moldova, no. 18944/02, 4 April 2006
Boicenco v. Moldova, no. 41088/05, 11 July 2006
Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX
Chitayev v. Russia, no. 59334/00, 18 January 2007
Al-Moayad v. Germany (dec.), no. 35865/03, 20 February 2007
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
Bitiyeva and X v. Russia, nos. 57953/00 and 37392/03, 21 June 2007
Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, ECHR 2008
Dedovskiy and Others v. Russia, no. 7178/03, 15 May 2008
Khadzhaliyev and Others v. Russia, no. 3013/04, 6 November 2008
Medova v. Russia, no. 25385/04, 15 January 2009
Varnava and Others v. Turkey [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90,
16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR
2009
Denis Vasilyev v. Russia, no. 32704/04, 17 December 2009
Rantsev v. Cyprus and Russia, no. 25965/04, ECHR 2010
Gäffgen v. Germany [GC], no. 22978/05, ECHR 2010
Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom (dec.), nos. 24027/07, 11949/08
and 36742/08, 6 July 2010
Georgiy Bykov v. Russia, no. 24271/03, 14 October 2010
Gisayev v. Russia, no. 14811/04, 20 January 2011
Iljina and Sarulienė v. Lithuania, no. 32293/05, 15 March 2011
Association "21 December 1989" and Others v. Romania, nos. 33810/07 and
18817/08, 24 May 2011
Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC], no. 55721/07, ECHR 2011
Zontul v. Greece, no. 12294/07, 17 January 2012
Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, no. 8139/09, ECHR 2012
Kadirova and Others v. Russia, no. 5432/07, 27 March 2012
Gorgiev v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 26984/05, 19 April 2012

In the case of El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia,
The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber
composed of:

Nicolas Bratza, *President*,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Dean Spielmann,
Nina Vajić,
Peer Lorenzen,
Karel Jungwiert,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Khanlar Hajiyev,
Luis López Guerra,
Ledi Bianku,
Işıl Karakaş,
Vincent A. De Gaetano,
Julia Laffranque,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
Helen Keller, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 16 May and 24 October 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 39630/09) against the former Yugoslav Republic of Macedonia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a German national, Mr Khaled El-Masri (“the applicant”), on 20 July 2009.

2. The applicant was represented by Mr J.A. Goldston, Mr D. Pavli and Mr R. Skilbeck, from the Open Society Justice Initiative’s New York office, and Mr F. Medarski, a Macedonian lawyer. The Macedonian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr K. Bogdanov.

3. The applicant alleged, in particular, that he had been subjected to a secret rendition operation, namely that agents of the respondent State had arrested him, held him incommunicado, questioned and ill-treated him, and handed him over at Skopje Airport to agents of the US Central Intelligence

Agency (CIA) who had transferred him, on a special CIA-operated flight, to a CIA-run secret detention facility in Afghanistan, where he had been ill-treated for over four months. The alleged ordeal lasted between 31 December 2003 and 29 May 2004, when the applicant returned to Germany.

4. The application was allocated initially to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 1 February 2011 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1) and this case was assigned to the newly composed First Section (Rule 52 § 1).

5. On 28 September 2010 notice of the applicant's complaints under Articles 3, 5, 8 and 13 of the Convention was given to the Government.

6. The German Government, who had been informed of their right to intervene in the proceedings, under Article 36 § 1 of the Convention, gave no indication that they wished to do so.

7. Mirjana Lazarova Trajkovska, the judge elected in respect of the former Yugoslav Republic of Macedonia, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The respondent Government accordingly appointed Peer Lorenzen, the judge elected in respect of Denmark, to sit in her place (Article 26 § 4 of the Convention and Rule 29 § 1).

8. On 24 January 2012 a Chamber of the First Section, composed of Nina Vajić, Peer Lorenzen, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos and Erik Møse, judges, assisted by Søren Nielsen, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

9. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

10. The applicant and the Government each filed observations. In addition, third-party comments were received from the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Interights, Redress, the International Commission of Jurists and Amnesty International, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

11. The Court decided to dispense with an oral examination of Mr H.K., a witness proposed by the applicant.

12. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 May 2012 (Rule 59 § 3).

13. There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr K. Bogdanov,

Agent,

Ms D. Djonova, Ministry of Justice,
Ms V. Stanojevska, Ministry of Justice,
Ms N. Josifova, Ministry of the Interior, *Advisers;*

(b) *for the applicant*

Mr J.A. Goldston, Executive Director,
Open Society Justice Initiative,
Mr D. Pavli, *Counsel,*
Mr R. Skilbeck,
Mr F. Medarski, *Advisers.*

14. The Court heard addresses by Mr Bogdanov, Mr Goldston and Mr Pavli, and also their replies to questions put by its members.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

15. The applicant was born in 1963 and lives in Senden, Germany.

A. The applicant's version of events

16. In the application, the applicant referred to his declaration made on 6 April 2006 for the purpose of the proceedings before the US District Court for the Eastern District of Virginia (see paragraphs 62 and 63 below).

1. Travel to the former Yugoslav Republic of Macedonia

17. On 31 December 2003 the applicant boarded a bus in Ulm, Germany, with a view to visiting Skopje in order, as he stated, "to take a short vacation and some time off from a stressful home environment". At around 3 p.m., he arrived at the Serbian/Macedonian border crossing at Tabanovce. A suspicion arose as to the validity of his recently issued German passport. A border official checked his passport and asked him about the purpose of his trip and the length and location of his intended stay. A Macedonian entry stamp dated 31 December 2003 was affixed to his passport. On that occasion, his personal belongings were searched and he was questioned about possible ties with several Islamic organisations and groups. The interrogation ended at 10 p.m. Accompanied by men in civilian clothes who were armed, he was driven to a hotel, which later research indicated was the Skopski Merak Hotel in Skopje ("the hotel"). Upon his return to Germany, the applicant recognised, through photographs available on the hotel's website, the hotel building, the room where allegedly he had been

held and one of the waiters who had served him food during his detention in the hotel.

2. Incommunicado detention in the hotel

18. The applicant was taken to a room on the top floor of the hotel. During his detention at the hotel, he was watched by a team of nine men, who changed shift every six hours. Three of them were with him at all times, even when he was sleeping. He was interrogated repeatedly throughout the course of his detention. He was questioned in English despite his limited proficiency in that language. His requests to contact the German embassy were refused. On one occasion, when he stated that he intended to leave, a gun was pointed at his head and he was threatened with being shot. After seven days of confinement, another official arrived and offered him a deal, namely that he would be sent back to Germany in return for a confession that he was a member of al-Qaeda.

19. On the thirteenth day of his confinement, the applicant commenced a hunger strike to protest against his continued unlawful detention. He did not eat for the remaining ten days of his detention in the former Yugoslav Republic of Macedonia. A week after he had commenced his hunger strike, he was told that he would soon be transferred by air back to Germany.

3. Transfer to Skopje Airport

20. On 23 January 2004 at around 8 p.m., the applicant was filmed by a video camera and instructed to say that he had been treated well, that he had not been harmed in any way and that he would shortly be flown back to Germany. Handcuffed and blindfolded, he was put in a car and taken to Skopje Airport.

4. Handover to a CIA "rendition" team at Skopje Airport

21. Upon arrival, still handcuffed and blindfolded, he was initially placed in a chair, where he sat for one and a half hours. He was told that he would be taken into a room for a medical examination before being transferred to Germany. Then, two people violently pulled his arms back. On that occasion he was beaten severely from all sides. His clothes were sliced from his body with scissors or a knife. His underwear was forcibly removed. He was thrown to the floor, his hands were pulled back and a boot was placed on his back. He then felt a firm object being forced into his anus. As stated by the applicant's lawyers at the public hearing of 16 May 2012, of all the acts perpetrated against the applicant that had been the most degrading and shameful. According to the applicant, a suppository

was forcibly administered on that occasion. He was then pulled from the floor and dragged to a corner of the room, where his feet were tied together. His blindfold was removed. A flash went off and temporarily blinded him. When he recovered his sight, he saw seven or eight men dressed in black and wearing black ski masks. One of the men placed him in an adult nappy. He was then dressed in a dark blue short-sleeved tracksuit. A bag was placed over his head and a belt was put on him with chains attached to his wrists and ankles. The men put earmuffs and eye pads on him and blindfolded and hooded him. They bent him over, forcing his head down, and quickly marched him to a waiting aircraft, with the shackles cutting into his ankles. The aircraft was surrounded by armed Macedonian security guards. He had difficulty breathing because of the bag that covered his head. Once inside the aircraft, he was thrown to the floor face down and his legs and arms were spread-eagled and secured to the sides of the aircraft. During the flight he received two injections. An anaesthetic was also administered over his nose. He was mostly unconscious during the flight. A Macedonian exit stamp dated 23 January 2004 was affixed to the applicant's passport.

22. According to the applicant, his pre-flight treatment at Skopje Airport, "most likely at the hands of the special CIA rendition team", was remarkably consistent with a recently disclosed CIA document describing the protocol for the so-called "capture shock" treatment (see paragraph 124 below).

5. Flight from Skopje to Afghanistan

23. Upon landing, the applicant disembarked. It was warmer outside than it had been in the former Yugoslav Republic of Macedonia, which was sufficient for him to conclude that he had not been returned to Germany. He deduced later that he was in Afghanistan and that he had been flown via Baghdad.

6. Detention and interrogation in Afghanistan

24. After landing in Afghanistan, the applicant was driven for about ten minutes, then dragged from the vehicle, slammed into the walls of a room, thrown to the floor, kicked and beaten. His head and neck were specifically targeted and stepped upon. He was left in a small, dirty, dark concrete cell. When he adjusted his eyes to the light, he saw that the walls were covered in Arabic, Urdu and Farsi handwriting. The cell did not contain a bed. Although it was cold, he had been provided with only one dirty, military-style blanket and some old, torn clothes bundled into a thin pillow. Through a window at the top of the cell, he saw the red, setting

sun. Later he understood that he had been transferred to a CIA-run facility which media reports have identified as the “Salt Pit”, a brick factory north of the Kabul business district that was used by the CIA for detention and interrogation of some high-level terror suspects.

25. During his confinement, he was interrogated on three or four occasions, each time by the same man, who spoke Arabic with a south Lebanese accent, and each time at night. His interrogations were accompanied by threats, insults, pushing and shouting. His repeated requests to meet with a representative of the German government were ignored.

26. In March 2004 the applicant, together with several other inmates with whom he communicated through cell walls, commenced a hunger strike to protest about their continued confinement without charge. As a consequence of the conditions of his confinement and his hunger strike, the applicant’s health deteriorated on a daily basis. He received no medical treatment during this time, although he had requested it on several occasions.

27. On 10 April 2004, the thirty-seventh day of his hunger strike, hooded men entered his cell, pulled him from his bed and bound his hands and feet. They dragged him into the interrogation room, sat him on a chair and tied him to it. A feeding tube was then forced through his nose to his stomach and a liquid was poured through it. After this procedure, the applicant was given some canned food, as well as some books to read.

28. Following his force-feeding, the applicant became extremely ill and suffered very severe pain. A doctor visited his cell in the middle of the night and administered medication, but he remained bedridden for several days. Around that time, the applicant felt what he believed to be a minor earthquake. In this connection, the applicant submitted the “List of significant earthquakes of the world in 2004”, issued by the US Geological Survey on 6 October 2005. According to this document, there was one earthquake on 5 April 2004 in the Hindu Kush region, Afghanistan.

29. On 16 May 2004 the applicant was visited by a German speaker who identified himself only as “Sam”. The latter visited the applicant three more times prior to his release.

30. On 21 May 2004 the applicant began his second hunger strike.

7. Disguised “reverse rendition” to Albania

31. On 28 May 2004 the applicant, blindfolded and handcuffed, was led out of his cell and locked in what seemed to be a shipping container until he heard the sound of an aircraft arriving. On that occasion, he was handed the suitcase that had been taken from him in Skopje. He was told to change back into the clothes he had worn upon his arrival in the former Yugoslav Republic of Macedonia and was given two new T-shirts, one of which he

put on. He was then taken to the waiting aircraft, wearing a blindfold and earmuffs, and was chained to his seat there. “Sam” accompanied him on the aircraft. He said that the plane would land in a European country other than Germany, but that the applicant would eventually continue on to Germany.

32. When the aircraft landed, the applicant, still blindfolded, was placed in the back seat of a vehicle. He was not told where he was. He was driven in the vehicle up and down mountains, on paved and unpaved roads. The applicant was aware of men getting out of the car and then of men getting in. All of the men had Slavic-sounding accents, but said very little. Eventually, the vehicle was brought to a halt. He was taken from the car and his blindfold was removed. His captors gave him his belongings and passport, removed his handcuffs and directed him to walk down the path without turning back. It was dark and the road was deserted. He believed he would be shot in the back and left to die. He rounded a corner and came across three armed men. They immediately asked for his passport. They saw that his German passport had no visa in it and asked him why he was in Albania without legal permission. He replied that he had no idea where he was. He was told that he was near the Albanian borders with the former Yugoslav Republic of Macedonia and Serbia. The men led him to a small building with an Albanian flag and he was presented to a superior officer. The officer observed the applicant’s long hair and long beard and told him that he looked like a terrorist. He was then driven to Mother Teresa Airport in Tirana. He was guided through customs and immigration control without inspection and put on a plane to Frankfurt, Germany. An Albanian exit stamp was affixed to the applicant’s passport.

8. Arrival in Germany

33. On 29 May 2004 at 8.40 a.m. the applicant arrived at Frankfurt International Airport. He was about eighteen kilograms lighter than when he had left Germany, his hair was long and unkempt, and he had not shaved since his arrival in the former Yugoslav Republic of Macedonia. Immediately after arrival in Germany, the applicant met Mr M. Gnjidic, a lawyer practising in Ulm.

34. In his written submissions, the applicant stated that he had not undergone any medical examination apart from the isotope analysis of his hair follicles (see paragraphs 56 and 57 below). At the public hearing, the applicant’s lawyers specified that the results of some medical examinations carried out upon his return to Germany had been submitted by the German public prosecutor to the European Parliament’s Fava Inquiry (see paragraphs 47-51 below). However, those results had not been submitted to the Court since they had not been conclusive as to the presence of any physical injury,

given the long time that had elapsed since the incident at Skopje Airport. Furthermore, the applicant stated that he had been subjected to sophisticated interrogation techniques and methods, which had been specifically designed not to leave any evidence of physical ill-treatment.

35. The 2007 Marty Report (see paragraph 46 below) noted that the applicant had asked for treatment at the treatment centre for torture victims in Neu-Ulm shortly after his return to Germany in 2004. However, it took until 2006 for Mr Gnjidic to obtain the required health-insurance funding agreement to start a course of limited treatment (seventy hours) at the centre, which had been considered insufficient both by Mr Gnjidic and by the therapist herself (see paragraph 296 of the 2007 Marty Report).

36. The applicant also submitted a written statement of 5 January 2009 by Dr Katherine Porterfield, a senior psychologist at the Bellevue/NYU Program for Survivors of Torture, in which she had confirmed that the applicant had suffered from post-traumatic stress disorder and depression “most likely caused by his experience of capture and extensive maltreatment and abuse”. Dr Porterfield’s opinion was based on several telephone calls and two follow-up discussions with the applicant. She also advised him to visit a clinician in his community with the requisite expertise to help him. The applicant did not comply with that instruction.

B. The position of the Government of the former Yugoslav Republic of Macedonia as regards the applicant’s allegations

1. The position of the Government as noted in the reports adopted following certain international inquiries

(a) Alleged secret detentions and unlawful inter-State transfers of detainees involving Council of Europe member States, Doc. 10957, 12 June 2006 (“the 2006 Marty Report”)

37. On 13 December 2005 the President of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe asked the Assembly’s Committee on Legal Affairs and Human Rights to investigate allegations of “extraordinary renditions” in Europe. Senator Dick Marty of Switzerland was appointed as Special Rapporteur. On 12 June 2006 the Assembly published the 2006 Marty Report. It set out, on the basis of meetings that took place between 27 and 29 April 2006, the position of the Macedonian authorities regarding the applicant’s case. It stated, *inter alia*:

“3.1.3.1. The position of the authorities

106. The ‘official line’ of the Macedonian Government was first contained in a letter from the Minister of Interior ... to the Ambassador of the European Commission ... dated 27 December 2005. In its simplest form, it essentially contains four items of information ‘according to police records’: first, Mr El-Masri arrived by bus at the Macedonian border crossing of Tabanovce at 4 p.m. on 31 December 2003; second, he was interviewed by ‘authorised police officials’ who suspected ‘possession of a falsified travel document’; third, approximately five hours later, Mr El-Masri ‘was allowed entrance’ into Macedonia, apparently freely; and fourth, on 23 January 2004, he left Macedonia over the border crossing of Blace into Kosovo.

...

108. The President of the Republic ... set out a firm stance in the very first meeting with the European Parliament delegation, providing a strong disincentive to any official who may have wished to break ranks by expressing an independent viewpoint: ‘Up to this moment, I would like to assure you that I have not come across any reason not to believe the official position of our Ministry of Interior. I have no additional comments or facts, from any side, to convince me that what has been established in the official report of our Ministry is not the truth.’

109. On Friday 28 April the official position was presented in far greater detail during a meeting with ... [the] Head of the UBK, Macedonia’s main intelligence service, at the time of the El-Masri case. [He] stated that the UBK’s Department for Control and Professional Standards had undertaken an investigation into the case and traced official records of all Mr El-Masri’s contact with the Macedonian authorities. The further details as presented by [the Head of the UBK] are summarized as follows:

Mr El-Masri arrived on the Macedonian border on 31 December 2003, New Year’s Eve. The Ministry of Interior had intensified security for the festive period and was operating a higher state of alert around the possible criminal activity. In line with these more intense activities, bus passengers were being subjected to a thorough security check, including an examination of their identity documents.

Upon examining Mr El-Masri’s passport, the Macedonian border police developed certain suspicions and decided to ‘detain him’. In order not to make the other passengers wait at the border, the bus was at this point allowed to continue its journey.

The objective of holding Mr El-Masri was to conduct an interview with him, which (according to [the Head of the UBK]) was carried out in accordance with all applicable European standards. Members of the UBK, the security and counter-intelligence service, are present at all border points in Macedonia as part of what is described as ‘Integrated Border Management and Security’. UBK officials participated in the interview of Mr El-Masri.

The officials enquired into Mr El-Masri’s reasons for travelling into the country, where he intended to stay and whether he was carrying sufficient amounts of money. [The Head of the UBK] explained: ‘I think these were all standard questions that are

asked in the context of such a routine procedure – I don't think I need to go into further details.'

At the same time, Macedonian officials undertook a preliminary visual examination of Mr El-Masri's travel documents. They suspected that the passport might be faked or forged – noting in particular that Mr El-Masri was born in Kuwait, yet claimed to possess German citizenship.

A further passport check was carried out against an Interpol database. The border point at Tabanovce is not linked to Interpol's network, so the information had to be transmitted to Skopje, from where an electronic request was made to the central Interpol database in Lyon[s]. A UBK official in the Analytical Department apparently made this request using an electronic code, so the Macedonian authorities can produce no record of it. Mr El-Masri was made to wait on the border point while the Interpol search was carried out.

When it was established that there existed no Interpol warrant against Mr El-Masri and no further grounds on which to hold him, he was released. He then left the border point at Tabanovce, although Macedonian officials were not able to describe how. Asked directly about this point in a separate meeting, the Minister of Interior ... said: 'we're not able to tell you exactly what happened to him after he was released because it is not in our interest; after the person leaves the border crossing, we're not in a position to know how he traveled further.'

The Ministry of Interior subsequently established ... that Mr El-Masri had stayed at a hotel in Skopje called the 'Skopski Merak'. Mr El-Masri is said to have checked in on the evening of 31 December 2003 and registered in the guest book. He stayed for 23 nights, including daily breakfast, and checked out on 23 January 2004.

The Ministry then conducted a further check on all border crossings and discovered that on the same day, 23 January 2004, in the evening, Mr El-Masri left the territory of Macedonia over the border crossing at Blace, into the territory of Kosovo. When asked whether Mr El-Masri had received a stamp to indicate his departure by this means, [the Head of the UBK] answered: 'Normally there should be a stamp on the passport as you cross the border out of Macedonia, but I can't be sure. UNMIK [United Nations Administration Mission in Kosovo] is also present on the Kosovo border and is in charge of the protocol on that side ... My UBK colleague has just informed me that he has crossed the border at Blace twice in recent times and didn't receive a stamp on either occasion.'

...

116. What is not said in the official version is the fact that the Macedonian UBK routinely consults with the CIA on such matters (which, on a certain level, is quite comprehensible and logical). According to confidential information we received (of which we know the source), a full description of Mr El-Masri was transmitted to the CIA via its Bureau Chief in Skopje for an analysis ... did the person in question have contact with terrorist movements, in particular with [al-Qaeda]? Based on the intelligence material about Khaled El-Masri in its possession – the content of which is not known to us – the CIA answered in the affirmative. The UBK, as the local partner

organisation, was requested to assist in securing and detaining Mr El-Masri until he could be handed over to the CIA for transfer.”

(b) Council of Europe, Report by the Secretary General under Article 52 of the Convention on the question of secret detention and transport of detainees suspected of terrorist acts, notably by or at the instigation of foreign agencies (SG/Inf (2006) 5, 28 February 2006)

38. On 21 November 2005 the Secretary General of the Council of Europe invoked the procedure under Article 52 of the Convention with regard to reports of European collusion in secret rendition flights. Member States were required to provide a report on the controls provided in their internal law over acts by foreign agents in their jurisdiction, on legal safeguards to prevent unacknowledged deprivation of liberty, on legal and investigative responses to alleged infringements of Convention rights and on whether public officials who had allegedly been involved in acts or omissions leading to such deprivation of liberty of detainees had been or were being investigated.

39. On 17 February and 3 April 2006 the Government replied to this request. In the latter submission, the Government stated their position as regards the applicant’s case. They stated, *inter alia*:

“... As far as the case of Mr Khaled El-Masri is concerned, we would like to inform you that this case was examined by the Ministry of Internal Affairs, and the information about it was sent to the representatives of the European Commission in the Republic of Macedonia, to the Director for Western Balkans in the DG [Directorate General] Enlargement of the European Commission in Brussels and to members of the European Parliament as early as June 2005. ... [T]he Ministry of Internal Affairs of the Republic of Macedonia informs that, based on the police records on entry and exit at the State border of the Republic of Macedonia, Mr Khaled El-Masri arrived, by bus, at the Tabanovce border crossing from the State Union of Serbia and Montenegro on 31 December 2003 at 4 p.m. presenting a German passport. Suspecting possession of a forged travel document, the competent police officers checked the document and interviewed Mr Khaled El-Masri at the border crossing. A check in the Interpol records was also carried out which showed that no international arrest warrant had been issued for Mr El-Masri. Mr Khaled El-Masri was allowed to enter the Republic of Macedonia on 31 December 2003 at 8.57 p.m. According to the police records, Mr Khaled El-Masri left the Republic of Macedonia on 23 January 2004 at the Blace border crossing to the State Union of Serbia and Montenegro (on the Kosovo section).”

2. The version of events submitted by the Government in the proceedings before the Court

40. The Government confirmed their version of events as outlined above (see paragraphs 37 and 39 above). They denied that the applicant had

been detained and ill-treated by State agents in the hotel, that he had been handed over to CIA agents, and that the latter had ill-treated him at Skopje Airport and transferred him to a CIA-run prison in Afghanistan. In their submission, the applicant had freely entered, stayed in and left the territory of the respondent State. The only contact with State agents had occurred on 31 December 2003, on the occasion of his entry into the respondent State, when enquiries had been undertaken regarding the validity of his passport. There had been no other contact with State agents during his entire stay in the respondent State. The enquiries by the Ministry of the Interior demonstrated that the applicant had stayed in the respondent State by his own choice and free will between 31 December 2003 and 23 January 2004, when he had freely left the State through the Blace border crossing.

41. In support of their argument, they submitted a copy of the following documents: extracts from the official border-crossing records for Tabanovce and Blace; an extract from the hotel guest book in which the applicant had been registered as a guest occupying room number 11 between 31 December 2003 and 22 January 2004; and two letters of February 2006 in which the hotel's manager, firstly, had communicated to the Ministry of the Interior the names of six persons who had been on duty in the hotel at the relevant time and, secondly, had denied that any person had ever stayed in the hotel involuntarily. It was further specified that the person whose photograph was on the hotel's website (see paragraph 17 above) was Mr Z.G., who could be found in the hotel. They also produced a letter of 3 February 2006 in which the Macedonian Ministry of Transport/Civil Aviation Administration had informed the Ministry of the Interior that on 23 January 2004 a Boeing 737 aircraft flying from Palma de Mallorca (Spain), registered as flight no. N313P, had been given permission to land at Skopje Airport, that the same aircraft had received permission (at 10.30 p.m.) to take off on the same day to Kabul (Afghanistan), and that at 2.25 a.m. on 24 January 2004 permission had been given for that aircraft to fly to Baghdad (Iraq). Furthermore, the Government filed a copy of the applicant's hotel bills which, according to them, he had paid in cash. Lastly, they provided a copy of a police record of the applicant's apprehension at the Tabanovce border crossing on 31 December 2003. As specified in the record, the applicant had been held between 4.30 p.m. and 9.30 p.m. The record does not state the reasons for his apprehension, but it contains an incomplete handwritten note that he was apprehended on the basis of "tel. no. 9106 of 8 December 2003".

C. International inquiries relating to the applicant's case

42. There have been a number of international inquiries into allegations of “extraordinary renditions” in Europe and the involvement of European governments. The reports have referred to the applicant's case.

1. *Parliamentary Assembly of the Council of Europe – “the Marty Inquiry”*

(a) **The 2006 Marty Report**

43. The 2006 Marty Report (see paragraph 37 above) stated, *inter alia*:

“A. Draft resolution

...

7. The facts and information gathered to date, along with new factual patterns in the process of being uncovered, indicate that the key elements of this ‘spider's web’ have notably included: a worldwide network of secret detentions on CIA ‘black sites’ and in military or naval installations; the CIA's programme of ‘renditions’, under which terrorist suspects are flown between States on civilian aircraft, outside of the scope of any legal protections, often to be handed over to States who customarily resort to degrading treatment and torture; and the use of military airbases and aircraft to transport detainees as human cargo to Guantánamo Bay in Cuba or to other detention centres.

...

11. Attempts to expose the true nature and extent of these unlawful operations have invariably faced obstruction or dismissal, from the United States and its European partners alike. The authorities of most Council of Europe member States have denied their participation, in many cases without actually having carried out any inquiries or serious investigations.

...

C. Explanatory memorandum

...

2.7.1. CIA methodology – how a detainee is treated during a rendition

...

... Collectively, the cases in the report testify to the existence of an established *modus operandi* of rendition, put into practice by an elite, highly-trained and highly-disciplined group of CIA agents ...

...

11. Conclusion

...

287. Whilst hard evidence, at least according to the strict meaning of the word, is still not forthcoming, a number of coherent and converging elements indicate that secret detention centres have indeed existed and unlawful inter-State transfers have taken place in Europe. ...

...”

44. Skopje Airport was categorised in the 2006 Martyr Report as a “one-off pick-up point”, that is, a point from which one detainee or one group of detainees was picked up for rendition or unlawful transfer, but not as part of a systemic occurrence.

45. As to the applicant’s case, the 2006 Martyr Report stated, *inter alia*:

“3. Specific examples of documented renditions

3.1. Khaled El-Masri

92. We spoke for many hours with Khaled El-Masri, who also testified publicly before the Temporary Committee of the European Parliament, and we find credible his account of detention in Macedonia and Afghanistan for nearly five months.

...

3.1.2. Elements of corroboration for Mr El-Masri’s account

102. Mr El-Masri’s account is borne out by numerous items of evidence, some of which cannot yet be made public because they have been declared secret, or because they are covered by the confidentiality of the investigation under way in the office of the Munich prosecuting authorities following Mr El-Masri’s complaint of abduction.

103. The items already in the public domain are cited in the afore-mentioned memorandum submitted to the Virginia court in which Mr El-Masri lodged his complaint:

- Passport stamps confirming Mr El-Masri’s entry to and exit from Macedonia, as well as exit from Albania, on the dates in question;
- Scientific testing of Mr El-Masri’s hair follicles, conducted pursuant to a German criminal investigation, that is consistent with Mr El-Masri’s account that he spent time in a South-Asian country and was deprived of food for an extended period of time;
- Other physical evidence, including Mr El-Masri’s passport, the two T-shirts he was given by his American captors on departing from Afghanistan, his boarding pass from Tirana to Frankfurt, and a number of keys that Mr El-Masri possessed during his ordeal, all of which have been turned over to German prosecutors;
- Aviation logs confirming that a Boeing business jet owned and operated by defendants in this case [a US-based corporation, Premier Executive Transportation Services, Inc., and operated by another US-based corporation, Aero Contractors

Limited], then registered by the FAA [US Federal Aviation Administration] as N313P, took off from Palma, Majorca, Spain on January 23, 2004; landed at ... Skopje Airport at 8:51 p.m. that evening; and left Skopje more than three hours later, flying to Baghdad and then on to Kabul, the Afghan capital [a database of aircraft movements, compiled on the basis of information obtained from various sources, was attached to the 2006 Martyr Report];

- Witness accounts from other passengers on the bus from Germany to Macedonia, which confirm Mr El-Masri's account of his detention at the border;
- Photographs of the hotel in Skopje where Mr El-Masri was detained for 23 days, from which Mr El-Masri has identified both his actual room and a staff member who served him food;
- Geological records that confirm Mr El-Masri's recollection of minor earthquakes during his detention in Afghanistan;
- Evidence of the identity of 'Sam', whom Mr El-Masri has positively identified from photographs and a police line-up, and who media reports confirm is a German intelligence officer with links to foreign intelligence services;
- Sketches that Mr El-Masri drew of the layout of the Afghan prison, which were immediately recognisable to another rendition victim who was detained by the US in Afghanistan;
- Photographs taken immediately upon Mr El-Masri's return to Germany that are consistent with his account of weight loss and unkempt grooming.

...

113. One could, with sufficient application, begin to tease out discrepancies in the official line. For example, the Ministry of Interior stated that *'the hotel owner should have the record of Mr El-Masri's bill'*, while the hotel owner responded to several [e]nquiries, by telephone and in person, by saying that the record had been handed over to the Ministry of Interior.

...

125. All these factual elements indicate that the CIA carried out a 'rendition' of Khaled El-Masri. The plane in question had finished transferring another detainee just two days earlier and the plane was still on the same 'rendition circuit'. The plane and its crew had spent the interim period at Palma de Mallorca, a popular CIA staging point. The physical and moral degradation to which Mr El-Masri was subjected before being forced aboard the plane in Macedonia corresponds with the CIA's systematic 'rendition methodology' described earlier in this report. The destination of the flight carrying Mr El-Masri, Kabul, forms a hub of CIA secret detentions in our graphic representation of the 'spider's web'.

...

127. It is worth repeating that the analysis of all facts concerning this case points in favour of the credibility of El-Masri. Everything points in the direction that he was the

victim of abduction and ill-treatment amounting to torture within the meaning of the term established by the case-law of the United Nations Committee against Torture ...”

(b) Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member States: second report, Doc. 11302 rev., 11 June 2007 (“the 2007 Marty Report”)

46. In his report of 11 June 2007, Senator Marty stated, *inter alia*:

“5. Some European governments have obstructed the search for the truth and are continuing to do so by invoking the concept of ‘State secrets’. Secrecy is invoked so as not to provide explanations to parliamentary bodies or to prevent judicial authorities from establishing the facts and prosecuting those guilty of offences ... The same approach led the authorities of the former Yugoslav Republic of Macedonia to hide the truth and give an obviously false account of the actions of its own national agencies and the CIA in carrying out the secret detention and rendition of Khaled El-Masri.

...

273. We believe we have now managed to retrace in detail Mr El-Masri’s odyssey and to shed light on his return to Europe: if we, with neither the powers nor resources, were able to do so, why were the competent authorities unable to manage it? There is only one possible explanation: they are not interested in seeing the truth come out.

...

275. ... We were able to prove the involvement of the CIA in Mr El-Masri’s transfer to Afghanistan by linking the flight that carried him there – on the aircraft N313P, flying from Skopje (the former Yugoslav Republic of Macedonia) to Baghdad (Iraq) to Kabul (Afghanistan) on 24 January 2004 – to another known CIA detainee transfer on the same plane two days earlier, thus establishing the first ‘rendition circuit’. ...

276. Upon Mr El-Masri’s arrival in Afghanistan, he was taken to a CIA secret detention facility near Kabul and held in a ‘small, filthy, concrete cell’ for a period of over four months. During this period the CIA discovered that no charges could be brought against him and that his passport was genuine, but inexplicably kept Mr El-Masri in his squalid, solitary confinement for several weeks thereafter.

...

279. Today I think I am in a position to reconstruct the circumstances of Mr El-Masri’s return from Afghanistan: he was flown out of Kabul on 28 May 2004 on board a CIA-chartered Gulfstream aircraft with the tail number N982RK to a military airbase in Albania called [Bezat-Kuçova] Aerodrome.

...

314. The ‘official version’ of Mr El-Masri’s involuntary stay in the former Yugoslav Republic of Macedonia has definitely become utterly untenable ...”

2. *European Parliament: the Fava Inquiry*

47. On 18 January 2006 the European Parliament set up a Temporary Committee on Extraordinary Rendition and appointed Mr Claudio Fava as Rapporteur with a mandate to investigate the alleged existence of CIA prisons in Europe. The Fava Inquiry held 130 meetings and sent delegations to the former Yugoslav Republic of Macedonia, the United States of America, Germany, the United Kingdom, Romania, Poland and Portugal.

48. It identified at least 1,245 flights operated by the CIA in European airspace between the end of 2001 and the end of 2005. During its visit to the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Inquiry met with high-ranking officials.

49. On 6 July 2006 the European Parliament adopted a Resolution on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners (2006/2027(INI), doc. P6_TA(2006)0316), which stated, *inter alia*:

“19. [The European Parliament] condemns the abduction by the CIA of the German national, Khaled [El-Masri], who was held in Afghanistan from January to May 2004 and subjected to degrading and inhuman treatment; notes further the suspicion – not yet allayed – that Khaled [El-Masri] was illegally held before that date, from 31 December 2003 to 23 January 2004, in the former Yugoslav Republic of Macedonia and that he was transported from there to Afghanistan on 23-24 January 2004; considers the measures that the former Yugoslav Republic of Macedonia claims to have taken to investigate the matter to be inadequate;

...

42. Condemns the fact that the German national, [Khaled] El-Masri, was held illegally in Afghanistan for more than four months in 2004; deplors the reluctance of the authorities of the former Yugoslav Republic of Macedonia to confirm that El-Masri was in Skopje and was probably being held there before his rendition to Afghanistan by CIA agents;

...”

50. On 30 January 2007 the final Report on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners (2006/2200(INI), doc. A6-0020/2007) was published. Noting the lack of thorough investigation by the respondent State, the Report stated, *inter alia*:

“136. [The European Parliament] condemns the extraordinary rendition of the German citizen Khaled El-Masri, abducted at the border crossing Tabanovce in the former Yugoslav Republic of Macedonia on 31 December 2003, illegally held in Skopje from 31 December 2003 to 23 January 2004 and then transported to Afghanistan on 23-24 January 2004, where he was held until May 2004 and subjected to degrading and inhuman treatment;

...

138. Fully endorses the preliminary findings of Munich Public Prosecutor Martin Hofmann that there is no evidence on the basis of which to refute Khaled El-Masri's version of events;

..."

51. The Report also emphasised that "the concept of 'secret detention facility' includes not only prisons, but also places where somebody is held incommunicado, such as private apartments, police stations or hotel rooms, as in the case of Khaled El-Masri in Skopje".

3. United Nations Human Rights Committee, Concluding Observations on the former Yugoslav Republic of Macedonia, 3 April 2008, UN Doc. CCPR/C/MKD/CO/2

52. In the course of the periodic review of the respondent State's compliance with the International Covenant on Civil and Political Rights conducted by the United Nations Human Rights Committee during its March to April 2008 session, the latter "noted the investigation undertaken by the State Party and its denial of any involvement in the [applicant's] rendition notwithstanding the highly detailed allegations as well as the concerns [raised by the Marty and Fava Inquiries]". The United Nations Human Rights Committee made the following recommendation:

"14. ... the State Party should consider undertaking a new and comprehensive investigation of the allegations made by Mr Khaled El-Masri. The investigation should take account of all available evidence and seek the cooperation of Mr [El-Masri] himself..."

53. This recommendation was supported by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe in his report published on 11 September 2008 (Council of Europe Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg, "Report on visit to the former Yugoslav Republic of Macedonia, 25-29 February 2008").

4. The applicant's petition before the Inter-American Commission on Human Rights against the United States of America

54. On 9 April 2008 the applicant filed a petition with the Inter-American Commission on Human Rights. On 23 August 2009 the Commission transmitted the petition to the US government for comments. No further information has been provided in respect of these proceedings.

D. Relevant proceedings before national authorities other than those of the respondent State

1. Germany

(a) Investigation by the German prosecuting authorities

55. On an unspecified date in 2004 the Munich public prosecutor's office opened an investigation into the applicant's allegations that he had been unlawfully abducted, detained, physically and psychologically abused and interrogated in the former Yugoslav Republic of Macedonia and Afghanistan. According to the applicant, a number of investigative steps were taken, including an examination of eyewitnesses who confirmed that the applicant had travelled to the former Yugoslav Republic of Macedonia by bus at the end of 2003 and that he had been detained shortly after entering that State.

56. Furthermore, a radioactive isotope analysis of the applicant's hair was carried out. An expert report of 17 January 2005 stated, *inter alia*:

“... it is very likely that the changes observed in the enclosed isotopic signatures [of the applicant's hair] indeed correspond to [the applicant's] statements ...”

57. According to the First Committee of Inquiry of the German *Bundestag* (see paragraphs 59-61 below), the radioisotope analysis also confirmed that the applicant had undergone two hunger strikes.

58. On 31 January 2007 the Munich public prosecutor issued arrest warrants for thirteen CIA agents on account of their involvement in the applicant's alleged rendition. The names of the people sought were not made public. The identities of the CIA agents were allegedly given to the German prosecutor by the Spanish authorities, which had uncovered them in the course of their investigation into the use of Spanish airports by the CIA.

(b) German parliamentary inquiry

59. On 7 April 2006 the German *Bundestag* (Federal Parliament) appointed the First Committee of Inquiry of the Sixteenth Legislative Period (“the Committee of Inquiry”) to review the activities of the secret services. Over a period of investigation of 3 years, the Committee of Inquiry held a total of 124 sessions, 7 areas of investigation were addressed and a total of 141 witnesses were heard, including the applicant. The findings of the Committee of Inquiry were made public on 18 June 2009.

60. The Committee of Inquiry's report, which runs altogether to 1,430 pages, stated, *inter alia*:

“... Khaled El-Masri’s report on his imprisonment in Macedonia and in Afghanistan is credible as to the core facts of his detention in Macedonia and his transfer to Afghanistan, as well as his confinement there by United States forces. Doubts remain, however, about some specific aspects of his account.

The police investigations conducted by Swabian law-enforcement authorities and supported by the BKA [*Bundeskriminalamt* – German Federal Criminal Police] reaffirm Mr El-Masri’s account. His trip to Macedonia on 31 December 2003 was corroborated by witnesses. El-Masri’s account of the transfer from Macedonia to Afghanistan by United States forces is consistent with subsequent reports from other victims of the excesses of the ‘war on terror’ by the United States government at the time. The recorded movement of an American Boeing 737 of the presumed CIA airline ‘Aero-Contractors’ that flew from Majorca to Skopje on 23 January 2004 and continued on to Kabul matches the temporal information that Mr El-Masri provided on the duration of his confinement at a Macedonian hotel ...

All this supports the Committee’s profound doubts about the official Macedonian version of the events ... The Macedonian government continue to deny his detention at the hotel and his transfer to Afghanistan, calling this a defamatory media campaign. This official account of the events by Macedonia is clearly incorrect. Rather, it must be concluded that convincing evidence exists for El-Masri’s account of the course of his arrest and transfer outside the country ...” (p. 353)

61. According to the report, doubts remained about the actual purpose of the applicant’s trip to Skopje and significant discrepancies were noted in his statements concerning his questioning in the former Yugoslav Republic of Macedonia and Afghanistan, in particular his suspicion as to the German background of “Sam”.

2. Legal action in the United States of America

62. On 6 December 2005 the American Civil Liberties Union (ACLU) filed a claim on behalf of the applicant in the US District Court for the Eastern District of Virginia against a number of defendants, including the former CIA Director George Tenet and certain unknown CIA agents. The claim alleged that the applicant had been deprived of his liberty in the absence of legal process and included a claim under the Alien Tort Statute (ATS) for violations of international legal norms prohibiting prolonged arbitrary detention and cruel, inhuman or degrading treatment.

63. In May 2006 the District Court dismissed the applicant’s claim, finding that the US government had validly asserted the State secrets privilege. The District Court held that the State’s interest in preserving State secrets outweighed the applicant’s individual interest in justice. That decision was confirmed on appeal by the US Court of Appeals for the Fourth Circuit. In October 2007 the Supreme Court refused to review the case.

E. Proceedings taken in the former Yugoslav Republic of Macedonia regarding the applicant's alleged arrest, confinement and ill-treatment

1. Proceedings before the Department for Control and Professional Standards ("the DCPS") within the Ministry of the Interior

64. In 2005 an internal inquiry was carried out into the applicant's claims by the DCPS within the Ministry of the Interior. The applicant was not invited to produce any evidence before the DCPS, nor was he informed of the outcome of the investigation. The results of this inquiry were not communicated to him, but to the representatives of the European Union in the respondent State (see paragraph 39 above).

65. After having been given notice of the instant case, the Government submitted a copy of two reports issued on 20 March 2006 and 10 April 2008 by the DCPS. Both reports were drawn up at the request of the Public Prosecutor's Department of Organised Crime and Corruption, which had acted on two separate legal assistance requests, dated 9 May 2005 and 13 November 2007 respectively, from the Munich public prosecutor investigating the applicant's criminal complaint in Germany. These reports reiterated the Government's version of events as described above. They specified that the applicant, after having arrived at the Tabanovce border crossing on 31 December 2003, had been held between 4.30 p.m. and 9.30 p.m. in the official border premises and interviewed by the Macedonian police in connection with the alleged possession of a forged passport. After he had been released, he had stayed in the hotel, occupying room number 11. He had paid the hotel bill and had left the respondent State, as a pedestrian, at 6.20 p.m. on 23 January 2004 at the Blace border crossing. It was further specified that the then Head of the UBK, which had operated within the Ministry of the Interior, had never been rewarded by any foreign agency, including the CIA. It was concluded that no one, including the applicant, had ever been held in the hotel and interrogated by agents of the Ministry of the Interior.

66. In the course of these inquiries, the Ministry of the Interior submitted to the Macedonian public prosecutor the documents indicated above (see paragraph 41).

2. Criminal proceedings against unknown law-enforcement officials

67. On 6 October 2008 the applicant, through his legal representative Mr F. Medarski, lodged a criminal complaint with the Skopje public prosecutor's office against unidentified law-enforcement officials

on account of his unlawful detention and abduction, offences punishable under Article 140 of the Criminal Code. The complaint also alleged the crime of torture or other inhuman or degrading treatment or punishment, punishable under Articles 142 and 143 of the Criminal Code. In support of his complaint, the applicant submitted a copy of his affidavit prepared for the purposes of his lawsuit in the United States of America and produced the following evidence: a copy of his passport; relevant extracts from the 2006 and 2007 Marty Reports and the Fava Inquiry; a copy of the aviation logs; a letter from the Skopje Airport authorities issued on 18 June 2008 (in reply to the applicant's request for information) attesting that on 23 January 2004 a Boeing 737 aircraft registered by the FAA as N313P had landed at Skopje Airport without any passengers and that it had taken off on 24 January 2004 carrying only one passenger; a translated version of the expert report on the applicant's hair; and sketches of the hotel room where the applicant had allegedly been detained. The photograph of the waiter who had allegedly served the applicant with food was not included in the submission to the public prosecutor because "the applicant had been unable to preserve a copy at the relevant time and the photograph was no longer available on the hotel's website". The applicant further complained that, while being held at the Tabanovce border crossing and in the Skopski Merak Hotel, he had been denied the right to contact his family, a lawyer of his own choosing or a representative of the German embassy.

68. On 13 October 2008 the public prosecutor requested the Ministry of the Interior to investigate the applicant's allegations, and in particular to provide concrete information regarding the events at the Tabanovce border-crossing point, the hotel and Skopje Airport in order to establish the truth.

69. On 7 November 2008 the DCPS confirmed its previous findings and reiterated that all documents had already been submitted to the public prosecutor's office (see paragraphs 41 and 65 above).

70. On 18 December 2008 the public prosecutor rejected the applicant's criminal complaint as unsubstantiated. Relying on the information submitted by the DCPS, the public prosecutor found no evidence that unidentified officials had committed the alleged crimes. According to the applicant, he was notified of that decision on 22 November 2010.

71. The Government confirmed that, during the investigation, the public prosecutor had taken oral evidence from neither the applicant nor the personnel working in the hotel at the relevant time. Furthermore, no steps had been taken to establish the purpose of the landing of the aircraft mentioned in the letter issued by the Skopje Airport authorities on 18 June 2008 and attached to the applicant's criminal complaint (see paragraph 67 above). In the Government's view, this was because the inquiries made

by the Ministry of the Interior had rebutted the applicant's implausible allegations. Furthermore, during the 2006 inquiries the Ministry had already interviewed the persons working in the hotel at the time (see paragraphs 41 and 65 above). They had produced consistent evidence. However, there had been no record of those interviews.

3. *Civil proceedings for damages*

72. On 24 January 2009 Mr F. Medarski, on behalf of the applicant, brought a civil action for damages against the State and the Ministry of the Interior in relation to his alleged unlawful abduction and ill-treatment. The claim was based on sections 141 and 157 of the Obligations Act (see paragraphs 91 and 92 below). The applicant claimed 3 million Macedonian denars (equivalent to approximately 49,000 euros) in respect of the non-pecuniary damage resulting from his physical and mental pain and the fear that he would be killed during his detention. He reiterated his complaints that he had been denied the right to establish any contact with the outside world. The fact that his family had had no information about his fate and whereabouts had added to his mental suffering. That had amounted to a separate violation of his family life under Article 8 of the Convention. He further argued that such actions by State agents amounted to a violation of Articles 3, 5 and 8 of the Convention. Besides the evidence submitted in his criminal complaint (see paragraph 67 above), the applicant requested that the civil courts hear oral evidence from him and that a psychological examination be carried out.

73. The Government informed the Court that sixteen hearings had so far been scheduled before the Skopje Court of First Instance. Many adjournments had been ordered owing to the absence of the applicant, who was imprisoned in Germany in relation to another offence. The case is still pending before the first-instance court.

F. Other evidence submitted to the Court

1. *Sworn witness statement of 4 March 2010*

74. Mr H.K., who was the Macedonian Minister of the Interior between November 2002 and May 2004 and Prime Minister between June and November 2004, gave a written statement, certified by a notary public on 4 March 2010, in which he stated, *inter alia*:

“ ...

5. I can affirm that it was during my tenure as Minister of the Interior, in December 2003 and January 2004, that Macedonian agents belonging to the UBK, acting under

my authority as Minister and under the direct supervision of the then UBK Director, were engaged in detaining a man who was travelling with a German passport under the name of Khaled El-Masri.

6. Mr El-Masri attempted to enter Macedonia on a bus from Germany on 31 December 2003. Macedonian police officials stopped him at the Tabanovce border crossing with Serbia. He was taken off the bus and held at the border crossing because the police suspected that his identity might be fraudulent.

7. Our UBK liaisons told their US intelligence partners about Mr El-Masri's arrival and were told that this man was suspected of involvement in Islamic terrorism. Macedonia received a valid international warrant from the US bearing Mr El-Masri's name and an official request to detain this man.

8. Acting in compliance with the US request, the Macedonian government agreed to hold Mr El-Masri until he could be handed over to the US authorities for further interrogation. As Minister of the Interior I was kept informed of the UBK's actions and authorised them from the very beginning, although I was not involved at the operational level. I also liaised with our US counterparts on behalf of the Macedonian government.

9. Mr El-Masri was held for a certain period in a location in Skopje, secretly and without incident, under the constant supervision of UBK agents.

10. Mr El-Masri was not regarded as a threat to Macedonia and held no intelligence value for Macedonia's purposes. If the decision had been ours alone, we would have released him. However, we acted faithfully on the warrant of our US counterparts, who indicated that they would send an aircraft and a team of CIA agents to Macedonia to take custody of Mr El-Masri and fly him out of the country. As time passed I indicated to our US counterparts that Macedonia would have to release Mr El-Masri if this rendition could not take place quickly.

11. Ultimately, some time on 23 January 2004, Mr El-Masri was handed over to the custody of a CIA 'rendition team' at Skopje Airport and was flown out of Macedonia on a CIA-operated aircraft.

12. The entire operation was thoroughly documented on the Macedonian side by UBK personnel in the Ministry of the Interior. This documentation was kept securely and ought to be available in the Ministry's files. I cannot state exactly what the files contain but I know that the relevant materials were not destroyed while I was the Minister of the Interior.

13. Some days after Mr El-Masri had been flown out of the country, I received a final report on the operation through the appropriate line of reporting in the Ministry of the Interior. In my recollection, the final report indicated that Macedonia had adhered exactly to the terms of a legitimate international warrant regarding Mr El-Masri. Macedonia acted according to its domestic laws and procedures regulating the activities of the Ministry of the Interior.

14. Macedonia's status as a reliable partner in global counterterrorism was strengthened by the way we carried out this operation. Our US partners expressed great appreciation for Macedonia's handling of the matter.

15. I am aware that the US authorities ultimately released Mr El-Masri, without charge, after several further months of detention. I understand that Mr El-Masri's situation resulted from a mistake. I maintain that if any mistake was made in Mr El-Masri's case, it was not Macedonia's mistake, and I do not believe there was any intentional wrongdoing on the part of the Macedonian authorities.

16. I am aware that Mr El-Masri has now taken his case to the European Court of Human Rights in Strasbourg. My statement is expressly and solely for the purposes of this Court's deliberations on the application of Mr El-Masri, and may not be used in the pursuit of any investigations against individuals.

...

18. I solemnly declare upon my honour and conscience that the evidence contained in this statement is the truth, the whole truth and nothing but this truth. ”

2. *Expert report on the applicant's case submitted by Mr J.G.S.*

75. Mr J.G.S. is a citizen of the United Kingdom. He works as a lawyer and investigator. Appointed as an adviser to Senator Dick Marty in the context of the Marty Inquiry and a member of the Fava Inquiry, he took part in fact-finding missions in the respondent State, attended meetings with the highest-level officials and contacted sources close to the Government and the intelligence services. He further discussed the applicant's case with other relevant domestic and foreign government officials and non-governmental representatives. He also interviewed the applicant on several occasions in 2006, as well as other witnesses. At the Open Society Justice Initiative's request, on 28 March 2011 he submitted an expert report running to sixty-two pages in which he detailed the factual findings of his investigations into the applicant's case. The report was based on a “considerable amount of original testimonial, documentary and other physical evidence related to the applicant's case”, most of which was obtained from people who had requested anonymity given the confidential and sensitive nature of the matter. According to the expert, “the Government has classified as ‘Top Secret’ all the documentation in its files that might help to shed light on the case” (see paragraph 21 of the report). He made repeated site visits of the Tabanovce border crossing, the hotel and Skopje Airport and interviewed “witnesses and other sources who participated in or experienced the[se] events at first hand”. In the report, the expert gave detailed information about: the applicant's arrival in the respondent State; the chronological sequence of events at the Tabanovce border crossing and the actions taken

by the Macedonian border officials with respect to the applicant; the UBK's deployment to Tabanovce and the on-site interrogation of the applicant; the UBK's liaison with the CIA; and the landing, route and timing of a CIA-operated flight which had been used for the applicant's transfer from Skopje Airport. As noted in the report, after the arrival of the UBK agents at the Tabanovce border crossing, "the Macedonian authorities took meticulous and wide-ranging measures ... to conceal from scrutiny anything out of the ordinary – including deviations from Macedonian law and procedures – that might happen to Mr El-Masri while held in Macedonian custody. I have been struck by the attention to detail I have learned about on the part of the Macedonian authorities, as they sought to cover up or interfere with almost every avenue of independent investigation into the truth of what happened" (see paragraph 141 of the report).

3. Declarations of the European Centre for Constitutional and Human Rights (ECCHR)

76. The applicant submitted two reports containing the ECCHR's observations on the report of the First Committee of Inquiry of the German *Bundestag* (see paragraphs 59-61 above), cables sent by the US embassy (see paragraph 77 below) and the arrest warrants issued by the Munich public prosecutor's office (see paragraph 58 above).

4. WikiLeaks cables

77. The applicant submitted several diplomatic cables in which the US diplomatic missions in the respondent State, Germany and Spain had reported to the US Secretary of State about the applicant's case and/or the alleged CIA flights and the investigations in Germany and Spain (cable 06SKOPJE105, issued on 2 February 2006; cable 06SKOPJE118, issued on 6 February 2006; cable 07BERLIN242, issued on 6 February 2006; cable 06MADRID1490, issued on 9 June 2006; and cable 06MADRID3104, issued on 28 December 2006). These cables were released by WikiLeaks (described by the BBC on 7 December 2010 as "a whistle-blowing website") in 2010.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Constitution of 1991 (*Усмаб*)

78. Under Article 12 §§ 1, 2 and 4 of the Constitution, the right to liberty is irrevocable. No one may be deprived of his liberty except by a court decision and in the cases and under a procedure prescribed by law.

Everyone detained must be brought immediately, and in any event no later than twenty-four hours from the detention, before a court that must decide on the lawfulness of the detention without any delay.

B. The Criminal Code (*Кривичен законик*)

1. Time bar for criminal prosecution

79. Pursuant to Article 107 § 1 (4) of the Criminal Code, prosecution of offences subject to a prison sentence of more than three years becomes statute-barred five years after the offence was committed.

2. Running and suspension of the time bar

80. Under Article 108 § 3, any procedural step taken with a view to prosecuting the perpetrator interrupts the running of the time bar.

3. Unlawful deprivation of liberty

81. Article 140 of the Criminal Code provides that a person who unlawfully detains, holds in custody or otherwise restricts another's freedom of movement is to be fined or punished by a term of imprisonment of one year. An official who unlawfully deprives another of his or her liberty is to be punished by a term of imprisonment of six months to five years.

4. Torture

82. Article 142 of the Criminal Code punishes acts of torture, providing for a prison term of three months to five years.

5. Ill-treatment in the performance of official duties

83. Article 143 of the Criminal Code provides that a person who, in the performance of his or her official duties, mistreats, intimidates, insults or generally treats another in such a manner that his or her human dignity or personality is humiliated is to be punished by a term of imprisonment of six months to five years.

C. The Criminal Procedure Act of 1997 (*Закон за кривичната постапка*), as worded at the material time

84. Section 3 of the Criminal Procedure Act provided that anyone who was summoned, arrested or detained had to be informed promptly, in a language which he or she understood, of the reasons for the summons, arrest or detention and of his or her statutory rights. He or she could not be forced to make a statement. A suspect, that is, a person accused of an offence,

had to be clearly informed from the outset of his or her right to remain silent, to consult with a lawyer, to have a lawyer of his or her choice present during questioning, and to inform a third party of his or her detention. A detainee should be brought promptly or, at the latest, twenty-four hours after the detention, before a judge who would decide on the lawfulness of the detention.

85. Section 16 of the Act provided that criminal proceedings must be instituted at the request of an authorised prosecutor. In cases involving offences subject to prosecution by the State *proprio motu* or on an application by the victim, the authorised prosecutor was the public prosecutor, whereas in cases involving offences subject to merely private charges, the authorised prosecutor was the private prosecutor. If the public prosecutor found no grounds for the institution or continuation of criminal proceedings, his or her role could be assumed by the victim, acting as a subsidiary prosecutor under the conditions specified in the Act.

86. Section 56(1), (2) and (4) provided, *inter alia*, that where the public prosecutor found that there were no grounds for prosecuting an offence subject to State prosecution, he or she was to notify the victim of that decision within eight days. The public prosecutor also had to inform the victim that the latter could conduct the prosecution. The victim could take over the prosecution within eight days from the receipt of the prosecutor's notification. A victim who was not informed of the public prosecutor's decision could make a written application to the competent court to take over the prosecution within three months after the prosecutor rejected his or her complaint.

87. Under section 144, the public prosecutor was to reject a criminal complaint if, *inter alia*, there were no grounds to conclude that a crime had been committed. The public prosecutor had to notify the victim of the rejection and the reasons therefor within eight days (section 56). An amendment to that provision, enacted in October 2004, specified that the public prosecutor should submit a copy of the decision rejecting the criminal complaint in which the victim was to be advised that he or she had the right to take over the prosecution within eight days. Where there was insufficient evidence or a complaint had been lodged against an unknown perpetrator, the public prosecutor would seek information from the Ministry of the Interior. The public prosecutor could also seek information from the complainant or any other person who could contribute to establishing the facts.

88. Section 184 specified the grounds for pre-trial detention.

89. Under section 185, pre-trial detention was ordered by an investigating judge. The person detained could appeal against that order

within twenty-four hours before a three-judge panel, which was required to determine the appeal within forty-eight hours.

90. Section 188(2) provided that officials of the Ministry of the Interior could arrest, without a court order, anyone suspected of committing an offence prosecutable by automatic operation of the law. The arrested person had to be brought promptly before an investigating judge. In accordance with section 188(3) and as an exception to the general rule, Ministry officials could detain a person if it was necessary to determine his or her identity, to verify his or her alibi or if there were other grounds requiring the collection of information to enable proceedings to be brought against a third party. Subsection (4) required the arrested person to be given the information referred to in section 3 of the Act. Section 188(6) provided that detention pursuant to section 188(3) could not exceed twenty-four hours. The Ministry official was required either to release the arrested person or to proceed in accordance with section 188(2).

D. The Obligations Act (*Закон за облигационите односи*)

91. Section 141 of the Obligations Act defines different grounds for claiming civil compensation.

92. Under section 157, an employer is liable for damage caused by an employee in the performance of his or her duties or in relation to them. The victim can claim compensation directly from the employee if the damage was caused intentionally. The employer may seek reimbursement from the employee of the compensation awarded to the victim if the employee caused the damage intentionally or negligently.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND OTHER PUBLIC MATERIALS

A. International legal documents

1. Vienna Convention on Consular Relations, done in Vienna on 24 April 1963 and which came into force on 19 March 1967

93. The relevant parts of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations read as follows:

Article 36

Communication and contact with nationals of the sending State

“1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

...

(b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this sub-paragraph ...”

2. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

94. The relevant provisions of the ICCPR, which was adopted on 16 December 1966 and came into force on 23 March 1976, read as follows.

Article 4

“... ”

2. No derogation from Articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.

“... ”

Article 7

“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 free consent to medical or scientific experimentation.”

Article 9

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.

5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.”

3. *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*

95. The relevant provisions of the above-mentioned Convention, which was adopted on 20 December 2006, came into force on 23 December 2010, and has been signed but not ratified by the respondent State, read as follows.

Article 1

“1. No one shall be subjected to enforced disappearance.

2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification for enforced disappearance.”

Article 2

“For the purposes of this Convention, ‘enforced disappearance’ is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.”

Article 3

“Each State Party shall take appropriate measures to investigate acts defined in Article 2 committed by persons or groups of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice.”

Article 4

“Each State Party shall take the necessary measures to ensure that enforced disappearance constitutes an offence under its criminal law.”

4. *United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – the Istanbul Protocol, 1999*

96. The relevant passage of this manual reads as follows:

“80. Alleged victims of torture or ill-treatment and their legal representatives must be informed of, and have access to, any hearing as well as to all information relevant to the investigation and must be entitled to present other evidence.”

5. *International Law Commission, 2001 Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*

97. The relevant parts of the Articles, adopted on 3 August 2001 (*Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II*), read as follows:

Article 7**Excess of authority or contravention of instructions**

“The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

...”

Article 14**Extension in time of the breach of an international obligation**

“1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.

3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.”

Article 15**Breach consisting of a composite act**

“1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.”

Article 16**Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act**

“A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

(a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and

(b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.”

6. *United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 2 July 2002, UN Doc. A/57/173*

98. The relevant passage of this report reads as follows:

“35. Finally, the Special Rapporteur would like to appeal to all States to ensure that in all appropriate circumstances the persons they intend to extradite, under terrorist or other charges, will not be surrendered unless the Government of the receiving country has provided an unequivocal guarantee to the extraditing authorities that the persons concerned will not be subjected to torture or any other forms of ill-treatment upon return, and that a system to monitor the treatment of the persons in question has been put into place with a view to ensuring that they are treated with full respect for their human dignity.”

7. *Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1433 (2005) on lawfulness of detentions by the United States in Guantánamo Bay, adopted on 26 April 2005*

99. The relevant parts of this Resolution read as follows:

“7. On the basis of an extensive review of legal and factual material from these and other reliable sources, the Assembly concludes that the circumstances surrounding detentions by the United States at Guantánamo Bay show unlawfulness and inconsistency with the rule of law, on the following grounds:

...

vii. the United States has, by practising ‘rendition’ (removal of persons to other countries, without judicial supervision, for purposes such as interrogation or detention), allowed detainees to be subjected to torture and to cruel, inhuman or degrading treatment, in violation of the prohibition on *non-refoulement* ...”

8. *Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1463 (2005) on enforced disappearances, adopted on 3 October 2005*

100. The relevant parts of this Resolution read as follows:

“1. ‘Enforced disappearances’ entail a deprivation of liberty, refusal to acknowledge the deprivation of liberty or concealment of the fate and the whereabouts of the disappeared person and the placing of the person outside the protection of the law.

2. The Parliamentary Assembly unequivocally condemns enforced disappearance as a very serious human rights violation on a par with torture and murder, and it is concerned that this humanitarian scourge has not yet been eradicated, even in Europe.”

9. *United Nations General Assembly Resolution 60/148 on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, adopted on 16 December 2005*

101. The relevant part of this Resolution reads as follows:

“The General Assembly,

...

11. *Reminds* all States that prolonged incommunicado detention or detention in secret places may facilitate the perpetration of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and can in itself constitute a form of such treatment, and urges all States to respect the safeguards concerning the liberty, security and dignity of the person ...”

10. *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the international legal obligations of Council of Europe member States in respect of secret detention facilities and inter-State transport of prisoners (no. 363/2005, 17 March 2006)*

102. The relevant parts of the Venice Commission’s Opinion read as follows.

“30. As regards the terminology used to refer to irregular transfer and detention of prisoners, the Venice Commission notes that the public debate frequently uses the term ‘rendition’. This is not a term used in international law. The term refers to one State obtaining custody over a person suspected of involvement in serious crime (e.g. terrorism) in the territory of another State and/or the transfer of such a person to custody in the first State’s territory, or a place subject to its jurisdiction, or to a third State. ‘Rendition’ is thus a general term referring more to the result – obtaining of custody over a suspected person – rather than the means. Whether a particular ‘rendition’ is lawful will depend upon the laws of the States concerned and on the applicable rules of international law, in particular human rights law. Thus, even if a particular ‘rendition’ is in accordance with the national law of one of the States involved (which may not forbid or even regulate extraterritorial activities of State organs), it may still be unlawful under the national law of the other State(s). Moreover, a ‘rendition’ may be contrary to customary international law and treaty or customary obligations undertaken by the participating State(s) under human rights law and/or international humanitarian law.

31. The term ‘extraordinary rendition’ appears to be used when there is little or no doubt that the obtaining of custody over a person is not in accordance with the existing legal procedures applying in the State where the person was situated at the time.

...

159. As regards inter-State transfers of prisoners

(f) There are only four legal ways for Council of Europe member States to transfer a prisoner to foreign authorities: deportation, extradition, transit and transfer of sentenced persons for the purpose of their serving the sentence in another country. Extradition and deportation proceedings must be defined by the applicable law, and the prisoners must be provided appropriate legal guarantees and access to competent authorities. The prohibition to extradite or deport to a country where there exists a risk of torture or ill-treatment must be respected.”

11. Report of the United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, 4 February 2009, UN Doc. A/HRC/10/3

103. In this Report, the Special Rapporteur noted the following.

“38. ... The Special Rapporteur is concerned about situations where persons are detained for a long period of time for the sole purpose of intelligence-gathering or on broad grounds in the name of prevention. These situations constitute arbitrary deprivation of liberty. The existence of grounds for continued detention should be determined by an independent and impartial court. Without delay, the continued detention of such a person triggers a duty for the authorities to establish whether criminal suspicions can be confirmed and, if this is the case, to bring charges against the suspect and to put him on trial. ...

...

51. The Special Rapporteur remains deeply troubled that the United States has created a comprehensive system of extraordinary renditions, prolonged and secret detention, and practices that violate the prohibition against torture and other forms of ill-treatment. This system required an international web of exchange of information and has created a corrupted body of information which was shared systematically with partners in the war on terror through intelligence cooperation, thereby corrupting the institutional culture of the legal and institutional systems of recipient States.

...

60. The human rights obligations of States, in particular the obligation to ensure an effective remedy, require that such legal provisions must not lead to *a priori* dismissal of investigations, or prevent disclosure of wrongdoing, in particular when there are reports of international crimes or gross human rights violations. The blanket invocation of State secrets privilege with reference to complete policies, such as the United States secret detention, interrogation and rendition programme or third-party intelligence (under the policy of ‘originator control’ ...) prevents effective investigation and renders the right to a remedy illusory. This is incompatible with Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It could also amount to a violation of the obligation of States to provide judicial assistance to investigations that deal with gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law.”

12. *United Nations Human Rights Council, Resolutions 9/11 and 12/12: Right to the Truth, adopted on 18 September 2008 and 1 October 2009*

104. The relevant part of the above Resolutions read as follows:

“... recognised the right of the victims of gross violations of human rights and the right of their relatives to the truth about the events that have taken place, including the identification of the perpetrators of the facts that gave rise to such violations ...”

13. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations, 30 March 2011*

105. The Guidelines address the problem of impunity in respect of acts or omissions that amount to serious human rights violations. They cover States’ obligations under the Convention to take positive action in respect not only of their agents, but also in respect of non-State actors. According to the Guidelines, “impunity is caused or facilitated notably by the lack of diligent reaction of institutions or State agents to serious human rights violations. ... States are to combat impunity as a matter of justice for the victims, as a deterrent with respect to future human rights violations and in order to uphold the rule of law and public trust in the justice system”. They provide, *inter alia*, for the general measures that States should undertake in order to prevent impunity, the duty to investigate, as well as the adequate guarantees for persons deprived of their liberty.

B. Relevant case-law of foreign jurisdictions and international bodies

1. *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), Abbasi and Another v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department, [2002] EWCA Civ 1598, 6 November 2002*

106. This case concerned Mr Feroz Ali Abbasi, a British national who had been captured by US forces in Afghanistan and transported in January 2002 to Guantánamo Bay in Cuba. He had been held captive without access to a court or any other form of tribunal or to a lawyer. He contended that the right not to be arbitrarily detained had been infringed. The court found that Mr Abbasi’s detention in Guantánamo Bay, which it referred to as “a legal black hole”, had been arbitrary “in apparent contravention of fundamental principles recognised by both [English and American] jurisdictions and by international law”.

2. *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Falen Gherebi v. George Walker Bush; Donald H. Rumsfeld, 352 F.3d 1278, 18 December 2003*

107. On 18 December 2003, in a case involving a Libyan national (Mr Falen Gherebi) held as an “enemy combatant” at Guantánamo Bay, the US Court of Appeals described what the US government had argued before it:

“... under the government’s theory, it is free to imprison Gherebi indefinitely along with hundreds of other citizens of foreign countries, friendly nations among them, and to do with Gherebi and these detainees as it will, when it pleases, without any compliance with any rule of law of any kind, without permitting him to consult counsel, and without acknowledging any judicial forum in which its actions may be challenged. Indeed, at oral argument, the government advised us that its position would be the same even if the claims were that it was engaging in acts of torture or that it was summarily executing the detainees. To our knowledge, prior to the current detention of prisoners at Guantánamo, the US government has never before asserted such a grave and startling proposition. Accordingly, we view Guantánamo as unique not only because the United States’ territorial relationship with the [b]ase is without parallel today, but also because it is the first time that the government has announced such an extraordinary set of principles – a position so extreme that it raises the gravest concerns under both American and international law.”

3. *United Nations Committee against Torture, Agiza v. Sweden, Communication No. 233/2003, UN Doc. CAT/C/34/D/233/2003 (2005), and United Nations Human Rights Committee, Alzery v. Sweden, UN Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005 (2006)*

108. Both these cases were discussed in the 2006 Martyr Report (see paragraphs 150–61 of the Report), the relevant parts of which read as follows.

“153. In short, the facts occurred in the following manner: on 18 December 2001, Mr Agiza and Mr Alzery, Egyptian citizens seeking asylum in Sweden, were the subject of a decision dismissing the asylum application and ordering their deportation on grounds of security, taken in the framework of a special procedure at ministerial level. In order to ensure that this decision could be executed that same day, the Swedish authorities accepted an American offer to place at their disposal an aircraft which enjoyed special over flight authorisations. Following their arrest by the Swedish police, the two men were taken to Bromma Airport where they were subjected, with Swedish agreement, to a ‘security check’ by hooded American agents.

154. The account of this ‘check’ is especially interesting, as it corresponds in detail to the account given independently by other victims of ‘rendition’, including Mr El-Masri. The procedure adopted by the American team, described in this case by the Swedish police officers present at the scene, was evidently well rehearsed: the agents communicated with each other by gestures, not words. Acting very quickly, the agents cut Agiza’s and Alzery’s clothes off them using scissors, dressed them in tracksuits,

examined every bodily aperture and hair minutely, handcuffed them and shackled their feet, and walked them to the aircraft barefoot.

...

157. Prior to deportation of the two men to Egypt, Sweden sought and obtained ‘diplomatic assurances’ that they would not be subjected to treatment contrary to the anti-torture convention, would have fair trials and would not be subjected to the death penalty. The ‘assurances’ were even backed up by a monitoring mechanism, regular visits by the Swedish Ambassador and participation by Swedish observers at the trial.”

109. The relevant United Nations committees found Sweden responsible under Article 7 of the ICCPR, concluding that the treatment to which Mr Alzery had been subjected at Bromma Airport had been imputable to the State Party and had amounted to a violation of Article 7 of the Covenant; that Sweden had breached its obligations to carry out a prompt, independent and impartial investigation into the events at Bromma Airport; and that the prohibition of *refoulement*, set out in that Article, had been breached in respect of both Mr Agiza and Mr Alzery.

110. *USA Today* reported that the Swedish government had paid 450,000 United States dollars (USD) to Mr Alzery in compensation for his deportation. The same amount had been agreed to be paid to Mr Agiza (“Sweden Compensates Egyptian Ex-terror Suspect”, *USA Today*, 19 September 2008).

C. Public sources highlighting concerns as to human rights violations allegedly occurring in US-run detention facilities in the aftermath of 11 September 2001

111. The applicant and third-party interveners submitted a considerable number of articles, reports and opinions of international, foreign and national bodies, non-governmental organisations and media, which raised concerns about alleged unlawful secret detentions and ill-treatment in US-run detention centres in Guantánamo Bay and Afghanistan. A summary of the most relevant sources is given below.

1. Relevant materials of international human rights organisations

(a) Statement of the United Nations High Commissioner for Human Rights on detention of Taliban and al-Qaeda prisoners at the US Base in Guantánamo Bay, Cuba, 16 January 2002

112. The United Nations High Commissioner for Human Rights stated as follows:

“All persons detained in this context are entitled to the protection of international human rights law and humanitarian law, in particular the relevant provisions of

the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the Geneva Conventions of 1949. The legal status of the detainees and their entitlement to prisoner-of-war (POW) status, if disputed, must be determined by a competent tribunal, in accordance with the provisions of Article 5 of the Third Geneva Convention. All detainees must at all times be treated humanely, consistent with the provisions of the ICCPR and the Third Geneva Convention.”

(b) Amnesty International, Memorandum to the US government on the rights of people in US custody in Afghanistan and Guantánamo Bay, 14 April 2002

113. In this memorandum, Amnesty International expressed its concerns that the US government had transferred and held people in conditions that might amount to cruel, inhuman or degrading treatment and that violated other minimum standards relating to detention, and had refused to grant people in its custody access to legal counsel and to the courts in order to challenge the lawfulness of their detention.

(c) Human Rights Watch, “United States, Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees”, vol. 14, no. 4 (G), 15 August 2002

114. This report included the following passage:

“... the fight against terrorism launched by the United States after September 11 did not include a vigorous affirmation of those freedoms. Instead, the country has witnessed a persistent, deliberate, and unwarranted erosion of basic rights ... Most of those directly affected have been non-US citizens ... the Department of Justice has subjected them to arbitrary detention, violated due process in legal proceedings against them, and run roughshod over the presumption of innocence.”

(d) Human Rights Watch, “United States: Reports of Torture of Al-Qaeda Suspects”, 27 December 2002

115. This report referred to *The Washington Post’s* article “U.S. Decries Abuse but Defends Interrogations” which described “how persons held in the CIA interrogation center at Bagram air base in Afghanistan [were] being subject to ‘stress and duress’ techniques, including ‘standing or kneeling for hours’ and being ‘held in awkward, painful positions’”.

116. It further stated:

“The Convention against Torture, which the United States has ratified, specifically prohibits torture and mistreatment, as well as sending detainees to countries where such practices are likely to occur.”

(e) International Helsinki Federation for Human Rights, “Anti-terrorism Measures, Security and Human Rights: Developments in Europe, Central Asia and North America in the Aftermath of September 11”, Report, April 2003

117. The relevant passage of this report reads as follows:

“Many ‘special interest’ detainees have been held in solitary confinement or housed with convicted prisoners, with restrictions on communications with family, friends and lawyers, and have had inadequate access to facilities for exercise and for religious observance, including facilities to comply with dietary requirements. Some told human rights groups they were denied medical treatment and beaten by guards and inmates.”

(f) Amnesty International Report 2003 – United States of America, 28 May 2003

118. This report discussed the transfer of detainees to Guantánamo, Cuba in 2002, the conditions of their transfer (“prisoners were handcuffed, shackled, made to wear mittens, surgical masks and ear muffs, and were effectively blindfolded by the use of taped-over ski goggles”) and the conditions of detention (“they were held without charge or trial or access to courts, lawyers or relatives”). It further stated:

“A number of suspected members of [al-Qaeda] reported to have been taken into US custody continued to be held in undisclosed locations. The US government failed to provide clarification on the whereabouts and legal status of those detained, or to provide them with their rights under international law, including the right to inform their families of their place of detention and the right of access to outside representatives. An unknown number of detainees originally in US custody were allegedly transferred to third countries, a situation which raised concern that the suspects might face torture during interrogation.”

(g) Amnesty International, “Unlawful Detention of Six Men from Bosnia-Herzegovina in Guantánamo Bay”, 29 May 2003

119. Amnesty International reported on the transfer of six Algerian men, by Bosnian Federation police, from Sarajevo Prison into US custody in Camp X-Ray, located in Guantánamo Bay, Cuba. It expressed its concerns that they had been arbitrarily detained in violation of their rights under the ICCPR. It also referred to the decision of the Human Rights Chamber of Bosnia and Herzegovina, which had found that the transfer had been in violation of Article 5 of the Convention, Article 1 of Protocol No. 7 and Article 1 of Protocol No. 6.

(h) Amnesty International, “United States of America, The Threat of a Bad Example: Undermining International Standards as ‘War on Terror’ Detentions Continue”, 18 August 2003

120. The relevant passage of this report reads as follows:

“Detainees have been held incommunicado in US bases in Afghanistan. Allegations of ill-treatment have emerged. Others have been held incommunicado in US custody in undisclosed locations elsewhere in the world, and the US has also instigated or involved itself in ‘irregular renditions’, US parlance for informal transfers of detainees between the USA and other countries which bypass extradition or other human rights protections.”

(i) Amnesty International, “Incommunicado Detention/Fear of Ill-treatment”, 20 August 2003

121. The relevant passage of this report reads as follows:

“Amnesty International is concerned that the detention of suspects in undisclosed locations without access to legal representation or to family members and the ‘rendering’ of suspects between countries without any formal human rights protections is in violation of the right to a fair trial, places them at risk of ill-treatment and undermines the rule of law.”

(j) International Committee of the Red Cross (ICRC), “United States: ICRC President Urges Progress on Detention-related Issues”, news release 04/03, 16 January 2004

122. The ICRC expressed its position as follows:

“Beyond Guantánamo, the ICRC is increasingly concerned about the fate of an unknown number of people captured as part of the so-called global war on terror and held in undisclosed locations. Mr Kellenberger echoed previous official requests from the ICRC for information on these detainees and for eventual access to them, as an important humanitarian priority and as a logical continuation of the organization’s current detention work in Guantánamo and Afghanistan.”

(k) United Nations Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 29/2006, Mr Ibn al-Shaykh al-Libi and 25 other persons v. United States of America, UN Doc. A/HRC/4/40/Add.1 at 103 (2006)

123. The United Nations Working Group on Arbitrary Detention found that the detention of the persons concerned, held in facilities run by the US secret services or transferred, often by secretly run flights, to detention centres in countries with which the US authorities cooperated in their fight against international terrorism, fell outside all national and international legal regimes pertaining to the safeguards against arbitrary detention. In addition, it found that the secrecy surrounding the detention

and inter-State transfer of suspected terrorists could expose the persons affected to torture, forced disappearance and extrajudicial killing.

2. *Other public documents*

CIA, “Memo to the Department of Justice Command Centre – Background Paper on CIA’s Combined Use of Interrogation Techniques”, 30 December 2004

124. The applicant submitted to the Court the above-mentioned CIA memo, parts of which are no longer classified. The document “focuses strictly on the topic of combined use of interrogation techniques, [the purpose of which] is to persuade High-Value Detainees (HVD) to provide threat information and terrorist intelligence in a timely manner ... Effective interrogation is based on the concept of using both physical and psychological pressures in a comprehensive, systematic, and cumulative manner to influence HVD behavior, to overcome a detainee’s resistance posture. The goal of interrogation is to create a state of learned helplessness and dependence ... [T]he interrogation process can be broken into three separate phases: Initial Conditions; Transition to Interrogation; and Interrogation”. As described in the memo, the “Initial Conditions” phase concerned “capture shock”, “rendition” and “reception at Black Site”. It reads, *inter alia*:

“Capture ... contribute to the physical and psychological condition of the HVD prior to the start of interrogation ...

(1) Rendition

... A medical examination is conducted prior to the flight. During the flight, the detainee is securely shackled and is deprived of sight and sound through the use of blindfolds, earmuffs, and hoods ...”

125. The “Interrogation” phase included descriptions of “detention conditions”, “conditioning techniques” and “corrective techniques”.

3. *Media articles*

126. The applicant further submitted copies of numerous articles published in Macedonian newspapers. The most relevant are cited below:

(1) “Hunger Strike of the Taliban in Guantánamo”, 4 March 2002; “Secret Agreement with Serious Shortcomings”, 5 June 2003; “Four Frenchmen in Guantánamo under Torture”, 16 October 2003; “In Guantánamo Torture is Performed”, 27 November 2003; and “Prisoners without Charges or Rights”, 12 January 2004 (all published in the newspaper *Utrinski Vesnik*); and

(2) “CIA Tortures Captured Islamists in Afghanistan”, 27 December 2002; “USA Forgets about Human Rights in the Course of the Anti-terrorism Campaign”, 16 January 2003; and “Oblivion for 140 Prisoners of Guantánamo”, 2 December 2003 (all published in the newspaper *Dnevnik*).

127. He also provided copies of articles published in US newspapers, which reported on “stress and duress” techniques employed by the US in interrogating detainees at the US air base at Bagram in Afghanistan (“Army Probing Deaths of 2 Afghan Prisoners”, *The Washington Post*, 5 March 2003, and “Questioning Terror Suspects in a Dark and Surreal World”, *The New York Times*, 9 March 2003). Other articles from US and British newspapers reported on the rendition to US custody of individuals suspected of terrorist-related activities prior to January 2004 (“A CIA-Backed Team Used Brutal Means to Crack Terror Cell”, *The Wall Street Journal*, 20 November 2001; “U.S. Behind Secret Transfer of Terror Suspects”, *The Washington Post*, 11 March 2002; “Chretien Protests Deportation of Canadian: Prime Minister Calls U.S. Treatment of Terror Suspect ‘Completely Unacceptable’”, *The Washington Post*, 6 November 2003; “The Invisible”, *The Independent*, 26 June 2003; and “Missing Presumed Guilty: Where Terror Suspects Are Being Held”, *The Independent*, 26 June 2003).

128. The applicant submitted articles in which journalists reported that the US Ambassador in Germany at the time had informed the German authorities in May 2004 that the CIA had wrongly imprisoned the applicant. They further reported that German Chancellor Angela Merkel had stated that the US Secretary of State Condoleezza Rice had admitted to her, in a private discussion, that the US had mistakenly abducted and detained the applicant. According to those articles, US representatives had declined to discuss anything about the case with reporters (“Wrongful Imprisonment: Anatomy of a CIA Mistake”, *The Washington Post*, 4 December 2005; “German Sues CIA, Alleging Torture – [E]l-Masri Seeks Damages after Mistaken-identity ‘Rendition’ Case”, NBC News, 6 December 2005; “Merkel Government Stands By Masri Mistake Comments”, *The Washington Post*, 7 December 2005; and “Germany Weighs if It Played Role in Seizure by US”, *The New York Times*, 21 February 2006). The latter article made reference to an interview with Mr H.K. in which he stated:

“There is nothing the Ministry has done illegally. The man is alive and back home with his family. Somebody made a mistake. That somebody is not Macedonia.”

129. Lastly, in 2007, the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) reported that the Canadian Prime Minister was to announce a settlement of USD 10,000,000 and issue a formal apology to a Mr Arar, a Canadian citizen born in Syria, who had been arrested in 2002 by US authorities at

New York's John F. Kennedy International Airport and deported to Syria. The Prime Minister had already acknowledged that Mr Arar had suffered a "tremendous injustice" (CBC, "Ottawa Reaches \$10M Settlement with Arar", 25 January 2007). In 2010 *The Guardian* published an article about the alleged role of the United Kingdom in the rendition of suspects in which it was announced that former detainees of British nationality in Guantánamo Bay might receive a very large payout from the United Kingdom government, in some cases at least one million pounds sterling (*The Guardian*, "Torture and Terrorism: Paying a High Price", 17 November 2010).

THE LAW

I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION OF NON-COMPLIANCE WITH THE SIX-MONTH RULE

A. The parties' submissions

1. *The Government*

130. The Government objected that the applicant had failed to comply with the six-month rule. They argued that he had applied to the domestic prosecuting authorities over four and a half years after the events complained of (the Government cited *Bayram and Yildirim v. Turkey* (dec.), no. 38587/97, ECHR 2002-III; *Artyomov v. Russia*, no. 14146/02, §§ 113-18, 27 May 2010; and *Nasirkhayeva v. Russia* (dec.), no. 1721/07, 31 May 2011). Between May 2004 and October 2008, the applicant had remained totally passive and displayed no initiative in informing the Macedonian law-enforcement authorities about the alleged events. Instead, he had pursued remedies in other jurisdictions. Furthermore, he ought to have known long before October 2008 that any criminal investigation in the respondent State would have been ineffective. In this connection they referred to the absence of any contact between him and the law-enforcement authorities of the respondent State, as well as the absence of State prosecution *proprio motu*, despite the fact that the prosecuting authorities had already been alerted about his case by their German counterparts. The last inquiries at international and national level, which had ended in January 2007, long before the applicant had submitted his criminal complaint in October 2008, had not led to any finding of fact which would have been of relevance

to that complaint. His criminal complaint had not contained any new evidence capable of reviving the State's duty to investigate his allegations.

131. Lastly, they argued that the applicant had not been diligent in pursuing the domestic avenues of redress. His lack of diligence was evident because he had taken no initiative in informing himself about the progress made in the investigation (the Government cited *Bulut and Yavuz v. Turkey* (dec.), no. 73065/01, 28 May 2002). Moreover, he had failed to communicate Mr H.K.'s statement to the domestic authorities and to seek the institution of criminal proceedings by the public prosecutor. Had the applicant requested the prosecution of an identified perpetrator, he would have been allowed to take over the prosecution as a subsidiary complainant if the public prosecutor dismissed his complaint. He had had no such opportunity in the present case, given that his criminal complaint of October 2008 had been filed against an unidentified perpetrator. Furthermore, the applicant could not have challenged the decision dismissing his complaint.

2. *The applicant*

132. The applicant submitted in reply that the respondent State had a positive obligation under the Convention to carry out an investigation of its own motion. The internal investigation undertaken by the Ministry of the Interior (see paragraphs 64-66 above) could not be regarded as effective and independent within the meaning of Articles 3 and 13 of the Convention. Moreover, he had had no possibility of knowing about that inquiry, given the failure of the authorities to contact him or make their inquiry public. From the moment he had returned to Germany in late May 2004, he had actively sought to obtain sufficient evidence to build an "arguable case" to present to the national prosecuting authorities. The period of four and a half years between his release and the filing of the criminal complaint in October 2008 had not been excessive. On the contrary, that time had been entirely reasonable, considering that this was a complex case of disappearance, involving international intelligence cooperation, in which the US and Macedonian Governments had agreed to cover up the existence of a secret, multinational criminal enterprise. Accordingly, he had acted diligently and in compliance with the Court's practice. He had sought in timely fashion to initiate a criminal investigation, but the authorities had not responded expeditiously and instead had secretly rejected his complaint. He had further sought in vain information from the public prosecutor about the progress of the investigation. The public prosecutor had not notified him of her decision rejecting the complaint until 22 November 2010, fourteen months after his application had been lodged with the Court. Since the

criminal complaint had been lodged against an unidentified perpetrator, he had been prevented from initiating a private prosecution.

133. The applicant submitted in conclusion that he had accordingly complied with the six-month time-limit, which had started to run on 23 January 2009, the date when the prosecution of the alleged offences had, according to him, become time-barred.

B. The Court's assessment

1. General principles established in the Court's case-law

134. The Court reiterates that the Convention is an instrument for the protection of human rights and that it is of crucial importance that it is interpreted and applied in a manner that renders these rights practical and effective, not theoretical and illusory. This concerns not only the interpretation of substantive provisions of the Convention, but also procedural provisions; it impacts on the obligations imposed on Governments, but also has effects on the position of applicants. Where time is of the essence in resolving the issues in a case, there is a burden on the applicant to ensure that his or her claims are raised before the Court with the necessary expedition to ensure that they may be properly, and fairly, resolved (see *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 160, ECHR 2009).

135. The object of the six-month time-limit under Article 35 § 1 is to promote legal certainty, by ensuring that cases raising issues under the Convention are dealt with in a reasonable time and that past decisions are not continually open to challenge. It marks out the temporal limits of supervision carried out by the organs of the Convention and signals to both individuals and State authorities the period beyond which such supervision is no longer possible (see *Sabri Güneş v. Turkey* [GC], no. 27396/06, §§ 39 and 40, 29 June 2012, and *Walker v. the United Kingdom* (dec.), no. 34979/97, ECHR 2000-I).

136. As a rule, the six-month period runs from the date of the final decision in the process of exhaustion of domestic remedies. Where it is clear from the outset, however, that no effective remedy is available to the applicant, the period runs from the date of the acts or measures complained of, or from the date of knowledge of such acts or their effect on or prejudice to the applicant (see *Dennis and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 76573/01, 2 July 2002). Where an applicant avails himself of an apparently existing remedy and only subsequently becomes aware of circumstances which render the remedy ineffective, it may be appropriate

for the purposes of Article 35 § 1 to take the start of the six-month period from the date when the applicant first became or ought to have become aware of those circumstances (see *Edwards v. the United Kingdom* (dec.), no. 46477/99, 7 June 2001).

2. Application of the above principles in the present case

137. The Court observes that the Government's objection that the application was out of time was twofold: firstly, that the applicant's criminal complaint was submitted to the domestic authorities too late and, secondly, that the complaint had been an ineffective remedy. In this connection they suggested that the six-month time-limit should be regarded as having started to run when the applicant first became or ought to have become aware of the circumstances which rendered the available domestic remedies ineffective.

138. In order to answer the Government's admissibility objection, the Court must assess whether, in the particular circumstances of the present case, a criminal complaint was an effective remedy to be used by the applicant in order to seek redress for his Convention grievances. The answer to that question will be determinative for the calculation of the six-month time-limit.

(a) Whether a criminal complaint was a remedy to be used by the applicant

139. The Court reiterates that the determination of whether the applicant in a given case has complied with the admissibility criteria will depend on the circumstances of the case and other factors, such as the diligence and interest displayed by the applicant, as well as the adequacy of the domestic investigation (see *Abuyeva and Others v. Russia*, no. 27065/05, § 174, 2 December 2010).

140. The Court notes that it has already found in cases against the respondent State that a criminal complaint is an effective remedy which should be used, in principle, in cases of alleged violations of Article 3 of the Convention (see *Jasar v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 69908/01, 15 February 2007; *Trajkoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 13191/02, 7 February 2008; *Dzeladinov and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 13252/02, 10 April 2008; and *Sulejmanov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 69875/01, 24 April 2008). It sees no reasons that could justify departing from this principle, all the more so in the circumstances of the present case where allegations of inhuman treatment and unlawful deprivation of liberty purportedly are the result of a secret operation carried out without any legal basis. If the actions of the State agents involved have been illegal and

arbitrary, it is for the prosecuting authorities of the respondent State to identify and punish the perpetrators. Alerting the public prosecutor's office about these actions must be seen as an entirely logical step on the part of the victim.

141. The Court considers that it could not have been reasonably presumed that, when it was introduced in October 2008, a criminal complaint was a clearly ineffective remedy. There were merely some doubts about its effectiveness, and the applicant was required under Article 35 § 1 of the Convention to attempt it before submitting his application to the Court. It would be unreasonable to expect the applicant to bring his complaints to the Court before his position, in connection with the matter, had been finally settled at domestic level in line with the principle of subsidiarity, according to which it is best for the facts of cases to be investigated and issues to be resolved in so far as possible at the domestic level. It is in the interests of the applicant, and the effectiveness of the Convention system, that the domestic authorities, who are best placed to do so, act to put right any alleged breaches of the Convention (see *Varnava and Others*, cited above, § 164).

142. It is true that a considerable time elapsed between 29 May 2004, the date of the applicant's return to Germany, and the filing of his criminal complaint on 6 October 2008. No other legal action in the respondent State was taken by the applicant prior to that date. In accounting for this delay, the applicant gave an explanation which cannot in itself be considered unreasonable. His case concerned allegations of "extraordinary rendition", which included allegations of abduction, incommunicado detention and ill-treatment. According to the 2006 Marty Report, the authorities of most Council of Europe member States have denied allegations of their participation in rendition operations (see paragraph 43 above). Such policy of obstruction was reaffirmed in the 2007 Marty Report (see paragraph 46 above). Given the sensitivity of the matter and the concealment noted above, it was reasonable for the applicant to wait for developments that could have resolved crucial factual or legal issues. Indeed, the inquiries under way in the years prior to October 2008 revealed relevant elements that shed additional light on the applicant's allegations and constituted a more solid background for his criminal claim. Given the complexity of the case and the nature of the alleged human rights violations at stake, it is understandable that the applicant decided to pursue domestic remedies only when he had some corroborative material available to him.

143. In any event, the criminal complaint was brought before the prosecution of the alleged offences became time-barred (see paragraph 79 above). It was rejected for lack of evidence and not for non-compliance

with the admissibility criteria. It does not appear, therefore, that the delay in bringing the complaint rendered it inadmissible, ineffective or otherwise incapable of remedying the situation complained of. On the contrary, by bringing his claim when some corroborative evidence was available at the international level, the applicant furnished the Macedonian judicial authorities with more solid reasons to look further into his allegations.

144. It follows from the above that a criminal complaint was a remedy that had to be used by the applicant in the circumstances.

(b) The starting-point of the six-month time-limit

145. It thus remains to be determined when the final decision on his criminal complaint became known to the applicant. This date would mark the starting-point of the six-month time-limit.

146. The Court observes that little more than two months elapsed between the submission of the criminal complaint and the decision to reject it. This period of time, in the Court's view, cannot be regarded in the circumstances of the case as being of sufficient length to require the applicant to enquire about the steps taken during that period by the domestic authorities. As submitted by the applicant, his further requests for information about the progress made in the investigation were to no avail (see paragraph 132 above).

147. The public prosecutor rejected the applicant's criminal complaint on 18 December 2008. According to the applicant, that decision was not brought to his attention until 22 November 2010, despite the fact that the applicable procedural law placed the prosecuting authorities under an obligation to notify victims of their decision to dismiss a complaint within eight days (see paragraphs 86 and 87 above). The Government have not alleged that this requirement was complied with. Therefore, the starting-point of the six-month time-limit cannot be fixed at 18 December 2008, the date of the public prosecutor's decision, but at the date on which the applicant subsequently learned about that decision. In the circumstances of the present case, it is not necessary to ascertain the truthfulness of the applicant's statement about the service of the decision since the Government have not demonstrated that the applicant received an official notification of the decision or otherwise learned about it before 20 January 2009, that is, six months before he lodged his application with the Court.

(c) Conclusion

148. In the light of the above, the Court considers that the applicant has complied with the six-month rule under Article 35 § 1 of the Convention

and that the Government's objection that the application is out of time must accordingly be dismissed.

II. THE COURT'S ASSESSMENT OF THE EVIDENCE AND ESTABLISHMENT OF THE FACTS

A. The parties' submissions

149. The applicant maintained that he had been subjected to extraordinary rendition by CIA agents assisted, to a large extent, by agents of the respondent State. The international inquiries, the foreign investigations and the applicant's further efforts to investigate his case provided a wealth of compelling evidence supporting his allegations and rejecting the Government's explanation as utterly untenable. On the other hand, there had been "not a shred of credible evidence to buttress the Government's version of events".

150. The Government denied the applicant's allegations as unsubstantiated, submitting various materials in support of that argument (see paragraphs 41 and 65 above). They further denied the existence of any documentation referred to by Mr H.K. (see paragraph 74 above and paragraph 12 of the statement).

B. The Court's evaluation of the facts

1. *General principles*

151. In cases in which there are conflicting accounts of events, the Court is inevitably confronted when establishing the facts with the same difficulties as those faced by any first-instance court. It reiterates that, in assessing evidence, it has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt". However, it has never been its purpose to borrow the approach of the national legal systems that use that standard. Its role is not to rule on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention. The specificity of its task under Article 19 of the Convention – to ensure the observance by the Contracting States of their engagement to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions its approach to the issues of evidence and proof. In the proceedings before the Court, there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions. According to its established case-law, proof may

follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof, are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights (see *Creangă v. Romania* [GC], no. 29226/03, § 88, 23 February 2012, and the cases cited therein).

152. Furthermore, it is to be recalled that Convention proceedings do not in all cases lend themselves to a strict application of the principle *affirmanti incumbit probatio*. The Court reiterates its case-law under Articles 2 and 3 of the Convention to the effect that where the events in issue lie within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons under their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during that detention. The burden of proof in such a case may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation (see *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 85, ECHR 1999-IV; *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, § 100, ECHR 2000-VII; and *Rupa v. Romania (no. 1)*, no. 58478/00, § 97, 16 December 2008). In the absence of such explanation, the Court can draw inferences which may be unfavourable for the Government (see *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, § 274, 18 June 2002).

153. The Court has already found that these considerations apply also to disappearances examined under Article 5 of the Convention, where, although it has not been proved that a person has been taken into custody by the authorities, it is possible to establish that he or she was officially summoned by the authorities, entered a place under their control and has not been seen since. In such circumstances, the onus is on the Government to provide a plausible and satisfactory explanation as to what happened on the premises and to show that the person concerned was not detained by the authorities, but left the premises without subsequently being deprived of his or her liberty (see *Taniş and Others v. Turkey*, no. 65899/01, § 160, ECHR 2005-VIII; *Yusupova and Zaurbekov v. Russia*, no. 22057/02, § 52, 9 October 2008; and *Matayeva and Dadayeva v. Russia*, no. 49076/06, § 85, 19 April 2011). Furthermore, the Court reiterates that, again in the context of a complaint under Article 5 § 1 of the Convention, it has required proof in the form of concordant inferences before the burden of proof is shifted to the Government (see *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 90, ECHR 2005-IV, and *Creangă*, cited above, § 89).

2. *Establishment of the facts in the present case*

154. The Court notes that the applicant's allegations are contested by the Government on all accounts. Having regard to the conflicting evidence submitted by the parties, the firm denial of the Government of any involvement of State agents in the events complained of and the rejection of the applicant's criminal complaint, the Court considers that an issue arises as to the burden of proof in this case and in particular as to whether it should shift from the applicant onto the Government.

155. In this connection it emphasises that it is sensitive to the subsidiary nature of its role and recognises that it must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact, where this is not rendered unavoidable by the circumstances of a particular case (see *McKerr v. the United Kingdom* (dec.), no. 28883/95, 4 April 2000). Nonetheless, where allegations are made under Article 3 of the Convention the Court must apply a "particularly thorough scrutiny" (see, *mutatis mutandis*, *Ribitsch v. Austria*, 4 December 1995, § 32, Series A no. 336, and *Georgiy Bykov v. Russia*, no. 24271/03, § 51, 14 October 2010), even if certain domestic proceedings and investigations have already taken place (see *Cobzaru v. Romania*, no. 48254/99, § 65, 26 July 2007). In other words, in such a context the Court is prepared to be more critical of the conclusions of the domestic courts. In examining them, the Court may take into account the quality of the domestic proceedings and any possible flaws in the decision-making process (see *Denisenko and Bogdanichikov v. Russia*, no. 3811/02, § 83, 12 February 2009).

156. The Court observes first of all that the applicant's description of the circumstances regarding his alleged ordeal was very detailed, specific and consistent throughout the whole period following his return to Germany. His account remained coherent throughout the international and other foreign inquiries and the domestic proceedings, and involved consistent information regarding the place, time and duration of his alleged detention in the former Yugoslav Republic of Macedonia and in the CIA-run detention facility, as well as the treatment to which he was allegedly subjected while in the hotel, during his transfer into the custody of CIA agents at Skopje Airport and in the "Salt Pit" in Afghanistan. In addition to this, there are other aspects of the case which enhance the applicant's credibility.

157. In the first place, the Court notes that the applicant's account was supported by a large amount of indirect evidence obtained during the international inquiries and the investigation by the German authorities. In this connection the Court notes the following evidence:

(a) aviation logs confirming that a Boeing business jet (then registered by the US Federal Aviation Administration (FAA)) took off from Palma de Mallorca (Spain) on 23 January 2004, landed at Skopje Airport at 8.51 p.m. that evening and left Skopje more than three hours later, flying to Baghdad (Iraq) and then to Kabul (Afghanistan);

(b) flight logs confirming that a CIA-chartered Gulfstream aircraft with the tail number N982RK took off from Kabul on 28 May 2004 and landed at a military airbase in Albania called Bezat-Kuçova Aerodrome;

(c) scientific testing of the applicant's hair follicles, conducted pursuant to a German criminal investigation, confirming that he had spent time in a South Asian country and had been deprived of food for an extended period of time;

(d) geological records that confirm the applicant's recollection of minor earthquakes during his alleged detention in Afghanistan; and

(e) sketches that the applicant drew of the layout of the Afghan prison, which were immediately recognisable to another rendition victim who had been detained by US agents in Afghanistan.

158. On the basis of that evidence, the Marty Inquiry was able to conclude that the applicant's case was "a case of documented rendition" (see paragraph 45 above) and that the Government's version of events was "utterly untenable" (see paragraph 46 above). The final report of the Fava Inquiry "condemn[ed] the extraordinary rendition of the German citizen Khaled El-Masri" (see paragraph 50 above). Furthermore, the German *Bundestag* noted that the applicant's story was "credible as to the core facts of his detention in Macedonia and his transfer to Afghanistan, as well as his confinement there by United States forces" (see paragraph 60 above).

159. Secondly, the applicant's inquiries in the respondent State revealed other relevant elements corroborating his story. In this context the Court draws particular attention to the letter from the Skopje Airport authorities issued on 18 June 2008 (see paragraph 67 above) confirming the Marty Inquiry's findings regarding the route of the Boeing 737 aircraft with the tail number N313P. That document attested, for the first time, that the aircraft had landed at Skopje Airport without any passengers and that it had taken off carrying only one passenger. Other compelling evidence in support of the applicant was the expert report produced by Mr J.G.S., an investigator involved in the Marty and Fava Inquiries, in which a detailed factual finding was made regarding events between the applicant's entry into the former Yugoslav Republic of Macedonia and his transfer into the custody of CIA agents.

160. Thirdly, the Court attaches particular importance to the relevant material (see paragraphs 98, 103 and 106-27 above), which is already

a matter of public record, issued by different fora disclosing relevant information about the “rendition programme” run by the US authorities at the time. Even though this material does not refer to the applicant’s case as such, it sheds light on the methods employed in similar “rendition” cases to those described by the applicant.

161. Lastly, the Court refers to the written statement of Mr H.K., who was, at the relevant time, the Minister of the Interior of the respondent State and soon afterwards became Prime Minister. In the statement, which is the only direct evidence about the events complained of before the Court, the witness confirmed that the Macedonian law-enforcement authorities, acting upon a valid international arrest warrant issued by the US authorities, had detained the applicant, kept him incommunicado and under the constant supervision of UBK (State Intelligence Service) agents in a location in Skopje. He had later been handed over to the custody of a CIA “rendition team” at Skopje Airport and had been flown out of the respondent State on a CIA-operated aircraft. His statement is a confirmation of the facts established in the course of the other investigations and of the applicant’s consistent and coherent description of events.

162. It is true that the domestic authorities were not given the opportunity to test the evidence of Mr H.K. Nor has the Court itself had the opportunity to probe the details of his statement in the course of the proceedings before it. However, this does not necessarily diminish its probative value, nor does the fact that it came to light after the domestic prosecuting authorities had already rejected the applicant’s criminal complaint prevent the Court from taking it into consideration (see, *mutatis mutandis*, *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 133, ECHR 2008).

163. In principle the Court will treat with caution statements given by government ministers or other high officials, since they would tend to be in favour of the government that they represent or represented. However, it also considers that statements from high-ranking officials, even former ministers and officials, who have played a central role in the dispute in question are of particular evidentiary value when they acknowledge facts or conduct that place the authorities in an unfavourable light. They may then be construed as a form of admission (see in this context, *mutatis mutandis*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* Merits, Judgment, *ICJ Reports* 1986, p. 14, § 64).

164. The Court therefore considers that the evidence produced by this witness can be taken into account. In this connection it notes that the Government has not presented the Court with any reason to cast doubt on its credibility.

165. In view of the above, the Court is satisfied that there is prima facie evidence in favour of the applicant's version of events and that the burden of proof should shift to the Government.

166. However, the Government have failed to demonstrate conclusively why the above evidence cannot serve to corroborate the allegations made by the applicant. They have not provided a satisfactory and convincing explanation of how the events in question occurred. Nor have they provided a plausible explanation as to what happened to the applicant after their authorities had taken control of him at the Tabanovce border crossing on 31 December 2003. No credible and substantiated explanation has been given by the Government to rebut the presumption of responsibility on the part of their authorities to account for the applicant's fate since his apprehension on 31 December 2003. The evidence submitted by the Government (see paragraphs 41 and 65 above) is insufficient in this respect. In this connection it is noteworthy that no explanation was given by the Government as to why it had not been made available earlier (see paragraph 45 above and paragraph 113 of the 2006 Marty Report). Furthermore, the Government neither commented on nor submitted any objection to the expert report submitted by Mr J.G.S. They further failed to produce the documents regarding the applicant's case held by the Ministry of the Interior to which Mr H.K. had referred in his statement (see paragraph 74 above). Neither was any written material in this context submitted to the Court. Lastly, the investigation which ended with the rejection of the applicant's complaint was inconclusive and the Court is unable to draw any benefit from its results.

167. In such circumstances, the Court considers that it can draw inferences from the available material and the authorities' conduct (see *Kadirova and Others v. Russia*, no. 5432/07, §§ 87 and 88, 27 March 2012) and finds the applicant's allegations sufficiently convincing and established beyond reasonable doubt.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

168. The applicant complained that the respondent State had been responsible for the ill-treatment to which he had been subjected while he was detained in the hotel and for the failure to prevent him from being subjected to "capture shock" treatment when transferred to the CIA rendition team at Skopje Airport. He further complained that the respondent State had been responsible for his ill-treatment during his detention in the "Salt Pit" in Afghanistan by having knowingly transferred him into the custody of US agents even though there had been substantial grounds for believing that there was a real risk of such ill-treatment. In this latter context, he complained that the conditions of detention, physical assaults, inadequate

food and water, sleep deprivation, forced feeding and lack of any medical assistance during his detention in the “Salt Pit” amounted to treatment contrary to Article 3 of the Convention. Lastly, he complained that the investigation before the Macedonian authorities had not been effective within the meaning of this Article.

Article 3 of the Convention reads as follows:

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

A. The parties’ submissions

1. The applicant

169. The applicant stated that his unlawful solitary incommunicado detention and interrogation for twenty-three days in the hotel, combined with repeated threats and prolonged uncertainty as to his fate, violated his rights under Article 3 of the Convention. Even without direct physical assaults, the cumulative and acute psychological effects of anguish and stress had been intentionally used for the express purpose of breaking his psychological integrity for the purpose of interrogation, and had been sufficient to drive him to protest by way of a hunger strike for ten days.

170. He further argued that the respondent State had been responsible for the treatment to which he had been subjected during his transfer into the CIA’s custody at Skopje Airport because its agents had actively facilitated and failed to prevent that operation. On that occasion, he had been subjected to brutal and terrifying treatment which had been intentionally designed to induce “capture shock” and break his will for the purpose of subsequent interrogation. The violence used to transfer him to the CIA plane had been out of all proportion to any threat that he had posed, and had been inflicted for the purpose of debasing him or breaking his spirit. His treatment both in the hotel and at Skopje Airport amounted to torture.

171. Furthermore, he submitted that the Macedonian authorities had been under an obligation, when handing him to the CIA, to assess the risk of his ill-treatment in Afghanistan and to obtain appropriate diplomatic assurances. However, they had failed to do so despite the fact that there had been ample publicly available evidence of such ill-treatment. The respondent State had accordingly been responsible under Article 3 of the Convention.

172. Lastly, the applicant submitted that the domestic authorities had conducted a cursory and grossly inadequate investigation into his arguable allegations. Despite calls from a plethora of international bodies and his

complaints, the respondent State had failed to conduct a prompt, impartial and effective investigation, as required under this Article.

2. The Government

173. The Government repeated their position of complete denial of the applicant's allegations of being ill-treated. They further challenged the credibility of the expert report of 5 January 2009, which, according to them, had not been conclusive regarding the applicant's state of health (see paragraph 36 above). For these reasons they required that the Court consider it with the "utmost reserve".

174. They further conceded that the investigation carried out by the prosecuting authorities had not been effective, but contended that this was due to the late submission of the applicant's criminal complaint and the fact that it had been filed against an unidentified perpetrator.

B. The third-party interveners

1. The United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)

175. The OHCHR submitted that the right to the truth was an autonomous right triggered by gross violations, as in the case of enforced disappearances. This right was also embodied in Article 13 and woven into Articles 2, 3 and 5 of the Convention. In enforced disappearance cases, the right to the truth was a particularly compelling norm, in view of the mystery surrounding the fate and whereabouts of the victim, irrespective of the eventual reappearance of the victim. Knowing the truth about gross human rights violations and serious violations of humanitarian law afforded victims, their relatives and close friends a measure of satisfaction. The right to the truth inured to the benefit of the direct victims of the violation, as well as to their relatives and to society at large. Rights holders were entitled to seek and obtain information on various issues, namely the identity of the perpetrators, the progress and results of an investigation, and the circumstances and reasons for the perpetration of violations. On the other hand, the right to the truth placed comprehensive obligations on the State, including duties (1) to carry out an effective investigation; (2) to give victims and their relatives effective access to the investigative process; (3) to disclose all relevant information to the victims and the general public; and (4) to protect victims and witnesses from reprisals and threats. Lastly, the OHCHR argued that the right to the truth was recognised in international law (the Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)

and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the African Commission on Human and Peoples' Rights.

2. *Interights*

176. Interights submitted that the present case presented an opportunity for the Court to recognise as impermissible the system of violations which had become known as “extraordinary rendition” and to determine the State’s responsibility under the Convention. The treatment of the rendered persons in preparation for or during the rendition process (including so-called “capture shock” treatment) and the use of coercive interrogation methods might amount to torture and/or ill-treatment. Extraordinary rendition practices inherently involved the removal of a person from one State to another where there was a real risk of torture or inhuman or degrading treatment. Such removal was prohibited by the principle of *non-refoulement*, which was recognised in the Court’s case-law (Interights referred to *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161, and *Saadi*, cited above). Under the *non-refoulement* principle, responsibility for complicity, participation or other forms of cooperation in “extraordinary renditions” would arise where the State authorities knew or ought to have known that the violations involved in renditions were being committed. In parallel to the “accomplice liability”, under general international law a State could be held responsible where it rendered aid or assistance to another State in the commission of an internationally wrongful act (“accessory responsibility”). The failure to prevent such violations was the most flagrant where the State had given its consent to the acts of foreign agents violating the rights at stake. In addition, acquiescence or connivance in the acts of the foreign agents might engage the State’s responsibility. After the rendition had taken place, the State had an obligation to conduct a prompt and effective investigation into allegations of secret detention and transfer, and to provide reparation, including compensation for non-pecuniary damage flowing from the breach.

3. *Redress*

177. Redress stated that an investigation in the context of allegations of extraordinary rendition must be: prompt, independent, thorough and capable of leading to the identification and prosecution of the persons responsible; provide for public scrutiny and victim participation; and afford victims access to information in order to satisfy their right to the truth. The obligation to investigate was incorporated in both Articles 3 and 5 of the Convention. National-security considerations could not operate so as to

bar a victim from access to such information. If national-security concerns were allowed to prevail over the victim's right of access to information, the non-derogable and absolute character of Article 3 and the prohibition of unacknowledged detention would be undermined. In this connection it referred to the Council of Europe's Guidelines of 30 March 2011 on eradicating impunity for serious human rights violations (see paragraph 105 above), according to which "impunity for those responsible for acts amounting to serious human rights violations inflicts additional suffering on victims". An adequate remedy and reparation must include recognition of, and respect for, the victims of alleged breaches of Articles 3 and 5 of the Convention, so that they, their families and society, as a whole, could know the truth regarding the violations suffered. Besides compensation, other important components which addressed the long-term restorative aims of reparation must also be provided, including satisfaction (acknowledgment of the breach, an expression of regret or a formal apology), guarantees of non-repetition and rehabilitation. In this latter connection, Redress submitted an expert report of 28 March 2011 in which Dr M. Robertson, a chartered clinical psychologist, explained the psychological benefits for the victim of the public disclosure of the truth. According to her, public recognition of the truth and proper acknowledgment through some form of redress could play an integral role in the survivor's recovery. Conversely, if the truth remained hidden and the perpetrators walked free, that could compound the survivor's sense of helplessness and struggle to create meaning and obtain closure.

4. *Joint submissions by Amnesty International and the International Commission of Jurists*

178. Amnesty International and the International Commission of Jurists submitted that the present case concerned a "US-led 'secret detentions and renditions system', a large-scale, organised cross-border system that operated in disregard of national laws, as well as international legal obligations, without any judicial or administrative process, that depended on the cooperation, both active and passive, of many States". That system was characterised by the enforced disappearance of individuals, which constituted a violation of the right to freedom from torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Article 3 of the Convention entailed *non-refoulement* obligations enjoining Contracting Parties from acting – and/or omitting to act – in ways that would result in the removal of any individuals from their jurisdiction when the Contracting Parties knew or ought to have known that their removal would expose them to a real risk of ill-treatment.

179. Lastly, they maintained that the right to an effective investigation, under, *inter alia*, Articles 3 and 5, read in conjunction with Article 13, entailed a right to the truth concerning violations of Convention rights perpetrated in the context of the “secret detentions and renditions system”. This was so not only because of the scale and severity of the human rights violations concerned, but also in the light of the widespread impunity in respect of these practices and the suppression of information about them which persisted in multiple national jurisdictions.

C. The Court’s assessment

1. Admissibility

180. In view of the available material, the Court considers that the applicant’s complaints under Article 3 raise serious issues of fact and law under the Convention, the determination of which requires an examination of the merits. The Court concludes therefore that these complaints are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. No other ground for declaring them inadmissible has been established. They must therefore be declared admissible.

2. Merits

181. The Court will first examine the applicant’s complaint that there was no effective investigation into his allegations of ill-treatment.

(a) Procedural aspect of Article 3: lack of an effective investigation

(i) General principles

182. The Court reiterates that where an individual raises an arguable claim that he has suffered treatment infringing Article 3 at the hands of the police or other similar agents of the State, that provision, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention”, requires by implication that there should be an effective official investigation. Such investigation should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible. Otherwise, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment would, despite its fundamental importance, be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity (see *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 102, *Reports of Judgments*

and Decisions 1998-VIII; *Corsacov v. Moldova*, no. 18944/02, § 68, 4 April 2006; and *Georgiy Bykov*, cited above, § 60).

183. The investigation into serious allegations of ill-treatment must be both prompt and thorough. That means that the authorities must always make a serious attempt to find out what happened and should not rely on hasty or ill-founded conclusions to close their investigation or to use as the basis of their decisions (see *Assenov and Others*, cited above, § 103, and *Bati and Others v. Turkey*, nos. 33097/96 and 57834/00, § 136, ECHR 2004-IV). They must take all reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including, *inter alia*, eyewitness testimony and forensic evidence (see *Tanrıkulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 104, ECHR 1999-IV, and *Gül v. Turkey*, no. 22676/93, § 89, 14 December 2000). Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of injuries or the identity of the persons responsible will risk falling foul of this standard (see *Boicenco v. Moldova*, no. 41088/05, § 123, 11 July 2006).

184. Furthermore, the investigation should be independent from the executive (see *Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, §§ 91-92, ECHR 1999-III, and *Mehmet Emin Yüksel v. Turkey*, no. 40154/98, § 37, 20 July 2004). Independence of the investigation implies not only the absence of a hierarchical or institutional connection, but also independence in practical terms (see *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, §§ 83-84, *Reports* 1998-IV).

185. Lastly, the victim should be able to participate effectively in the investigation in one form or another (see, *mutatis mutandis*, *Oğur*, cited above, § 92; *Ognyanova and Choban v. Bulgaria*, no. 46317/99, § 107, 23 February 2006; *Khadzhialiyev and Others v. Russia*, no. 3013/04, § 106, 6 November 2008; *Denis Vasilyev v. Russia*, no. 32704/04, § 157, 17 December 2009; and *Dedovskiy and Others v. Russia*, no. 7178/03, § 92, 15 May 2008).

(ii) *Application of the above principles in the present case*

186. The Court observes that the applicant, by having filed the criminal complaint in October 2008, brought to the attention of the public prosecutor his allegations of ill-treatment by State agents and their active involvement in his subsequent rendition by CIA agents. His complaints were supported by the evidence which had come to light in the course of the international and other foreign investigations. In the Court's opinion, the applicant's description of events and the available material were sufficient to raise at least a reasonable suspicion that the said Convention grievances could have been imputed to the State authorities as indicated by the applicant. He has thus laid the basis of a *prima facie* case of misconduct

on the part of the security forces of the respondent State, which warranted an investigation by the authorities in conformity with the requirements of Article 3 of the Convention. In any event, the fact that the applicant lodged a formal criminal complaint was not decisive since the information brought to the knowledge of the authorities about serious violations of Article 3 at the time gave rise *ipso facto* to an obligation under that Article that the State carries out an effective investigation (see, *mutatis mutandis*, *Gorgiev v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 26984/05, § 64, 19 April 2012).

187. On the basis of the applicant's complaint, the public prosecutor contacted the Ministry of the Interior with a view to obtaining information regarding the applicant's case. The Ministry submitted in reply a report which summarised the account noted in its earlier reports drawn up in view of the requests for legal assistance by the Munich public prosecutor. In December 2008, almost two and a half months later, the Skopje public prosecutor rejected the complaint for lack of evidence. Apart from seeking information from the Ministry, she did not undertake any other investigative measure to examine the applicant's allegations. The Government confirmed that the public prosecutor had interviewed neither the applicant nor the personnel working in the hotel at the material time.

188. Lastly, it is not in dispute that no steps were taken to establish the purpose of the landing of the aircraft N313P, which was suspected of having been used to transfer the applicant from the respondent State to Afghanistan. According to the Martyr Inquiry, that aircraft had been used in the applicant's case and had been on a "rendition circuit" involving other detainees transferred under similar circumstances (see paragraph 45 above). Furthermore, the applicant submitted in support of his allegations an official letter in which the Skopje Airport authorities had attested that the aircraft had landed at Skopje Airport on 23 January 2004 without any passengers and that it had taken off the next morning carrying only one passenger (see paragraph 67 above). The applicant's allegations regarding his transfer to Afghanistan, both in terms of time and manner, were strikingly consistent with the actual course of that aircraft. However, the investigating authorities remained passive and decided not to follow up on that lead. It is surprising that they took no notice of that information and failed to investigate the identity of the passenger who had boarded the aircraft that night. An investigation of the circumstances regarding the aircraft and the passenger would have revealed relevant information capable of rebutting or confirming the well-foundedness of the applicant's account of events.

189. The public prosecutor ruled on the sole basis of the papers submitted by the Ministry of the Interior. She did not consider it necessary to go beyond the Ministry's assertions. When rejecting the applicant's

complaint, she relied exclusively on the information and explanations given by the Ministry, whose agents were, broadly speaking, suspected of having been involved in the applicant's treatment. According to the Government, the public prosecutor considered that, in the absence of any evidence contradicting the Ministry's conclusions, no other investigatory measures were necessary (see paragraph 71 above). Having regard to the considerable, at least circumstantial, evidence available at the time of the submission of the applicant's complaint, such a conclusion falls short of what could be expected from an independent authority. The complexity of the case, the seriousness of the alleged violations and the available material required independent and adequate responses on the part of the prosecuting authorities.

190. The Government also conceded that the investigation undertaken by the prosecuting authorities had not been effective (see paragraph 174 above).

191. Having regard to the parties' observations, and especially the submissions of the third-party interveners, the Court also wishes to address another aspect of the inadequate character of the investigation in the present case, namely its impact on the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case. In this connection it underlines the great importance of the present case not only for the applicant and his family, but also for other victims of similar crimes and the general public, who had the right to know what had happened. The issue of "extraordinary rendition" attracted worldwide attention and triggered inquiries by many international and intergovernmental organisations, including the United Nations human rights bodies, the Council of Europe and the European Parliament. The latter revealed that some of the States concerned were not interested in seeing the truth come out. The concept of "State secrets" has often been invoked to obstruct the search for the truth (see paragraphs 46 and 103 above). State secret privilege was also asserted by the US government in the applicant's case before the US courts (see paragraph 63 above). The Marty Inquiry found, moreover, that "[t]he same approach led the authorities of the former Yugoslav Republic of Macedonia to hide the truth" (see paragraph 46 above).

192. The Court considers that the prosecuting authorities of the respondent State, after having been alerted to the applicant's allegations, should have endeavoured to undertake an adequate investigation in order to prevent any appearance of impunity in respect of certain acts. The Court does not underestimate the undeniable complexity of the circumstances surrounding the present case. However, while there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular

situation, an adequate response by the authorities in investigating allegations of serious human rights violations, as in the present case, may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts. For the same reasons, there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory (see *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 140, ECHR 2002-IV; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, § 167, ECHR 2011; and *Association “21 December 1989” and Others v. Romania*, nos. 33810/07 and 18817/08, § 135, 24 May 2011). As the Council of Europe stated in its Guidelines of 30 March 2011 on eradicating impunity for serious human rights violations (see paragraph 105 above), “impunity must be fought as a matter of justice for the victims, as a deterrent to prevent new violations, and to uphold the rule of law and public trust in the justice system”. The inadequate investigation in the present case deprived the applicant of being informed of what had happened, including of getting an accurate account of the suffering he had allegedly endured and the role of those responsible for his alleged ordeal.

193. In view of the above considerations, the Court concludes that the summary investigation that has been carried out in this case cannot be regarded as an effective one capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the alleged events and of establishing the truth.

194. Against this background, the Court finds that there has been a violation of Article 3 of the Convention, in its procedural limb.

(b) Substantive aspects of Article 3 of the Convention

(i) Ill-treatment in the hotel and at Skopje Airport

(α) General principles

195. The Court reiterates that Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V, and *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV). The Court has confirmed that even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in

absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned (see *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, *Reports* 1996-V, and *Labita*, cited above, § 119).

196. In order for ill-treatment to fall within the scope of Article 3, it must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 162, Series A no. 25, and *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 67, ECHR 2006-IX). Further factors include the purpose for which the treatment was inflicted together with the intention or motivation behind it (compare, *inter alia*, *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, § 64, *Reports* 1996-VI; *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 78, ECHR 2000-XII; and *Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, § 53, 30 September 2004).

197. In order to determine whether any particular form of ill-treatment should be classified as torture, the Court must have regard to the distinction drawn in Article 3 between this notion and that of inhuman or degrading treatment. This distinction would appear to have been embodied in the Convention to allow the special stigma of “torture” to attach only to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see *Aksoy*, cited above, § 62). In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element, as recognised in the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which came into force on 26 June 1987, which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, *inter alia*, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating (Article 1 of the United Nations Convention) (see *İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, § 85, ECHR 2000-VII).

198. The obligation on Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction 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, including such ill-treatment administered by private individuals (see *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V). The State’s responsibility may therefore be engaged where the authorities fail to take reasonable steps to avoid a risk of ill-treatment about which they knew or ought to have known (see *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, § 115, ECHR 2000-III).

(β) Application of the above principles in the present case

199. In view of its conclusion regarding the shifting of the burden of proof to the Government (see paragraphs 165 and 167 above), the Court has already found that the applicant's account is sufficiently persuasive and that his allegations under Article 3 are established "beyond reasonable doubt". It remains to be ascertained whether the treatment to which the applicant was subjected falls within the ambit of this Article and whether it could be imputed to the respondent State.

Treatment in the hotel

200. As to the applicant's treatment in the hotel, the Court observes that he was under constant guard by agents of the Macedonian security forces, interrogated in a foreign language of which he had a limited command, threatened with a gun and consistently refused access to anyone other than his interrogators. Such treatment led the applicant to protest by way of a hunger strike for ten days.

201. The Government did not provide any justification for such treatment.

202. It is true that while he was kept in the hotel, no physical force was used against the applicant. However, the Court reiterates that Article 3 does not refer exclusively to the infliction of physical pain but also of mental suffering, which is caused by creating a state of anguish and stress by means other than bodily assault (see *Iljina and Sarulienė v. Lithuania*, no. 32293/05, § 47, 15 March 2011). There is no doubt that the applicant's solitary incarceration in the hotel intimidated him on account of his apprehension as to what would happen to him next and must have caused him emotional and psychological distress. The applicant's prolonged confinement in the hotel left him entirely vulnerable. He undeniably lived in a permanent state of anxiety owing to his uncertainty about his fate during the interrogation sessions to which he was subjected. The Court notes that such treatment was intentionally meted out to the applicant with the aim of extracting a confession or information about his alleged ties with terrorist organisations (see *Dikme v. Turkey*, no. 20869/92, §§ 82 and 95, ECHR 2000-VIII). Furthermore, the threat that he would be shot if he left the hotel room was sufficiently real and immediate which, in itself, may be in conflict with Article 3 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 26, Series A no. 48, and *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 91, ECHR 2010).

203. Lastly, the applicant's suffering was further increased by the secret nature of the operation and the fact that he was kept incommunicado for

twenty-three days in a hotel, an extraordinary place of detention outside any judicial framework (see also paragraph 101 above, and paragraph 236 below).

204. In view of the foregoing, the Court considers that the treatment to which the applicant was subjected while in the hotel amounted on various counts to inhuman and degrading treatment in breach of Article 3 of the Convention.

Treatment at Skopje Airport

205. The Court observes that on 23 January 2004 the applicant, handcuffed and blindfolded, was taken from the hotel and driven to Skopje Airport. Placed in a room, he was beaten severely by several disguised men dressed in black. He was stripped and sodomised with an object. He was placed in an adult nappy and dressed in a dark blue short-sleeved tracksuit. Shackled and hooded, and subjected to total sensory deprivation, the applicant was forcibly marched to a CIA aircraft (a Boeing 737 with the tail number N313P), which was surrounded by Macedonian security agents who formed a cordon around the plane. When on the plane, he was thrown to the floor, chained down and forcibly tranquillised. While in that position, the applicant was flown to Kabul (Afghanistan) via Baghdad (Iraq). The same pattern of conduct applied in similar circumstances has already been found to be in breach of Article 7 of the ICCPR (see paragraphs 108 and 109 above).

206. The Court must firstly assess whether the treatment suffered by the applicant at Skopje Airport at the hands of the special CIA rendition team is imputable to the respondent State. In this connection it emphasises that the acts complained of were carried out in the presence of officials of the respondent State and within its jurisdiction. Consequently, the respondent State must be regarded as responsible under the Convention for acts performed by foreign officials on its territory with the acquiescence or connivance of its authorities (see *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 318, ECHR 2004-VII).

207. As to the individual measures taken against the applicant, the Court reiterates that any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by the applicant's own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention (see *Ribitsch*, cited above, § 38). In the present case, it notes that the whole operation of transferring the applicant into the custody of the CIA was well rehearsed and that the applicant did not pose any threat to his captors, who clearly outnumbered him. The Government failed to submit any arguments providing a basis for an explanation or justification

of the degree of force used at Skopje Airport. Accordingly, the physical force used against the applicant at the airport was excessive and unjustified in the circumstances.

208. Furthermore, the Court observes that it has already found that the procedure of forcible undressing by the police may amount to such an invasive and potentially debasing measure that it should not be applied without a compelling reason (see *Wieser v. Austria*, no. 2293/03, § 40, 22 February 2007). No such argument has been adduced to show that the measure applied against the applicant, who was already in a particularly helpless situation, was necessary.

209. Nor was any explanation given to justify the use of physical restraints on the applicant. The same concerns the use of hooding, which has already been found to cause, if not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the persons subjected to it (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, §§ 96 and 167).

210. The forcible administration of a suppository while the applicant was held on the ground without any explanation was not based on any medical considerations. Furthermore, the manner in which the applicant was subjected to that procedure caused serious physical pain and suffering (see *Zontul v. Greece*, no. 12294/07, § 89, 17 January 2012, and *Jallob*, cited above, §§ 69 and 72).

211. The Court notes that the above-mentioned measures were used in combination and with premeditation, the aim being to cause severe pain or suffering in order to obtain information, inflict punishment or intimidate the applicant (see paragraph 124 above). In the Court's view, such treatment amounted to torture in breach of Article 3 of the Convention. The respondent State must be considered directly responsible for the violation of the applicant's rights under this head, since its agents actively facilitated the treatment and then failed to take any measures that might have been necessary in the circumstances of the case to prevent it from occurring (see *Z and Others v. the United Kingdom*, cited above; *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, § 149, ECHR 2003-XII; and *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, §§ 124 and 125, 3 May 2007).

(ii) *Removal of the applicant*

(α) General principles

212. It is the settled case-law of the Court that the decision by a Contracting State to remove a fugitive – and, *a fortiori*, the actual removal itself – may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the

responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question would, if extradited, face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. The establishment of such responsibility inevitably involves an assessment of conditions in the requesting country against the standards of Article 3 of the Convention. Nonetheless, there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under general international law, under the Convention or otherwise. In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the sending Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment (see *Soering*, cited above, § 91; *Saadi*, cited above, §§ 125 and 126; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 March 1991, §§ 69-70, Series A no. 201; and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 67, ECHR 2005-I).

213. In determining whether substantial grounds have been shown for believing that a real risk of treatment contrary to Article 3 exists, the Court will assess the issue in the light of all the material placed before it or, if necessary, material it has obtained *proprio motu* (see *Hilal v. the United Kingdom*, no. 45276/99, § 60, ECHR 2001-II, and *Saadi*, cited above, § 128). It must examine the foreseeable consequences of sending the applicant to the receiving country, bearing in mind the general situation there and his personal circumstances (see *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 108, Series A no. 215).

214. The existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the removal; the Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequent to the removal. This may be of value in confirming or refuting the appreciation that has been made by the Contracting Party or the well-foundedness or otherwise of an applicant's fears (see *Cruz Varas and Others*, cited above, § 76, and *Vilvarajah and Others*, cited above, § 107).

(β) Application of the above principles in the present case

215. On the basis of the facts already established to the required standard of proof, the Court must examine whether any responsibility may be attributed to the respondent State for having transferred the applicant into the custody of the US authorities.

216. In the first place, the Court notes that there is no evidence that the applicant's transfer into the custody of CIA agents was pursuant to a

legitimate request for his extradition or any other legal procedure recognised in international law for the transfer of a prisoner to foreign authorities (see paragraph 102 above). Furthermore, no arrest warrant has been shown to have existed at the time authorising the delivery of the applicant into the hands of US agents (contrast *Öcalan*, cited above, § 92).

217. Secondly, the evidence suggests that the Macedonian authorities had knowledge of the destination to which the applicant would be flown from Skopje Airport. Documents issued by the Civil Aviation Administration (see paragraph 41 above) confirm that the aircraft N313P was allowed to land on 23 January 2004 at Skopje Airport. At 10.30 p.m. on the same day, permission was given for the aircraft to take off for Kabul. At 2.25 a.m. on 24 January 2004, the authorities authorised its onward route to Baghdad.

218. Thirdly, the Court attaches importance to the reports and relevant international and foreign jurisprudence, and—given the specific circumstances of the present case—to media articles, referred to above (see paragraphs 99, 106-22, 126 and 127 above), which constitute reliable sources reporting practices that have been resorted to or tolerated by the US authorities and that are manifestly contrary to the principles of the Convention. The Court has already found some of these reports “worrying” and expressed its grave concerns about the interrogation methods used by the US authorities on persons suspected of involvement in international terrorism and detained in the naval base in Guantánamo Bay and in Bagram (Afghanistan) (see *Al-Moayad v. Germany* (dec.), no. 35865/03, § 66, 20 February 2007). This material was in the public domain before the applicant’s actual transfer into the custody of the US authorities. It is capable of proving that there were serious reasons to believe that if the applicant was to be transferred into US custody under the “rendition” programme, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. Consequently, it must be concluded that the Macedonian authorities knew or ought to have known, at the relevant time, that there was a real risk that the applicant would be subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention. The Government failed to dispel any doubts in that regard (see *Saadi*, cited above, § 129). Material that came to light subsequent to the applicant’s transfer confirms the existence of that risk (see paragraphs 103, 108-10, 123, 124, 128 and 129 above).

219. Fourthly, the respondent State did not seek any assurances from the US authorities to avert the risk of the applicant being ill-treated (see, by contrast, *Mamatkulov and Askarov*, cited above, §§ 71-78; *Al-Moayad*, cited above; and *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom* (dec.), nos. 24027/07, 11949/08 and 36742/08, § 113, 6 July 2010).

220. In such circumstances, the Court considers that by transferring the applicant into the custody of the US authorities, the Macedonian authorities knowingly exposed him to a real risk of ill-treatment and to conditions of detention contrary to Article 3 of the Convention.

221. Having regard to the manner in which the applicant was transferred into the custody of the US authorities, the Court considers that he was subjected to “extraordinary rendition”, that is, an “extrajudicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment” (see *Babar Ahmad and Others*, cited above, § 113).

222. Accordingly, the respondent State has violated Article 3 of the Convention on this account.

(iii) *Conclusion*

223. In the light of the above, the Court concludes that the respondent State is to be held responsible for the inhuman and degrading treatment to which the applicant was subjected while in the hotel, for his torture at Skopje Airport and for having transferred the applicant into the custody of the US authorities, thus exposing him to the risk of further treatment contrary to Article 3 of the Convention.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 OF THE CONVENTION

224. The applicant complained under Article 5 of the Convention that he had been detained unlawfully and kept incommunicado, without any arrest warrant having been issued, and that he had never been brought before a judge. He claimed that the respondent State bore direct responsibility for his entire period of captivity between 31 December 2003 and his return to Albania on 28 May 2004. Lastly, he complained that the absence of a prompt and effective investigation by the Macedonian authorities into his credible allegations had been in breach of his Article 5 rights. Article 5 of the Convention reads 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.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.”

A. The parties' submissions

225. The applicant argued that the respondent State was responsible for the violation of his rights under this Article, by its own agents and/or foreign agents operating in its territory and under its jurisdiction. His detention in the former Yugoslav Republic of Macedonia without charge or judicial oversight had violated his Article 5 rights. His prolonged disappearance during his subsequent detention in Afghanistan constituted a violation of Article 5, for which the Macedonian Government was responsible. In addition, the Government had violated Article 5 of the Convention by failing to conduct an effective investigation into his credible allegations that he had disappeared for an extended period as a result of a joint operation by Macedonian and US agents.

226. The Government contested the applicant's arguments.

B. The third-party interveners

227. Interights submitted that the abduction, rendition and detention of a person in secret and without notification of the person's family amounted to enforced disappearance. Such acts constituted forms of secret

detention, where the person was not permitted any contact with the outside world (“incommunicado detention”), and where the authorities did not disclose the place of detention or information about the fate of the detainee (“unacknowledged detention”). The obligation of *non-refoulement* applied to situations involving a real risk of serious violations of the most fundamental human rights, including arbitrary detention and flagrant denial of a fair trial.

228. Amnesty International and the International Commission of Jurists argued that by their nature and severity, deprivations of liberty carried out in the context of the “secret detentions and renditions system” amounted to flagrant violations of Article 5 of the Convention. In such circumstances, Contracting Parties were required, under the *non-refoulement* principle also embodied in Article 5 of the Convention, not to remove any individuals from their jurisdiction when the Contracting Parties knew or ought to have known that their removal would expose them to a real risk of flagrant breaches of their right to liberty and security of person. They further stated that by January 2004, there was much credible information in the public domain indicating that the US had been engaging in arbitrary, incommunicado and secret detention, as well as secret detainee transfers, of individuals the authorities suspected of being involved in or having knowledge of international terrorism. Under the *non-refoulement* principle, States were not absolved from responsibility “for all and any foreseeable consequences” suffered by an individual following removal from their jurisdiction. Amnesty International and the International Commission of Jurists submitted that where an act or omission of a Contracting Party, taking place within its jurisdiction, had a direct causal connection with a rendition involving a continuing violation of Convention rights, taking place partly on its territory and partly elsewhere, both the State’s negative and positive Convention obligations were engaged. In such cases, the responsibility of the State was to refrain from any act that would facilitate the rendition operation and to take such preventive, investigative and remedial measures as were available to it within the limits of its jurisdiction, to prevent, remedy or investigate the continuing violation of the Convention rights.

C. The Court’s assessment

1. Admissibility

229. The Court notes that the complaints under Article 5 are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the

Convention and that they are not inadmissible on any other grounds. They must therefore be declared admissible.

2. *Merits*

(a) **General principles established in the Court's case-law**

230. The Court notes at the outset the fundamental importance of the guarantees contained in Article 5 for securing the right of individuals in a democracy to be free from arbitrary detention at the hands of the authorities. It is for that reason that the Court has repeatedly stressed in its case-law that any deprivation of liberty must not only have been effected in conformity with the substantive and procedural rules of national law but must equally be in keeping with the very purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (see *Chahal*, cited above, § 118). This insistence on the protection of the individual against any abuse of power is illustrated by the fact that Article 5 § 1 circumscribes the circumstances in which individuals may be lawfully deprived of their liberty, it being stressed that these circumstances must be given a narrow interpretation having regard to the fact that they constitute exceptions to a most basic guarantee of individual freedom (see *Quinn v. France*, 22 March 1995, § 42, Series A no. 311).

231. It must also be stressed that the authors of the Convention reinforced the individual's protection against arbitrary deprivation of his or her liberty by guaranteeing a corpus of substantive rights which are intended to minimise the risks of arbitrariness, by allowing the act of deprivation of liberty to be amenable to independent judicial scrutiny and by securing the accountability of the authorities for that act. The requirements of Article 5 §§ 3 and 4 with their emphasis on promptness and judicial supervision assume particular importance in this context. Prompt judicial intervention may lead to the detection and prevention of life-threatening measures or serious ill-treatment which violate the fundamental guarantees contained in Articles 2 and 3 of the Convention (see *Aksoy*, cited above, § 76). What is at stake is both the protection of the physical liberty of individuals as well as their personal security in a context which, in the absence of safeguards, could result in a subversion of the rule of law and place detainees beyond the reach of the most rudimentary forms of legal protection.

232. Although the investigation of terrorist offences undoubtedly presents the authorities with special problems, that does not mean that the authorities have carte blanche under Article 5 to arrest suspects and detain them in police custody, free from effective control by the domestic courts and, in the final instance, by the Convention's supervisory institutions,

whenever they consider that there has been a terrorist offence (see *Dikme*, cited above, § 64).

233. The Court emphasises in this connection that the unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees and a most grave violation of Article 5. Having assumed control over an individual, the authorities have a duty to account for his or her whereabouts. For this reason, Article 5 must be seen as requiring the authorities to take effective measures to safeguard against the risk of disappearance and to conduct a prompt effective investigation into an arguable claim that a person has been taken into custody and has not been seen since (see *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, §§ 123-24, *Reports* 1998-III).

(b) Application of the above principles in the present case

234. It is not disputed between the parties that on 31 December 2003 the applicant was taken off the bus on entering the territory of the respondent State and was questioned by Macedonian police officers. He subsequently disappeared and was thereafter not seen until he returned to Germany on 29 May 2004. The Court has already established to the required standard of proof that the applicant was held in the hotel under constant guard by the Macedonian security forces between 31 December 2003 and 23 January 2004, when he was handed over, at Skopje Airport, into the custody of the US authorities. On the latter date he was flown on a CIA-operated flight to Kabul (Afghanistan), where he was detained until his return to Germany.

235. The Court must examine whether the applicant's detention in the former Yugoslav Republic of Macedonia was in conformity with the requirements set out in Article 5 of the Convention and whether the applicant's subsequent detention in Kabul is imputable to the respondent State. It will further examine whether there was an effective investigation into the applicant's allegations of unlawful and arbitrary detention.

(i) The applicant's detention in Skopje

236. In the first place, the Court notes that there was no court order for the applicant's detention, as required under domestic law (see paragraph 89 above). His confinement in the hotel was not authorised by a court. Furthermore, the applicant's detention in the respondent State has not been substantiated by any custody records, or, at least, no such documents have been submitted to the Court. The Court has already found that the failure to hold data recording such matters as the date, time and location of detention, the name of the detainee as well as the reasons for the detention and the name of the person effecting it must be seen as incompatible with the very purpose of Article 5 of the Convention (see *Kurt*, cited above, § 125). During

his detention in the respondent State, the applicant did not have access to a lawyer, nor was he allowed to contact his family or a representative of the German embassy in the respondent State, as required by Article 36 § 1 (b) of the Vienna Convention on Consular Relations (see paragraph 93 above). Furthermore, he was deprived of any possibility of being brought before a court to test the lawfulness of his detention (see paragraphs 84 and 90 above). His unacknowledged and incommunicado detention means that he was left completely at the mercy of those holding him (see *Aksoy*, cited above, § 83). Lastly, the Court finds it wholly unacceptable that in a State subject to the rule of law a person could be deprived of his or her liberty in an extraordinary place of detention outside any judicial framework, as was the hotel in the present case. It considers that his detention in such a highly unusual location adds to the arbitrariness of the deprivation of liberty (see, *mutatis mutandis*, *Bitiyeva and X v. Russia*, nos. 57953/00 and 37392/03, § 118, 21 June 2007).

237. Having regard to the above finding and the fact that the Government submitted no explanation about the applicant's detention between 31 December 2003 and 23 January 2004, or any documents by way of justification, the Court concludes that during that period the applicant was held in unacknowledged detention in complete disregard of the safeguards enshrined in Article 5, and that this constitutes a particularly grave violation of his right to liberty and security as secured by Article 5 of the Convention (see *Gisayev v. Russia*, no. 14811/04, §§ 152-53, 20 January 2011; *Kadirova and Others v. Russia*, no. 5432/07, §§ 127-30, 27 March 2012; and *Chitayev v. Russia*, no. 59334/00, § 173, 18 January 2007).

(ii) *The applicant's subsequent detention*

238. In view of its finding regarding the facts established to the required standard of proof (see paragraphs 165 and 167 above), the Court observes that on 23 January 2004 the Macedonian security forces handed over the applicant at Skopje Airport into the custody of CIA agents who transported him to Afghanistan on a special CIA-operated flight, described by the Martyr Inquiry as the "well-known rendition plane N313P" (see paragraph 64 of the 2006 Martyr Report). He remained there until 28 May 2004, when he was transported back to Germany, via Albania.

239. The Court reiterates that a Contracting State would be in violation of Article 5 of the Convention if it removed an applicant to a State where he or she was at real risk of a flagrant breach of that Article (see *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, no. 8139/09, § 233, ECHR 2012). In the present case, the Court has already established to the required standard

of proof that the applicant was subjected to “extraordinary rendition” (see paragraph 221 above), which entails detention ... “outside the normal legal system” and which, “by its deliberate circumvention of due process, is anathema to the rule of law and the values protected by the Convention” (see *Babar Ahmad and Others*, cited above, §§ 113-14). Furthermore, the detention of terrorist suspects within the “rendition” programme run by the US authorities has already been found to have been arbitrary in other similar cases (see paragraphs 103, 106, 113, 119 and 123 above). In such circumstances, the Court considers that it should have been clear to the Macedonian authorities that, having been handed over into the custody of the US authorities, the applicant faced a real risk of a flagrant violation of his rights under Article 5. In this connection the Court reiterates that Article 5 of the Convention lays down an obligation on the State not only to refrain from active infringements of the rights in question, but also to take appropriate steps to provide protection against an unlawful interference with those rights to everyone within its jurisdiction (see *Storck v. Germany*, no. 61603/00, §§ 100-01, ECHR 2005-V, and *Medova v. Russia*, no. 25385/04, § 123, 15 January 2009). The Macedonian authorities not only failed to comply with their positive obligation to protect the applicant from being detained in contravention of Article 5 of the Convention, but they actively facilitated his subsequent detention in Afghanistan by handing him over to the CIA, despite the fact that they were aware or ought to have been aware of the risk of that transfer. The Court considers therefore that the responsibility of the respondent State is also engaged in respect of the applicant’s detention between 23 January and 28 May 2004 (see, *mutatis mutandis*, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, § 207, ECHR 2010).

(iii) *Conclusion*

240. Having regard to the above, the Court considers that the applicant’s abduction and detention amounted to “enforced disappearance” as defined in international law (see paragraphs 95 and 100 above). The applicant’s “enforced disappearance”, although temporary, was characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability, which extended through the entire period of his captivity (see *Varnava and Others*, cited above, § 148). In this connection the Court would point out that in the case of a series of wrongful acts or omissions, the breach extends over the entire period starting with the first of the acts and continuing for as long as the acts or omissions are repeated and remain at variance with the international obligation concerned (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 321, and see also paragraph 97 above).

241. Having regard to these considerations, the Court concludes that the Government is to be held responsible for violating the applicant's rights under Article 5 of the Convention during the entire period of his captivity.

(iv) Procedural aspect of Article 5: lack of an effective investigation

242. The Court has already found that the respondent State did not conduct an effective investigation into the applicant's allegations of ill-treatment (see paragraphs 186-94 above). For the same reasons, it finds that no meaningful investigation was conducted into the applicant's credible allegations that he was detained arbitrarily (see *Kurt*, cited above, § 128).

243. It accordingly finds that the respondent State has violated Article 5 of the Convention in its procedural aspect.

V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

244. The applicant further complained that his secret and extrajudicial abduction and arbitrary detention had violated his rights under Article 8 of the Convention, which reads as follows:

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

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

A. The parties' submissions

245. The applicant submitted that his ordeal had been entirely arbitrary, constituting a serious violation of his right to respect for his private and family life under this Article. For over four months he had been detained in solitary confinement, seeing only his guards and interrogators and being separated from his family, who had no idea of his whereabouts. This situation had had a severe effect on his physical and psychological integrity.

246. The Government contested that argument.

B. The Court's assessment

1. Admissibility

247. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. It further notes that

it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

2. *Merits*

248. According to the Court's case-law, the notion of "private life" is a broad one and is not susceptible to exhaustive definition; it may, depending on the circumstances, cover the moral and physical integrity of the person. The Court further recognises that these aspects of the concept extend to situations of deprivation of liberty (see *Raninen v. Finland*, 16 December 1997, § 63, *Reports* 1997-VIII). Article 8 also protects a right to personal development, the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. A person should not be treated in a way that causes a loss of dignity, as "the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom" (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, §§ 61 and 65, ECHR 2002-III). Furthermore, the mutual enjoyment by members of a family of each other's company constitutes a fundamental element of family life (see, *mutatis mutandis*, *Olsson v. Sweden (no. 1)*, 24 March 1988, § 59, Series A no. 130). The Court reiterates that an essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities (see *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, § 31, Series A no. 297-C).

249. Having regard to its conclusions concerning the respondent State's responsibility under Articles 3 and 5 of the Convention, the Court considers that the State's actions and omissions likewise engaged its responsibility under Article 8 of the Convention. In view of the established evidence, the Court considers that the interference with the applicant's right to respect for his private and family life was not "in accordance with the law".

250. Accordingly, it finds that in the present case there has been a violation of Article 8 of the Convention.

VI. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

251. The applicant also complained that he had no effective remedy under Article 13 of the Convention in respect of his rights under Articles 3, 5 and 8 of the Convention. He relied on Article 13 of the Convention, 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. The parties' submissions

252. The applicant stated that there had been no effective investigation capable of establishing the facts of his detention and treatment, auxiliary to the investigative element of Article 3 of the Convention. Furthermore, there had been no domestic remedy to challenge the lawfulness of his detention in the former Yugoslav Republic of Macedonia and his transfer into CIA custody, auxiliary to his rights under Article 5. The same applied to his rights under Article 8 of the Convention.

253. The Government conceded that prior to Mr H.K.'s statement the applicant had not had an effective domestic remedy as required under Article 13 of the Convention in respect of his complaints under Articles 3 and 5. They further admitted that in the absence of any conclusions of the criminal investigation, the civil avenue of redress, as such, could not be regarded as effective in relation to the applicant's complaint under Article 8 of the Convention.

B. The Court's assessment

1. Admissibility

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

2. Merits

(a) General principles established in the Court's case-law

255. The Court observes that Article 13 guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of this Article is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must 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 respondent State.

Where an individual has an arguable claim that he has been ill-treated by agents of the State, the notion of an “effective remedy” entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure (see *Anguelova*, cited above, §§ 161-62; *Assenov and Others*, cited above, §§ 114 et seq.; *Süheyla Aydın v. Turkey*, no. 25660/94, § 208, 24 May 2005; and *Aksoy*, cited above, §§ 95 and 98).

256. The Court further reiterates that the requirements of Article 13 are broader than a Contracting State’s obligation under Articles 3 and 5 to conduct an effective investigation into the disappearance of a person who has been shown to be under their control and for whose welfare they are accordingly responsible (see, *mutatis mutandis*, *Orhan*, cited above, § 384; *Khashiyev and Akayeva v. Russia*, nos. 57942/00 and 57945/00, § 183, 24 February 2005; and *Kurt*, cited above, § 140).

257. Given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of ill-treatment materialised and the importance the Court attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of the claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 (see *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, § 50, ECHR 2000-VIII). This scrutiny must be carried out without regard to what the person may have done to warrant expulsion or to any perceived threat to the national security of the expelling State (see *Chahal*, cited above, § 151).

(b) Application of the above principles in the present case

258. The Court has established that the applicant brought the substance of his grievances under Articles 3, 5 and 8 of the Convention to the attention of the public prosecutor. Those complaints were never the subject of any serious investigation, being discounted in favour of a hastily reached explanation that he had never been subjected to any of the actions complained of. The Court has already found the respondent State responsible for violations of the applicant’s rights under Articles 3, 5 and 8 of the Convention. His complaints under these Articles are therefore “arguable” for the purposes of Article 13 (see *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, 27 April 1988, § 52, Series A no. 131).

259. The applicant should accordingly have been able to avail himself of effective and practical remedies capable of leading to the identification and punishment of those responsible and to an award of compensation, for the purposes of Article 13. For the reasons set out above (see paragraphs 186-94 and 242 above), no effective criminal investigation can be considered to have

been carried out in accordance with Article 13 with regard to the applicant's complaints under Articles 3 and 5 of the Convention. The superficial approach which the public prosecutor took cannot be said to be compatible with the duty to carry out an investigation into the applicant's allegations of ill-treatment and unlawful deprivation of liberty. The Government have also confirmed the lack of an effective remedy at the relevant time (see paragraph 253 above).

260. Furthermore, no evidence has been submitted to show that the decision to transfer the applicant into the custody of the CIA was reviewed with reference to the question of the risk of ill-treatment or a flagrant breach of his right to liberty and security of person, either by a judicial authority or by any other authority providing sufficient guarantees that the remedy before it would be effective (see *Chahal*, cited above, § 152).

261. As the Government pointed out in their submissions, the ineffectiveness of the criminal investigation undermined the effectiveness of any other remedy, including a civil action for damages. The Court has already found in similar cases that a compensation claim is theoretical and illusory and not capable of affording redress to the applicant (see, *mutatis mutandis*, *Cobzaru*, cited above, § 83; *Estamirov and Others v. Russia*, no. 60272/00, §§ 77 and 120, 12 October 2006; and *Musayev and Others v. Russia*, nos. 57941/00, 58699/00 and 60403/00, § 175, 26 July 2007).

262. Accordingly, the Court finds that the applicant was denied the right to an effective remedy under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Articles 3, 5 and 8.

VII. OTHER ALLEGED VIOLATIONS OF THE CONVENTION

263. Lastly, the applicant relied on Article 10 of the Convention, arguing that he had a right to be informed of the truth regarding the circumstances that had led to the alleged violations of his Convention rights. Article 10 provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

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

264. The Court considers that the issue raised under this Article overlaps with the merits of the applicant's complaints under Article 3 and has already been addressed in relation to those complaints (see paragraph 192 above). The present case does not raise any particular issue that should be analysed under Article 10 alone, which does not apply to the facts complained of. Consequently, there is no appearance of a violation of the applicant's rights and freedoms set out in this Article.

265. It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

VIII. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

266. 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

267. The applicant claimed 300,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage for the suffering, anguish and mental breakdown linked to his ill-treatment, unacknowledged detention, uncertainty about his fate, the refusal of the Government to acknowledge the truth and the impossibility of restoring his reputation. In the latter connection, he claimed that he had been subjected to a “defamatory campaign”, which had had a negative impact on his employment prospects. In support of his claim, he referred to similar cases in which the governments of Sweden, Canada and the United Kingdom (see paragraphs 110 and 129 above) had been ordered or had agreed to pay compensation of between 450,000 United States dollars (USD) and USD 10,000,000. He further requested that the Court order the respondent State to conduct an effective and thorough investigation into the facts of his case. The applicant did not claim any award in respect of pecuniary damage.

268. The Government contested the applicant's claims under this head. They reaffirmed that he had not been subjected to “extraordinary rendition” and rejected his allegations as unsubstantiated. Lastly, they stated that the assessment of any damage should be individualised and that it should not be calculated by way of comparison with other cases.

269. The Court reiterates that Article 41 empowers it to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate. In this connection it observes that it has found serious violations of several Convention

provisions by the respondent State. It has found that the applicant was tortured and ill-treated and that the responsibility of the respondent State was engaged for having transferred him knowingly into the custody of the CIA although there had been serious reasons to believe that he might be subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention. It has also found that the applicant was detained arbitrarily, contrary to Article 5. The respondent State also failed to carry out an effective investigation as required under Articles 3 and 5 of the Convention. In addition, the Court has found a violation of the applicant's rights under Article 8. Lastly, it has held the respondent State responsible for having failed to provide an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention for the applicant's grievances under Articles 3, 5 and 8. The Court considers that in view of the violations found, the applicant undeniably suffered non-pecuniary damage which cannot be made good by the mere finding of a violation.

270. Consequently, regard being had to the extreme seriousness of the violations of the Convention of which the applicant was a victim, and ruling on an equitable basis, as required by Article 41 of the Convention, the Court awards him EUR 60,000, plus any tax that may be chargeable on that amount (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 489).

B. Costs and expenses

271. The applicant did not seek the reimbursement of the costs and expenses incurred before the domestic courts and before the Court.

272. Accordingly, the Court considers that there is no call to award him any sum on that account.

C. Default interest

273. 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 objection of non-compliance with the six-month rule;
2. *Declares* the complaints under Articles 3, 5, 8 and 13 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;

3. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention in its procedural aspect on account of the failure of the respondent State to carry out an effective investigation into the applicant's allegations of ill-treatment;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention by the respondent State on account of the inhuman and degrading treatment to which the applicant was subjected while being held in the hotel in Skopje;
5. *Holds* that the respondent State is responsible for the ill-treatment to which the applicant was subjected at Skopje Airport and that this treatment must be classified as torture within the meaning of Article 3 of the Convention;
6. *Holds* that the responsibility of the respondent State is engaged with regard to the applicant's transfer into the custody of the US authorities despite the existence of a real risk that he would be subjected to further treatment contrary to Article 3 of the Convention;
7. *Holds* that the applicant's detention in the hotel for twenty-three days was arbitrary, in breach of Article 5 of the Convention;
8. *Holds* that the respondent State is responsible under Article 5 of the Convention for the applicant's subsequent captivity in Afghanistan;
9. *Holds* that the respondent State failed to carry out an effective investigation into the applicant's allegations of arbitrary detention, as required under Article 5 of the Convention;
10. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
11. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention on account of the lack of effective remedies in respect of the applicant's grievances under Articles 3, 5 and 8 of the Convention;
12. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 60,000 (sixty thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (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;
13. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 December 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 Tulkens, Spielmann, Sicilianos and Keller;

(b) joint concurring opinion of Judges Casadevall and López Guerra.

N.B.

M.O'B.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES TULKENS,
SPIELMANN, SICILIANOS AND KELLER

(Translation)

1. In relation to Article 13 of the Convention, which the Court unanimously found to have been breached in conjunction with Articles 3, 5 and 8, we would have liked the reasoning to extend to an aspect which in our view is fundamental. On account of the seriousness of the violations found, we consider that the Court should have acknowledged that in the absence of any effective remedies – as conceded by the Government – the applicant was denied the “right to the truth”, that is, the right to an accurate account of the suffering endured and the role of those responsible for that ordeal (see *Association “21 December 1989” and Others v. Romania*, nos. 33810/07 and 18817/08, § 144, 24 May 2011 [the text of § 144 is available only in French in Hudoc]).

2. Obviously, this does not mean “truth” in the philosophical or metaphysical sense of the term but the right to ascertain and establish the true facts. As was pointed out by the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, and also by Redress, Amnesty International and the International Commission of Jurists¹, in enforced disappearance cases the right to the truth is a particularly compelling norm in view of the secrecy surrounding the victims’ fate.

3. In addressing the applicant’s complaint under Article 10 of the Convention that he “had a right to be informed of the truth regarding the circumstances that had led to the alleged violations”, the Court considers that the issue raised overlaps with the merits of his Article 3 complaints and has already been dealt with in relation to those complaints (see paragraph 264 of the judgment). It could therefore be argued that the Court is implicitly acknowledging that the right to the truth has a place in the context of Article 3, although it does not really commit itself to such a finding, instead simply noting that there was an inadequate investigation which deprived the applicant of the possibility of being informed (see paragraph 193 of the judgment).

4. We consider, however, that the right to the truth would be more appropriately situated in the context of Article 13 of the Convention, especially where, as in the present case, it is linked to the procedural obligations under Articles 3, 5 and 8. The scale and seriousness of the human rights violations in issue, committed in the context of the secret detentions

1. See the observations of the third-party interveners, paragraphs 175-79 of the judgment.

and renditions system, together with the widespread impunity observed in multiple jurisdictions in respect of such practices, give real substance to the right to an effective remedy enshrined in Article 13, which includes a right of access to relevant information about alleged violations, both for the persons concerned and for the general public.

5. The right to the truth is not a novel concept in our case-law, nor is it a new right. Indeed, it is broadly implicit in other provisions of the Convention, in particular the procedural aspect of Articles 2 and 3, which guarantee the right to an investigation involving the applicant and subject to public scrutiny.

6. In practice, the search for the truth is the objective purpose of the obligation to carry out an investigation and the *raison d'être* of the related quality requirements (transparency, diligence, independence, access, disclosure of results and scrutiny). For society in general, the desire to ascertain the truth plays a part in strengthening confidence in public institutions and hence the rule of law. For those concerned – the victims' families and close friends – establishing the true facts and securing an acknowledgment of serious breaches of human rights and humanitarian law constitute forms of redress that are just as important as compensation, and sometimes even more so. Ultimately, the wall of silence and the cloak of secrecy prevent these people from making any sense of what they have experienced and are the greatest obstacles to their recovery.

7. A more explicit acknowledgment of the right to the truth in the context of Article 13 of the Convention, far from being either innovative or superfluous, would in a sense cast renewed light on a well-established reality.

8. Today, the right to the truth is widely recognised by international and European human rights law. At United Nations level, it is set forth in the 2006 International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (Article 24 § 2) and in the Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity. Resolutions 9/11 and 12/12 on the right to the truth, adopted on 18 September 2008 and 1 October 2009 respectively by the United Nations Human Rights Council, state that: "... the Human Rights Committee and the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances ... have recognized the right of the victims of gross violations of human rights and the right of their relatives to the truth about the events that have taken place, including the identification of the perpetrators of the facts that gave rise to such violations ...".

9. The same is true at regional level. In the context of the American Convention on Human Rights, the right to the truth has been expressly acknowledged in the decisions of the Inter-American Court of Human

Rights in *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (29 July 1988) and *Contreras et al. v. El Salvador* (31 August 2011). On the European scene, with reference first of all to the European Union, the Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings¹ establishes a link between truth and dignity and states, in its Preamble, that “[t]he rules and practices as regards the standing and main rights of victims need to be approximated, with particular regard to the right to be treated with respect for their dignity, the right to provide and receive information, the right to understand and be understood ...”. Within the Council of Europe, the Guidelines of 30 March 2011 on eradicating impunity for serious human rights violations pursue a similar approach.

10. In these circumstances, we consider that the judgment’s somewhat timid allusion to the right to the truth in the context of Article 3 and the lack of an explicit acknowledgment of this right in relation to Article 13 of the Convention give the impression of a certain over-cautiousness.

1. *Official Journal of the European Communities* L 082, 22 March 2001.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES
CASADEVALL AND LÓPEZ GUERRA

We agree with the Grand Chamber ruling, as well as with the reasoning supporting it. We consider however that, as regards the violation of the procedural aspect of Article 3 of the Convention on account of the failure of the respondent State to carry out an effective investigation into the applicant's allegations of ill-treatment, no separate analysis as performed by the Grand Chamber in paragraph 191 of the judgment was necessary with respect to the existence of a "right to the truth" as something different from, or additional to, the requisites already established in such matters by the previous case-law of the Court.

According to the Court's case-law, as reflected in the present judgment (see paragraphs 182 et seq.), an investigation into alleged ill-treatment must in any event represent a serious attempt to establish the facts of the case concerning the cause of the injuries suffered and the identity of the persons responsible. It seems evident to us that all this required activity amounts to finding out the truth of the matter, irrespective of the relevance or importance of the particular case for the general public, and therefore a separate analysis of the right to the truth becomes redundant.

The right to a serious investigation, equivalent to the right to the truth, derives from the protection provided by the case-law of the Court in the application of the Convention for victims of deprivation of life (Article 2) or of torture or inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3); this applies equally in cases which have attracted wide public coverage and in other cases which have not been subject to the same degree of public attention. Therefore, as far as the right to the truth is concerned, it is the victim, and not the general public, who is entitled to this right as resulting from Article 3 of the Convention, in the light of the Court's case-law.

EL-MASRI c. L'EX-RÉPUBLIQUE YOUGOSLAVE DE MACÉDOINE
(Requête n° 39630/09)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 2012¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Torture et traitements inhumains et dégradants subis par le requérant pendant et après sa remise extraordinaire à la CIA****Article 3**

Torture – Torture et traitements inhumains et dégradants subis par le requérant pendant et après sa remise extraordinaire à la CIA – Traitements inhumains ou dégradants – Détention au secret – Isolement – Recours à une force excessive – Déshabillage de force – Utilisation de mesures de contrainte physique et d'une cagoule – Administration de force d'un suppositoire – Enquête effective – Transfert extrajudiciaire de personnes d'une juridiction ou d'un Etat à l'autre à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire – Invocation du secret d'Etat pour faire obstacle à la recherche de la vérité – Absence de demande d'extradition ou de mandat d'arrêt légitime – Aucune assurance demandée aux autorités américaines en vue d'évaluer le risque de mauvais traitements

Article 5

Liberté et sûreté des personnes – Détention avant et après une opération de remise extraordinaire d'une personne à la CIA – Lieu de détention extraordinaire en dehors de tout cadre judiciaire – Détention au secret non reconnue – Privation de liberté arbitraire – Entrave délibérée aux droits de la défense – Obligation positive – Défaut de protection du requérant d'une détention arbitraire dans un Etat non partie à la Convention – « Disparition forcée » – Enquête effective

*

* *

Le requérant, un ressortissant allemand, présente la version des faits suivante. Le 31 décembre 2003, il prit un bus pour Skopje. A la frontière macédonienne, la validité de son passeport suscita des soupçons. L'intéressé fut interrogé par les autorités macédoniennes sur ses liens éventuels avec plusieurs groupes et organisations islamistes. Il fut ensuite emmené dans une chambre d'hôtel à Skopje, où il demeura enfermé pendant vingt-trois jours. Pendant cette période, il fut surveillé en permanence et interrogé à plusieurs reprises. On lui refusa tout contact avec l'ambassade d'Allemagne. Lorsqu'un jour il déclara qu'il avait l'intention

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

de partir, on lui pointa un pistolet sur la tempe en menaçant de l'abattre. Au treizième jour de sa détention, il débuta une grève de la faim pour protester contre son maintien en détention. Le 23 janvier 2004, menotté et les yeux bandés, il fut conduit en voiture à l'aéroport de Skopje.

Là, il fut conduit dans une pièce, roué de coups par plusieurs hommes masqués, puis déshabillé de force. Après lui avoir administré de force un suppositoire, on lui mit alors une couche et on lui enfila un survêtement bleu foncé à manches courtes. Enchaîné et encapuchonné, soumis à une privation sensorielle totale, l'intéressé fut alors traîné jusqu'à un avion de la CIA encerclé par des agents de la sécurité macédonienne, qui formaient un cordon autour de l'avion. Une fois à bord de l'avion, le requérant fut jeté à terre, attaché et mis de force sous sédatifs. Dans cette position, il fut emmené par avion à Kaboul (Afghanistan), où il fut retenu en captivité pendant plus de quatre mois.

Le 29 mai 2004, le requérant fut renvoyé en Allemagne via l'Albanie. En octobre 2008, il saisit le parquet de Skopje d'une plainte, qui fut rejetée pour défaut de fondement.

1. Article 3 : a) *Volet procédural* – Par le dépôt de sa plainte pénale, le requérant a porté à l'attention du ministère public ses allégations selon lesquelles des agents de l'Etat lui avaient infligé des mauvais traitements et avaient activement pris part à sa remise ultérieurement organisée par des agents de la CIA. Ses griefs étaient étayés par des éléments venus au jour dans le cadre des enquêtes menées au niveau international et dans des Etats étrangers. L'intéressé avait donc établi un commencement de preuve d'abus de la part des forces de sécurité de l'Etat défendeur, ce qui appelait une enquête. Or, près de deux mois et demi plus tard, la procureure compétente rejeta la plainte pour insuffisance de preuves. Hormis la demande d'informations adressée au ministère, elle n'avait pris aucune mesure d'investigation relativement aux allégations du requérant. De plus, alors que les affirmations du requérant au sujet de son transfert en Afghanistan cadraient remarquablement bien avec le trajet effectivement accompli par l'avion en question, les autorités de poursuite restèrent passives et décidèrent de ne pas explorer cette piste plus avant. Eu égard au nombre considérable de preuves, au moins circonstancielles, qui étaient disponibles à l'époque où le requérant a présenté sa plainte, pareille conclusion n'est pas conforme à ce que l'on pouvait attendre d'une autorité indépendante.

Un autre aspect du caractère inadéquat de l'enquête menée en l'espèce tient à son impact sur le droit à la vérité concernant les circonstances pertinentes de la cause. La présente affaire revêtait une grande importance non seulement pour le requérant et sa famille mais également pour les autres victimes de crimes similaires et pour le grand public, qui ont le droit de savoir ce qui s'est passé. La question des « remises extraordinaires » a défrayé la chronique dans le monde entier et a donné lieu à l'ouverture d'enquêtes par de nombreuses organisations internationales et intergouvernementales, notamment par les organes de défense des droits de l'homme des Nations unies, le Conseil de l'Europe et le Parlement européen. La

notion de « secret d'Etat » a souvent été brandie pour faire obstacle à la recherche de la vérité, et elle a également été invoquée par le gouvernement américain dans le cadre de l'affaire portée par le requérant devant les tribunaux américains. Nonobstant l'indéniable complexité des circonstances de l'espèce, l'Etat défendeur aurait dû s'efforcer de mener une enquête adéquate afin de prévenir toute apparence d'impunité quant à certains actes. Dès lors, l'enquête sommaire qui a été menée dans cette affaire ne saurait être considérée comme une enquête effective.

Conclusion: violation (unanimité).

b) *Volet matériel* – i. Traitement à l'hôtel – Le requérant a sans aucun doute vécu dans un état d'angoisse permanent du fait de l'incertitude qui entourait le sort qui lui serait fait pendant les séances d'interrogatoire. De plus, ces traitements ont été infligés à l'intéressé intentionnellement, afin de lui extorquer des aveux ou des renseignements sur ses liens présumés avec des organisations terroristes. L'épreuve du requérant a été encore aggravée par le secret qui recouvrait l'opération et par le fait qu'il a été détenu à l'isolement pendant vingt-trois jours dans un hôtel, lieu de détention extraordinaire se situant en dehors de tout cadre judiciaire. Partant, l'épreuve infligée au requérant pendant son séjour à l'hôtel s'analyse à plusieurs égards en des traitements inhumains et dégradants.

Conclusion: violation (unanimité).

ii. Traitement à l'aéroport – La même procédure appliquée dans des circonstances similaires a déjà été jugée contraire à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Si le requérant était alors aux mains d'une équipe de remise spéciale de la CIA, les actes litigieux ont été accomplis en présence de fonctionnaires de l'Etat défendeur et sous la juridiction de celui-ci. En conséquence, il y a lieu de considérer que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un Etat étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités. Par ailleurs, l'intéressé ne représentait aucune menace pour ses ravisseurs. Ainsi, la force physique utilisée contre le requérant à l'aéroport était excessive et injustifiée au vu des circonstances. Les mesures dont il a fait l'objet ont été employées cumulativement et avec préméditation dans le but d'infliger des douleurs ou souffrances aiguës pour obtenir des renseignements de l'intéressé, de le punir ou de l'intimider. Pareil traitement doit être qualifié de torture. L'Etat défendeur doit donc être considéré comme directement responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents ayant activement facilité le traitement litigieux puis s'étant abstenus de prendre pour l'empêcher les mesures qui auraient été nécessaires.

Conclusion: violation (unanimité).

iii. Renvoi du requérant – Rien ne prouve que le requérant ait été remis à des agents de la CIA en vertu d'une demande légitime d'extradition ou conformément à une autre procédure juridique de transfert de détenus à des autorités étrangères reconnue en droit international. De plus, l'existence à l'époque des faits d'un mandat d'arrêt autorisant la remise du requérant à des agents américains n'a

pas été démontrée. Ensuite, les éléments de preuve indiquent que les autorités macédoniennes connaissaient la destination de l'avion qui décolla de l'aéroport de Skopje avec le requérant à son bord. Par ailleurs, les autorités macédoniennes savaient ou auraient dû savoir à l'époque des faits qu'il y avait un risque réel que le requérant fût soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention, étant donné que divers rapports rendant compte de pratiques employées ou tolérées par les autorités américaines et manifestement contraires aux principes de la Convention avaient été publiés. Enfin, l'Etat défendeur ne demanda aux autorités américaines aucune assurance propre à éviter au requérant le risque de subir des mauvais traitements. Dès lors, eu égard aux modalités qu'a revêtues le transfert du requérant aux autorités américaines, la Cour estime que l'intéressé a fait l'objet d'une « remise extraordinaire », notion qui désigne le transfert extrajudiciaire d'une personne de la juridiction ou du territoire d'un Etat à ceux d'un autre Etat, à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire, la mesure impliquant un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Conclusion: violation (unanimité).

2. Article 5 : a) *Volet matériel* – i. Détention à Skopje – La réclusion du requérant à l'hôtel ne fut pas autorisée par un tribunal et n'est attestée par aucun registre de garde à vue. Le requérant n'a pas eu accès à un avocat, il n'a été autorisé à communiquer ni avec sa famille ni avec un représentant de l'ambassade d'Allemagne, et il a été privé de toute possibilité d'être traduit devant un tribunal en vue de faire contrôler la légalité de sa détention. Il est totalement inacceptable que dans un Etat régi par le principe de la prééminence du droit, une personne puisse être privée de sa liberté dans un lieu de détention extraordinaire et échappant à tout cadre légal. La détention au secret non reconnue du requérant dans un lieu de détention hautement inhabituel a encore ajouté à l'arbitraire de la privation de liberté qui lui fut infligée, et a constitué une violation particulièrement grave de son droit à la liberté et à la sûreté.

ii. Détention ultérieure – En l'espèce, le requérant a été soumis à une « remise extraordinaire », mesure qui implique une détention en dehors du système juridique ordinaire et qui, de par son mépris délibéré des garanties du procès équitable, est totalement incompatible avec l'état de droit et les valeurs protégées par la Convention. Par ailleurs, la détention de personnes soupçonnées de terrorisme dans le cadre du programme de « [remises] mis en place par les autorités américaines a déjà été jugée arbitraire dans des affaires similaires. Dans ces conditions, il aurait dû être clair pour les autorités macédoniennes que, une fois remis aux autorités américaines, le requérant courrait un risque réel de subir une violation flagrante de ses droits au titre de l'article 5. Or non seulement les autorités macédoniennes n'ont pas respecté leur obligation positive de protéger le requérant d'une détention contraire à l'article 5 de la Convention, mais elles ont en outre facilité activement

sa détention ultérieure en Afghanistan en le remettant à la CIA, alors même qu'elles avaient ou auraient dû avoir connaissance du risque inhérent à ce transfert.

Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'enlèvement et la détention du requérant s'analysent en une « disparition forcée » telle que définie par le droit international. Le gouvernement défendeur doit donc être tenu pour responsable des violations de ses droits résultant de l'article 5 que le requérant a subies pendant toute la période de sa captivité.

Conclusion: violation (unanimité).

b) *Volet procédural* – La Cour a déjà conclu que l'Etat défendeur n'avait pas mené une enquête effective au sujet des allégations de mauvais traitements présentées par le requérant. Pour les mêmes raisons, elle estime que les allégations crédibles de l'intéressé selon lesquelles il avait subi une détention arbitraire n'ont pas fait l'objet d'une enquête sérieuse.

Conclusion: violation (unanimité).

La Cour conclut également à la violation des articles 8 et 13.

Article 41 : la Cour octroie une indemnité au titre du dommage moral.

Jurisprudence citée par la Cour

- Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25
Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 février 1982, série A n° 48
Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161
Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1991, série A n° 201
Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215
Quinn c. France, 22 mars 1995, série A n° 311
Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336
Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V
Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI
Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III
Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV
Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
Oğuz c. Turquie [GC], n° 21594/93, CEDH 1999-III
Tanrikulu c. Turquie [GC], n° 23763/94, CEDH 1999-IV
Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V
Mahmut Kaya c. Turquie, n° 22535/93, CEDH 2000-III
Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV
İlhan c. Turquie [GC], n° 22277/93, CEDH 2000-VII
Dikme c. Turquie, n° 20869/92, CEDH 2000-VIII
Gül c. Turquie, n° 22676/93, 14 décembre 2000
Egmez c. Chypre, n° 30873/96, CEDH 2000-XII
Hilal c. Royaume-Uni, n° 45276/99, CEDH 2001-II
Z et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 29392/95, CEDH 2001-V
Angelova c. Bulgarie, n° 38361/97, CEDH 2002-IV

- M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, CEDH 2003-XII
- Bati et autres c. Turquie*, n°s 33097/96 et 57834/00, CEDH 2004-IV
- Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII
- Mehmet Emin Yüksel c. Turquie*, n° 40154/98, 20 juillet 2004
- Krastanov c. Bulgarie*, n° 50222/99, 30 septembre 2004
- Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I
- Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV
- Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, CEDH 2005-V
- Ognyanova et Choban c. Bulgarie*, n° 46317/99, 23 février 2006
- Corsacov c. Moldova*, n° 18944/02, 4 avril 2006
- Boicenco c. Moldova*, n° 41088/05, 11 juillet 2006
- Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, CEDH 2006-IX
- Chitaïev c. Russie*, n° 59334/00, 18 janvier 2007
- Al-Moayad c. Allemagne* (déc.), n° 35865/03, 20 février 2007
- 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
- Bitieva et X c. Russie*, n°s 57953/00 et 37392/03, 21 juin 2007
- Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CEDH 2008
- Dedovski et autres c. Russie*, n° 7178/03, 15 mai 2008
- Khadjialiyeu et autres c. Russie*, n° 3013/04, 6 novembre 2008
- Medova c. Russie*, n° 25385/04, 15 janvier 2009
- Varnava et autres c. Turquie* [GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, CEDH 2009
- Denis Vasilyev c. Russie*, n° 32704/04, 17 décembre 2009
- Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH 2010
- Gäffgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, CEDH 2010
- Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n°s 24027/07, 11949/08 et 36742/08, 6 juillet 2010
- Georgiy Bykov c. Russie*, n° 24271/03, 14 octobre 2010
- Gisayev c. Russie*, n° 14811/04, 20 janvier 2011
- Iljina et Sarulienė c. Lituanie*, n° 32293/05, 15 mars 2011
- Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, n°s 33810/07 et 18817/08, 24 mai 2011
- Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, CEDH 2011
- Zontul c. Grèce*, n° 12294/07, 17 janvier 2012
- Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012
- Kadirova et autres c. Russie*, n° 5432/07, 27 mars 2012
- Gorgiev c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 26984/05, 19 avril 2012

En l'affaire El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine,
La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande
Chambre composée de :

Nicolas Bratza, *président*,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Dean Spielmann,
Nina Vajić,
Peer Lorenzen,
Karel Jungwiert,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Khanlar Hajiyev,
Luis López Guerra,
Ledi Bianku,
Işıl Karakaş,
Vincent A. De Gaetano,
Julia Laffranque,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
Helen Keller, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 16 mai et 24 octobre
2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 39630/09) dirigée contre l'ex-République yougoslave de Macédoine et dont un ressortissant allemand, M. Khaled El-Masri (« le requérant »), a saisi la Cour le 20 juillet 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M. J. A. Goldston, M. D. Pavli et M. R. Skilbeck, de l'organisation Open Society Justice Initiative, bureau de New York, et par M^e F. Medarski, avocat macédonien. Le gouvernement défendeur (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. K. Bogdanov.

3. Le requérant alléguait en particulier avoir fait l'objet d'une opération de remise secrète, dans le cadre de laquelle il aurait été arrêté, détenu au secret, interrogé et maltraité par des agents de l'Etat défendeur, avant d'être

remis par ceux-ci à l'aéroport de Skopje à des agents de la CIA (*Central Intelligence Agency*, agence centrale de renseignement des États-Unis d'Amérique) qui l'auraient ensuite emmené, sur un vol spécial affrété par la CIA, dans un établissement de détention secret en Afghanistan, où il aurait subi des mauvais traitements pendant plus de quatre mois. Cette épreuve aurait duré du 31 décembre 2003 au 29 mai 2004, date du retour du requérant en Allemagne.

4. La requête a été initialement attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 1^{er} février 2011, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). L'affaire est ainsi échue à la première section telle que remaniée (article 52 § 1 du règlement).

5. Le 28 septembre 2010, les griefs formulés par le requérant sur le terrain des articles 3, 5, 8 et 13 de la Convention ont été communiqués au Gouvernement.

6. Informé de son droit d'intervenir dans la procédure (article 36 § 1 de la Convention), le gouvernement allemand n'a pas manifesté l'intention de s'en prévaloir.

7. A la suite du déport de Mirjana Lazarova Trajkovska, la juge élue au titre de l'ex-République yougoslave de Macédoine (article 28 du règlement), le Gouvernement a désigné Peer Lorenzen, juge élu au titre du Danemark, pour siéger à la place de l'intéressée (articles 26 § 4 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

8. Le 24 janvier 2012, une chambre de ladite section composée de Nina Vajić, Peer Lorenzen, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos et Erik Møse, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties, interrogées à ce sujet, ne s'étant opposée à pareille mesure (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

9. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

10. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites. En outre, des commentaires ont été reçus du Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations unies, d'Interights, de Redress, de la Commission internationale de juristes et d'Amnesty International, que le président de la Cour avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

11. La Cour a décidé de ne pas entendre M. H.K., témoin dont le requérant avait sollicité l'audition.

12. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 mai 2012 (article 59 § 3 du règlement).

13. Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. K. Bogdanov, *agent,*
 M^{mes} D. Djonova, ministre de la Justice,
 V. Stanojevska, ministre de la Justice,
 N. Josifova, ministre de l'Intérieur, *conseillers;*

– *pour le requérant*

MM. J. A. Goldston, directeur général,
 Open Society Justice Initiative,
 D. Pavli, *conseils,*
 R. Skilbeck,
 F. M^cdarski, *conseillers.*

14. La Cour a entendu en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges M. Bogdanov, M. Goldston et M. Pavli.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

15. Le requérant est né en 1963 et réside à Senden (Allemagne).

A. La version des faits donnée par le requérant

16. Dans sa requête, le requérant renvoie à la déposition faite par lui le 6 avril 2006 dans le cadre de la procédure menée aux Etats-Unis devant le tribunal fédéral du district oriental de Virginie (*US District Court for the Eastern District of Virginia* – paragraphes 62-63 ci-dessous).

1. Le voyage dans l'ex-République yougoslave de Macédoine

17. Le 31 décembre 2003, le requérant prit à Ulm (Allemagne) un bus à destination de Skopje où il souhaitait « effectuer un bref séjour, loin d'un quotidien stressant ». Vers 15 heures, il arriva au poste-frontière de Tabanovce entre la Serbie et l'ex-République yougoslave de Macédoine. La validité de son passeport allemand, qui venait de lui être délivré, suscita des doutes. Un agent de la police des frontières vérifia le document et l'interrogea sur le but de son voyage et sur la durée et le lieu de son séjour. Un tampon d'entrée sur le territoire de l'ex-République yougoslave de Macédoine en date du 31 décembre 2003 fut apposé sur son passeport. On fouilla alors

ses effets personnels et on l'interrogea sur ses liens éventuels avec diverses organisations et groupes islamistes. L'interrogatoire se termina à 22 heures. Sous la garde d'hommes armés en civil, le requérant fut emmené dans un hôtel; des recherches ultérieures indiquèrent qu'il s'agissait de l'hôtel Skopski Merak à Skopje (« l'hôtel »). A son retour en Allemagne, le requérant reconnut sur des photos illustrant le site Internet de l'hôtel l'extérieur du bâtiment, la chambre où il avait été enfermé et l'un des serveurs qui lui avait apporté à manger pendant sa détention dans cet établissement.

2. La détention au secret à l'hôtel

18. Le requérant fut emmené dans une chambre au dernier étage de l'hôtel. Pendant toute la période où il y fut détenu, il fut surveillé par une équipe de neuf hommes, qui se relayaient toutes les six heures. Il demeura constamment sous la garde de trois hommes, même pendant son sommeil. Il fut interrogé à plusieurs reprises, en anglais, langue qu'il maîtrisait mal, tout au long de sa détention. On lui refusa tout contact avec l'ambassade d'Allemagne. Lorsqu'un jour il déclara qu'il avait l'intention de partir, on lui pointa un pistolet sur la tête en menaçant de l'abattre. Alors qu'il était enfermé depuis sept jours, un autre agent arriva et lui proposa une transaction, lui promettant qu'il serait renvoyé en Allemagne s'il avouait qu'il était membre d'Al-Qaïda.

19. Le treizième jour de son enfermement, le requérant entama une grève de la faim pour protester contre son maintien illégal en détention. Il ne mangea rien pendant les dix derniers jours de sa détention sur le territoire de l'ex-République yougoslave de Macédoine. Une semaine après le début de sa grève de la faim, on lui indiqua qu'il serait bientôt renvoyé par avion en Allemagne.

3. Le transfert à l'aéroport de Skopje

20. Le 23 janvier 2004 vers 20 heures, le requérant fut filmé avec un caméscope; on lui ordonna de déclarer qu'il avait été bien traité, qu'il n'avait pas subi de sévices et qu'il serait bientôt renvoyé en avion vers l'Allemagne. Menotté et les yeux bandés, il fut emmené en voiture à l'aéroport de Skopje.

4. La livraison à l'équipe de « remise » de la CIA à l'aéroport de Skopje

21. A son arrivée, toujours menotté et les yeux bandés, le requérant fut placé sur une chaise, sur laquelle il demeura pendant une heure et demie. On lui dit qu'il serait emmené dans une pièce pour un examen médical avant d'être transféré en Allemagne. Puis deux personnes lui tirèrent violemment les bras en arrière. Il fut alors roué de coups de toutes parts. Ses vêtements

furent tailladés avec des ciseaux ou un couteau. Ses sous-vêtements lui furent arrachés. On le jeta à terre, on lui tira les bras dans le dos et on lui appuya un pied sur le dos pour l'immobiliser. Il sentit alors qu'on lui introduisait un objet dur dans l'anus – il comprit ensuite qu'il s'agissait d'un suppositoire. Les avocats du requérant déclarèrent à l'audience du 16 mai 2012 que de tous les actes subis par leur client, celui-là avait été le plus dégradant et le plus humiliant. Le requérant fut alors relevé et traîné dans un coin de la pièce, où on lui ligota les pieds. Son bandeau lui fut enlevé. Il fut temporairement ébloui par un flash. Lorsqu'il recouvra la vue, il vit sept ou huit hommes habillés en noir et portant des masques de ski noirs. Un des hommes lui mit une couche, puis on lui enfila un survêtement bleu foncé à manches courtes. On lui mit un sac sur la tête et une ceinture autour de la taille. Des chaînes qui étaient suspendues à la ceinture lui furent attachées aux poignets et aux chevilles. Les hommes lui posèrent des cache-oreilles et des cache-yeux, puis ils lui bandèrent les yeux et lui mirent un capuchon. Ils le firent se pencher en avant, le forçant à baisser la tête, et l'entraînèrent rapidement vers un avion qui attendait, alors que les entraves lui cisaillaient les chevilles. L'avion était encerclé par des gardes macédoniens armés. Le requérant avait du mal à respirer en raison du sac qui lui couvrait la tête. Une fois à l'intérieur de l'avion, on le jeta face contre terre et on lui écarta les jambes et les bras pour les attacher aux parois de l'avion. Pendant le vol, il reçut deux injections. On lui fit également inhaler un anesthésique. Le requérant demeura inconscient pendant la majeure partie du vol. Un tampon de sortie du territoire de l'ex-République yougoslave de Macédoine en date du 23 janvier 2004 fut apposé sur son passeport.

22. Selon le requérant, le traitement auquel il fut soumis, « très probablement par une équipe de remise spéciale de la CIA », avant de monter dans l'avion à l'aéroport de Skopje présente une ressemblance frappante avec celui décrit dans un document récemment publié par la CIA, qui détaille le protocole à suivre pour le traitement du choc de capture (*capture shock treatment*) (paragraphe 124 ci-dessous).

5. *Le vol de Skopje vers l'Afghanistan*

23. A l'atterrissage, on fit sortir le requérant de l'avion. A l'extérieur, il faisait plus chaud que dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, ce qui suffit à l'intéressé pour conclure qu'il n'avait pas été renvoyé en Allemagne. Il déduisit par la suite de divers éléments qu'il se trouvait en Afghanistan et que l'avion avait transité par Bagdad.

6. *La détention et les interrogatoires en Afghanistan*

24. Après son atterrissage en Afghanistan, le requérant fut emmené dans un véhicule qui roula pendant une dizaine de minutes, puis il fut traîné hors du véhicule, plaqué contre le mur d'une pièce, jeté à terre et roué de coups. On le frappa et on le piétina, en particulier au niveau de la tête et du cou. On le laissa ensuite dans une petite cellule en béton, sale et sombre. Lorsque ses yeux se furent accoutumés à la pénombre, le requérant vit que les murs étaient couverts d'inscriptions en arabe, en ourdou et en farsi. Il n'y avait pas de lit dans la cellule. Malgré le froid, on lui avait laissé seulement une couverture sale, de style militaire, et un mince oreiller garni de vieux vêtements déchirés. Par une fenêtre tout en haut de la cellule, le requérant put voir le soleil rouge du crépuscule. Plus tard, il comprit qu'il avait été transféré dans l'établissement, dirigé par la CIA, que les médias désignaient sous le nom de «*Salt Pit*», une briqueterie située au nord du quartier d'affaires de Kaboul, qui était utilisée par la CIA pour la détention et l'interrogatoire de personnes soupçonnées d'être des terroristes de premier plan.

25. Pendant son incarcération, le requérant fut interrogé à trois ou quatre reprises, toujours de nuit et toujours par le même homme, qui parlait arabe avec un accent du sud du Liban. Ces interrogatoires s'accompagnaient de menaces, d'insultes, de bousculades et de cris. Le requérant demanda plusieurs fois mais en vain à rencontrer un représentant du gouvernement allemand.

26. En mars 2004, le requérant et plusieurs de ses codétenus, qui communiquaient les uns avec les autres à travers les cloisons des cellules, entamèrent une grève de la faim pour protester contre leur maintien en détention en l'absence de charges. Du fait de ses conditions de détention et de sa grève de la faim, la santé du requérant se détériora rapidement. Toutes les demandes de soins médicaux formulées par l'intéressé pendant cette période furent rejetées.

27. Le 10 avril 2004, au trente-septième jour de sa grève de la faim, des hommes cagoulés pénétrèrent dans la cellule du requérant, le tirèrent de sa couchette et lui ligotèrent les mains et les pieds. Ils le traînèrent jusque dans la salle d'interrogatoire et l'attachèrent à une chaise. Ils lui administrèrent alors de force un liquide par une sonde nasogastrique. Ils lui donnèrent ensuite des conserves ainsi que quelques livres.

28. A la suite de cet épisode d'alimentation forcée, le requérant fut très malade et ressentit de vives douleurs. Au milieu de la nuit, il fut examiné dans sa cellule par un médecin qui lui administra des médicaments, mais il demeura couché pendant plusieurs jours. Vers cette époque, il sentit ce

qu'il pensa être un léger séisme. Il a soumis à la Cour à cet égard la « liste des tremblements de terre majeurs dans le monde en 2004 », publiée le 6 octobre 2005 par l'organisme américain *United States Geological Survey*. Selon ce document, un tremblement de terre a eu lieu le 5 avril 2004 dans l'Hindou-Kouch, en Afghanistan.

29. Le 16 mai 2004, le requérant reçut la visite d'un homme s'exprimant en allemand, qui se présenta sous le nom de « Sam » et qui vint le voir à trois reprises avant sa libération.

30. Le 21 mai 2004, le requérant entama une deuxième grève de la faim.

7. Le simulacre de « rétro-transfert » vers l'Albanie

31. Le 28 mai 2004, le requérant, les yeux bandés et menotté, fut emmené hors de sa cellule et enfermé dans ce qui lui sembla être un conteneur, jusqu'à ce qu'il entendit un avion atterrir. On lui rendit alors la valise qui lui avait été confisquée à Skopje. On lui dit de remettre les vêtements qu'il portait à son arrivée sur le territoire de l'ex-République yougoslave de Macédoine, et on lui donna deux tee-shirts neufs; il en enfila un. Après lui avoir bandé les yeux et bouché les oreilles, on l'emmena dans l'avion qui attendait, où il fut enchaîné à un siège. « Sam » l'accompagna à bord, et lui dit que l'avion atterrirait dans un pays européen autre que l'Allemagne, mais que le requérant continuerait ensuite vers l'Allemagne.

32. Après l'atterrissage, on fit monter le requérant, qui avait toujours les yeux bandés, à l'arrière d'un véhicule, sans lui dire où il se trouvait. Le véhicule emprunta des routes de montagne, dont certaines seulement étaient asphaltées. Le requérant se rendit compte que des hommes sortaient du véhicule et que d'autres y montaient. Tous avaient un accent slave, mais ils parlaient peu. Finalement, le véhicule s'arrêta. On fit sortir le requérant et on lui enleva le bandeau. Ses ravisseurs lui rendirent ses effets et son passeport, lui ôtèrent les menottes et lui enjoignirent de marcher le long de la route sans se retourner. Il faisait sombre et la route était déserte. Le requérant pensa qu'on allait lui tirer dans le dos et le laisser pour mort. Au détour d'un virage, il tomba sur trois hommes armés, qui lui réclamèrent immédiatement son passeport. Voyant que son passeport allemand ne portait aucun visa, ils lui demandèrent pourquoi il était entré illégalement en Albanie. Le requérant répondit qu'il n'avait aucune idée de l'endroit où il se trouvait. On lui expliqua qu'il se trouvait près des frontières de l'Albanie avec l'ex-République yougoslave de Macédoine et avec la Serbie. Les hommes l'emmenèrent dans un petit bâtiment surmonté du drapeau albanais, où il fut présenté à un officier supérieur. Celui-ci regarda les cheveux longs et la longue barbe du requérant et lui dit qu'il avait l'air d'un terroriste. L'intéressé fut alors conduit à l'aéroport Mère-Teresa de Tirana.

On lui fit passer les contrôles de douane et d'immigration sans inspection et on le fit monter dans un avion à destination de Francfort (Allemagne). Un tampon de sortie du territoire albanais fut apposé sur son passeport.

8. *L'arrivée en Allemagne*

33. Le 29 mai 2004 à 8 h 40, le requérant atterrit à l'aéroport international de Francfort. Il avait perdu environ dix-huit kilos depuis son départ d'Allemagne, ses cheveux étaient longs et hirsutes et il ne s'était pas rasé depuis son arrivée dans l'ex-République yougoslave de Macédoine. Dès son retour en Allemagne, le requérant rencontra M^e Gnjidic, avocat au barreau d'Ulm.

34. Dans ses observations écrites, le requérant indique n'avoir subi à son retour aucun examen médical autre que l'analyse isotopique de ses follicules pileux (paragraphe 56-57 ci-dessous). A l'audience, ses avocats ont précisé que les résultats de certains examens médicaux avaient été transmis par le procureur allemand à l'enquête Fava du Parlement européen (paragraphe 47-51 ci-dessous). Ils ont expliqué que ces résultats n'avaient pas été produits devant la Cour au motif qu'ils ne prouvaient pas de manière décisive que le requérant eût subi un quelconque dommage corporel, vu la longue période qui s'était écoulée depuis l'incident à l'aéroport de Skopje. Le requérant a par ailleurs déclaré qu'il avait été soumis à des techniques et méthodes d'interrogatoire sophistiquées, spécialement conçues pour ne laisser aucune trace de mauvais traitements physiques.

35. Le rapport Marty de 2007 (paragraphe 46 ci-dessous) indique que peu après son retour en Allemagne en 2004 le requérant demanda à être soigné au centre de traitement de Neu-Ulm pour les victimes de torture. Toutefois, M^e Gnjidic ne put obtenir qu'en 2006 l'accord préalable de l'assurance maladie exigé pour commencer dans ce centre un traitement limité (70 heures), qui fut jugé insuffisant tant par M^e Gnjidic que par la thérapeute elle-même (paragraphe 295 du rapport Marty de 2007).

36. Le requérant a également soumis une attestation écrite établie le 5 janvier 2009 par le docteur Katherine Porterfield, une psychologue expérimentée participant au programme pour les personnes ayant survécu à des séances de torture mis en place par le centre hospitalier de Bellevue (Université de New York), dans laquelle la thérapeute confirmait que le requérant souffrait d'un syndrome de stress post-traumatique et d'une dépression « très probablement causés par sa capture et par les maltraitances et sévices graves subis par lui ». L'avis du docteur Porterfield s'appuyait sur plusieurs conversations téléphoniques et deux discussions de suivi menées avec le requérant. La thérapeute conseillait également au requérant de

consulter chez lui un clinicien ayant l'expertise nécessaire pour l'aider. L'intéressé n'a pas suivi cette recommandation.

B. La position du Gouvernement de l'ex-République yougoslave de Macédoine sur les allégations du requérant

1. La position du gouvernement défendeur telle qu'elle ressort des rapports adoptés à la suite de certaines enquêtes internationales

a) Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe (Doc. 10957, 12 juin 2006 – «le rapport Marty de 2006»)

37. Le 13 décembre 2005, le président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe chargea la commission des questions juridiques et des droits de l'homme d'enquêter sur les allégations de «remises extraordinaires» en Europe. Le sénateur suisse Dick Marty fut nommé rapporteur spécial. Le 12 juin 2006, l'Assemblée publia le rapport Marty de 2006. Celui-ci expose, à partir de réunions tenues entre le 27 et le 29 avril 2006, la position des autorités macédoniennes concernant l'affaire du requérant et comporte les passages suivants :

«3.1.3.1. La position des autorités

106. La «ligne officielle» du gouvernement macédonien a été formulée pour la première fois dans une lettre du ministre de l'Intérieur (...) adressée à l'ambassadeur de la Commission européenne (...) datée du 27 décembre 2005. Elle contient essentiellement quatre éléments d'information qui se fondent sur les *fichiers de police*: premièrement, M. El-Masri est arrivé en autocar au poste frontière macédonien de Tabanovce à 16 heures le 31 décembre 2003; deuxièmement, il a été interrogé par des *fonctionnaires de police habilités* qui soupçonnaient la *possession d'un document d'identité falsifié*; troisièmement, environ cinq heures plus tard, M. El-Masri a été autorisé à entrer en Macédoine, apparemment libre; et, quatrièmement, le 23 janvier 2004, il a quitté la Macédoine par le poste frontière de Blace pour entrer au Kosovo. (...)

108. Le président de la République (...) a adopté une position très ferme dès la première rencontre avec la délégation du Parlement européen, s'exprimant d'une façon telle à ne laisser à personne la possibilité d'exprimer un autre point de vue: «A ce jour, je tiens à vous assurer que je n'ai aucune raison de mettre en doute la position officielle de notre ministre de l'Intérieur. Je ne dispose d'aucun élément ou de fait supplémentaires, d'un côté comme de l'autre, qui puissent me convaincre que ce qui a été établi dans le rapport officiel de notre ministre ne correspond pas à la vérité.»

109. Le vendredi 28 avril, la position officielle a été présentée de manière beaucoup plus détaillée lors d'une réunion (...) le chef de l'UBK, principal service de renseignement de la Macédoine à l'époque des faits. [II] a déclaré que le département du contrôle et des normes professionnelles de l'UBK avait mené une enquête sur cette

affaire et analysé tous les enregistrements officiels des contacts entre M. El-Masri et les autorités macédoniennes. Les informations présentées par [le chef de l'UBK] sont résumées comme suit :

M. El-Masri est arrivé à la frontière macédonienne le 31 décembre 2003, la veille du Nouvel An. Le ministre de l'Intérieur avait renforcé les mesures de sécurité pour la période des fêtes et avait placé les forces de l'ordre en alerte maximale pour prévenir d'éventuelles actions criminelles. Conformément à ces mesures exceptionnelles, les passagers des autobus et des autocars étaient soumis à des contrôles de sécurité très stricts, y compris l'examen systématique de leurs pièces d'identité.

En examinant le passeport de M. El-Masri, la police des frontières macédonienne a eu des soupçons qui l'ont conduite à *le placer en détention*. Afin de ne pas faire attendre les autres passagers à la frontière, l'autocar a été autorisé à poursuivre sa route.

L'objectif de la détention de M. El-Masri était de l'interroger, ce qui a été fait (selon [le chef de l'UBK]) conformément à toutes les normes européennes applicables. Les membres de l'UBK, le service de contre-espionnage et de sécurité, sont présents à tous les postes-frontières de Macédoine dans le cadre d'un plan de *gestion et de sécurité intégrées des frontières*. Des agents de l'UBK ont participé aux interrogatoires de M. El-Masri.

Ces agents ont demandé à M. El-Masri les motifs de son voyage en Macédoine, où il avait l'intention de séjourner, et s'il disposait d'une somme d'argent suffisante. [Le chef de l'UBK] a déclaré : « Je pense qu'il s'agissait de questions standard qui sont posées dans le cadre d'une telle procédure de routine. Je ne pense pas avoir besoin de donner d'explications supplémentaires. »

Au même moment, les responsables macédoniens ont procédé à un examen visuel des titres de voyage de M. El-Masri. Ils voulaient notamment vérifier que son passeport n'était pas falsifié. En effet, M. El-Masri, bien que né au Koweït, affirmait posséder la nationalité allemande.

Son passeport a donc été ensuite comparé à une base de données d'Interpol. Le poste-frontière de Tabanovce n'étant pas lié au réseau d'Interpol, les informations ont dû être transmises à Skopje, d'où une demande électronique a été adressée à une base de données centrale d'Interpol se trouvant à Lyon. Un agent du département d'analyse de l'UBK a apparemment effectué cette demande en utilisant un code électronique, de sorte que les autorités macédoniennes n'en n'ont aucune trace. M. El-Masri a été prié d'attendre au poste-frontière pendant la recherche menée par Interpol.

Lorsqu'il a été établi qu'il n'existait aucun mandat d'Interpol contre M. El-Masri et qu'il ne subsistait plus aucun motif de le détenir, il a été relâché. M. El-Masri a ensuite quitté le poste-frontière de Tabanovce. Par quel moyen ? Les agents macédoniens ne sont pas en mesure de le dire précisément. Lors d'une réunion qui a suivi le point de presse, cette question a été posée directement au ministre de l'Intérieur (...) qui a répondu : « Nous ne sommes pas en mesure de vous dire exactement ce qu'il est devenu lorsqu'il a été relâché, parce que nous ne sommes pas concernés. Lorsqu'une personne traverse la frontière, nous ne sommes pas censés savoir où il se rend par la suite. »

(...) Le ministre de l'Intérieur a établi par la suite que M. El-Masri avait séjourné à l'hôtel «Skopski Merak» de Skopje. M. El-Masri serait arrivé à l'hôtel le soir du 31 décembre 2003 selon le registre de l'établissement. Il y a séjourné vingt-trois nuits, a pris quotidiennement son petit-déjeuner et a quitté l'hôtel le 23 janvier 2004.

Le ministre a demandé que soient vérifiés tous les passages de frontière de M. El-Masri. Il en ressort que le même jour, soit le 23 janvier 2004 au soir, M. El-Masri a quitté le territoire macédonien au poste-frontière de Blace, pour entrer au Kosovo. A la question de savoir si un timbre avait été remis à M. El-Masri pour indiquer son départ, [le chef de l'UBK] a répondu : « Normalement, un timbre doit être apposé sur le passeport lors du passage de la frontière macédonienne, mais je n'en suis pas sûr. La MINUK [Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo] est également présente à la frontière du Kosovo et elle est responsable du protocole de ce côté-là de la frontière (...) Mon collègue de l'UBK vient de m'informer qu'il avait traversé la frontière à Blace deux fois récemment et qu'aucun timbre ne lui avait été remis lors de ces deux passages. »

(...)

116. Ce qui n'est pas dit dans la version officielle c'est le fait que les services de renseignement macédoniens (UBK) consultent systématiquement la CIA sur toutes les questions de ce genre (ce qui, d'une certaine façon, est bien compréhensible et logique). Selon des informations confidentielles qui nous ont été données (et dont nous connaissons l'identité de la source), une description complète de M. El-Masri a été transmise à la CIA par l'intermédiaire de son chef de bureau basé à Skopje, dans le but de procéder à une analyse (...) [de la question de savoir si] la personne contrôlée avait des contacts avec des mouvements terroristes, notamment de la mouvance Al-Qaïda. Sur la base des renseignements qu'elle possédait sur Khaled El-Masri, dont le contenu nous est resté inconnu, la CIA a répondu par l'affirmative. Il a été demandé à l'UBK, en tant qu'organisation partenaire locale, d'arrêter et de maintenir en détention M. El-Masri jusqu'à ce qu'il soit remis à la CIA pour être transféré. »

b) Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, rapport du Secrétaire général, établi en vertu de l'article 52 de la CEDH, sur la question de la détention et du transport secrets de détenus soupçonnés d'actes terroristes notamment par des agences relevant d'autres Etats ou à leur instigation (SG/Inf (2006) 5, 28 février 2006)

38. Le 21 novembre 2005, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe appliqua la procédure prévue par l'article 52 de la Convention, à la lumière d'informations concernant la coopération de pays européens à des vols de remise secrets. Chaque Etat membre fut invité à donner des précisions sur les mécanismes de contrôle prévus par son droit interne concernant les activités d'agents étrangers se trouvant sous sa juridiction, sur les garanties juridiques permettant d'éviter les privations de liberté non reconnues, sur les actions judiciaires et mesures d'investigation permettant de répondre à toute allégation de manquements aux droits protégés par la Convention,

et sur l'ouverture d'enquêtes au sujet des agents qui auraient été impliqués dans des actions ou omissions ayant abouti à de telles privations de liberté.

39. Le gouvernement défendeur répondit à la demande les 17 février et 3 avril 2006. Dans sa seconde lettre, il exposait sa position concernant l'affaire du requérant, expliquant notamment ce qui suit :

« (...) En ce qui concerne l'affaire de M. Khaled El-Masri, nous vous informons qu'elle est examinée par le ministre de l'Intérieur et que des informations y relatives ont été transmises dès juin 2005 aux représentants de la Commission européenne en République de Macédoine, au directeur pour les pays des Balkans occidentaux de la Direction générale de l'élargissement de la Commission européenne à Bruxelles et aux membres du Parlement européen. (...) [L]e ministère de l'Intérieur de la République de Macédoine indique que, selon les rapports de police concernant l'entrée et la sortie des frontières de la République de Macédoine, M. Khaled El-Masri est arrivé en bus au poste-frontière de Tabanovce depuis la Serbie-Monténégro le 31 décembre 2003 à 16 heures et a présenté un passeport allemand. Soupçonnant l'intéressé d'être en possession d'un document de voyage falsifié, les policiers compétents ont contrôlé le document et interrogé M. Khaled El-Masri au poste-frontière. Une vérification dans les bases de données d'Interpol a également été effectuée et a montré qu'aucun mandat d'arrêt international n'avait été émis contre M. Khaled El-Masri. Celui-ci a donc été autorisé à entrer sur le territoire de la République de Macédoine le 31 décembre 2003 à 20 h 57. D'après les rapports de police, M. Khaled El-Masri a quitté la République de Macédoine le 23 janvier 2004 au poste-frontière de Blace pour se rendre en Serbie-Monténégro (par le Kosovo). »

2. La version des faits présentée par le gouvernement défendeur dans le cadre de la procédure devant la Cour

40. Le Gouvernement réitère sa version des faits telle que décrite aux paragraphes 37 et 39 ci-dessus. Il conteste que le requérant ait été détenu et maltraité par des agents de l'Etat à l'hôtel, puis remis à des agents de la CIA qui lui auraient infligé des sévices à l'aéroport de Skopje avant de le transférer dans une prison gérée par la CIA en Afghanistan. D'après le Gouvernement, c'est librement que l'intéressé est entré sur le territoire de l'Etat défendeur, y a séjourné et l'a quitté. Le requérant aurait été en contact avec des agents de l'Etat en une seule occasion, à savoir à son entrée sur le territoire de l'Etat défendeur le 31 décembre 2003, lorsque la validité de son passeport aurait été vérifiée. Il n'aurait eu aucun autre rapport avec des agents de l'Etat pendant tout son séjour dans l'Etat défendeur. Les investigations menées par le ministère de l'Intérieur démontreraient que le requérant a séjourné de son plein gré dans l'Etat défendeur du 31 décembre 2003 au 23 janvier 2004, date à laquelle il aurait librement quitté cet Etat en passant par le poste-frontière de Blace.

41. A l'appui de sa thèse, le Gouvernement a soumis copie des documents suivants : des extraits des registres officiels des postes-frontières de Tabanovce et Blace, un extrait du registre des clients de l'hôtel selon lequel le requérant avait occupé la chambre n° 11 du 31 décembre 2003 au 22 janvier 2004, et deux lettres de février 2006 dans lesquelles le directeur de l'hôtel communiquait au ministère de l'Intérieur les noms de six personnes qui avaient travaillé à l'hôtel pendant la période considérée et niait que quiconque eût séjourné contre son gré dans son hôtel. Le directeur précisait en outre que la personne dont la photographie figurait sur le site Internet de l'hôtel (paragraphe 17 ci-dessus) était M. Z.G., qui était joignable à l'hôtel. Le Gouvernement a également fourni une lettre datée du 3 février 2006 dans laquelle le ministère des Transports (précisément l'administration de l'aviation civile) informait le ministère de l'Intérieur que le 23 janvier 2004 un Boeing 737 en provenance de Palma de Majorque (Espagne), enregistré sous le numéro de vol N313P, avait été autorisé à atterrir à l'aéroport de Skopje, avait ensuite reçu l'autorisation (à 22 h 30) de décoller le même jour à destination de Kaboul (Afghanistan) puis, à 2 h 25 le 24 janvier 2004, avait été autorisé à partir pour Bagdad (Irak). Le Gouvernement a également produit copie des notes d'hôtel, que le requérant aurait réglées en espèces et, enfin, du rapport de police établi à l'occasion de l'arrestation du requérant au poste-frontière de Tabanovce le 31 décembre 2003. Selon ce document, le requérant a été retenu de 16 h 30 à 21 h 30 au poste-frontière. Le rapport n'expose pas les raisons de l'arrestation, mais comporte une annotation manuscrite incomplète d'après laquelle l'intéressé aurait été appréhendé sur la base du « tél. n° 9106 du 8 décembre 2003 ».

C. Les enquêtes internationales relatives à l'affaire du requérant

42. Les allégations de « remises extraordinaires » en Europe et d'implication de gouvernements européens dans ces opérations ont donné lieu à plusieurs enquêtes internationales. Les rapports correspondants évoquent le cas du requérant.

1. *L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : « l'enquête Marty »*

a) **Le rapport Marty de 2006**

43. Le rapport Marty de 2006 (paragraphe 37 ci-dessus) comporte notamment les passages suivants :

« A. **Projet de résolution**

(...)

7. Les informations et éléments de fait qui ont pu être recueillis jusqu'à ce jour, et qui encore sont en cours d'être dévoilés, indiquent clairement que les principaux éléments de cette « toile d'araignée » incluent notamment : un véritable réseau mondial de lieux de détention secrets dans des « sites noirs » de la CIA et dans des installations navales et militaires ; un programme de « restitutions » mis au point par la CIA, prévoyant le transfert d'un Etat à l'autre, à bord d'avions civils, des personnes soupçonnées de terrorisme ; l'utilisation de bases aériennes militaires et d'aéronefs pour transporter des prisonniers, considérés comme du fret humain, à Guantánamo Bay à Cuba ou vers d'autres centres de détention (...)

11. Les demandes d'informations sur la véritable nature et la portée de ces opérations illégales se sont heurtées à l'obstruction ou à une fin de non-recevoir de la part des Etats-Unis et de ses partenaires européens. Les autorités de la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe ont démenti leur participation dans de nombreux cas sans, toutefois, procéder à de véritables enquêtes ou à des recherches sérieuses.

(...)

C. Exposé des motifs

(...)

2.7.1. Les méthodes de la CIA ou quel est le sort réservé à un détenu durant sa « restitution » ?

(...) Pris dans leur ensemble, les cas évoqués dans ce rapport indiquent l'existence d'un véritable schéma rigoureusement préétabli de la restitution. Ces méthodes sont mises en œuvre par un groupe d'agents d'élite de la CIA, surentraînés et ultra disciplinés (...)

11. Conclusion

(...)

287. Si des preuves au sens classique du terme ne sont pas encore disponibles, de nombreux éléments, cohérents et convergents, indiquent que des centres secrets de détention et des transferts illégaux de détenus ont bel et bien existé en Europe. (...)»

44. L'aéroport de Skopje est décrit dans le rapport Marty de 2006 comme un « point d'embarquement ponctuel », c'est-à-dire un endroit qui servait, en dehors de toute démarche systématique, de lieu de rendez-vous pour la remise ou le transfert illégal d'un ou de plusieurs détenus.

45. Quant à l'affaire du requérant, le rapport Marty de 2006 énonce notamment ce qui suit :

« 3. Des exemples concrets documentés de « restitutions »

3.1. Khaled El-Masri

92. Nous nous sommes longuement entretenus avec M. El-Masri, qui a aussi témoigné publiquement pendant plusieurs heures devant la Commission temporaire

du Parlement européen. Nous considérons crédible le récit qu'il fait de sa détention en Macédoine et en Afghanistan, pendant presque cinq mois.

(...)

3.1.2. Éléments de corroboration du témoignage

102. Le récit de M. El-Masri est corroboré par de nombreux éléments de fait dont certains ne peuvent pas encore être rendus publics car ils ont été déclarés secrets, ou sont couverts par le secret de l'instruction en cours auprès du ministère public de Munich à la suite de la plainte de M. El-Masri pour enlèvement.

103. Les éléments qui sont déjà dans le domaine public sont cités dans le mémorandum précité soumis au tribunal en Virginie saisi par El-Masri :

- Les timbres apposés sur les passeports confirment l'entrée et la sortie de M. El-Masri de Macédoine, ainsi que sa sortie d'Albanie, aux dates en question ;
- Les tests scientifiques des follicules pileux de M. El-Masri, effectués au cours d'une enquête pénale menée par les magistrats allemands, accréditent le récit de M. El-Masri concernant sa détention dans un pays d'Asie du Sud et sa privation prolongée de nourriture ;
- D'autres preuves physiques, notamment le passeport de M. El-Masri, les deux tee-shirts que lui ont donnés ses ravisseurs américains en quittant l'Afghanistan, son ticket d'embarquement de Tirana à Francfort, et un certain nombre de clés que M. El-Masri a eues en sa possession pendant son épreuve, ont toutes été remises aux magistrats allemands ;
- Les registres de bord confirment qu'un Boeing civil possédé et affrété par (...) [les défendeurs en l'espèce – une entreprise de droit américain, Premier Executive Transportation Services Inc., filiale d'une autre entreprise américaine, Aero Contractors Limited], puis immatriculé N313P par la FAA [*Federal Aviation Administration* – l'administration fédérale de l'aviation américaine], a décollé de Palma de Majorque (Espagne) le 23 janvier 2004 et a atterri à l'aéroport de Skopje à 20 h 51 le même jour. Cet avion a quitté Skopje trois heures plus tard à destination de Bagdad puis de Kaboul, la capitale afghane [une base de données des mouvements aériens compilée à partir d'informations obtenues de diverses sources est annexée au rapport Marty de 2006] ;
- Des témoignages d'autres passagers présents à bord de l'autocar effectuant le trajet d'Allemagne en Macédoine confirment le récit de M. El-Masri de son arrestation à la frontière macédonienne ;
- Des photographies de l'hôtel de Skopje, où M. El-Masri a été séquestré pendant vingt-trois jours. Il a formellement identifié cet hôtel, sa chambre et un membre du personnel qui lui servait de la nourriture ;
- Des enregistrements géologiques confirment les souvenirs de M. El-Masri concernant des tremblements de terre de faible amplitude pendant sa détention en Afghanistan ;

- Des preuves de l'identité de « Sam », que M. El-Masri a formellement identifié sur des photographies et lors d'une séance d'identification. Des informations rapportées par des médias confirment qu'il s'agit d'un agent de renseignement allemand également lié à des services de renseignement étrangers ;

- Des plans de la prison afghane où il était détenu dessinés par M. El-Masri, confirmés par une autre victime d'une « restitution », détenue elle aussi par les Etats-Unis sur le territoire afghan ;

- Des photographies prises immédiatement au retour d'Allemagne de M. El-Masri, qui confirment la perte de poids et son état délabré.

(...)

113. Il serait facilement possible de mettre en évidence de nombreuses contradictions contenues dans la position officielle. Le ministre de l'Intérieur a déclaré, par exemple, que « le propriétaire de l'hôtel devait avoir une trace de la facture de M. El-Masri ». Cependant, le propriétaire de l'hôtel, répondant à plusieurs questions qui lui ont été posées à différentes occasions, a toujours dit que le registre avait été remis au ministre de l'Intérieur.

(...)

125. Tous ces éléments de fait indiquent que la CIA a procédé à une « restitution » de Khaled El-Masri. Selon ce que nous avons pu reconstituer, l'avion en question avait transféré un autre détenu deux jours auparavant, et il se trouvait encore sur le même « circuit de restitution ». L'avion et son équipage avaient passé la période entre les deux opérations à Palma de Majorque, que nous considérons, comme nous l'avons expliqué plus haut, comme une « plate-forme charnière » de la CIA dans le programme de « restitutions ». L'état de dégradation physique et morale auquel El-Masri a été réduit avant d'être contraint de monter à bord de l'avion en Macédoine correspond bien à la « méthodologie de restitution » de la CIA, comme décrite précédemment. Comme nous l'avons déjà indiqué, El-Masri a été acheminé à Kaboul, une « plate-forme de détention secrète » de la CIA dans le schéma que nous avons fait de la « toile d'araignée ».

(...)

127. Nous l'avons déjà dit et nous le répétons : l'analyse de tous les faits concernant cette affaire plaide en faveur de la crédibilité de El-Masri. Tout indique qu'il a été victime d'un enlèvement et de mauvais traitements qui correspondent à la définition de torture, au sens de la jurisprudence du Comité contre la torture des Nations unies (...)

b) Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe: second rapport (Doc. 11302 rev., 11 juin 2007 – «le rapport Marty de 2007»)

46. Dans son rapport du 11 juin 2007, le sénateur Marty formule notamment les considérations suivantes :

«5. Certains gouvernements européens ont fait et continuent de faire obstacle à la recherche de la vérité en invoquant la notion de «secret d'Etat». Le secret est invoqué pour ne pas fournir d'explications aux instances parlementaires ou pour empêcher les autorités judiciaires d'établir les faits et de poursuivre les responsables d'actes délictueux. (...) La même démarche a induit les autorités de l'ex-République yougoslave de Macédoine à cacher la vérité et à donner une version manifestement fausse concernant les agissements de ses propres agences nationales ainsi que de la CIA lorsqu'elles ont procédé à la détention secrète et à la « restitution » de Khaled El-Masri.

(...)

273. Nous estimons désormais avoir réussi à retracer en détail l'odyssée de K. El-Masri et [à] faire toute la lumière aussi sur son retour en Europe: si nous avons pu le faire, sans pouvoirs ni moyens, pourquoi les autorités compétentes ne l'ont[-elles] pas fait? Une seule explication est possible: elles n'ont aucun intérêt à ce que soit faite la vérité.

(...)

275. (...) Nous avons pu prouver l'implication de la CIA dans le transfert de M. El-Masri vers l'Afghanistan en établissant le lien entre le vol qui l'a amené là-bas – dans l'appareil N313P au départ de Skopje (l'ex-République yougoslave de Macédoine) vers Bagdad (Irak) puis Kaboul (Afghanistan), le 24 janvier 2004 – et le transfert connu d'un autre détenu auquel avait procédé la CIA à bord du même avion deux jours plus tôt, révélant ainsi l'existence du premier «circuit de restitution» (...)

276. A son arrivée en Afghanistan, M. El-Masri a été conduit dans un lieu de détention secrète de la CIA près de Kaboul et emprisonné dans une «petite cellule en béton, d'une saleté répugnante» durant plus de quatre mois. Dans ce laps de temps, la CIA a découvert que rien ne pouvait être retenu contre lui et que son passeport était authentique mais, pour une raison inexplicable, a retenu M. El-Masri au secret dans sa cellule sordide pendant plusieurs semaines après cela.

(...)

279. Aujourd'hui, j'estime être à même de reconstruire les circonstances du retour d'Afghanistan de Khaled El-Masri: il a quitté Kaboul (Afghanistan) le 28 mai 2004 à bord d'un avion Gulfstream affrété par la CIA, immatriculé N982RK, vers une base aérienne militaire en Albanie appelée Aérodrôme [Bezat-Kuçova].

(...)

314. La «version officielle» du séjour involontaire de M. El-Masri dans l'ex-République yougoslave de Macédoine est indéniablement devenue insoutenable (...)

2. Le Parlement européen: «l'enquête Fava»

47. Le 18 janvier 2006, le Parlement mit en place une Commission temporaire sur les remises extraordinaires et nomma M. Claudio Fava rapporteur, avec pour mandat d'enquêter sur l'existence alléguée de prisons

de la CIA en Europe. Cette commission tint 130 réunions et envoya des délégations dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, aux Etats-Unis, en Allemagne, au Royaume-Uni, en Roumanie, en Pologne et au Portugal.

48. La Commission établit l'existence d'au moins 1 245 vols affrétés par la CIA dans l'espace aérien européen entre la fin de 2001 et 2005. Pendant sa visite dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine », elle rencontra des fonctionnaires de haut rang.

49. Le 6 juillet 2006, le Parlement européen adopta une résolution sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers (2006/2027(INI), P6_TA(2006)0316), qui se lisait notamment ainsi :

« Le Parlement européen

(...)

19. [Le Parlement européen] condamne l'enlèvement par la CIA du ressortissant allemand Khaled El-Masri qui a été détenu en Afghanistan de janvier à mai 2004 et qui a fait l'objet de traitements dégradants et inhumains; fait par ailleurs observer que les soupçons selon lesquels Khaled El-Masri aurait, du 31 décembre 2003 au 23 janvier 2004, été emprisonné illégalement dans l'ex-République yougoslave de Macédoine avant d'avoir été transféré en Afghanistan dans la nuit du 23 au 24 janvier 2004, n'ont toujours pas été levés; juge insuffisantes, dans ce contexte, les mesures que l'ex-République yougoslave de Macédoine indique elle-même avoir prises pour élucider cette affaire (...)

42. condamne la détention illégale du ressortissant allemand Khaled El-Masri en Afghanistan pendant plus de quatre mois en 2004; déplore la réticence des autorités de l'ex-République yougoslave de Macédoine à admettre la présence et la probable détention de Khaled El-Masri à Skopje, avant sa restitution en Afghanistan par des agents de la CIA (...)

50. Le 30 janvier 2007 fut publié le rapport final sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers (2006/2200 (INI), doc. A6-0020/2007), qui constatait l'absence d'investigations approfondies par l'Etat défendeur et énonçait notamment les conclusions suivantes :

« Le Parlement européen

(...)

136. [Le Parlement européen] condamne la restitution extraordinaire du citoyen allemand Khaled El-Masri, enlevé au poste-frontière de Tabanovce, dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, le 31 décembre 2003, détenu illégalement à Skopje du 31 décembre 2003 au 23 janvier 2004, transporté en Afghanistan les 23 et 24 janvier 2004, où il a été détenu jusqu'en mai 2004 et soumis à des traitements dégradants et inhumains;

(...)

138. approuve pleinement les conclusions préliminaires du procureur munichois Martin Hofmann selon lesquelles aucun élément ne permet de réfuter la version des événements de Khaled El-Masri;

(...)»

51. Le rapport précisait également que «le concept d'«installation de détention secrète» englob[ait] non seulement les prisons, mais aussi tous les lieux où quelqu'un [était] détenu au secret, tels des appartements privés, des bureaux de police ou des chambres d'hôtel, comme dans le cas de Khaled El-Masri à Skopje».

3. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies: Observations générales concernant l'ex-République yougoslave de Macédoine, 3 avril 2008 (UN Doc. CCPR/CMKD/CO/2)

52. Dans le cadre de son examen périodique du respect par l'Etat partie du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, effectué pendant sa session de mars-avril 2008, le Comité des droits de l'homme des Nations unies «[prit] note de l'enquête menée par l'Etat partie et du fait qu'il ni[ait] toute implication dans la remise [du requérant], en dépit des allégations très détaillées ainsi que des préoccupations exprimées [dans les rapports Marty et Fava]». Dans ses observations, le Comité des droits de l'homme formulait la recommandation suivante:

14. «(...) L'Etat partie devrait envisager d'entreprendre une nouvelle enquête approfondie sur les allégations de M. [El]-Masri. Cette enquête devrait tenir compte de tous les éléments de preuve disponibles et être menée en coopération avec l'intéressé. (...)

53. Cette recommandation fut soutenue par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans son rapport publié le 11 septembre 2008 («Rapport de M. Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, sur sa visite dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, 25-29 février 2008»).

4. La Commission interaméricaine des droits de l'homme: la requête présentée par le requérant contre les Etats-Unis

54. Le 9 avril 2008, le requérant saisit la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Le 23 août 2009, celle-ci transmet la requête au gouvernement américain pour observations. Aucune autre information n'a été donnée concernant cette procédure.

D. Les procédures pertinentes conduites devant des autorités nationales autres que celles de l'Etat défendeur

1. Les enquêtes menées en Allemagne

a) L'enquête des autorités de poursuite allemandes

55. En 2004, à une date non précisée, le parquet de Munich ouvrit une enquête sur les allégations du requérant selon lesquelles celui-ci avait été illégalement enlevé, détenu, soumis à des sévices physiques et psychologiques et interrogé dans l'ex-République yougoslave de Macédoine et en Afghanistan. Selon le requérant, un certain nombre de mesures d'enquête furent prises, dont l'audition de témoins oculaires, lesquels auraient confirmé que l'intéressé s'était rendu en bus dans l'ex-République yougoslave de Macédoine à la fin de 2003 et qu'il avait été incarcéré peu après son entrée sur le territoire de cet Etat.

56. Une analyse des isotopes radioactifs dans les follicules pileux du requérant fut en outre effectuée. Une expertise datée du 17 janvier 2005 concluait notamment ainsi :

« (...) Il est très probable que les variations observées dans les signatures isotopiques ci-jointes [mesurées dans les follicules pileux du requérant] correspondent bien aux déclarations [de l'intéressé]. »

57. D'après la première commission d'enquête du Parlement fédéral (Bundestag) allemand (voir ci-dessous), l'analyse radio-isotopique confirmait également que le requérant était passé par deux grèves de la faim.

58. Le 31 janvier 2007, le procureur de Munich émit des mandats d'arrêt à l'encontre de treize agents de la CIA à raison de leur implication dans la remise alléguée du requérant. Les noms des personnes recherchées ne furent pas rendus publics. L'identité des agents de la CIA aurait été établie par les autorités espagnoles au cours de leurs investigations concernant l'utilisation des aéroports espagnols par la CIA puis communiquée au procureur allemand.

b) L'enquête de la commission parlementaire allemande

59. Le 7 avril 2006, le Bundestag institua la première commission d'enquête de la seizième période législative (« la commission d'enquête ») et lui donna pour mandat d'examiner les activités des services secrets. Pendant son enquête, qui dura trois ans, la commission tint 124 sessions au total, mena des investigations dans 7 domaines distincts et entendit 141 témoins, dont le requérant. Ses conclusions furent publiées le 18 juin 2009.

60. Le rapport de la commission d'enquête, qui compte 1 430 pages au total, comporte notamment les passages suivants :

« (...) Le récit de M. Khaled El-Masri sur son emprisonnement en Macédoine et en Afghanistan est crédible en ce qui concerne les principaux événements ayant marqué sa détention en Macédoine et son transfert en Afghanistan, ainsi que sa séquestration dans ce pays par les forces américaines. Des doutes subsistent cependant sur certains aspects spécifiques de son récit.

L'enquête de police menée par les forces de l'ordre souabes, avec l'assistance du BKA (*Bundeskriminalamt*) – Office fédéral de la police judiciaire) accrédite la version des faits de M. Khaled El-Masri. Son voyage en Macédoine le 31 décembre 2003 a été confirmé par des témoins. Le récit que fait M. Khaled El-Masri de son transfert de Macédoine en Afghanistan par les forces américaines concorde avec les informations données ultérieurement par d'autres victimes des excès de la « guerre contre la terreur » menée par le gouvernement américain à cette époque. L'enregistrement des mouvements d'un Boeing 737 américain affrété par la compagnie aérienne « Aero-Contractors » – présumée appartenir à la CIA –, qui s'est rendu de Majorque à Skopje le 23 janvier 2004 et a ensuite continué sur Kaboul, cadre avec les informations temporelles données par M. Khaled El-Masri sur la durée de sa séquestration dans un hôtel en Macédoine (...)

Tous ces éléments viennent confirmer les profonds doutes de la commission quant à la version officielle des faits fournie par les autorités macédoniennes (...) Criant à la campagne médiatique diffamatoire, le gouvernement macédonien continue de nier que l'intéressé a été détenu dans cet hôtel puis transféré en Afghanistan. Cette version officielle est manifestement inexacte. Il faut bien reconnaître au contraire que des éléments convaincants viennent corroborer le récit de M. Khaled El-Masri quant au déroulement de son arrestation et de son transfert hors du pays (...) » (p. 353)

61. Selon le rapport, des doutes subsistaient relativement au but véritable du voyage du requérant à Skopje, et des divergences importantes avaient été relevées dans les déclarations de l'intéressé concernant les interrogatoires qu'il disait avoir subis dans l'ex-République yougoslave de Macédoine et en Afghanistan, en particulier quant à l'origine allemande supposée de « Sam ».

2. L'action judiciaire engagée aux Etats-Unis

62. Le 6 décembre 2005, l'Union américaine pour les libertés civiles (*American Civil Liberties Union* – ACLU) saisit au nom du requérant le tribunal fédéral du district oriental de Virginie d'une plainte dirigée contre plusieurs défendeurs, notamment l'ancien directeur de la CIA, George Tenet, et des agents non identifiés de la CIA. Dans cette plainte, le requérant alléguait avoir été privé de sa liberté en l'absence de toute procédure judiciaire et se plaignait en vertu de la loi sur la responsabilité délictuelle applicable aux étrangers (*Alien Tort Statute* – ATS) de violations des normes

juridiques internationales interdisant la détention arbitraire prolongée et les traitements cruels, inhumains ou dégradants.

63. En mai 2006, le tribunal de district rejeta la plainte du requérant, estimant que le gouvernement américain avait valablement opposé le secret d'Etat. Selon le tribunal de district, l'intérêt de l'Etat à préserver les secrets d'Etat primait l'intérêt individuel du requérant à obtenir justice. Cette décision fut confirmée en appel par la cour d'appel américaine du quatrième circuit. En octobre 2007, la Cour suprême refusa d'examiner l'affaire.

E. Les procédures engagées dans l'ex-République yougoslave de Macédoine concernant l'arrestation, la détention et les mauvais traitements dont le requérant aurait été victime

1. La procédure devant le service du contrôle interne et des normes professionnelles (« le SCNP ») du ministère de l'Intérieur

64. En 2005, le SCNP du ministère de l'Intérieur mena une enquête interne sur les allégations du requérant. Celui-ci ne fut ni invité à produire des éléments devant le SCNP ni informé de l'issue de l'enquête. Les conclusions des enquêteurs ne lui furent pas communiquées mais furent transmises aux représentants de l'Union européenne dans l'Etat défendeur (paragraphe 39 ci-dessus).

65. Après que la présente affaire eut été portée à sa connaissance, le Gouvernement soumit à la Cour copie de deux rapports rendus par le SCNP le 20 mars 2006 et le 10 avril 2008. Ceux-ci avaient été élaborés à la demande du service du parquet chargé de la lutte contre le crime organisé et la corruption, à la suite de deux demandes distinctes d'entraide judiciaire présentées le 9 mai 2005 et le 13 novembre 2007 par le parquet de Munich qui, à l'époque, enquêtait sur la plainte pénale qui avait été déposée par le requérant en Allemagne. Les rapports, qui donnaient des faits litigieux une version rejoignant celle, décrite ci-dessus, donnée par le Gouvernement devant la Cour, indiquaient qu'après son arrivée au poste-frontière de Tabanovce le 31 décembre 2003, le requérant avait été détenu dans les locaux du poste-frontière de 16 h 30 à 21 h 30 et interrogé par la police macédonienne pour possession alléguée d'un faux passeport. Après sa libération, l'intéressé avait séjourné à l'hôtel, dans la chambre n° 11. Il avait réglé sa note d'hôtel et quitté le territoire de l'Etat défendeur en franchissant la frontière à pied au poste-frontière de Blace le 23 janvier 2004 à 18 h 20. Par ailleurs, le chef de l'époque de l'UBK, service dépendant du ministère de l'Intérieur, n'avait jamais reçu aucune gratification d'une agence étrangère, notamment de la CIA. Les rapports concluaient que ni le requérant ni

personne d'autre n'avait été détenu à l'hôtel et interrogé par des agents du ministère de l'Intérieur.

66. Dans le cadre desdites investigations, le ministère de l'Intérieur soumit à la procureure macédonienne les documents mentionnés plus haut (paragraphe 41 ci-dessus).

2. La procédure pénale dirigée contre des membres non identifiés des forces de l'ordre

67. Le 6 octobre 2008, agissant par l'intermédiaire de son représentant légal, M^e F. Medarski, le requérant saisit le parquet de Skopje d'une plainte pénale dirigée contre des membres non identifiés des forces de l'ordre pour détention et enlèvement illégaux, infractions réprimées par l'article 140 du code pénal. Dans sa plainte, l'intéressé invoquait également les articles 142 et 143 du code pénal, estimant avoir été victime de torture ou d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. A sa plainte se trouvaient annexés une copie d'une déclaration sous serment qu'il avait faite dans le cadre de son procès aux Etats-Unis ainsi que les éléments suivants : une copie de son passeport ; les extraits pertinents des rapports Marty de 2006 et de 2007 et du rapport de l'enquête Fava ; une copie des registres de bord pertinents ; une lettre des autorités de l'aéroport de Skopje datée du 18 juin 2008 (écrite en réponse à une demande d'information du requérant) attestant que, le 23 janvier 2004, un Boeing 737 enregistré par la FAA sous le numéro N313P avait atterri à l'aéroport de Skopje sans passager et avait redécollé le 24 janvier 2004 avec un seul passager à bord ; une version traduite de l'expertise relative aux follicules pileux du requérant ; et des croquis de la chambre d'hôtel où l'intéressé disait avoir été détenu. La photographie du serveur supposé avoir apporté des repas au requérant ne figurait pas parmi les éléments soumis à la procureure, car « le requérant n'a[vait] pas été en mesure d'en faire une photocopie à l'époque des faits et la photographie avait disparu du site web de l'hôtel ». Le requérant soutenait également que, pendant sa détention au poste-frontière de Tabanovce et à l'hôtel Skopski Merak, on lui avait refusé le droit de prendre contact avec sa famille, avec un avocat de son choix ou avec un représentant de l'ambassade d'Allemagne.

68. Le 13 octobre 2008, la procureure demanda au ministère de l'Intérieur d'entreprendre des investigations concernant les allégations du requérant, et notamment de fournir des informations concrètes au sujet de ce qui s'était passé au poste-frontière de Tabanovce, à l'hôtel et à l'aéroport de Skopje, en vue de l'établissement de la vérité.

69. Le 7 novembre 2008, le SCNP réitéra ses constatations antérieures et confirma que l'ensemble des documents avaient déjà été soumis au parquet (paragraphe 41 et 65 ci-dessus).

70. Le 18 décembre 2008, la procureur rejeta la plainte pénale du requérant pour défaut de fondement. Invoquant les informations soumises par le SCNP, il conclut que rien ne prouvait que des fonctionnaires non identifiés eussent commis les crimes allégués. Selon le requérant, cette décision lui fut notifiée le 22 novembre 2010.

71. Le Gouvernement confirme qu'au cours de l'enquête la procureure n'entendit ni le requérant ni les employés qui travaillaient à l'hôtel pendant la période considérée et qu'aucune mesure ne fut prise pour établir l'objet de l'atterrissage de l'avion évoqué dans la lettre des autorités de l'aéroport de Skopje datée du 18 juin 2008 et jointe à la plainte pénale déposée par le requérant (paragraphe 67 ci-dessus). Il explique que les investigations du ministère de l'Intérieur avaient permis de réfuter les allégations selon lui invraisemblables du requérant et avaient ainsi rendu inutiles les mesures précitées. Il ajoute qu'au cours des enquêtes menées en 2006 le ministère avait déjà interrogé les personnes qui travaillaient à l'hôtel à l'époque des faits (paragraphe 41 et 65 ci-dessus) et que celles-ci avaient fait des dépositions cohérentes. Selon lui, aucune trace écrite de ces dépositions n'avait toutefois été conservée.

3. La procédure civile en dommages-intérêts

72. Le 24 janvier 2009, M^e F. Medarski engagea au nom du requérant une procédure civile en dommages-intérêts contre l'Etat et le ministère de l'Intérieur à raison de l'enlèvement et des mauvais traitements dont son client affirmait avoir été victime. L'action se fondait sur les articles 141 et 157 de la loi sur les obligations (paragraphe 91 et 92 ci-dessous). Le requérant réclamait 3 millions de denars macédoniens (soit environ 49 000 euros) pour le préjudice moral qu'il disait être résulté de ses souffrances physiques et morales et de la peur d'être tué pendant sa détention. Il se plaignait de nouveau de n'avoir pas été autorisé à établir quelque contact que ce fût avec le monde extérieur. Selon lui, le fait que sa famille n'eût disposé d'aucune information sur son sort avait aggravé ses souffrances morales, portant une atteinte distincte à sa vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Il ajoutait que pareilles actions de la part d'agents de l'Etat emportaient violation des articles 3, 5 et 8 de la Convention européenne. Pour compléter les éléments soumis à l'appui de sa plainte pénale (paragraphe 67 ci-dessus), il demandait aux tribunaux civils de l'entendre et d'ordonner qu'il fût soumis à une expertise psychologique.

73. Le Gouvernement a indiqué à la Cour que seize audiences avaient jusqu'à présent été fixées devant le tribunal de première instance de Skopje.

De nombreux ajournements auraient été ordonnés du fait de l'absence du requérant, détenu en Allemagne pour une autre infraction. L'affaire serait toujours pendante devant le tribunal de première instance.

F. Autres éléments de preuve produits devant la Cour

1. La déposition sous serment du 4 mars 2010

74. M. H.K., qui fut ministre de l'Intérieur de l'ex-République yougoslave de Macédoine de novembre 2002 à mai 2004, et Premier ministre de juin à novembre 2004, fit une déposition écrite, certifiée devant notaire le 4 mars 2010, dans laquelle il déclarait notamment ce qui suit :

« (...)

5. J'affirme que pendant mon mandat de ministre de l'Intérieur, en décembre 2003 et janvier 2004, des agents macédoniens appartenant à l'UBK, agissant sous mon autorité ministérielle et sous la supervision directe du chef de l'UBK d'alors, procédèrent à l'arrestation d'un homme qui voyageait avec un passeport allemand sous le nom de Khaled El-Masri.

6. M. Khaled El-Masri chercha à entrer en Macédoine dans un bus en provenance d'Allemagne le 31 décembre 2003. Il fut arrêté par des policiers macédoniens au poste-frontière de Tabanovce, à la frontière avec la Serbie. Il fut invité à descendre du bus et retenu au poste-frontière car la police le soupçonnait de voyager sous une fausse identité.

7. Nos agents de liaison de l'UBK avertirent leurs interlocuteurs des services de renseignement américains de l'arrivée de M. Khaled El-Masri; on leur répondit que cet homme était soupçonné d'appartenir à la mouvance du terrorisme islamique. La Macédoine reçut des Etats-Unis un mandat international valable dirigé contre M. Khaled El-Masri, ainsi qu'une demande officielle d'incarcération de celui-ci.

8. Conformément à la demande américaine, le gouvernement macédonien accepta de détenir M. El-Masri jusqu'à ce qu'il pût être remis aux autorités américaines pour être interrogé. En tant que ministre de l'Intérieur, je fus informé des actions de l'UBK, que j'autorisai d'emblée, même si je ne fus pas impliqué au niveau opérationnel. J'assurai également la liaison avec nos homologues américains au nom du gouvernement macédonien.

9. M. El-Masri fut détenu pendant un certain temps, secrètement et sans incident, dans un endroit de Skopje, sous la surveillance constante d'agents de l'UBK.

10. M. El Masri n'était pas considéré comme une menace pour la Macédoine et ne présentait aucune valeur pour les services de renseignement macédoniens. S'il n'avait tenu qu'à nous, nous l'aurions relâché. Toutefois, nous exécutâmes loyalement le mandat reçu de nos homologues américains, qui nous indiquèrent qu'ils enverraient

un avion et une équipe d'agents de la CIA en Macédoine pour s'assurer de la personne de M. El-Masri et l'emmenner en avion hors du pays. Voyant le temps passer, j'indiquai à nos homologues américains que la Macédoine se verrait contrainte de relâcher M. El-Masri si la remise de l'intéressé ne pouvait pas s'opérer rapidement.

11. Finalement, dans la journée du 23 janvier 2004, M. El-Masri fut livré à une «équipe de remise» de la CIA à l'aéroport de Skopje et emmené hors de Macédoine dans un avion de la CIA.

12. Toute l'opération fut soigneusement consignée du côté macédonien par le personnel de l'UBK, qui relève du ministère de l'Intérieur. Les documents furent mis en sécurité et devraient être conservés dans les archives du ministère. Je n'en connais pas exactement le contenu mais je sais que les dossiers pertinents ne furent pas détruits pendant la période où j'étais ministre de l'Intérieur.

13. Quelques jours après le départ de M. El-Masri, je reçus un rapport final sur l'opération par la voie hiérarchique ordinaire du ministère de l'Intérieur. D'après mes souvenirs, ce rapport indiquait que la Macédoine avait fidèlement respecté les termes d'un mandat international légitime concernant M. El-Masri. La Macédoine a agi conformément à ses lois et procédures nationales régissant les activités du ministère de l'Intérieur.

14. La Macédoine a vu sa réputation de partenaire fiable dans la lutte mondiale contre le terrorisme renforcée par la manière dont l'opération a été conduite. Nos partenaires américains se sont félicités du traitement de cette affaire par la Macédoine.

15. Je sais que les autorités américaines relâchèrent M. El-Masri sans retenir aucune charge contre lui, après plusieurs mois de détention. La situation dans laquelle M. El-Masri s'est retrouvé est apparemment résultée d'une erreur. Je maintiens que si une erreur a été commise dans son affaire, elle n'est pas imputable à la Macédoine, et je ne crois pas qu'en l'espèce on puisse reprocher aux autorités macédoniennes une quelconque intention de lui nuire.

16. Je sais que M. El-Masri a porté son affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg. Je déclare expressément faire la présente déposition exclusivement aux fins des délibérations de la Cour sur la requête de M. El-Masri, et je précise qu'elle ne peut être utilisée dans le cadre d'investigations visant des particuliers.

(...)

18. Je déclare solennellement sur l'honneur et en conscience que les éléments exposés dans la présente déposition représentent la vérité, toute la vérité et rien que la vérité.»

2. *L'expertise sur l'affaire du requérant soumise par M. J.G.S.*

75. Ressortissant britannique, M. J.G.S. est juriste et enquêteur de profession. Nommé conseiller du sénateur Dick Marty dans le cadre de l'enquête Marty et membre de l'enquête Fava, il participa aux missions d'établissement des faits dans l'ex-République yougoslave de Macédoine,

assista à des réunions organisées au plus haut niveau dans cet Etat et eut des contacts avec des sources proches du gouvernement et des services de renseignement. Il discuta en outre de l'affaire du requérant avec des fonctionnaires gouvernementaux de l'ex-République yougoslave de Macédoine et d'autres Etats ainsi qu'avec des représentants d'organisations non gouvernementales. Il interrogea également le requérant à plusieurs reprises en 2006, ainsi que d'autres témoins. A la demande de l'organisation Open Society Justice Initiative, il soumit le 28 mars 2011 une expertise de soixante-deux pages dans laquelle il détaillait les constatations factuelles auxquelles avaient abouti ses investigations sur le cas d'espèce. Le rapport se fondait sur une « quantité considérable de dépositions, de documents et d'autres éléments matériels versés à l'origine au dossier de l'affaire du requérant », dont la plupart avaient été fournis par des personnes qui avaient demandé l'anonymat, eu égard au caractère confidentiel et sensible de la question. M. J.G.S. y indiquait que le gouvernement « a[vait] classé « top secret » toutes les pièces de ses dossiers qui [étaient] de nature à permettre de faire la lumière sur cette affaire » (paragraphe 21 du rapport). Il précisait qu'il s'était rendu à plusieurs reprises au poste-frontière de Tabanovce, à l'hôtel et à l'aéroport de Skopje, et qu'il avait interrogé « des témoins et d'autres sources ayant directement participé ou assisté aux événements [en question] ». Il donnait des informations détaillées sur les points suivants : l'arrivée du requérant sur le territoire de l'Etat défendeur, la chronologie des événements au poste-frontière de Tabanovce et les mesures prises à l'égard de l'intéressé par la police des frontières macédonienne, l'intervention de l'UBK à Tabanovce et l'interrogatoire du requérant mené sur place, les liens entre l'UBK et la CIA et l'atterrissage, l'itinéraire et les horaires du vol affrété par la CIA qui était censé avoir été utilisé pour le transfert du requérant à partir de l'aéroport de Skopje. Il relevait qu'après l'arrivée des agents de l'UBK au poste-frontière de Tabanovce les autorités macédoniennes « [avaient] pris des dispositions méticuleuses et de grande ampleur (...) pour dissimuler tout fait sortant de l'ordinaire – notamment des entorses aux lois et procédures macédoniennes – ayant pu affecter M. El-Masri lorsqu'il s'était trouvé aux mains des agents macédoniens ». Il se disait « frappé par la minutie dont [avaient] fait preuve les autorités macédoniennes, qui [avaient] tenté de camoufler ou de compromettre pratiquement toutes les possibilités d'investigations indépendantes qui auraient pu être utilisées pour l'établissement de la vérité sur les événements en cause » (paragraphe 141 du rapport).

3. *Les déclarations du Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme (European Centre for Constitutional and Human Rights – ECCHR)*

76. Le requérant a soumis à la Cour deux rapports exposant les observations du ECCHR sur le rapport de la première commission d'enquête du Bundestag (paragraphe 59-61 ci-dessus), des câbles envoyés par l'ambassade américaine (paragraphe 77 ci-dessous) et les mandats d'arrêt émis par le parquet de Munich (paragraphe 58 ci-dessus).

4. *Les câbles diffusés par WikiLeaks*

77. Le requérant a produit devant la Cour plusieurs câbles diplomatiques dans lesquels les missions diplomatiques américaines dans l'Etat défendeur, en Allemagne et en Espagne rendent compte au Secrétariat d'Etat américain de l'affaire du requérant et/ou des vols prétendument affrétés par la CIA ainsi que des investigations menées en Allemagne et en Espagne (câble 06SKOPJE105 du 2 février 2006; câble 06SKOPJE118 du 6 février 2006; câble 07BERLIN242 du 6 février 2006; câble 06MADRID1490 du 9 juin 2006; et câble 06MADRID3104 du 28 décembre 2006). Ces câbles ont été diffusés en 2010 par WikiLeaks (décrit par la BBC le 7 décembre 2010 comme un « site Internet lanceur d'alerte »).

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. La Constitution (*Устав*) de 1991

78. Aux termes de l'article 12 §§ 1, 2 et 4 de la Constitution, le droit à la liberté est irrévocable. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf en exécution d'une décision judiciaire et dans les cas et selon les procédures prévus par la loi. Tout détenu doit être traduit immédiatement, et en aucun cas plus de vingt-quatre heures après son incarcération, devant un tribunal qui doit statuer sans délai sur la légalité de sa détention.

B. Le code pénal (*Кривичен законик*)

1. *Prescription des poursuites pénales*

79. En vertu de l'article 107 § 1, alinéa 4, du code pénal, la poursuite des infractions passibles d'une peine d'emprisonnement de plus de trois ans se prescrit par un délai de cinq ans à compter de la commission de l'infraction.

2. Ecoulement et suspension du délai de prescription

80. En application de l'article 108 § 3, toute mesure procédurale prise en vue de la poursuite de l'auteur d'une infraction interrompt l'écoulement du délai de prescription.

3. Privation illégale de liberté

81. L'article 140 du code pénal énonce que quiconque, en violation de la loi, maintient en détention ou en captivité une autre personne, ou restreint d'une autre manière la liberté de mouvement d'autrui, est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement de un an. Tout fonctionnaire qui prive illégalement autrui de sa liberté est passible d'une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans.

4. Torture

82. L'article 142 du code pénal punit les actes de torture d'une peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans.

5. Mauvais traitements infligés dans le cadre de fonctions officielles

83. D'après l'article 143 du code pénal, quiconque, dans l'exercice de ses fonctions officielles, maltraite, intimide, insulte ou, de manière générale, inflige à une autre personne un traitement propre à rabaisser sa dignité humaine ou sa personnalité est passible d'une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans.

C. La loi de 1997 sur la procédure pénale (*Закон за кривичната постапка*), dans sa version en vigueur à l'époque des faits

84. L'article 3 de cette loi prévoyait que quiconque était convoqué, arrêté ou détenu devait être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprenait, des raisons de sa convocation, de son arrestation ou de sa détention, ainsi que de ses droits au titre de la loi. La personne concernée ne pouvait être contrainte de faire des déclarations. Tout suspect, c'est-à-dire toute personne accusée d'une infraction, devait être d'emblée clairement informé de son droit de garder le silence, de consulter un avocat, de bénéficier de la présence d'un avocat de son choix pendant son interrogatoire, et d'informer un tiers de sa détention. Un détenu devait être traduit à bref délai, et en aucun cas plus de vingt-quatre heures après son incarcération, devant un juge habilité à statuer sur la légalité de sa détention.

85. Selon l'article 16 de la loi, les poursuites pénales étaient ouvertes sur requête d'un procureur habilité à cet effet. Dans les affaires se rapportant à

des infractions passibles de poursuites par l'Etat, d'office ou à la demande de la partie lésée, le procureur habilité était le parquet, alors que dans les affaires relatives à des infractions susceptibles uniquement d'accusations privées il s'agissait de l'accusateur privé. Si le parquet estimait que rien ne justifiait l'ouverture ou le maintien de poursuites pénales, la victime, agissant alors comme procureur subsidiaire, pouvait se substituer à lui dans le respect des conditions prévues par la loi.

86. De l'article 56 §§ 1, 2 et 4 de la loi il ressortait notamment que lorsqu'un procureur public jugeait qu'il n'y avait pas lieu d'exercer l'action publique relativement à une infraction passible de poursuites par l'Etat il devait notifier sa décision à la victime dans un délai de huit jours, en l'informant qu'elle pouvait elle-même engager des poursuites. La victime disposait pour ce faire d'un délai de huit jours à compter de la réception de la notification du procureur. Toute victime qui n'avait pas été informée de la décision du procureur pouvait, dans un délai de trois mois après le rejet de sa plainte par le procureur, présenter une demande écrite au tribunal compétent aux fins de reprendre les poursuites.

87. Aux termes de l'article 144 de la loi, le procureur devait rejeter une plainte pénale si, entre autres, rien ne permettait de conclure qu'une infraction avait été commise. Le procureur devait notifier à la victime le rejet de sa plainte et les raisons justifiant ce rejet dans un délai de huit jours (article 56 de la loi). Une modification de cette disposition, adoptée en octobre 2004, précisait que le parquet devait communiquer à la victime copie de la décision rejetant sa plainte pénale, en lui indiquant qu'elle avait le droit d'engager elle-même des poursuites dans un délai de huit jours. Dans les cas d'insuffisance des preuves ou de plaintes déposées contre X, le parquet s'adressait normalement au ministère de l'Intérieur pour obtenir des informations. Il pouvait en demander également à toute autre personne susceptible de contribuer à l'établissement des faits.

88. L'article 184 précisait les motifs de mise en détention provisoire.

89. L'article 185 énonçait que la mise en détention provisoire était ordonnée par un juge d'instruction. La personne détenue avait vingt-quatre heures pour contester cette ordonnance devant un comité de trois juges, qui disposait de quarante-huit heures pour statuer sur le recours.

90. L'article 188 § 2 prévoyait que les fonctionnaires du ministère de l'Intérieur pouvaient, sans avoir besoin d'obtenir une ordonnance judiciaire, arrêter toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction passible de poursuites en application de la loi. La personne arrêtée devait être traduite à bref délai devant un juge d'instruction. Conformément à l'article 188 § 3, et par exception à la règle générale, les fonctionnaires du ministère pouvaient

appréhender une personne dont il était nécessaire d'établir l'identité ou de vérifier l'alibi, ou s'il existait d'autres motifs justifiant une recherche d'informations en vue de permettre l'ouverture d'une procédure contre un tiers. Aux termes de l'alinéa 4 de l'article 188, les informations visées à l'article 3 de la loi devaient être communiquées à la personne arrêtée. L'article 188 § 6 stipulait qu'une détention au titre de l'article 188 § 3 ne pouvait pas excéder vingt-quatre heures. Le fonctionnaire du ministère devait ensuite soit libérer la personne arrêtée soit agir conformément à l'article 188 § 2.

D. La loi sur les obligations (*Закон за облигационите односи*)

91. L'article 141 de la loi sur les obligations définit les différents motifs pouvant fonder une demande civile d'indemnisation.

92. D'après l'article 157, la responsabilité d'un employeur est engagée en cas de dommage causé par son employé dans l'exercice de ses fonctions ou en rapport avec celles-ci. La victime peut demander réparation directement à l'employé si le dommage a été causé intentionnellement. L'employeur peut se retourner contre l'employé et lui réclamer le montant qu'il a dû octroyer à la victime à titre d'indemnisation en cas de dommage causé par l'employé de manière intentionnelle ou par négligence.

III. TEXTES DE DROIT INTERNATIONAL ET AUTRES DOCUMENTS PUBLICS PERTINENTS

A. Documents juridiques internationaux

1. La Convention de Vienne sur les relations consulaires, faite à Vienne le 24 avril 1963 et entrée en vigueur le 19 mars 1967

93. L'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, en ses passages pertinents en l'espèce, se lit ainsi :

Article 36

Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi

« 1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité :

(...)

b. Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication

adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa (...)»

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)

94. Les dispositions pertinentes de ce pacte, adopté le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976, sont ainsi libellées :

Article 4

« (...) »

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

(...) »

Article 7

« 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. »

Article 9

« 1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui.

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement.

4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation. »

3. *La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*

95. Les dispositions pertinentes en l'espèce de cette convention, adoptée le 20 décembre 2006 et entrée en vigueur le 23 décembre 2010 – et qui a été signée, mais non ratifiée, par l'Etat défendeur –, sont les suivantes :

Article premier

« 1. Nul ne sera soumis à une disparition forcée.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée. »

Article 2

« Aux fins de la présente Convention, on entend par « disparition forcée » l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi. »

Article 3

« Tout Etat partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements définis à l'article 2, qui sont l'œuvre de personnes ou de groupes de personnes agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, et pour traduire les responsables en justice. »

Article 4

« Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal. »

4. *Le Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants – le Protocole d'Istanbul, publié en 1999 par le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme*

96. Le passage pertinent de ce manuel est ainsi libellé :

« 80. Les victimes présumées de torture ou de mauvais traitements et leurs représentants légaux sont informés de toute audition qui pourrait être organisée, ont la possibilité d'y assister et ont accès à toute information touchant l'enquête ; ils peuvent produire d'autres éléments de preuve. »

5. *Les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adoptés par la Commission du droit international le 3 août 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II*

97. Ces articles, en leurs passages pertinents, se lisent ainsi :

Article 7

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

«Le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions.»

Article 14

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

«1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.»

Article 15

Violation constituée par un fait composite

«1. La violation d'une obligation internationale par l'Etat à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.

2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale.»

Article 16

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

«L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

a) Ledit Etat agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet Etat.»

6. *Le rapport soumis le 2 juillet 2002 à l'Assemblée générale des Nations unies par le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (A/57/173)*

98. Le passage pertinent de ce rapport se lit ainsi :

«35. Enfin, le Rapporteur spécial aimerait demander à tous les Etats de veiller à ce qu'en aucun cas les personnes qu'ils ont l'intention d'extrader, pour qu'elles répondent du chef de terrorisme ou d'autres chefs, ne soient livrées, à moins que le gouvernement du pays qui les reçoit ne garantisse de manière non équivoque aux autorités qui extradent les intéressés que ceux-ci ne seront pas soumis à la torture ou à aucune autre forme de mauvais traitement lors de leur retour et qu'un dispositif a été mis en place afin de s'assurer qu'ils sont traités dans le plein respect de la dignité humaine.»

7. *La Résolution n° 1433 (2005), Légalité de la détention de personnes par les Etats-Unis à Guantánamo Bay, adoptée le 26 avril 2005 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*

99. Cette résolution, en ses passages pertinents, est ainsi libellée :

«7. Sur la base d'une analyse approfondie des éléments juridiques et factuels produits par ces sources et d'autres sources fiables, l'Assemblée conclut que les circonstances entourant la détention de personnes à Guantánamo Bay par les Etats-Unis présentent des illégalités et ne se conforment pas au principe de l'Etat de droit, pour les motifs suivants :

(...)

vii. en pratiquant la « restitution », c'est-à-dire le transfert de personnes vers d'autres pays, en dehors de toute procédure judiciaire, aux fins d'interrogatoire ou de détention, les Etats-Unis ont autorisé que les détenus soient soumis, dans d'autres pays, à la torture et à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, en violation de l'interdiction de non-refoulement (...)

8. *La Résolution n° 1463 (2005), Disparitions forcées, adoptée le 3 octobre 2005 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*

100. Les passages pertinents de cette résolution se lisent ainsi :

«1. Le terme de « disparition forcée » recouvre la privation de liberté, le refus de reconnaître cette privation de liberté ou de révéler le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve, et la soustraction de la personne à la protection de la loi.

2. L'Assemblée parlementaire condamne catégoriquement la disparition forcée, qu'elle considère comme une violation très grave des droits de l'homme, au même titre que la torture et le meurtre, et elle constate avec préoccupation que, même en Europe, ce fléau humanitaire continue de sévir.»

9. La Résolution 60/148 sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 16 décembre 2005 par l'Assemblée générale des Nations unies

101. Les passages pertinents de cette résolution se lisent ainsi :

« L'Assemblée générale :

(...)

11. *Rappelle* à tous les Etats qu'une période prolongée de mise au secret ou de détention dans des lieux secrets peut faciliter la pratique de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et peut en soi constituer un tel traitement, et demande instamment à tous les Etats de respecter les garanties concernant la liberté, la sécurité et la dignité de la personne. »

10. L'Avis n° 363/2005 sur les obligations légales internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers, adopté le 17 mars 2006 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)

102. Les passages pertinents de cet avis de la Commission de Venise se lisent comme suit :

« 30. En ce qui concerne la terminologie utilisée pour désigner le transfert irrégulier et la détention de prisonniers, la Commission de Venise note que le terme « restitution » est fréquemment utilisé dans le débat public. Il ne s'agit pas d'un terme de droit international. Il s'emploie lorsqu'un Etat place une personne soupçonnée d'être impliquée dans une infraction grave (un acte terroriste par exemple) en détention dans un autre Etat. Il désigne également le transfert d'une telle personne en vue de sa détention sur le territoire du premier Etat, ou dans un lieu relevant de sa compétence, ou dans un Etat tiers. La « remise » est donc un terme général qui désigne plus le résultat – la mise en détention d'une personne suspectée – que les moyens. La légalité d'une « remise » dépendra de la législation des Etats concernés et des règles applicables du droit international, notamment le droit international des droits de l'homme. Cela étant, une « remise » particulière conforme au droit national d'un des Etats impliqués (qui n'interdit pas ou ne réglemente pas les activités extraterritoriales des organes d'Etat) n'est pas forcément conforme au droit interne des autres Etats concernés. En outre, une « remise » peut être contraire au droit international coutumier ou aux obligations coutumières ou résultant des traités qui incombent aux Etats participants dans le cadre du droit international des droits de l'homme et/ou du droit humanitaire international.

31. Le terme « restitution extraordinaire » semble utilisé lorsqu'il y a peu ou pas de doute que la mise en détention d'une personne n'est pas conforme aux procédures juridiques qui s'appliquent dans l'Etat où la personne se trouvait au moment de son arrestation.

(...)

159. En ce qui concerne le transfert de prisonniers entre Etats

f) Il n'existe que quatre manières légales de transférer un prisonnier à des autorités étrangères: la déportation, l'extradition, le transit et les transferts de personnes condamnées aux fins d'exécution de leur peine dans des autres pays. Les procédures d'extradition et de déportation doivent être définies par le droit applicable, et les prisonniers doivent obtenir les garanties juridiques appropriées ainsi qu'un accès aux autorités compétentes. L'interdiction d'extrader ou d'expulser dans un pays où il existe un risque de torture ou de mauvais traitement doit être respectée.»

11. Le rapport du Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/HCR/10/3, 4 février 2009

103. Dans son rapport, le Rapporteur spécial formule les considérations suivantes :

«38. (...) Le Rapporteur spécial s'inquiète que des personnes soient détenues pendant une longue période dans le seul objectif d'obtenir des renseignements ou pour des motifs vagues au nom de la prévention. Ces situations constituent une privation arbitraire de liberté. L'existence de motifs justifiant une détention prolongée devrait être déterminée par un tribunal indépendant et impartial. La détention prolongée de personnes déclenche pour les autorités l'obligation d'établir sans délai si des soupçons de nature criminelle peuvent être confirmés et, dans l'affirmative, d'inculper le suspect et de le traduire en justice. (...)

51. Il reste très préoccupant pour le Rapporteur spécial que les Etats-Unis aient mis en place tout un système de restitutions extraordinaires, de détention au secret prolongée et de pratiques qui violent l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements. Ce système, impliquant un réseau international d'échange de renseignements, a créé une base d'information corrompue qui était partagée systématiquement avec les partenaires dans la guerre contre la terreur par le biais de la coopération en matière de renseignement, corrompant ainsi la culture institutionnelle des systèmes juridiques et institutionnels des Etats destinataires.

(...)

60. Les obligations des Etats concernant les droits de l'homme, en particulier l'obligation d'assurer un recours utile, exigent que les dispositions juridiques en question ne conduisent pas à écarter *a priori* toute enquête, ou à éviter que des faits illicites soient mis au jour, en particulier quand des crimes internationaux ou des violations flagrantes des droits de l'homme sont rapportés (...) L'invocation à titre général du privilège des secrets d'Etat pour justifier de véritables politiques, comme

le programme des Etats-Unis pour la détention au secret, les interrogatoires et les restitutions ou la règle touchant les tiers en matière de renseignement (conformément à la politique (...) de « contrôle de la source ») (...) empêche toute enquête effective et rend le droit à un recours illusoire. Cela est incompatible avec l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et cela pourrait aussi représenter une violation de l'obligation des Etats d'apporter une assistance judiciaire dans les enquêtes sur les violations flagrantes des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire.»

12. Les Résolutions 9/11 et 12/12 sur le droit à la vérité, adoptées les 18 septembre 2008 et 1^{er} octobre 2009 par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies

104. Le passage pertinent de ces résolutions se lit ainsi :

« (...) le Comité des droits de l'homme et le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires (...) ont reconnu que les victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et les membres de leur famille ont le droit de connaître la vérité au sujet des événements qui se sont produits, et notamment de connaître l'identité des auteurs des faits qui ont donné lieu à ces violations (...) »

13. Lignes directrices adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme, 30 mars 2011

105. Ces lignes directrices traitent de la question de l'impunité pour des actes ou omissions générateurs de graves violations des droits de l'homme. Elles couvrent les obligations qui incombent aux Etats en application de la Convention, à savoir prendre des mesures positives en ce qui concerne non seulement leurs agents, mais également les acteurs non étatiques. Aux termes de ces lignes directrices, « (...) l'impunité est causée ou facilitée notamment par le manque de réaction diligente des institutions ou des agents de l'Etat face à de graves violations des droits de l'homme. (...) Les Etats ont le devoir de lutter contre l'impunité afin de rendre justice aux victimes, de dissuader la commission ultérieure de violations des droits de l'homme et de préserver l'Etat de droit ainsi que la confiance de l'opinion publique dans le système judiciaire ». Les lignes directrices décrivent notamment les mesures générales à prendre par les Etats en vue de prévenir l'impunité, consacrent l'obligation d'enquêter et précisent les garanties à prévoir pour les personnes privées de liberté.

B. La jurisprudence pertinente d'une série de juridictions étrangères et d'organes internationaux

1. *La Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles (chambre civile) (Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)), Abbasi et autre c. ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth et ministère de l'Intérieur, [2002] EWCA Civ 1598, 6 novembre 2002*

106. Cette affaire concernait M. Feroz Ali Abbasi, ressortissant britannique qui avait été capturé par les forces américaines en Afghanistan et transféré en janvier 2002 à Guantánamo, où il se plaignait d'avoir été détenu sans aucune possibilité d'accès à un tribunal ou à un avocat. L'intéressé alléguait la violation de son droit à ne pas être détenu arbitrairement. La Cour d'appel estima que la détention de M. Abbasi à Guantánamo, qualifiée par elle de « trou noir juridique », avait été arbitraire et « manifestement contraire aux principes fondamentaux reconnus par les juridictions [anglaises et américaines] et par le droit international ».

2. *La Cour d'appel fédérale américaine pour le neuvième circuit (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit), Falen Gherebi v. George Walker Bush; Donald H. Rumsfeld, 352 F.3d 1278, 18 décembre 2003*

107. Le 18 décembre 2003, dans une affaire relative à un ressortissant libyen (M. Gherebi) détenu comme « combattant ennemi » à Guantánamo, la cour d'appel fédérale décrivit ainsi les arguments que le gouvernement américain avait exposés devant elle :

« A en croire le gouvernement, il a toute liberté d'emprisonner M. Gherebi indéfiniment, avec des centaines d'autres citoyens de pays étrangers – dont des nations alliées – et de faire de M. Gherebi et de ces autres détenus ce qu'il veut, quand il veut, sans se conformer à aucune règle de l'Etat de droit, sans permettre à l'intéressé de consulter un avocat, et sans reconnaître l'autorité d'un quelconque organe judiciaire devant lequel ses actions pourraient être contestées. En vérité, dans ses plaidoiries, le gouvernement nous a indiqué que sa position ne varierait pas d'un pouce même s'il était accusé de s'être livré à des actes de torture ou d'avoir exécuté sommairement des prisonniers. A notre connaissance, jamais, avant l'ouverture du centre de détention de Guantánamo, le gouvernement américain n'avait fait une déclaration aussi grave et stupéfiante. En conséquence, nous considérons Guantánamo comme un cas unique, non seulement parce que le lien territorial des Etats-Unis avec cette base n'a pas d'équivalent à l'heure actuelle, mais également parce que c'est la première fois que le gouvernement annonce un ensemble de principes aussi incroyables, ce qui constitue une position tellement extrême qu'elle soulève les plus grandes préoccupations au regard tant du droit américain que du droit international. »

3. *Le Comité contre la torture des Nations unies, Agiza c. Suède, Communication n° 233/2003, UN Doc. CAT/C/34/D/233/2003 (2005), et le Comité des droits de l'homme des Nations unies, Alzery c. Suède, UN Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005 (2006)*

108. Ces deux affaires sont évoquées dans le rapport Marty de 2006 (paragraphe 150-161 du rapport), dont les passages les plus pertinents se lisent ainsi :

« 153. En résumé, les faits se sont déroulés de la manière suivante : le 18 décembre 2001, MM. Agiza et Alzery, citoyens égyptiens demandeurs d'asile en Suède, ont fait l'objet d'une décision de rejet de la demande d'asile et d'expulsion pour raisons de sécurité, prise dans le cadre d'une procédure spéciale au niveau ministériel. Pour assurer que cette décision puisse être exécutée le jour même, les autorités suédoises ont accepté une offre américaine de mettre à leur disposition un avion bénéficiant d'autorisations de survol spéciales. Suite à leur arrestation par la police suédoise, les deux hommes ont été transportés à l'aéroport de Bromma, où ils ont été soumis, avec l'accord des Suédois, à une « vérification de sécurité » par des agents américains encagoulés.

154. Le descriptif de cette « vérification » est particulièrement intéressant, car il correspond en détail au descriptif donné indépendamment par d'autres victimes de « restitutions », dont M. El-Masri. La procédure suivie par l'équipe américaine, décrite dans ce cas par les policiers suédois présents sur les lieux, était à l'évidence bien rodée, la communication entre les agents fonctionnant par gestes, sans paroles. Agissant très rapidement, les agents américains ont coupé les vêtements de Agiza et Alzery sur leur corps, à l'aide de ciseaux, leur ont mis une combinaison de sport, ont procédé à une fouille corporelle minutieuse des orifices ainsi que [de] la chevelure, les ont menottés aux mains et aux pieds, et les ont fait marcher et monter dans l'avion, pieds nus.

(...)

157. En amont de la déportation des deux hommes vers l'Égypte, la Suède a demandé et obtenu des « assurances diplomatiques » selon lesquelles les deux hommes ne seraient pas soumis à des traitements contraires à la convention anti-torture, qu'ils bénéficieraient de procès équitables et qu'ils ne seraient pas condamnés à mort. Les « assurances » étaient même assorties d'un mécanisme de suivi, de visites régulières de l'ambassadeur de Suède et [de] la participation d'observateurs suédois au procès. »

109. Les comités compétents des Nations unies ont jugé que la responsabilité de la Suède était engagée au titre de l'article 7 du PIDCP, concluant que le traitement auquel M. Alzery avait été soumis à l'aéroport de Bromma était imputable à l'Etat partie et emportait violation de l'article 7 du pacte. Ils ont en outre estimé que la Suède avait failli à son obligation de mener une enquête diligente, indépendante et impartiale sur les événements survenus à l'aéroport de Bromma et qu'elle avait méconnu l'interdiction du refoulement édictée dans cet article tant à l'égard de M. Agiza qu'à l'égard de M. Alzery.

110. D'après le quotidien *USA Today* le gouvernement suédois avait versé 450 000 dollars américains (USD) à M. Alzery à titre d'indemnisation pour son renvoi et il s'était engagé à verser la même somme à M. Agiza (« La Suède indemnise un Egyptien anciennement soupçonné de terrorisme », *USA Today*, 19 septembre 2008).

C. Sources publiques faisant état de préoccupations concernant des violations des droits de l'homme susceptibles d'avoir eu lieu au sein d'établissements de détention sous responsabilité américaine au lendemain du 11 septembre 2001

111. Le requérant et les tiers intervenants ont produit devant la Cour un nombre considérable d'articles, de rapports et d'avis d'institutions, d'organisations non gouvernementales et de médias internationaux, étrangers et nationaux ayant exprimé des préoccupations face aux allégations de détentions secrètes illégales et de mauvais traitements dans des centres de détention sous responsabilité américaine à Guantánamo et en Afghanistan. Un résumé des sources les plus pertinentes est présenté ci-après.

1. Documents pertinents d'organisations internationales œuvrant dans le domaine des droits de l'homme

a) Déclaration du Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations unies concernant la détention de talibans et de membres d'Al-Qaïda à la base américaine de Guantánamo (Cuba), 16 janvier 2002

112. Dans cette déclaration, le Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations unies s'exprimait comme suit :

« Toutes les personnes détenues dans ce contexte ont droit à la protection des droits de l'homme internationaux et du droit humanitaire international, notamment au respect des dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et des Conventions de Genève de 1949. Le statut juridique des détenus et leur droit au statut de prisonnier de guerre, en cas de contestation, doit être examiné par un tribunal compétent, conformément aux dispositions de l'article 5 de la troisième Convention de Genève. Tous les détenus doivent à tout moment être traités avec humanité, conformément aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la troisième Convention de Genève. »

b) Amnesty International, mémorandum au gouvernement américain sur les droits des personnes détenues par les Etats-Unis en Afghanistan et à Guantánamo Bay, avril 2002

113. Dans ce mémorandum, l'organisation exprime sa préoccupation devant les transferts et détentions de personnes effectués par les autorités américaines dans des conditions pouvant s'analyser en un traitement cruel,

inhumain et dégradant contraire à d'autres normes minimales relatives à la détention, ainsi que devant le refus des Etats-Unis de permettre aux personnes se trouvant sous leur autorité d'avoir accès à des avocats et aux tribunaux en vue de contester la légalité de leur détention.

c) Human Rights Watch, « Etats-Unis, présomption de culpabilité : violations des droits de l'homme de personnes détenues après le 11 septembre 2001 », vol. 14, n° 4(G), août 2002

114. Ce rapport comporte le passage suivant :

« (...) La lutte contre le terrorisme engagée par les Etats-Unis après le 11 septembre ne s'est pas accompagnée d'une affirmation énergique de ces libertés. Au contraire, le pays a connu une érosion constante, délibérée et injustifiée des droits fondamentaux (...) La plupart des personnes directement touchées ne sont pas des ressortissants américains (...) Le ministère de la Justice leur fait subir une détention arbitraire, méconnaît les droits de la défense dans le cadre des procédures juridiques à leur rencontre et foule aux pieds la présomption d'innocence. »

d) Human Rights Watch, « Etats-Unis : informations faisant état de tortures infligées à des personnes soupçonnées d'appartenir à Al-Qaïda », 27 décembre 2002

115. Dans ce rapport, Human Rights Watch renvoie à un article du *Washington Post* intitulé « Les autorités américaines nient les sévices mais justifient les interrogatoires », qui décrit « comment les personnes détenues dans le centre d'interrogatoire de la base aérienne de Bagram en Afghanistan étaient soumises à des techniques dites « de mise sous stress et sous contrainte [*stress and duress techniques*] », consistant notamment à « les obliger à rester debout ou à genoux pendant des heures » et à « les maintenir dans des positions inconfortables et douloureuses ».

116. Le rapport continue ainsi :

« La Convention contre la torture, que les Etats-Unis ont ratifiée, interdit spécifiquement la torture et les mauvais traitements, ainsi que le renvoi de détenus vers des pays où de telles pratiques sont susceptibles de se produire. »

e) Fédération internationale Helsinki pour les droits de l'homme, « Mesures antiterroristes, sécurité et droits de l'homme : évolution en Europe, en Asie centrale et en Amérique du Nord après le 11 septembre », rapport d'avril 2003

117. Le passage pertinent de ce rapport se lit ainsi :

« La plupart des prisonniers « présentant un intérêt spécial » sont détenus au secret ou placés avec des détenus condamnés, ce qui leur vaut des restrictions quant aux communications avec leur famille, leurs amis et leurs avocats, et ne disposent pas de possibilités adéquates de faire de l'exercice et de pratiquer leur religion, notamment en

ce qui concerne le respect de régimes alimentaires spécifiques. Certains ont fait savoir à des associations de défense des droits de l'homme qu'ils s'étaient vu refuser des soins médicaux et qu'ils avaient été battus par des gardiens et d'autres détenus.»

f) Rapport 2003 d'Amnesty International – Etats-Unis, 28 mai 2003

118. Ce rapport évoque le transfert de détenus à Guantánamo (Cuba) en 2002, leurs conditions de transfert (« les détenus, menottés et enchaînés, étaient contraints de porter des mouffes, des masques chirurgicaux et des cache-oreilles ainsi que des lunettes de ski couvertes de ruban adhésif qui leur masquaient totalement la vue») et de détention (« ils étaient détenus sans inculpation ni jugement et n'avaient accès ni aux tribunaux, ni à un avocat, ni à leurs proches»). Le rapport se poursuit ainsi :

« Un certain nombre de membres présumés d'Al-Qaïda (...) qui auraient été arrêtés par les autorités américaines étaient toujours détenus dans des lieux tenus secrets. Le gouvernement américain n'a fourni aucun éclaircissement sur leur sort ni sur leur situation au regard de la loi, et les a privés des droits que leur confèrent les normes internationales, notamment le droit d'informer leur famille de leur lieu de détention et de s'entretenir avec des représentants de leur pays. Un nombre indéterminé de personnes initialement détenues par les autorités américaines auraient été transférées vers des pays tiers, où il était à craindre qu'elles ne soient torturées durant leur interrogatoire.»

g) Amnesty International, «Détention illégale à Guantánamo Bay de six hommes arrêtés en Bosnie-Herzégovine», 29 mai 2003

119. Dans ce rapport, Amnesty International rend compte du transfert par la police bosniaque de six hommes de nationalité algérienne de la prison de Sarajevo au camp X-Ray, situé à Guantánamo, placé sous autorité américaine. L'organisation se dit très préoccupée de constater que ces six hommes sont détenus arbitrairement au mépris des droits reconnus par le PIDCP. Elle évoque en outre une décision de la Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine qui conclut que ce transfert a emporté violation de l'article 5 de la Convention européenne, de l'article 1 du Protocole n° 7 et de l'article 1 du Protocole n° 6 à la Convention.

h) Amnesty International, «Etats-Unis d'Amérique, la menace d'un mauvais exemple: affaiblissement des normes internationales à mesure que la «guerre contre le terrorisme» continue», 18 août 2003

120. Le passage pertinent de ce rapport se lit ainsi :

« Des personnes sont détenues au secret dans des bases américaines en Afghanistan. Des allégations de mauvais traitements commencent à circuler. D'autres individus sont détenus au secret sous la responsabilité des Etats-Unis en des lieux non communiqués

ailleurs dans le monde, et les Etats-Unis ont par ailleurs effectué ou fait effectuer des « remises irrégulières » [*irregular renditions*], expression utilisée par les Américains pour désigner des transferts informels de détenus entre les Etats-Unis et d'autres pays et ne respectant pas les garanties en matière d'extradition ou de droits de l'homme. »

i) Amnesty International, « Détenue au secret/craintes de mauvais traitements », 20 août 2003

121. Le passage pertinent de ce rapport est ainsi libellé :

« Amnesty International craint que la détention de suspects en des lieux tenus secrets, sans aucune possibilité d'accès à un avocat ou à des proches, et le transfert de suspects entre différents Etats en l'absence de toute garantie formelle en matière de droits de l'homme emportent violation du droit à un procès équitable, exposent les personnes concernées à un risque de mauvais traitements et portent atteinte à l'Etat de droit. »

j) Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Etats-Unis : le président du CICR demande instamment que des progrès soient faits dans le domaine de la détention, communiqué de presse 04/03, 16 janvier 2004

122. Dans ce communiqué, le CICR exprime sa position comme suit :

« Outre Guantánamo, le CICR est de plus en plus préoccupé par le sort d'un nombre inconnu de personnes capturées dans le cadre de ce que l'on appelle la guerre mondiale contre le terrorisme et détenues dans des endroits tenus secrets. M. Kellenberger a repris de précédentes demandes officielles du CICR visant à obtenir des informations sur ces personnes et à avoir ultérieurement accès à elles, en tant que priorité humanitaire importante et prolongement logique des activités de visites aux personnes privées de liberté menées actuellement par l'institution à Guantánamo et en Afghanistan. »

k) Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, Avis n° 29/2006, M. Ibn al-Shaykh al-Libi et 25 autres personnes c. Etats-Unis d'Amérique, Doc. A/HRC/4/40/Add.1, p. 103 (2006)

123. Dans cet avis, le groupe de travail des Nations unies estime que la détention des personnes concernées, séquestrées dans des établissements sous l'autorité des services secrets américains ou transférées, souvent par des vols secrets, dans des centres de détention situés dans des pays coopérant avec les Etats-Unis dans le cadre de la lutte menée par ce pays contre le terrorisme international, échappe à tous les régimes nationaux et internationaux de garanties contre la détention arbitraire. Le groupe de travail conclut en outre que le secret entourant la détention et les transferts interétatiques de personnes soupçonnées de terrorisme peut exposer celles-ci à des actes de torture, des disparitions forcées et des exécutions extrajudiciaires.

2. *Autres documents publics*

Central Intelligence Agency (CIA), Mémoire à l'intention du centre de commandement du ministère de la Justice (*Department of Justice Command Centre*) – document de référence sur l'utilisation combinée par la CIA de différentes techniques d'interrogatoire, 30 décembre 2004

124. Le requérant a soumis à la Cour ce mémorandum de la CIA, dont certaines parties ne sont plus classifiées. Le document « porte sur l'utilisation combinée de différentes techniques d'interrogatoire [dont le but] est de convaincre des détenus de haute importance [*High-Value Detainees*] de donner en temps utile des informations sur les menaces et des renseignements sur le terrorisme (...) Un interrogatoire effectif se fonde sur le recours global, systématique et cumulatif à des pressions tant physiques que psychologiques en vue d'influencer le comportement d'un détenu de haute importance ou de venir à bout des résistances d'un détenu. L'interrogatoire vise à créer un état d'impuissance acquise et de dépendance (...) Le processus d'interrogation peut être divisé en trois phases distinctes : les conditions initiales, la transition vers l'interrogatoire et l'interrogatoire lui-même ». Comme le décrit le mémorandum, la phase des « conditions initiales » comprend « le choc de capture », « la remise » et « la réception sur le Site noir ». Le mémorandum comporte notamment les passages suivants :

« La capture (...) contribue à mettre le détenu de haute importance dans un certain état physique et psychologique avant le début de l'interrogatoire (...) »

1) La remise

(...) Un examen médical est mené avant le vol. Pendant celui-ci, le détenu est étroitement enchaîné et privé de la vue et de l'ouïe au moyen de bandeaux, de cache-oreilles et de cagoules (...) »

125. La partie consacrée à la phase de l'« interrogatoire » comprend des chapitres intitulés « Conditions de détention », « Techniques de conditionnement » et « Techniques correctives ».

3. *Articles de journaux*

126. Le requérant a en outre produit devant la Cour des copies de nombreux articles publiés dans des journaux macédoniens. Les plus pertinents sont cités ci-dessous.

– « Grève de la faim des talibans emprisonnés à Guantánamo », 4 mars 2002 ; « Accord secret présentant de graves insuffisances », 5 juin 2003 ; « Quatre Français torturés à Guantánamo », 16 octobre 2003 ; « On torture à Guantánamo », 27 novembre 2003 ; et « Détenus sans charges ni droits »,

12 janvier 2004 (tous ces articles ont paru dans le quotidien *Utrinski Vesnik*); et

– «La CIA torture des islamistes capturés en Afghanistan», 27 décembre 2002; «Les Etats-Unis oublie les droits de l'homme dans le cadre de leur campagne antiterroriste», 16 janvier 2003; «Les 140 détenus de Guantánamo dans les oubliettes», 2 décembre 2003 (tous ces articles ont paru dans le quotidien *Dnevnik*).

127. Le requérant a également fait parvenir à la Cour des copies d'articles parus dans des journaux américains et décrivant les techniques «de mise sous stress et sous contrainte» qui étaient employées par les Etats-Unis pour interroger les prisonniers détenus à la base aérienne américaine de Bagram en Afghanistan («L'armée enquête sur la mort de deux prisonniers afghans», *The Washington Post*, 5 mars 2003, et «Les terroristes présumés interrogés dans un environnement sombre et surréaliste», *The New York Times*, 9 mars 2003). D'autres articles parus dans des journaux américains et britanniques évoquaient la remise aux autorités américaines de personnes soupçonnées d'activités terroristes avant janvier 2004 («Une équipe assistée par la CIA a recours à des moyens brutaux pour briser une cellule terroriste», *The Wall Street Journal*, 20 novembre 2001; «Les Etats-Unis derrière le transfert secret de terroristes présumés», *The Washington Post*, 11 mars 2002; «Le Premier ministre Jean Chrétien proteste contre le renvoi d'un Canadien et qualifie le traitement par les Etats-Unis du terroriste présumé de «totalement inadmissible»», *The Washington Post*, 6 novembre 2003; «Les invisibles», *The Independent*, 26 juin 2003; et «Disparitions de coupables présumés: les lieux où les personnes accusées de terrorisme sont détenues», *The Independent*, 26 juin 2003).

128. Le requérant a soumis des articles dans lesquels les journalistes affirmaient que l'ambassadeur américain en Allemagne à l'époque avait fait savoir aux autorités allemandes en mai 2004 que la CIA avait incarcéré à tort le requérant. Les journalistes ajoutaient que la chancelière allemande Angela Merkel avait déclaré que la secrétaire d'Etat américaine Condoleezza Rice lui avait avoué au cours d'une discussion privée que les Etats-Unis avaient enlevé et détenu le requérant par erreur. Selon ces articles, les représentants américains avaient refusé d'évoquer cette affaire devant des journalistes («Emprisonnement illégal: autopsie d'une erreur de la CIA», *The Washington Post*, 4 décembre 2005; «Un Allemand accuse la CIA de torture: M. El-Masri demande des dommages-intérêts après avoir été victime d'une «remise» en raison d'une erreur d'identité», *NBC News*, 6 décembre 2005; «Le gouvernement Merkel confirme que M. El-Masri a été victime d'une erreur», *The Washington Post*, 7 décembre 2005; et «L'Allemagne vérifie si elle a joué un rôle dans la capture d'un de ses ressortissants par les

Etats-Unis», *The New York Times*, 21 février 2006). Ce dernier article fait référence à un entretien avec M. H.K. dans lequel celui-ci aurait formulé les déclarations suivantes :

« Le ministère n'a rien fait d'illégal. L'homme est en vie et de retour chez lui dans sa famille. Quelqu'un a fait une erreur. Ce n'est pas la Macédoine. »

129. Enfin, en 2007, la Canadian Broadcasting Corporation (CBC) (Société Radio-Canada (SRC)) a indiqué que le premier ministre canadien allait annoncer un versement de 10 millions d'USD et formuler des excuses officielles à M. Arar, ressortissant canadien d'origine syrienne qui avait été arrêté par les autorités américaines à l'aéroport John-F.-Kennedy de New York en 2002 et renvoyé en Syrie. Le premier ministre avait déjà reconnu que M. Arar avait été victime d'une « immense injustice » (CBC, « Transaction entre Ottawa et M. Arar : celui-ci obtient 10 millions de dollars », 25 janvier 2007). En 2010, *The Guardian* a publié un article sur le rôle allégué du Royaume-Uni dans la remise de suspects dans lequel il était indiqué que d'anciens détenus britanniques à Guantánamo pourraient recevoir une très grosse somme du gouvernement britannique, dans certains cas au moins un million de livres sterling (*The Guardian*, « Torture et terrorisme : un prix élevé à payer », 17 novembre 2010).

EN DROIT

I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT RELATIVE AU DÉLAI DE SIX MOIS

A. Observations des parties

1. Le Gouvernement

130. Le Gouvernement excipe du non-respect par le requérant du délai de six mois. Il observe que l'intéressé a saisi les autorités de poursuite de l'Etat défendeur plus de quatre ans et demi après les événements litigieux (il renvoie à cet égard aux affaires *Bayram et Yildirim c. Turquie* (déc.), n° 38587/97, CEDH 2002-III, *Artyomov c. Russie*, n° 14146/02, §§ 113-118, 27 mai 2010, et *Nasirkhayeva c. Russie* (déc.), n° 1721/07, 31 mai 2011). Selon le Gouvernement, entre mai 2004 et octobre 2008, le requérant est resté totalement passif et n'a pris aucune initiative pour informer les autorités de poursuite de l'ex-République yougoslave de Macédoine des faits allégués, préférant exercer des recours dans d'autres Etats. Le Gouvernement estime en outre que le requérant aurait dû savoir bien avant octobre 2008 que

toute enquête pénale dans l'Etat défendeur était vouée à l'échec. A cet égard, il évoque l'absence de tout contact entre l'intéressé et les autorités de poursuite nationales, et le fait que celles-ci n'ont pas déclenché d'office l'action publique au niveau interne, alors même que l'affaire leur avait déjà été signalée par leurs homologues allemands. Le Gouvernement ajoute que les dernières enquêtes menées au niveau international et dans l'Etat défendeur, qui avaient pris fin en janvier 2007, soit bien avant le dépôt par le requérant de sa plainte pénale en octobre 2008, n'avaient donné lieu à aucune constatation de fait pertinente pour cette plainte. Celle-ci, selon le Gouvernement, ne comprenait aucun élément nouveau de nature à faire revivre l'obligation pour l'Etat de mener une enquête sur les allégations de l'intéressé.

131. Enfin, le Gouvernement soutient que le requérant, lorsqu'il s'est agi d'exercer les voies de recours internes, a manqué de diligence, n'entreprenant aucune démarche pour s'informer des progrès de l'enquête (le Gouvernement renvoie à l'affaire *Bulut et Yavuz c. Turquie* (déc.), n° 73065/01, 28 mai 2002). Le requérant aurait de plus négligé de transmettre la déposition de M. H.K. aux autorités internes et d'inviter le ministère public à lancer des poursuites pénales. Le Gouvernement assure que si le requérant avait sollicité l'ouverture de poursuites contre une personne identifiée, il aurait été autorisé à reprendre celles-ci en qualité de procureur subsidiaire en cas de rejet de sa demande par le ministère public. Le Gouvernement explique que dès lors que l'intéressé avait déposé contre X sa plainte pénale d'octobre 2008, il ne pouvait bénéficier de cette possibilité. Il ajoute que le requérant n'aurait pas pu contester la décision rejetant sa plainte.

2. *Le requérant*

132. Le requérant réplique que la Convention faisait peser sur l'Etat défendeur l'obligation positive de mener une enquête d'office. L'enquête interne engagée par le ministère de l'Intérieur (paragraphes 64-66 ci-dessus) ne pourrait être considérée comme effective et indépendante au sens des articles 3 et 13 de la Convention. En outre, l'intéressé indique que les autorités n'avaient ni pris contact avec lui à ce sujet ni fait état publiquement de leurs investigations et qu'il n'avait donc aucun moyen de connaître l'existence de celles-ci. Dès son retour en Allemagne, à la fin de mai 2004, il aurait activement cherché à rassembler des éléments suffisants pour lui permettre de présenter « une cause défendable » aux autorités de poursuite de l'Etat défendeur. Il considère que la période de quatre ans et demi écoulée entre sa libération et le dépôt de sa plainte pénale en octobre 2008 n'a pas été excessivement longue. Il juge au contraire cet intervalle de temps tout à fait raisonnable, expliquant qu'il s'agissait d'une affaire

complexe de disparition impliquant une coopération internationale entre des services secrets, dans le cadre de laquelle les États-Unis et l'ex-République yougoslave de Macédoine seraient convenus de dissimuler l'existence d'une entreprise criminelle secrète ayant des ramifications multinationales. En conséquence, le requérant estime avoir agi avec diligence et en conformité avec la pratique de la Cour. Il aurait demandé en temps utile l'ouverture d'une enquête pénale, mais les autorités ne lui auraient pas répondu avec célérité, rejetant au contraire sa plainte en secret. Il aurait en outre demandé en vain des informations au ministère public sur les progrès de l'enquête. La procureure chargée de l'affaire ne lui aurait notifié sa décision de rejeter sa plainte que le 22 novembre 2010, soit quatorze mois après l'introduction de sa requête devant la Cour. Le requérant explique que, comme il a déposé sa plainte pénale contre X, il n'a ensuite pas pu engager des poursuites privées.

133. Dans ces conditions, l'intéressé estime avoir respecté le délai de six mois, qui selon lui a commencé à courir le 23 janvier 2009, date à laquelle l'action publique quant aux infractions alléguées aurait été prescrite.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux établis par la jurisprudence de la Cour

134. La Cour rappelle que la Convention est un instrument de protection des droits de l'homme et qu'il est d'une importance cruciale qu'elle soit interprétée et appliquée d'une manière qui garantisse des droits concrets et effectifs, et non pas théoriques et illusoire. Ce principe vaut non seulement pour l'interprétation des clauses normatives de la Convention, mais également pour les dispositions procédurales, et il a des incidences tant sur les obligations incombant au gouvernement défendeur que sur la position des requérants. Lorsque la rapidité s'impose pour résoudre les questions d'une affaire, il incombe au requérant de s'assurer que ses griefs sont portés devant la Cour avec la célérité requise pour qu'ils puissent être tranchés correctement et équitablement (*Varnava et autres c. Turquie* [GC], n^{os} 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, § 160, CEDH 2009).

135. Le délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 vise à assurer la sécurité juridique en garantissant que les affaires qui soulèvent des questions au regard de la Convention puissent être examinées dans un délai raisonnable et que les décisions passées ne soient pas indéfiniment susceptibles d'être remises en cause. Cette règle marque la limite temporelle du contrôle effectué par les organes de la Convention et indique aux particuliers comme aux autorités la période au-delà de laquelle ce contrôle ne peut plus s'exercer

(*Sabri Güneş c. Turquie* [GC], n° 27396/06, §§ 39-40, 29 juin 2012, et *Walker c. Royaume-Uni* (déc.), n° 34979/97, CEDH 2000-I).

136. En règle générale, le délai de six mois commence à courir à la date de la décision définitive intervenue dans le cadre du processus d'épuisement des voies de recours internes. Toutefois, lorsqu'il est clair d'emblée que le requérant ne dispose d'aucun recours effectif, le délai de six mois prend naissance à la date des actes ou mesures dénoncés ou à la date à laquelle l'intéressé en prend connaissance ou en ressent les effets ou le préjudice (*Dennis et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n° 76573/01, 2 juillet 2002). Lorsqu'un requérant utilise un recours apparemment disponible et ne prend conscience que par la suite de l'existence de circonstances qui le rendent inefficace, il peut être indiqué de considérer comme point de départ de la période de six mois la date à laquelle le requérant s'est rendu compte ou aurait dû se rendre compte de l'existence de ces circonstances (*Edwards c. Royaume-Uni* (déc.), n° 46477/99, 7 juin 2001).

2. Application en l'espèce des principes ci-dessus

137. La Cour relève que l'exception du Gouvernement relative au délai de six mois comporte deux volets : premièrement, la plainte pénale aurait été soumise trop tard aux autorités nationales et, deuxièmement, elle aurait été dénuée de toute effectivité. A cet égard, il y a lieu, selon le Gouvernement, de considérer que le délai de six mois a commencé à courir lorsque le requérant s'est rendu compte ou aurait dû se rendre compte de l'existence des circonstances rendant inefficaces les recours internes à sa disposition.

138. Pour répondre à l'exception d'irrecevabilité du Gouvernement, la Cour doit examiner si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une plainte pénale constituait un recours effectif devant être exercé par le requérant pour faire redresser ses griefs tirés de la Convention. La réponse à cette question sera déterminante pour le calcul du délai de six mois.

a) Sur le point de savoir si la plainte pénale constituait un recours devant être exercé par le requérant

139. La Cour rappelle que la question de savoir si le requérant dans une affaire donnée s'est conformé aux critères de recevabilité dépend des circonstances de la cause et d'autres facteurs, tels que la diligence et l'intérêt dont l'intéressé a fait preuve et l'adéquation de l'enquête menée au niveau national (*Abuyeva et autres c. Russie*, n° 27065/05, § 174, 2 décembre 2010).

140. La Cour observe qu'elle a déjà estimé dans des affaires dirigées contre l'Etat défendeur qu'une plainte pénale constituait un recours effectif qui devait en principe être exercé dans les cas de violations alléguées de l'article 3 de la Convention (*Jasar c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*,

n° 69908/01, 15 février 2007, *Trajkoski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 13191/02, 7 février 2008, *Dzeladinov et autres c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 13252/02, 10 avril 2008, et *Sulejmanov c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 69875/01, 24 avril 2008). Elle ne voit aucune raison de s'écarter de ce principe, *a fortiori* lorsque, comme dans les circonstances de la cause, les allégations de traitements inhumains et de privation irrégulière de liberté se rapportent à une opération secrète menée en l'absence de toute base légale. Si les actions des agents de l'Etat concernés sont illégales et arbitraires, il incombe aux autorités de poursuite de l'Etat défendeur d'en identifier et punir les auteurs. Le fait de porter de telles actions à l'attention du ministère public doit être considéré comme une démarche parfaitement logique de la part de la victime.

141. La Cour estime qu'au moment de son introduction, en octobre 2008, la plainte ne pouvait raisonnablement être tenue pour un recours manifestement inefficace. Il n'existait que de simples doutes quant à son effectivité, et le requérant avait l'obligation, au regard de l'article 35 § 1 de la Convention, d'exercer ce recours avant de présenter sa requête à la Cour. Conformément au principe de subsidiarité, selon lequel il est préférable que l'instruction des affaires et la résolution des questions qu'elles soulèvent s'effectuent dans la mesure du possible au niveau national, on ne pouvait raisonnablement attendre de l'intéressé qu'il portât ses griefs devant la Cour avant qu'une décision définitive concernant ses doléances eût été rendue au niveau interne. Il est dans l'intérêt du requérant et de l'efficacité du mécanisme de la Convention que les autorités internes, qui sont les mieux placées pour ce faire, prennent des mesures pour redresser les manquements allégués à la Convention (*Varnava et autres*, précité, § 164).

142. Certes, un laps de temps considérable s'est écoulé entre le 29 mai 2004, date du retour du requérant en Allemagne, et le dépôt de sa plainte pénale, intervenu le 6 octobre 2008. L'intéressé n'a entrepris aucune autre démarche judiciaire dans l'Etat défendeur avant cette dernière date. Pour justifier ce délai, il donne une explication qui ne peut en soi être considérée comme déraisonnable. Sa cause concernait une « remise extraordinaire » dans le cadre de laquelle il affirmait avoir été enlevé et détenu au secret et avoir subi des mauvais traitements. Or il ressort du rapport Marty de 2006 que les autorités de la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe ont démenti leur participation alléguée à des opérations de remise (paragraphe 43 ci-dessus), et du rapport Marty de 2007 qu'elles ont persisté dans leurs dénégations (paragraphe 46 ci-dessus). Eu égard au caractère sensible de la question et à cette politique de dissimulation, il était raisonnable de la part du requérant d'attendre des évolutions qui auraient pu permettre de résoudre des questions factuelles ou juridiques cruciales.

De fait, les enquêtes en cours avant octobre 2008 ont mis au jour des éléments qui ont permis d'apporter un éclairage nouveau sur les allégations de l'intéressé et de consolider les bases de sa plainte pénale. Vu la complexité de l'affaire et la nature des violations des droits de l'homme invoquées, on peut comprendre que le requérant ait décidé d'exercer les voies de recours offertes par l'Etat défendeur seulement lorsqu'il a eu en sa possession des éléments corroborant ses dires.

143. Quoi qu'il en soit, la plainte pénale a été déposée avant la prescription de l'action publique quant aux infractions alléguées (paragraphe 79 ci-dessus). Cette plainte a été rejetée pour manque de preuves et non pour inobservation des critères de recevabilité. Dès lors, il n'apparaît pas que le temps mis par le requérant pour déposer sa plainte ait rendu celle-ci irrecevable, ineffective ou inapte à remédier à la situation litigieuse. Au contraire, en engageant cette procédure à un moment où des éléments appuyant ses allégations étaient accessibles au niveau international, le requérant donnait aux autorités judiciaires de l'Etat défendeur des raisons plus solides d'examiner ses allégations.

144. Il découle de ce qui précède qu'une plainte pénale constituait un recours que le requérant devait exercer dans les circonstances de la cause.

b) Sur le point de départ du délai de six mois

145. Il reste à déterminer la date à laquelle le requérant a eu connaissance de la décision définitive sur sa plainte pénale. Cette date marquera le point de départ du délai de six mois.

146. La Cour observe qu'un peu plus de deux mois seulement se sont écoulés entre le dépôt de la plainte pénale et son rejet. De l'avis de la Cour, cette durée, dans les circonstances de la cause, ne saurait être considérée comme suffisamment longue pour que le requérant ait eu alors l'obligation de s'enquérir des démarches entreprises par les autorités nationales pendant cette période. Ainsi que le requérant l'a déclaré, ses demandes d'information ultérieures sur les progrès de l'enquête sont restées sans réponse (paragraphe 132 ci-dessus).

147. Le ministère public a rejeté la plainte pénale du requérant le 18 décembre 2008. Selon l'intéressé, cette décision n'a été portée à son attention que le 22 novembre 2010, alors même que les dispositions procédurales applicables faisaient obligation aux autorités de poursuite de notifier dans les huit jours à la victime toute décision de rejet de sa plainte (paragraphe 86 et 87 ci-dessus). Le Gouvernement n'a pas soutenu que cette exigence eût été respectée. Dès lors, le point de départ du délai de six mois doit être fixé non pas au 18 décembre 2008, date de la décision du ministère public, mais à la date, ultérieure, à laquelle le requérant en a eu

connaissance. Dans les circonstances de l'espèce, il n'est pas nécessaire de vérifier la véracité des déclarations de l'intéressé concernant la signification de la décision, le Gouvernement n'ayant pas démontré que le requérant eût reçu une notification officielle de la décision ou qu'il en eût pris connaissance d'une autre façon avant le 20 janvier 2009, c'est-à-dire six mois avant l'introduction de sa requête à la Cour.

c) Conclusion

148. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le requérant a respecté le délai de six mois posé par l'article 35 § 1 de la Convention. L'exception du Gouvernement selon laquelle la requête a été présentée tardivement doit donc être rejetée.

II. APPRÉCIATION DES PREUVES ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS PAR LA COUR

A. Observations des parties

149. Le requérant allègue avoir été victime d'une opération de remise extraordinaire menée par des agents de la CIA avec l'aide, dans une large mesure, d'agents de l'Etat défendeur. Il estime que les enquêtes internationales, les investigations engagées dans d'autres pays que l'Etat défendeur et ses propres efforts de recherche de preuves ont permis de mettre au jour quantité d'éléments accablants corroborant ses allégations et rendant les explications du Gouvernement totalement indéfendables. Selon l'intéressé, il n'existe en revanche « pas la plus petite preuve crédible de nature à étayer la version des faits présentée par le Gouvernement ».

150. Le Gouvernement estime que les allégations du requérant sont dénuées de tout fondement, et soumet divers éléments à l'appui de sa thèse (paragraphe 41 et 65 ci-dessus). Il conteste en outre l'existence des documents évoqués par M. H.K. (paragraphe 74 ci-dessus et paragraphe 12 de la déposition de celui-ci).

B. Appréciation des faits par la Cour

1. Principes généraux

151. Dans les affaires où il existe des versions divergentes des faits, la Cour se trouve inévitablement aux prises, lorsqu'il lui faut établir les circonstances de la cause, avec les mêmes difficultés que celles auxquelles toute juridiction de première instance doit faire face. Elle rappelle que, pour l'appréciation des éléments de preuve, elle retient le critère de la preuve « au-

delà de tout doute raisonnable». Elle n'a toutefois jamais eu pour dessein d'emprunter la démarche des ordres juridiques nationaux qui appliquent ce critère. Il lui incombe de statuer non pas sur la culpabilité en vertu du droit pénal ou sur la responsabilité civile, mais sur la responsabilité des Etats contractants au regard de la Convention. La spécificité de la tâche que lui attribue l'article 19 de la Convention – assurer le respect par les Hautes Parties contractantes de leur engagement consistant à reconnaître les droits fondamentaux consacrés par cet instrument – conditionne sa façon d'aborder les questions de preuve. Dans le cadre de la procédure devant elle, il n'existe aucun obstacle procédural à la recevabilité d'éléments de preuve ni de formules prédéfinies applicables à leur appréciation. Elle adopte les conclusions qui, à son avis, se trouvent étayées par la libre appréciation de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties. Conformément à sa jurisprudence constante, la preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. En outre, le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l'allégation formulée et au droit conventionnel en jeu. La Cour est également attentive à la gravité d'un constat selon lequel un Etat contractant a violé des droits fondamentaux (*Creangă c. Roumanie* [GC], n° 29226/03, § 88, 23 février 2012, ainsi que les affaires qui y sont mentionnées).

152. Par ailleurs, la Cour rappelle que la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe *affirmanti incumbit probatio* (la preuve incombe à celui qui affirme). Elle renvoie à sa jurisprudence relative aux articles 2 et 3 de la Convention selon laquelle, lorsque les événements en cause sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, tout dommage corporel ou décès survenu pendant cette période de détention donne lieu à de fortes présomptions de fait. La charge de la preuve pèse dans ce cas sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante (*Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 100, CEDH 2000-VII, *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, § 85, CEDH 1999-IV, et *Rupa c. Roumanie (n° 1)*, n° 58478/00, § 97, 16 décembre 2008). En l'absence d'une telle explication, la Cour est en droit de tirer des conclusions pouvant être défavorables au gouvernement défendeur (*Orhan c. Turquie*, n° 25656/94, § 274, 18 juin 2002).

153. La Cour a déjà établi que ces considérations valent aussi pour les cas de disparition examinés sous l'angle de l'article 5 de la Convention, où, même s'il n'a pas été prouvé qu'une personne a été placée en garde à vue par

les autorités, il est possible d'établir qu'elle a été convoquée officiellement par les autorités, est entrée dans un lieu sous leur contrôle et n'a plus été revue depuis. Dans une telle situation, il incombe au Gouvernement de fournir une explication plausible et satisfaisante de ce qui s'est passé dans ces lieux et de montrer que l'intéressé n'a pas été détenu par les autorités mais a quitté les lieux sans être par la suite privé de sa liberté (*Taniş et autres c. Turquie*, n° 65899/01, § 160, CEDH 2005-VIII, et *Yousoupova et Zaourbekov c. Russie*, n° 22057/02, § 52, 9 octobre 2008). Par ailleurs, la Cour rappelle que, toujours dans le contexte d'un grief tiré de l'article 5 § 1 de la Convention, elle a exigé que soient fournis des indices concordants avant que la charge de la preuve ne soit transférée au gouvernement défendeur (*Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 90, CEDH 2005-IV, et *Creangă*, précité, § 89).

2. Etablissement des faits en l'espèce

154. La Cour relève que le Gouvernement conteste les allégations du requérant sur tous les points. Eu égard à la divergence des éléments de preuve soumis par les parties, au fait que le gouvernement défendeur nie fermement toute implication des agents de l'Etat dans les événements litigieux et au rejet de la plainte pénale présentée par le requérant, la Cour estime qu'une question se pose quant à la charge de la preuve en l'espèce et, en particulier, qu'il convient d'examiner si celle-ci doit être renversée et peser non plus sur le requérant mais sur le gouvernement défendeur.

155. A cet égard, la Cour, sensible à la nature subsidiaire de sa mission, reconnaît qu'elle ne peut sans de bonnes raisons assumer le rôle de juge du fait de première instance lorsque cela n'est pas rendu inévitable par les circonstances de l'affaire dont elle se trouve saisie (*McKerr c. Royaume-Uni* (déc.), n° 28883/95, 4 avril 2000). Toutefois, lorsque des allégations sont formulées sur le terrain de l'article 3 de la Convention, elle doit se livrer à un « examen particulièrement attentif » (voir, *mutatis mutandis*, *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, § 32, série A n° 336, et *Georgiy Bykov c. Russie*, n° 24271/03, § 51, 14 octobre 2010), quand bien même certaines procédures et investigations auraient déjà été menées au plan interne (*Cobzaru c. Roumanie*, n° 48254/99, § 65, 26 juillet 2007). En d'autres termes, la Cour est disposée, dans un tel contexte, à examiner d'un œil plus critique les conclusions des juridictions nationales. Pour ce faire, elle peut prendre en compte la qualité de la procédure interne et toute déficience propre à vicier le processus décisionnel (*Denissenko et Bogdantchikov c. Russie*, n° 3811/02, § 83, 12 février 2009).

156. La Cour observe tout d'abord que le requérant, pendant toute la période ayant suivi son retour en Allemagne, a décrit de manière très

détaillée, précise et cohérente les circonstances de l'épreuve qu'il dit avoir traversée. Son récit n'a jamais varié, ni dans le cadre des enquêtes menées au niveau international et dans des pays autres que l'Etat défendeur, ni dans celui des procédures engagées dans l'ex-République yougoslave de Macédoine. Le requérant a livré des informations cohérentes quant au lieu, au moment et à la durée de sa détention alléguée dans l'Etat défendeur et dans le centre de détention géré par la CIA, ainsi qu'au traitement auquel il aurait été soumis pendant son séjour à l'hôtel, lors de sa remise à des agents de la CIA à l'aéroport de Skopje et pendant sa détention dans l'établissement « *Salt Pit* » en Afghanistan. De plus, d'autres aspects de l'affaire renforcent la crédibilité du requérant.

157. Premièrement, la Cour observe que le récit du requérant est corroboré par un grand nombre de preuves indirectes recueillies dans le cadre des enquêtes internationales et des investigations menées par les autorités allemandes. A cet égard, elle prend note des éléments suivants :

a) les registres de bord confirmant qu'un Boeing civil (alors immatriculé par la FAA (*Federal Aviation Administration* – l'administration fédérale de l'aviation américaine)) a décollé de Palma de Majorque (Espagne) le 23 janvier 2004, a atterri à l'aéroport de Skopje à 20 h 51 le même jour, avant de redécoller trois heures plus tard à destination de Bagdad puis de Kaboul ;

b) les registres de bord confirmant qu'un avion Gulfstream affrété par la CIA, immatriculé N982RK, a décollé de Kaboul le 28 mai 2004 et a atterri à l'aérodrome de Bezat-Kuçova, base aérienne militaire en Albanie ;

c) l'analyse scientifique des follicules pileux du requérant, effectuée au cours d'une enquête pénale menée en Allemagne, qui accrédite le récit du requérant concernant son séjour dans un pays d'Asie du Sud et sa privation prolongée de nourriture ;

d) les enregistrements géologiques qui corroborent les souvenirs du requérant concernant des tremblements de terre de faible amplitude survenus pendant sa détention alléguée en Afghanistan ;

e) les croquis de la prison afghane dessinés par le requérant, qui ont permis à une autre victime d'une « remise », détenue elle aussi par des agents américains sur le territoire afghan, de reconnaître immédiatement les lieux.

158. Ces éléments ont mené l'enquête Marty à conclure que l'affaire du requérant était « un exemple documenté de restitution » (paragraphe 45 ci-dessus), et que la version des faits du Gouvernement était « indéniablement devenue insoutenable » (paragraphe 46 ci-dessus). Le rapport final de l'enquête Fava « condamne [la remise extraordinaire] du ressortissant allemand Khaled El-Masri » (paragraphe 49 ci-dessus). En outre, le Bundestag a observé que le récit du requérant était « crédible en

ce qui concerne les principaux événements ayant marqué sa détention en Macédoine et son transfert en Afghanistan, ainsi que sa séquestration dans ce pays par les forces américaines » (paragraphe 60 ci-dessus).

159. Deuxièmement, les recherches effectuées par le requérant dans l'Etat défendeur ont mis au jour d'autres éléments pertinents qui viennent corroborer sa version des faits. A cet égard, la Cour accorde une attention particulière à la lettre des autorités de l'aéroport de Skopje datée du 18 juin 2008 (paragraphe 67 ci-dessus), qui confirme les constatations de l'enquête Marty relatives à l'itinéraire suivi par le Boeing 737 enregistré sous le numéro de vol N313P. Ce document attestait, pour la première fois, que cet avion avait atterri à l'aéroport de Skopje sans passager et en avait redécollé avec un seul passager à son bord. Un autre élément déterminant à l'appui des allégations du requérant est le rapport d'expertise soumis par M. J.G.S., enquêteur ayant pris part aux enquêtes Marty et Fava. L'intéressé y exposait des constatations factuelles détaillées quant aux événements qui s'étaient produits entre l'entrée du requérant sur le territoire de l'ex-République yougoslave de Macédoine et sa remise à des agents de la CIA.

160. Troisièmement, la Cour attache une importance particulière aux documents qui sont maintenant dans le domaine public (paragraphe 98, 103 et 106 à 127 ci-dessus), qui émanaient de divers organes et qui révélaient des informations pertinentes sur le « programme de remises » des autorités américaines de l'époque. Même si ces documents n'évoquent pas directement le cas du requérant, ils donnent des éclaircissements sur les méthodes employées dans des affaires de « remise » similaires à celles décrites par l'intéressé.

161. Enfin, la Cour renvoie à la déposition écrite de M. H.K., qui était à l'époque des faits ministre de l'Intérieur de l'Etat défendeur et qui en est devenu peu après le premier ministre. Dans sa déposition, qui constitue le seul témoignage direct sur les faits en litige devant la Cour, le témoin confirme que les autorités macédoniennes, agissant en vertu d'un mandat d'arrêt international valablement émis par les autorités américaines, ont appréhendé le requérant puis l'ont détenu au secret et sous la surveillance constante d'agents de l'UBK (les services secrets de l'Etat défendeur) quelque part à Skopje. Il ajoute que l'intéressé a ultérieurement été livré à une « équipe de remise » de la CIA à l'aéroport de Skopje et a quitté le territoire macédonien à bord d'un avion affrété par la CIA. Cette déposition corrobore les faits établis au cours des autres enquêtes ainsi que la version des faits cohérente et logique donnée par le requérant.

162. Certes, les autorités nationales n'ont pas eu l'occasion de contrôler la déposition de M. H.K., et la Cour n'a pas non plus été en mesure d'en

vérifier les détails au cours de la procédure devant elle. Toutefois, la valeur probante de cette déposition ne s'en trouve pas nécessairement amoindrie, et le fait que cet élément ne soit apparu qu'après le rejet par les autorités de poursuite internes de la plainte pénale du requérant n'empêche pas la Cour de le prendre en considération (voir, *mutatis mutandis*, *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 133, CEDH 2008).

163. En principe, la Cour considère avec prudence les déclarations émanant de ministres ou de hauts fonctionnaires de l'Etat défendeur, ceux-ci pouvant être enclins à s'exprimer en faveur du gouvernement qu'ils représentent ou représentaient. Cependant, elle estime aussi que les déclarations de hauts dirigeants – même s'il s'agit d'anciens ministres ou de hauts fonctionnaires – ayant joué un rôle central dans le litige en question revêtent une valeur probante particulière lorsque les intéressés reconnaissent des faits ou un comportement faisant apparaître les autorités sous un jour défavorable. Pareilles déclarations peuvent alors être interprétées comme une forme d'aveu (voir à cet égard, *mutatis mutandis*, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt sur le fond du 27 juin 1986, *Rapport de la Cour internationale de justice*, p. 14, § 64).

164. Dès lors, la Cour estime que la déclaration produite par ledit témoin peut être prise en compte. Elle observe du reste que le Gouvernement n'a produit devant elle aucun élément permettant de mettre en doute la crédibilité de celui-ci.

165. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu'il existe un commencement de preuve à l'appui de la version des faits fournie par le requérant, et que la charge de la preuve doit en conséquence être renversée et peser sur le gouvernement défendeur.

166. Or le Gouvernement n'a pas démontré de manière concluante en quoi les éléments décrits ci-dessus ne peuvent être considérés comme étayant les allégations du requérant. Il n'a produit aucune explication satisfaisante et convaincante quant à la façon dont les événements en question se sont produits. Il n'a pas davantage justifié de manière plausible ce qui est arrivé au requérant après que l'intéressé se fut retrouvé sous le contrôle des autorités internes au poste-frontière de Tabanovce le 31 décembre 2003. Il n'a avancé aucun argument crédible et documenté de nature à réfuter la présomption selon laquelle il incombe aux autorités de l'Etat défendeur de rendre des comptes quant au sort qu'a connu le requérant après son arrestation le 31 décembre 2003. Les éléments de preuve soumis par le Gouvernement (paragraphe 41 et 65 ci-dessus) sont insuffisants à cet égard. Sur ce point,

il convient de relever que le Gouvernement n'a pas expliqué pourquoi il n'a pas fourni ces éléments plus tôt (paragraphe 45 ci-dessus, et paragraphe 113 du rapport Marty de 2006). En outre, le Gouvernement n'a formulé aucun commentaire ni présenté aucune objection sur l'expertise soumise par M. J.G.S. Il n'a pas davantage produit les documents concernant l'affaire du requérant détenus par le ministère de l'Intérieur, auxquels M. H.K. se référerait dans sa déposition (paragraphe 74 ci-dessus). Au demeurant, aucun document écrit sur le sujet n'a été soumis à la Cour. Enfin, la Cour estime que l'enquête ayant abouti au rejet de la plainte du requérant était peu concluante et que les résultats n'en sont pas exploitables.

167. Dans ces conditions, la Cour estime qu'elle peut inférer des conclusions des éléments produits devant elle et de la conduite des autorités (*Kadirova et autres c. Russie*, n° 5432/07, §§ 87 et 88, 27 mars 2012). Elle conclut donc que les allégations du requérant sont suffisamment convaincantes et établies au-delà de tout doute raisonnable.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

168. Le requérant estime que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée à raison des mauvais traitements qu'il dit lui avoir été infligés pendant sa détention à l'hôtel, et de la non-adoption par les autorités de mesures propres à empêcher qu'il fût soumis à un traitement de « choc de capture » lors de sa livraison à l'équipe de remise de la CIA à l'aéroport de Skopje. Il soutient en outre que l'Etat défendeur doit être tenu pour responsable des mauvais traitements qu'il affirme avoir subis pendant sa détention dans l'établissement dénommé « *Salt Pit* » en Afghanistan puisque cet Etat l'aurait remis en toute connaissance de cause à des agents américains alors même qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il courait un risque réel d'être soumis à des mauvais traitements de cette nature. A cet égard, le requérant considère que ses conditions de détention dans l'établissement « *Salt Pit* », notamment les atteintes à son intégrité physique, l'insuffisance de nourriture et d'eau, la privation de sommeil, l'épisode d'alimentation forcée et l'absence totale de soins médicaux, s'analysent en un traitement contraire à l'article 3 de la Convention. Enfin, selon lui, l'enquête devant les autorités macédoniennes n'a pas été effective aux fins de cette disposition.

L'article 3 de la Convention se lit ainsi :

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

A. Observations des parties

1. Le requérant

169. Le requérant affirme qu'il a été illégalement détenu au secret, placé à l'isolement et interrogé pendant vingt-trois jours à l'hôtel, qu'il a été cible de menaces répétées et qu'il s'est trouvé dans une incertitude prolongée quant à son sort. Il y voit une violation de ses droits résultant de l'article 3 de la Convention. Il soutient que les effets psychologiques cumulatifs et aigus de l'angoisse et du stress éprouvés par lui, même en l'absence d'atteintes directes à son intégrité physique, ont été délibérément utilisés dans le but exprès de le briser psychologiquement en vue de l'interrogatoire, et ont suffi à le conduire à se rebeller contre ce traitement en suivant une grève de la faim pendant dix jours.

170. Le requérant soutient en outre que, loin de s'opposer à l'opération, les agents de l'Etat défendeur l'ont au contraire activement facilitée, et que par conséquent l'Etat défendeur doit répondre du traitement subi par lui lors de sa remise à la CIA à l'aéroport de Skopje. Il déclare avoir été soumis à cette occasion à un traitement brutal et terrifiant, délibérément conçu pour provoquer un « choc de capture » et briser sa volonté en vue de l'interrogatoire qui devait suivre. Il considère que la violence utilisée pour le faire monter à bord de l'avion de la CIA était totalement disproportionnée par rapport à la menace qu'il pouvait représenter et visait à l'humilier ou à saper sa résistance morale. Il qualifie de torture le traitement subi par lui tant à l'hôtel qu'à l'aéroport de Skopje.

171. En outre, le requérant estime que dans le cadre de sa remise à la CIA les autorités macédoniennes étaient tenues d'apprécier le risque encouru par lui d'être soumis à des mauvais traitements en Afghanistan et d'obtenir des assurances diplomatiques appropriées à cet égard. Or elles se seraient abstenues d'agir ainsi, alors même que de très nombreux éléments rendus publics attestaient de la réalité de pareils traitements. En conséquence, la responsabilité de l'Etat défendeur serait engagée au titre de l'article 3 de la Convention.

172. Enfin, le requérant considère qu'il avait saisi les autorités de griefs défendables et que l'enquête menée par elles à leur sujet a été superficielle et totalement insuffisante. Malgré ses plaintes et les appels d'une pléthore d'organes internationaux, l'Etat défendeur serait resté en défaut de mener l'enquête rapide, impartiale et effective qu'exigeait l'article 3 de la Convention.

2. *Le gouvernement défendeur*

173. Le Gouvernement persiste à nier en bloc les allégations de mauvais traitements présentées par le requérant. Il conteste en outre la crédibilité de l'expertise du 5 janvier 2009, qu'il juge non concluante quant à l'état de santé du requérant (paragraphe 36 ci-dessus). Pour ces raisons, il invite la Cour à considérer cette expertise avec « la plus grande réserve ».

174. Le Gouvernement admet par ailleurs que l'enquête menée par les autorités de poursuite n'a pas été effective, mais il impute cette carence au retard avec lequel le requérant aurait présenté sa plainte pénale et au fait que celle-ci aurait été déposée contre X.

B. Observations des tiers intervenants

1. *Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies (UNHCHR – « le Haut-Commissariat »)*

175. Le Haut-Commissariat déclare que le droit à la vérité est un droit autonome qui entre en jeu en cas de violations flagrantes, comme dans les affaires de disparitions forcées. Ce droit serait également consacré par l'article 13 et inhérent aux articles 2, 3 et 5 de la Convention. Dans les cas de disparitions forcées, le droit à la vérité revêtirait un caractère particulièrement impérieux eu égard au mystère entourant le sort réservé à la victime, quand bien même celle-ci finirait par réapparaître. Le Haut-Commissariat estime que le fait de connaître la vérité sur des violations patentes des droits de l'homme et sur des violations graves du droit humanitaire apporte aux victimes, à leurs familles et à leurs amis proches une forme de réparation. Le droit à la vérité s'appliquerait au bénéfice des victimes directes de la violation, ainsi que de leurs proches et de la société en général. Les catégories précitées seraient fondées à demander et à obtenir des informations sur divers points, notamment l'identité des responsables, les progrès et les résultats de l'enquête éventuellement menée, ainsi que les circonstances dans lesquelles les violations ont été commises et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Par ailleurs, le droit à la vérité mettrait des obligations étendues à la charge de l'Etat, notamment celles : premièrement de mener une enquête effective, deuxièmement de donner aux victimes et à leurs proches un accès effectif au processus d'enquête, troisièmement de communiquer toutes les informations pertinentes aux victimes et au grand public et, quatrièmement, de protéger les victimes et les témoins contre les mesures de représailles et les menaces. Enfin, le droit à la vérité serait reconnu par le droit international (le Haut-Commissariat évoque la Convention pour la protection de toutes

les personnes contre les disparitions forcées) et consacré par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

2. *Interights*

176. Interights estime que la présente affaire donne l'occasion à la Cour de déclarer inacceptable le système de violations connu sous le terme de « remises extraordinaires » et de préciser dans quelle mesure la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée au regard de la Convention. Pour Interights, le traitement infligé aux personnes concernées pendant la préparation ou au cours du processus de remise (notamment le traitement dit du « choc de capture ») et le recours à des méthodes d'interrogatoire coercitives peuvent s'analyser en des actes de torture et/ou en des mauvais traitements. La pratique des remises extraordinaires impliquerait par nature le renvoi de personnes d'un Etat vers un autre où existerait un risque réel qu'elles soient soumises à des tortures ou à des traitements inhumains ou dégradants. Pareil renvoi serait interdit par le principe de non-refoulement, consacré par la Cour dans sa jurisprudence (Interights renvoie à cet égard aux arrêts *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161, et *Saadi*, précité). Interights explique qu'en vertu du principe de non-refoulement, une responsabilité pour complicité de « remises extraordinaires » et pour participation ou coopération sous une forme ou sous une autre à de telles opérations entre en jeu lorsque les autorités de l'Etat savaient ou auraient dû savoir que ces opérations s'accompagnaient de violations des droits fondamentaux. Parallèlement à la « responsabilité pour complicité », un Etat pourrait être tenu pour responsable au regard du droit international général lorsqu'il prête à un autre Etat aide ou assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite (« responsabilité accessoire »). Pour Interights, le manquement à l'obligation de prévenir de telles violations est le plus flagrant lorsque l'Etat a donné son consentement aux actes d'agents étrangers ayant méconnu les droits en jeu. De plus, l'acquiescement à de tels actes ou une complaisance à l'égard de ceux-ci pourrait aussi engager la responsabilité de l'Etat. Une fois l'opération de remise accomplie, l'Etat aurait l'obligation de mener une enquête rapide et effective au sujet des allégations de détention et de transfert secrets, et de réparer la violation, notamment en versant une indemnité pour le dommage moral causé par celle-ci.

3. *Redress*

177. Pour Redress, une enquête au sujet d'allégations de remise extraordinaire doit être rapide, indépendante, approfondie et de nature à

permettre d'identifier et de poursuivre les responsables. Pareille enquête devrait en outre être susceptible d'un contrôle public, prévoir la participation des victimes et offrir à celles-ci un accès aux informations afin de respecter leur droit à la vérité. L'obligation d'enquête serait incorporée aux articles 3 et 5 de la Convention. On ne pourrait admettre que des considérations de sécurité nationale empêchent une victime d'avoir accès aux informations pertinentes. Si de telles considérations devaient prévaloir sur le droit d'accès des victimes à l'information, le caractère inaliénable et absolu de l'article 3 et l'interdiction des détentions non reconnues seraient remis en cause. A cet égard, Redress se réfère aux lignes directrices émises par le Conseil de l'Europe le 30 mars 2011 pour éliminer l'impunité pour des violations graves des droits de l'homme (paragraphe 105 ci-dessus), selon lesquelles «l'impunité des responsables d'actes relevant de graves violations des droits de l'homme ajoute à la douleur des victimes». Redress estime qu'un recours et une réparation adéquats impliquent que les victimes de violations alléguées des articles 3 et 5 de la Convention soient reconnues comme telles et jouissent du respect qui leur est dû à ce titre, afin qu'elles-mêmes, leurs proches et la société dans son ensemble puissent connaître la vérité concernant les violations subies. Au-delà de l'indemnisation, il faudrait également procurer d'autres éléments essentiels correspondant à la fonction de restauration à long terme que joue la réparation, notamment une satisfaction (reconnaissance de la violation, expression de regrets ou excuses officielles), une garantie de non-répétition et une réhabilitation. Sur ce dernier point, Redress soumet une expertise du 28 mars 2011 dans laquelle le docteur M. Robertson, psychologue clinicienne agréée par les hôpitaux, décrit les bénéfices psychologiques qu'apporte à la victime la divulgation de la vérité. Selon elle, la reconnaissance publique de la vérité et le fait de prendre acte de manière adéquate, par une forme ou une autre de réparation, de l'épreuve traversée par la victime peut constituer un pas essentiel vers la guérison du survivant. La psychologue explique qu'à l'inverse, le fait que la vérité demeure cachée et que les auteurs restent impunis peut exacerber le sentiment d'impuissance du survivant et ses difficultés à donner un sens à ce qu'il a vécu et à tourner la page.

4. *Amnesty International et la Commission internationale de juristes*

178. Amnesty International et la Commission internationale de juristes soutiennent que la présente espèce concerne un «système transfrontalier de détentions et de remises secrètes géré par les Etats-Unis, organisé à grande échelle, qui fonctionnait au mépris tant des droits nationaux que des obligations découlant du droit international et en dehors de toute procédure

judiciaire ou administrative, et qui reposait sur la coopération, aussi bien active que passive, de nombreux Etats». Selon les deux organisations, ce système se caractérisait par la disparition forcée d'individus, phénomène emportant selon elles violation du droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 de la Convention impliquerait des obligations de non-refoulement interdisant à toute Partie contractante d'agir – et/ou de s'abstenir d'agir – d'une façon propre à entraîner le renvoi d'individus relevant de sa juridiction alors même qu'elle sait ou devrait savoir que ce renvoi exposerait l'intéressé à un risque réel de subir des mauvais traitements.

179. Enfin, les deux organisations soutiennent que le droit à une enquête effective découlant, notamment, des articles 3 et 5, lus conjointement avec l'article 13, implique un droit à la vérité concernant les violations des droits conventionnels perpétrées dans le contexte du « système de détentions et de remises secrètes ». Elles justifient leur position à cet égard non seulement par l'ampleur et la gravité des violations des droits de l'homme en jeu, mais aussi par l'impunité généralisée qui accompagnerait ces pratiques et par la suppression des informations à leur sujet, que l'on observerait encore dans de nombreux systèmes nationaux.

C. Appréciation de la Cour

1. Recevabilité

180. A la lumière des éléments dont elle dispose, la Cour considère que les griefs du requérant tirés de l'article 3 soulèvent au regard de la Convention d'importantes questions de fait et de droit qui appellent un examen au fond. Elle conclut donc que ces griefs ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Constatant qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle les déclare recevables.

2. Fond

181. La Cour se penchera tout d'abord sur le grief du requérant relatif à la non-réalisation d'une enquête effective au sujet de ses allégations de mauvais traitements.

a) Volet procédural de l'article 3 : absence d'une enquête effective

i. Principes généraux

182. La Cour rappelle que lorsqu'un individu soutient de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables

de l'Etat, un traitement contraire à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention de « reconnaître à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention », requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective. Cette enquête doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables. S'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique, et il serait possible dans certains cas à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits des personnes soumises à leur contrôle (*Georgiy Bykov*, précité, § 60; *Corsacov c. Moldova*, n° 18944/02, § 68, 4 avril 2006, et *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 102, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII).

183. L'enquête qu'exigent des allégations graves de mauvais traitements doit être à la fois rapide et approfondie, ce qui signifie que les autorités doivent toujours s'efforcer sérieusement de découvrir ce qui s'est passé et qu'elles ne doivent pas s'appuyer sur des conclusions hâtives ou mal fondées pour clore l'enquête ou fonder leur décision (*Assenov et autres*, précité, § 103, et *Bati et autres c. Turquie*, nos 33097/96 et 57834/00, § 136, CEDH 2004-IV). Les autorités doivent prendre toutes les mesures raisonnables à leur disposition pour obtenir les preuves relatives à l'incident en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires et les expertises criminalistiques (*Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 104, CEDH 1999-IV, et *Gül c. Turquie*, n° 22676/93, § 89, 14 décembre 2000). Toute carence de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir les causes du dommage ou l'identité des responsables risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à la norme d'effectivité requise (*Boicenco c. Moldova*, n° 41088/05, § 123, 11 juillet 2006).

184. De plus, l'enquête doit être menée en toute indépendance par rapport au pouvoir exécutif (*Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, §§ 91-92, CEDH 1999-III, et *Mehmet Emin Yüksel c. Turquie*, n° 40154/98, § 37, 20 juillet 2004). L'indépendance de l'enquête suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète (*Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, §§ 83-84, *Recueil* 1998-IV).

185. Enfin, la victime doit être en mesure de participer effectivement, d'une manière ou d'une autre, à l'enquête (voir, *mutatis mutandis*, *Oğur*, précité, § 92, *Khadjialiyev et autres c. Russie*, n° 3013/04, § 106, 6 novembre 2008, *Denis Vasilyev c. Russie*, n° 32704/04, § 157, 17 décembre 2009, *Dedovski et autres c. Russie*, n° 7178/03, § 92, 15 mai 2008, et *Ognyanova et Choban c. Bulgarie*, n° 46317/99, § 107, 23 février 2006).

ii. Application en l'espèce des principes ci-dessus

186. La Cour observe que par le dépôt de sa plainte pénale en octobre 2008, le requérant a porté à l'attention du ministère public ses allégations selon lesquelles des agents de l'Etat lui avaient infligé des mauvais traitements et avaient activement pris part à sa remise ultérieurement organisée par des agents de la CIA. Ses griefs étaient étayés par des éléments venus au jour dans le cadre des enquêtes menées au niveau international et dans des Etats étrangers. La Cour estime que la description des événements litigieux fournie par le requérant et les preuves disponibles suffisaient à faire naître au moins des soupçons plausibles que les violations alléguées de la Convention pussent être imputés aux autorités de l'Etat comme le soutenait l'intéressé. Celui-ci avait donc établi un commencement de preuve d'abus de la part des forces de sécurité de l'Etat défendeur, ce qui appelait une enquête des autorités conformément aux exigences de l'article 3 de la Convention. Quoi qu'il en soit, l'introduction formelle par le requérant d'une plainte pénale n'était pas décisive dès lors que les éléments portés à la connaissance des autorités relativement à des violations graves de l'article 3 à l'époque faisaient naître *ipso facto* pour l'Etat, en vertu de l'article 3 de la Convention, une obligation de mener une enquête effective (voir, *mutatis mutandis*, *Gorgiev c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 26984/05, § 64, 19 avril 2012).

187. A la suite de la plainte du requérant, une procureure prit contact avec le ministère de l'Intérieur en vue d'obtenir des informations sur l'affaire. Le ministère lui fit parvenir en réponse un rapport résumant la version des faits qui figurait déjà dans les rapports établis par lui à la suite des demandes d'entraide judiciaire formulées par le parquet de Munich. En décembre 2008, près de deux mois et demi plus tard, la procureure de Skopje rejeta la plainte pour insuffisance de preuves. Hormis la demande d'informations adressée au ministère, elle n'avait pris aucune mesure d'investigation relativement aux allégations du requérant. Le Gouvernement a confirmé qu'elle n'avait pas entendu le requérant ni le personnel qui travaillait à l'hôtel à l'époque des faits.

188. Enfin, il n'est pas contesté qu'aucune mesure ne fut prise pour établir le but de l'atterrissage de l'avion enregistré sous le numéro de vol N313P, dont on soupçonnait qu'il avait été utilisé pour transférer le requérant de l'Etat défendeur vers l'Afghanistan. Selon l'enquête Marty, cet avion a bel et bien été utilisé pour le transfert du requérant, lequel s'était inscrit dans le cadre d'une « tournée de remises » qui avait vu d'autres détenus être transférés dans des circonstances similaires (paragraphe 45 ci-dessus). En outre, le requérant avait présenté à l'appui de ses allégations une

lettre officielle dans laquelle les autorités de l'aéroport de Skopje attestaient que l'avion avait atterri à cet aéroport le 23 janvier 2004 sans aucun passager et qu'il avait redécollé le lendemain matin avec un seul passager à son bord (paragraphe 67 ci-dessus). Les allégations du requérant au sujet de son transfert en Afghanistan cadraient remarquablement bien, tant en ce qui concerne l'enchaînement temporel que pour ce qui est des modalités, avec le trajet effectivement accompli par cet avion. Toutefois, les autorités de poursuite restèrent passives et décidèrent de ne pas explorer cette piste plus avant. Il est surprenant qu'elles n'aient pas pris note de ces informations et qu'elles n'aient pas cherché à établir l'identité du passager qui se trouvait à bord de l'avion cette nuit-là. Une enquête sur l'avion et son passager aurait permis de recueillir des informations de nature à infirmer ou confirmer le bien-fondé de la version des faits présentée par le requérant.

189. Or la procureure, jugeant inutile d'aller voir par-delà les affirmations du ministère de l'Intérieur, prit sa décision sur la seule base des documents soumis par celui-ci. Pour rejeter la plainte du requérant, elle se fonda exclusivement sur les informations et les explications données par le ministère, dont les agents étaient, en gros, soupçonnés d'avoir participé au traitement subi par le requérant. Selon le Gouvernement, la procureure a estimé qu'en l'absence de tout élément contredisant les conclusions du ministère, aucune autre mesure d'enquête n'était nécessaire (paragraphe 71 ci-dessus). Eu égard au nombre considérable de preuves, au moins circonstancielles, qui étaient disponibles à l'époque où le requérant a présenté sa plainte, pareille conclusion n'est pas conforme à ce que l'on pouvait attendre d'une autorité indépendante. La complexité de l'affaire, la gravité des violations alléguées et les éléments disponibles exigeaient des réponses indépendantes et adéquates de la part des autorités de poursuite.

190. Le Gouvernement reconnaît aussi le manque d'effectivité des investigations entreprises par les autorités de poursuite (paragraphe 174 ci-dessus).

191. Eu égard aux observations des parties, et spécialement à celles des tiers intervenants, la Cour souhaite aborder également un autre aspect du caractère inadéquat de l'enquête menée en l'espèce, à savoir son impact sur le droit à la vérité concernant les circonstances pertinentes de la cause. A cet égard, elle souligne la grande importance de la présente affaire non seulement pour le requérant et sa famille mais également pour les autres victimes de crimes similaires et pour le grand public, qui ont le droit de savoir ce qui s'est passé. La question des « remises extraordinaires » a défrayé la chronique dans le monde entier et a donné lieu à l'ouverture d'enquêtes par de nombreuses organisations internationales et intergouvernementales, notamment par les organes de défense des droits de l'homme des Nations

unies, le Conseil de l'Europe et le Parlement européen. Ce dernier a révélé que certains des États concernés n'étaient guère désireux de voir la vérité éclater. La notion de « secret d'État » a souvent été brandie pour faire obstacle à la recherche de la vérité (paragraphe 46 et 103 ci-dessus), et elle a également été invoquée par le gouvernement américain dans le cadre de l'affaire portée par le requérant devant les tribunaux américains (paragraphe 63 ci-dessus). Le rapport Marty a en outre conclu que « [l]a même démarche a[vait] induit les autorités de l'ex-République yougoslave de Macédoine à cacher la vérité » (paragraphe 46 ci-dessus).

192. La Cour estime que les autorités de poursuite de l'État défendeur, une fois informées des allégations du requérant, auraient dû s'efforcer de mener une enquête adéquate en vue d'éviter toute apparence d'impunité relativement à certains actes. La Cour ne sous-estime pas l'indéniable complexité des circonstances de l'espèce. Cela étant, s'il peut parfois y avoir, dans telle ou telle situation particulière, des obstacles ou des difficultés empêchant une enquête de progresser, lorsqu'il s'agit comme en l'espèce d'enquêter sur des allégations de violations graves des droits de l'homme, une réponse adéquate des autorités peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux. Pour les mêmes raisons, le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ou sur ses conclusions, de manière à garantir tant en pratique qu'en théorie la recherche des responsabilités (*Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 167, CEDH 2011, *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, nos 33810/07 et 18817/08, § 135, 24 mai 2011, et *Anguelova c. Bulgarie*, n° 38361/97, § 140, CEDH 2002-IV). Ainsi que l'a dit le Conseil de l'Europe dans ses lignes directrices du 30 mars 2011 sur l'élimination de l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme (paragraphe 105 ci-dessus), « [l]es États ont le devoir de lutter contre l'impunité afin de rendre justice aux victimes, de dissuader la commission ultérieure de violations des droits de l'homme et de préserver l'État de droit ainsi que la confiance de l'opinion publique dans le système judiciaire ». Or l'enquête inadéquate conduite en l'espèce a privé le requérant de la possibilité d'être informé de ce qui s'était passé, et notamment d'avoir un compte rendu précis des souffrances que celui-ci disait avoir endurées et du rôle joué par ceux qu'il en tenait pour responsables.

193. Eu égard aux considérations ci-dessus, la Cour conclut que l'enquête sommaire qui a été menée dans cette affaire ne saurait être considérée comme une enquête effective propre à conduire à l'identification

et à la punition des responsables des événements allégués et à l'établissement de la vérité.

194. Dans ces conditions, la Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention sous son volet procédural.

b) Volet matériel de l'article 3 de la Convention

i. Les mauvais traitements supposés avoir été infligés au requérant à l'hôtel et à l'aéroport de Skopje

a) Principes généraux

195. L'article 3 de la Convention, la Cour l'a dit à maintes reprises, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas d'exceptions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V, et *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV). La Cour a confirmé que même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime (*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil* 1996-V, et *Labita*, précité, § 119).

196. Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 162, série A n° 25, et *Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, § 67, CEDH 2006-IX). Parmi les autres facteurs à considérer figurent le but dans lequel le traitement a été infligé ainsi que l'intention ou la motivation qui l'ont inspiré (voir, entre autres, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 64, *Recueil* 1996-VI, *Egmez c. Chypre*, n° 30873/96, § 78, CEDH 2000-XII, et *Krastanov c. Bulgarie*, n° 50222/99, § 53, 30 septembre 2004).

197. Pour déterminer si une forme donnée de mauvais traitements doit être qualifiée de torture, la Cour doit avoir égard à la distinction que l'article 3 opère entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants. Cette distinction paraît avoir été consacrée par la Convention pour marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances (*Aksoy*, précité, § 62). Outre la gravité des traitements, la notion de torture suppose un élément

intentionnel, reconnu dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations unies, entrée en vigueur le 26 juin 1987, qui précise que le terme de « torture » s'entend de l'infliction intentionnelle d'une douleur ou de souffrances aiguës aux fins notamment d'obtenir des renseignements, de punir ou d'intimider (article 1^{er}) (*İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 85, CEDH 2000-VII).

198. Combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande 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 (*Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, § 73, CEDH 2001-V). La responsabilité de l'Etat peut donc se trouver engagée lorsque les autorités n'ont pas pris de mesures raisonnables pour empêcher la matérialisation d'un risque de mauvais traitement dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance (*Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, § 115, CEDH 2000-III).

β) Application en l'espèce des principes ci-dessus

199. Après avoir estimé que la charge de la preuve devait être renversée et peser sur le Gouvernement (paragraphes 165 et 167 ci-dessus), la Cour a conclu que le récit du requérant était suffisamment convaincant et que ses allégations sur le terrain de l'article 3 étaient établies « au-delà de tout doute raisonnable ». Il lui reste à déterminer si le traitement infligé au requérant tombe sous l'empire de cette disposition et s'il peut être imputé à l'Etat défendeur.

– *Le traitement subi par le requérant pendant son séjour à l'hôtel*

200. Pour ce qui est du traitement subi par le requérant pendant son séjour à l'hôtel, la Cour observe que celui-ci s'est trouvé sous la surveillance constante d'agents des forces de sécurité macédoniennes, qu'il a été interrogé dans une langue étrangère dont il avait une maîtrise limitée, qu'il a été menacé avec un pistolet et qu'il s'est vu interdire tous contacts humains, hormis avec ses interrogateurs. Tout cela a poussé le requérant à faire une grève de la faim pendant dix jours en guise de protestation.

201. Le gouvernement défendeur ne donne aucune explication pour justifier ce traitement.

202. Certes, la force physique n'a pas été employée contre le requérant pendant son séjour à l'hôtel. Toutefois, la Cour rappelle que l'article 3 ne vise pas exclusivement la douleur physique mais également les souffrances morales qui découlent de la création d'un état d'angoisse et de stress par des

moyens autres que des atteintes à l'intégrité physique (*Iljina et Sarulienė c. Lituanie*, n° 32293/05, § 47, 15 mars 2011). Il ne fait aucun doute que la mise à l'isolement du requérant à l'hôtel a été un facteur d'intimidation, étant donné qu'il vivait dans la crainte de ce qui allait lui arriver par la suite, et qu'elle n'a pu manquer de susciter chez lui un sentiment de détresse émotionnelle et psychologique. L'enfermement prolongé du requérant à l'hôtel l'a placé en situation de totale vulnérabilité. Il a sans aucun doute vécu dans un état d'angoisse permanent du fait de l'incertitude qui entourait le sort qui lui serait fait pendant les séances d'interrogatoire. La Cour relève que ces traitements ont été infligés à l'intéressé intentionnellement, afin de lui extorquer des aveux ou des renseignements sur ses liens présumés avec des organisations terroristes (*Dikme c. Turquie*, n° 20869/92, §§ 82 et 95, CEDH 2000-VIII). De plus, la menace selon laquelle il serait abattu s'il tentait de quitter l'hôtel revêtait un caractère suffisamment réel et immédiat pour être susceptible de se heurter en soi à l'article 3 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 91, CEDH 2010, et *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982, § 26, série A n° 48).

203. Enfin, l'épreuve du requérant a été encore aggravée par le secret qui recouvrait l'opération et par le fait qu'il a été détenu à l'isolement pendant vingt-trois jours dans un hôtel, lieu de détention extraordinaire se situant en dehors de tout cadre judiciaire (voir également le paragraphe 101 ci-dessus et le paragraphe 236 ci-dessous).

204. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que l'épreuve infligée au requérant pendant son séjour à l'hôtel s'analyse à plusieurs égards en des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la Convention.

– *Le traitement subi par le requérant à l'aéroport de Skopje*

205. La Cour relève que le 23 janvier 2004 le requérant, menotté et les yeux bandés, fut conduit en voiture de l'hôtel à l'aéroport de Skopje. On le fit entrer dans une pièce, où il fut roué de coups par plusieurs hommes masqués et habillés de noir. Il fut déshabillé de force et sodomisé avec un objet. On lui mit une couche et on lui enfila un survêtement bleu foncé à manches courtes. Enchaîné et encapuchonné, soumis à une privation sensorielle totale, l'intéressé fut traîné de force jusqu'à un avion de la CIA (un Boeing 737 enregistré sous le numéro de vol N313P) qui était encerclé par des agents de la sécurité macédonienne. Une fois à bord de l'avion, le requérant fut jeté à terre, attaché et mis de force sous sédatifs. Il demeura dans cette position pendant tout le vol à destination de Kaboul (Afghanistan) via Bagdad. La même procédure appliquée dans des circonstances similaires

a déjà été jugée contraire à l'article 7 du PIDCP (paragraphe 108 et 109 ci-dessus).

206. La Cour doit tout d'abord examiner si le traitement auquel le requérant a été soumis à l'aéroport de Skopje par une équipe de remise spéciale de la CIA est imputable à l'Etat défendeur. A cet égard, elle souligne que les actes litigieux ont été accomplis en présence de fonctionnaires de l'Etat défendeur et sous la juridiction de celui-ci. En conséquence, il y a lieu de considérer que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un Etat étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 318, CEDH 2004-VII).

207. Quant aux mesures individuelles prises contre le requérant, la Cour rappelle que tout usage de la force physique qui n'est pas rendu absolument nécessaire par le propre comportement de la personne concernée porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 de la Convention (*Ribitsch*, précité, § 38). En l'espèce, elle relève que toute l'opération de remise du requérant aux mains de la CIA avait été soigneusement préparée et que l'intéressé ne représentait aucune menace pour ses ravisseurs, qui étaient en nombre face à lui. Le gouvernement défendeur n'a présenté aucun argument propre à expliquer ou justifier l'intensité de la force utilisée contre le requérant à l'aéroport de Skopje. Dès lors, il convient de conclure que celle-ci était excessive et injustifiée au vu des circonstances.

208. En outre, la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé que le déshabillage de force par des policiers peut être considéré comme une mesure tellement invasive et potentiellement dégradante qu'on ne saurait y avoir recours sans raison impérieuse (*Wieser c. Autriche*, n° 2293/03, § 40, 22 février 2007). Or le Gouvernement n'a avancé aucun argument apte à démontrer qu'il fût nécessaire d'imposer cette mesure au requérant alors que celui-ci se trouvait déjà dans une situation particulièrement vulnérable.

209. Le Gouvernement n'a pas davantage expliqué en quoi il se justifiait d'appliquer des mesures de contrainte physique au requérant. Cela vaut également pour le recours à l'encapuchonnement, technique dont la Cour a déjà dit qu'elle causait à ceux qui la subissaient sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, §§ 96 et 167).

210. L'administration de force et sans aucune explication d'un suppositoire au requérant alors que celui-ci était maintenu au sol n'était dictée par aucune considération médicale. En outre, la manière dont cette

procédure a été appliquée lui a causé de vives souffrances physiques (*Zontul c. Grèce*, n° 12294/07, § 89, 17 janvier 2012, et *Jalloh*, précité, §§ 69 et 72).

211. La Cour relève que les mesures susmentionnées ont été employées cumulativement et avec préméditation dans le but d'infliger des douleurs ou souffrances aiguës pour obtenir des renseignements de l'intéressé, de le punir ou de l'intimider (paragraphe 124 ci-dessus). Elle estime que pareil traitement doit être qualifié de torture, au sens de l'article 3 de la Convention. L'Etat défendeur doit être considéré comme directement responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents ayant activement facilité le traitement litigieux puis s'étant abstenus de prendre pour l'empêcher les mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de la cause (*Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01, §§ 124-125, 3 mai 2007, *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, et *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, § 149, CEDH 2003-XII).

ii. Le renvoi du requérant

a) Principes généraux

212. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la décision d'un Etat contractant de renvoyer un fugitif – et a fortiori le renvoi lui-même – peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le renvoie vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à cette disposition. Si, pour établir une telle responsabilité, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3, il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays, que ce soit au titre du droit international général, au titre de la Convention ou autrement. Si une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui renvoie, du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés (*Soering*, précité, § 91, *Saadi*, précité, §§ 125-126, *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, §§ 69-70, série A n° 201, et *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 67, CEDH 2005-I).

213. Pour déterminer l'existence de motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3, la Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office (*Hilal c. Royaume-Uni*, n° 45276/99, § 60, CEDH 2001-II, et *Saadi*, précité, § 128). Elle doit examiner les conséquences prévisibles du renvoi du

requérant dans le pays de destination, compte tenu de la situation générale dans ce pays et des circonstances propres au cas de l'intéressé (*Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 108, série A n° 215).

214. En contrôlant l'existence de ce risque, il faut se référer par priorité aux faits dont l'Etat contractant en cause avait ou aurait dû avoir connaissance au moment du renvoi, mais cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs; ils peuvent servir à confirmer ou infirmer la manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes d'un requérant (*Cruz Varas et autres*, précité, § 76, et *Vilvarajah et autres*, précité, § 107).

β) Application en l'espèce des principes ci-dessus

215. Eu égard aux faits déjà établis selon le critère de preuve requis, la Cour doit rechercher si la responsabilité de l'Etat défendeur peut être engagée à raison de la remise du requérant entre les mains des autorités américaines.

216. Premièrement, la Cour relève que rien ne prouve que le requérant ait été remis à des agents de la CIA en vertu d'une demande légitime d'extradition ou conformément à une autre procédure juridique de transfert de détenus à des autorités étrangères reconnue en droit international (paragraphe 102 ci-dessus). De plus, l'existence à l'époque des faits d'un mandat d'arrêt autorisant la remise du requérant à des agents américains n'a pas été démontrée (voir, *a contrario*, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 92, CEDH 2005-IV).

217. Deuxièmement, les éléments de preuve indiquent que les autorités macédoniennes connaissaient la destination de l'avion qui décolla de l'aéroport de Skopje avec le requérant à son bord. Des documents émanant de l'administration de l'aviation civile américaine (paragraphe 41 ci-dessus) confirment que l'avion enregistré sous le numéro de vol N313P fut autorisé à atterrir à l'aéroport de Skopje le 23 janvier 2004. Le même jour à 22 h 30, l'avion fut autorisé à décoller pour Kaboul. Le 24 janvier 2004, à 2 h 25, il fut autorisé à poursuivre sa route vers Bagdad.

218. Troisièmement, la Cour attache de l'importance aux rapports et à la jurisprudence pertinente d'organes internationaux et étrangers et, eu égard aux circonstances spécifiques de l'espèce, aux articles de journaux évoqués aux paragraphes 99, 106 à 122, 126 et 127 ci-dessus, qui constituent des sources fiables rendant compte de pratiques qui ont été employées ou tolérées par les autorités américaines et qui sont manifestement contraires aux principes de la Convention. La Cour a déjà jugé certains de ces rapports «préoccupants» et a exprimé de vives inquiétudes au sujet des méthodes utilisées par les autorités américaines pour interroger les personnes

soupçonnées de terrorisme international et détenues à la base navale de Guantánamo et à Bagram, en Afghanistan (*Al-Moayad c. Allemagne* (déc.), n° 35865/03, § 66, 20 février 2007). Ces éléments, qui étaient déjà dans le domaine public lorsque le requérant fut effectivement transféré aux autorités américaines, sont de nature à démontrer qu'il existait des motifs sérieux de croire que l'intéressé, s'il était remis aux autorités américaines dans le cadre du programme de « remises », courrait un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Dès lors, force est de conclure que les autorités macédoniennes savaient ou auraient dû savoir à l'époque des faits qu'il y avait un risque réel que le requérant fût soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Le gouvernement défendeur n'a pas dissipé les doutes à ce sujet (*Saadi*, précité, § 129). Les éléments apparus après le transfert du requérant sont venus confirmer l'existence de ce risque (paragraphe 103, 108-110, 123-124 et 128-129 ci-dessus).

219. Quatrièmement, l'Etat défendeur ne demanda aux autorités américaines aucune assurance propre à éviter au requérant le risque de subir des mauvais traitements (voir, *a contrario*, *Mamatkoulou et Askarov*, précité, §§ 71-78, *Al-Moayad*, décision précitée, et *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n°s 24027/07, 11949/08 et 36742/08, § 113, 6 juillet 2010).

220. Dans ces conditions, la Cour estime qu'en remettant le requérant aux autorités américaines, les autorités macédoniennes l'ont sciemment exposé à un risque réel de mauvais traitements et à des conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention.

221. Eu égard aux modalités qu'a revêtues le transfert du requérant aux autorités américaines, la Cour estime que l'intéressé a fait l'objet d'une « remise extraordinaire », notion qui désigne le « transfert extrajudiciaire d'une personne de la juridiction ou du territoire d'un Etat à ceux d'un autre Etat, à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire, la mesure impliquant un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » (*Babar Ahmad et autres*, décision précitée, § 113).

222. Dès lors, l'Etat défendeur a violé l'article 3 de la Convention de ce chef.

iii. Conclusion

223. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée à raison des traitements inhumains et dégradants infligés au requérant pendant son séjour à l'hôtel, des actes de torture subis par lui à l'aéroport de Skopje et de sa remise aux mains des

autorités américaines, mesure qui emportait exposition de l'intéressé à un risque d'autres traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

224. Le requérant se plaint sous l'angle de l'article 5 de la Convention d'avoir été détenu illégalement et mis à l'isolement en l'absence de tout mandat d'arrêt, et de n'avoir jamais été traduit devant un juge. Il estime que la responsabilité de l'Etat défendeur est directement engagée pour l'ensemble de sa période de captivité, soit du 31 décembre 2003 au 28 mai 2004, date à laquelle il aurait été relâché en Albanie. Enfin, il soutient que la non-réalisation par les autorités macédoniennes d'une enquête rapide et effective au sujet de ses allégations, qui selon lui étaient crédibles, a porté atteinte à ses droits résultant de l'article 5 de la Convention. Cette disposition se lit ainsi :

« 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.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.»

A. Observations des parties

225. Le requérant soutient qu'il y a eu violation des droits que lui garantit cette disposition du fait d'actes commis par des agents de l'Etat défendeur et/ou par des agents étrangers opérant sur son territoire et sous sa juridiction et que l'Etat défendeur est donc responsable de cette violation. Il allègue avoir été détenu dans l'ex-République yougoslave de Macédoine sans avoir été accusé de quoi que ce soit et en dehors de toute supervision judiciaire, en quoi il voit une violation de ses droits résultant de l'article 5. Il considère que sa disparition prolongée pendant sa détention ultérieure en Afghanistan a emporté violation dudit article et que la responsabilité doit en être imputée au gouvernement macédonien. De plus, le gouvernement défendeur n'aurait pas mené une enquête effective au sujet de ses allégations, crédibles selon lui, relatives à sa disparition pendant une période prolongée en conséquence d'une opération menée conjointement par des agents macédoniens et des agents américains, et il aurait de ce chef également violé l'article 5 de la Convention.

226. Le Gouvernement conteste cette thèse.

B. Observations des tiers intervenants

227. Pour Interights, l'enlèvement, le transfert et la détention d'une personne dans le plus grand secret, sans que la famille de l'intéressé n'en soit informée, s'analysent en une disparition forcée. Pareils actes constitueraient des formes de détention secrète, caractérisées par l'interdiction pour la personne concernée de communiquer avec l'extérieur (« détention au secret ») et par le refus des autorités de révéler le lieu de détention ou de divulguer des informations sur le sort du détenu (« détention non reconnue »). L'obligation de non-refoulement entrerait en jeu dans des situations impliquant un risque réel de violations graves des droits de l'homme les plus fondamentaux, par exemple de détention arbitraire et de déni flagrant des garanties du procès équitable.

228. Amnesty International et la Commission internationale de juristes soutiennent que, par leur nature et leur gravité, les privations de liberté pratiquées dans le contexte du « système de remises et de détentions secrètes » constituent des violations flagrantes de l'article 5 de la Convention. En pareil

cas, les Parties contractantes auraient l'obligation, conformément au principe de non-refoulement consacré aussi par cette disposition, de ne pas renvoyer des personnes hors de leur juridiction lorsqu'elles savent ou devraient savoir que le renvoi exposerait les personnes concernées à un risque réel de violations flagrantes de leur droit à la liberté et à la sûreté. Les deux organisations ajoutent en outre qu'en janvier 2004, un grand nombre d'informations fiables et publiques indiquaient que les Etats-Unis étaient impliqués dans des détentions arbitraires et secrètes, ainsi que dans des transferts secrets de personnes en détention que les autorités américaines soupçonnaient d'être impliquées dans des opérations de terrorisme international ou d'avoir connaissance de telles opérations. En vertu du principe de non-refoulement, les Etats ne sont selon elles pas exonérés de leur responsabilité « quant aux conséquences prévisibles » éventuellement subies par les personnes une fois renvoyées hors de leur juridiction. Pour les deux organisations, lorsqu'un acte ou une omission commis par une Partie contractante dans le cadre de sa juridiction présente un lien direct de causalité avec une remise effectuée en partie sur son territoire et en partie ailleurs et entraîne une violation continue de droits garantis par la Convention, ce sont tant les obligations négatives que les obligations positives de l'Etat au titre de celle-ci qui entrent en jeu. En pareil cas, l'Etat a selon elles la responsabilité de s'abstenir de tout acte de nature à faciliter l'opération de remise et de prendre toute mesure de prévention, d'enquête et de redressement à sa disposition dans les limites de sa juridiction pour éviter, réparer ou instruire les cas de violation continue de droits garantis par la Convention.

C. Appréciation de la Cour

1. Recevabilité

229. Constatant que les griefs tirés de l'article 5 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, la Cour les déclare recevables.

2. Fond

a) Principes généraux établis par la jurisprudence de la Cour

230. La Cour note d'emblée l'importance fondamentale des garanties figurant à l'article 5 pour assurer aux individus dans une démocratie le droit à ne pas être soumis à des détentions arbitraires par les autorités. C'est pour cette raison qu'elle ne cesse de souligner dans sa jurisprudence

que toute privation de liberté doit observer les normes de fond comme de procédure de la législation nationale mais également se conformer au but même de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire (*Chahal*, précité, § 118). Atteste de l'importance de la protection accordée à l'individu contre l'arbitraire le fait que l'article 5 § 1 dresse la liste exhaustive des circonstances dans lesquelles un individu peut être légalement privé de sa liberté, étant bien entendu que ces circonstances appellent une interprétation étroite puisqu'il s'agit d'exceptions à une garantie fondamentale de la liberté individuelle (*Quinn c. France*, 22 mars 1995, § 42, série A n° 311).

231. Il faut souligner aussi que les auteurs de la Convention ont renforcé la protection de l'individu contre les privations arbitraires de sa liberté en consacrant un ensemble de droits matériels conçus pour réduire au minimum le risque d'arbitraire, en prévoyant que les actes de privation de liberté doivent pouvoir être soumis à un contrôle juridictionnel indépendant et que la responsabilité des autorités doit pouvoir être recherchée. Les exigences des paragraphes 3 et 4 de l'article 5, qui mettent l'accent sur l'aspect célérité et sur le contrôle juridictionnel, revêtent une importance particulière à cet égard. Une prompt intervention judiciaire peut conduire à la détection et à la prévention de mesures propres à mettre en péril la vie de la personne concernée ou de sévices graves enfreignant les garanties fondamentales énoncées aux articles 2 et 3 de la Convention (*Aksoy*, précité, § 76). Sont en jeu ici la protection de la liberté physique des individus et la sûreté des personnes dans un contexte qui, en l'absence de garanties, pourrait saper la prééminence du droit et rendre inaccessibles aux détenus les formes les plus rudimentaires de protection juridique.

232. Les enquêtes concernant les infractions à caractère terroriste confrontent indubitablement les autorités à des problèmes particuliers. Cela ne signifie pas pour autant que les autorités aient carte blanche, au regard de l'article 5, pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes et, en dernière instance, par les organes de contrôle de la Convention, chaque fois qu'elles estiment qu'il y a infraction terroriste (*Dikme*, précité, § 64).

233. La Cour souligne à ce propos que la détention non reconnue d'un individu constitue une négation totale de ces garanties et une violation extrêmement grave de l'article 5. Lorsque les autorités s'emparent d'un individu, elles doivent toujours être à même d'indiquer où il se trouve. C'est pourquoi il faut considérer que l'article 5 leur fait obligation de prendre des mesures effectives pour pallier le risque d'une disparition et mener une enquête rapide et efficace lorsqu'elles sont saisies d'une plainte plausible selon laquelle une personne a été appréhendée et n'a pas été revue depuis (*Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, §§ 123-124, *Recueil* 1998-III).

b) Application en l'espèce des principes ci-dessus

234. Nul ne conteste que, le 31 décembre 2003, des policiers macédoniens ont fait descendre le requérant d'un bus à son entrée sur le territoire de l'Etat défendeur et lui ont fait subir un interrogatoire. L'intéressé a ensuite disparu et nul ne l'a revu avant son retour en Allemagne le 29 mai 2004. La Cour a déjà établi selon le critère de preuve requis que le requérant avait été détenu à l'hôtel sous la surveillance constante des forces de sécurité macédoniennes du 31 décembre 2003 au 23 janvier 2004, date à laquelle il fut remis, à l'aéroport de Skopje, aux mains des autorités américaines. A cette même date, il fut transféré à bord d'un vol affrété par la CIA à Kaboul (Afghanistan), où il demeura en détention jusqu'à son retour en Allemagne.

235. La Cour doit rechercher si la détention du requérant sur le territoire de l'ex-République yougoslave de Macédoine a répondu aux exigences posées par l'article 5 de la Convention, et si la détention ultérieure de l'intéressé à Kaboul peut être imputée à l'Etat défendeur. Elle examinera ensuite si les allégations de détention illégale et arbitraire présentées par le requérant ont donné lieu à une enquête effective.

i. La détention du requérant à Skopje

236. La Cour relève tout d'abord que, contrairement à la condition posée par le droit interne (paragraphe 89 ci-dessus), la détention du requérant ne fut pas ordonnée par un juge, et que sa réclusion à l'hôtel ne fut pas autorisée par un tribunal. La détention de l'intéressé sur le sol de l'Etat défendeur n'est attestée par aucun registre de garde à vue, ou du moins, pareil document n'a pas été produit en l'espèce. Or la Cour a déjà estimé que le fait pour les autorités de ne pas consigner des données telles que la date et l'heure de l'arrestation, le lieu de détention, le nom du détenu, les motifs de la détention et l'identité de la personne qui a procédé à la mise en détention doit être réputé incompatible avec l'objectif même de l'article 5 de la Convention (*Kurt*, précité, § 125). Pendant sa détention sur le territoire de l'Etat défendeur, le requérant n'a pas eu accès à un avocat et il n'a été autorisé à communiquer ni avec sa famille ni avec un représentant de l'ambassade d'Allemagne dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, contrairement à ce qu'exige l'article 36 § 1 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (paragraphe 93 ci-dessus). De plus, il a été privé de toute possibilité d'être traduit devant un tribunal en vue de faire contrôler la légalité de sa détention (paragraphe 84 et 90 ci-dessus). Mis à l'isolement dans le cadre d'une détention non reconnue, il s'est retrouvé complètement à la merci de ses gardiens (*Aksoy*, précité, § 83). Enfin, la Cour estime totalement inacceptable que, dans un Etat régi par le principe

de la prééminence du droit, une personne puisse être privée de sa liberté dans un lieu de détention extraordinaire et échappant à tout cadre légal, comme l'était l'hôtel susmentionné. Elle estime que le caractère hautement inhabituel dudit lieu de détention ajoute encore à l'arbitraire de la privation de liberté qui fut infligée au requérant (voir, *mutatis mutandis*, *Bitieva et Xc. Russie*, nos 57953/00 et 37392/03, § 118, 21 juin 2007).

237. Eu égard à la conclusion ci-dessus et au fait que le gouvernement défendeur n'a fourni aucune explication ni aucun document propres à justifier la détention subie par le requérant du 31 décembre 2003 au 23 janvier 2004, la Cour conclut que, pendant cette période, le requérant a fait l'objet d'une détention non reconnue, au mépris total des garanties consacrées par l'article 5 de la Convention, ce qui constitue une violation particulièrement grave de son droit à la liberté et à la sûreté garanti par cette disposition (*Gisayev c. Russie*, n° 14811/04, §§ 152-153, 20 janvier 2011, *Kadirova et autres c. Russie*, n° 5432/07, §§ 127-130, 27 mars 2012, et *Chitaïev c. Russie*, n° 59334/00, § 173, 18 janvier 2007).

ii. La détention ultérieure du requérant

238. A la lumière de sa conclusion concernant les faits établis selon le critère de preuve requis (paragraphe 165 et 167 ci-dessus), la Cour observe que, le 23 janvier 2004, les forces de sécurité macédoniennes ont emmené le requérant à l'aéroport de Skopje, où elles l'ont remis à des agents de la CIA, qui l'ont transféré en Afghanistan à bord d'un avion spécialement affrété par la CIA et décrit dans le cadre de l'enquête Marty comme « l'avion de restitution N313P » (paragraphe 64 du rapport Marty de 2006). Le requérant demeura dans ce pays jusqu'au 28 mai 2004, date à laquelle il fut rapatrié en Allemagne *via* l'Albanie.

239. La Cour rappelle qu'un Etat contractant méconnaîtrait l'article 5 de la Convention s'il renvoyait un requérant vers un Etat où l'intéressé serait exposé à un risque réel de violation flagrante de cette disposition (*Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, § 233, CEDH 2012). En l'espèce, la Cour a déjà établi selon le critère de preuve requis que le requérant a été soumis à une « remise extraordinaire » (paragraphe 221 ci-dessus), mesure qui implique une détention « en dehors du système juridique ordinaire » et qui « de par son mépris délibéré des garanties du procès équitable est totalement incompatible avec l'Etat de droit et les valeurs protégées par la Convention » (*Babar Ahmad et autres*, décision précitée, §§ 113-114). Par ailleurs, la détention de personnes soupçonnées de terrorisme dans le cadre du programme de « remises » mis en place par les autorités américaines a déjà été jugée arbitraire dans des affaires similaires (paragraphe 103, 106, 113, 119 et 123 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour estime qu'il

aurait dû être clair pour les autorités macédoniennes que, une fois remis aux autorités américaines, le requérant courrait un risque réel de subir une violation flagrante de ses droits au titre de l'article 5. A cet égard, la Cour rappelle que cette disposition exige de l'Etat non seulement qu'il s'abstienne de porter activement atteinte aux droits en question, mais aussi qu'il prenne des mesures appropriées pour protéger l'ensemble des personnes relevant de sa juridiction contre toute atteinte illégale à ces droits (*Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, §§ 100-101, CEDH 2005-V, et *Medova c. Russie*, n° 25385/04, § 123, 15 janvier 2009). Or non seulement les autorités macédoniennes n'ont pas respecté leur obligation positive de protéger le requérant d'une détention contraire à l'article 5 de la Convention, mais elles ont en outre facilité activement sa détention ultérieure en Afghanistan en le remettant à la CIA, alors même qu'elles avaient ou auraient dû avoir connaissance du risque inhérent à ce transfert. Dès lors, la Cour considère que la responsabilité de l'Etat défendeur est également engagée à raison de la détention subie par le requérant du 23 janvier au 28 mai 2004 (voir, *mutatis mutandis*, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 207, CEDH 2010).

iii. Conclusion

240. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'enlèvement et la détention du requérant s'analysent en une « disparition forcée » telle que définie par le droit international (paragraphes 95 et 100 ci-dessus). La « disparition forcée » du requérant, bien que temporaire, s'est caractérisée par une incertitude et un manque d'explications et d'informations quant au sort de l'intéressé qui ont persisté pendant toute la durée de sa captivité (*Varnava et autres*, précité, § 148). A cet égard, la Cour souligne que, lorsqu'il s'agit d'un ensemble d'actions ou d'omissions illicites, la violation débute avec la première des actions et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale concernée (*Ilaşcu et autres*, précité, § 321 ; voir également le paragraphe 97 ci-dessus).

241. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour conclut que le gouvernement défendeur doit être tenu pour responsable des violations des droits résultant de l'article 5 que le requérant a subies pendant toute la période de sa captivité.

iv. Volet procédural de l'article 5 : le défaut d'une enquête effective

242. La Cour a déjà conclu que l'Etat défendeur n'avait pas mené une enquête effective au sujet des allégations de mauvais traitements présentées par le requérant (paragraphes 186-194 ci-dessus). Pour les mêmes raisons, elle estime que les allégations crédibles de l'intéressé selon lesquelles il avait

subi une détention arbitraire n'ont pas fait l'objet d'une enquête sérieuse (*Kurt*, précité, § 128).

243. Dès lors, la Cour conclut que l'Etat défendeur a violé l'article 5 sous son volet procédural.

V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

244. Le requérant, qui affirme avoir été enlevé secrètement et en dehors de tout cadre judiciaire puis détenu arbitrairement, allègue également la violation de l'article 8 de la Convention à cet égard. Cette disposition est ainsi libellée :

« 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. Observations des parties

245. Pour le requérant, l'épreuve qu'il a subie présente un caractère totalement arbitraire et constitue une violation grave de son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8. Il affirme que, pendant plus de quatre mois, il a été détenu à l'isolement, en contact uniquement avec ses gardiens et interrogateurs et séparé de sa famille, laquelle n'aurait eu aucune information sur son sort. Selon l'intéressé, cette situation a eu un effet dévastateur sur son intégrité physique et psychologique.

246. Le Gouvernement conteste cette thèse.

B. Appréciation de la Cour

1. *Recevabilité*

247. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

2. *Fond*

248. Selon la jurisprudence de la Cour, la notion de «vie privée» est large et ne se prête pas à une définition exhaustive; elle peut, selon

les circonstances, englober l'intégrité morale et physique de la personne. La Cour reconnaît de plus que ces aspects de la notion s'étendent à des situations de privation de liberté (*Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, § 63, *Recueil* 1997-VIII). L'article 8 protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur. Nul ne doit être traité d'une manière impliquant une perte de dignité, « [l]a dignité et la liberté de l'homme [étant] l'essence même de la Convention » (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, §§ 61 et 65, CEDH 2002-III). En outre, pour les membres d'une même famille, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (voir, *mutatis mutandis*, *Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, § 59, série A n° 130). La Cour rappelle que l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 31, série A n° 297-C).

249. Eu égard à ses conclusions concernant la responsabilité de l'Etat défendeur au regard des articles 3 et 5 de la Convention, la Cour estime que les actions et omissions de celui-ci ont aussi engagé sa responsabilité au titre de l'article 8 de la Convention. Au vu des faits établis, elle considère que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée et familiale n'était pas « prévue par la loi ».

250. Dès lors, elle conclut qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention.

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

251. Le requérant se plaint également de n'avoir disposé, pour faire valoir ses droits résultant des articles 3, 5 et 8 de la Convention, d'aucun recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé :

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

A. Observations des parties

252. Au-delà de son grief fondé sur le volet procédural de l'article 3 de la Convention, le requérant se plaint sous l'angle de l'article 13 que les autorités soient restées en défaut de mener une enquête effective de nature à établir les circonstances de sa détention et des traitements subis par lui. Par ailleurs, au-delà de son grief fondé sur les garanties de l'article 5 de la Convention, il se plaint de n'avoir disposé d'aucun recours interne qui

lui eût permis de contester la légalité de sa détention dans l'ex-République yougoslave de Macédoine et de sa remise à la CIA. Tel serait également le cas en ce qui concerne ses droits résultant de l'article 8 de la Convention.

253. Le Gouvernement concède qu'avant la déposition de M. H.K. le requérant ne disposait d'aucun recours interne effectif au sens de l'article 13 relativement à ses griefs tirés des articles 3 et 5 de la Convention. Il admet également que dès lors que l'enquête pénale n'a débouché sur aucune conclusion, l'action civile en réparation ne peut en soi être considérée comme un recours effectif qui aurait permis au requérant de faire valoir son grief tiré de l'article 8 de la Convention.

B. Appréciation de la Cour

1. Recevabilité

254. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

2. Fond

a) Principes généraux établis dans la jurisprudence de la Cour

255. La Cour rappelle que l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par des actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur. Lorsqu'un individu formule une allégation défendable de mauvais traitements subis aux mains d'agents de l'Etat, la notion de « recours effectif », au sens de l'article 13, implique, outre le versement d'une indemnité là où il échet, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête (*Anguelova*, précité, §§ 161-162, *Assenov et autres*, précité, §§ 114

et suiv., *Süheyla Aydın c. Turquie*, n° 25660/94, § 208, 24 mai 2005, et *Aksoy*, précité, §§ 95 et 98).

256. La Cour rappelle en outre que les exigences de l'article 13 vont au-delà de l'obligation que les articles 3 et 5 font à un Etat contractant de mener une enquête effective sur la disparition d'une personne dont il est démontré qu'il la détient et du bien-être de laquelle il est en conséquence responsable (voir, *mutatis mutandis*, *Orhan*, précité, § 384, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, nos 57942/00 et 57945/00, § 183, 24 février 2005, et *Kurt*, précité, § 140).

257. Pour la Cour, compte tenu de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de matérialisation du risque de mauvais traitements et vu l'importance qu'elle attache à l'article 3, la notion de recours effectif au sens de l'article 13 requiert un examen indépendant et rigoureux de tout grief selon lequel il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 (*Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, § 50, CEDH 2000-VIII). Cet examen ne doit pas tenir compte de ce que l'intéressé a pu faire pour justifier une expulsion ni de la menace pour la sécurité nationale éventuellement perçue par l'Etat qui expulse (*Chahal*, précité, § 151).

b) Application en l'espèce des principes précités

258. La Cour a établi que le requérant avait présenté en substance au ministère public ses griefs tirés des articles 3, 5 et 8 de la Convention. Or ceux-ci n'ont jamais fait l'objet d'une enquête sérieuse mais ont été écartés au profit d'une explication hâtive d'après laquelle l'intéressé n'avait jamais subi aucun des actes en question. La Cour a déjà conclu que la responsabilité de l'Etat défendeur était engagée à raison des violations des droits du requérant résultant des articles 3, 5 et 8 de la Convention constatées par elle. Les griefs de l'intéressé relevant de ces dispositions étaient donc « défendables » aux fins de l'article 13 (*Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1988, § 52, série A n° 131).

259. En conséquence, le requérant aurait dû être en mesure, aux fins de l'article 13, d'exercer des recours concrets et effectifs aptes à mener à l'identification et à la punition des responsables et à l'octroi d'une réparation. Pour les raisons exposées plus haut (paragraphe 186-194 et 242 ci-dessus), on ne saurait considérer qu'une enquête pénale effective a été menée, conformément à l'article 13, quant aux griefs présentés par le requérant sous l'angle des articles 3 et 5 de la Convention. L'attitude superficielle adoptée par la procureure compétente ne saurait être considérée comme compatible avec l'obligation qu'avaient les autorités d'enquêter sur les allégations de mauvais traitements et de privation illégale de liberté présentées par le

requérant. Le Gouvernement reconnaît d'ailleurs qu'aucun recours effectif n'était disponible à l'époque des faits (paragraphe 253 ci-dessus).

260. En outre, aucun élément de preuve n'a été fourni pour démontrer que la décision de remettre le requérant à la CIA avait fait l'objet d'un examen, par une instance judiciaire ou par une autre autorité présentant des garanties suffisantes pour que le recours devant elle fût effectif, prenant en compte le risque de mauvais traitements ou de violation flagrante de son droit à la liberté et à la sûreté (*Chahal*, précité, § 152).

261. Ainsi que le Gouvernement l'a souligné dans ses observations, l'ineffectivité de l'enquête pénale a ôté toute effectivité aux autres recours, y compris à la possibilité d'intenter une action civile en réparation. La Cour a déjà estimé dans des affaires similaires qu'une demande d'indemnisation est dans ces conditions théorique et illusoire et ne permet pas au requérant d'obtenir réparation (voir, *mutatis mutandis*, *Cobzaru*, précité, § 83, *Estamirov et autres c. Russie*, n° 60272/00, §§ 77 et 120, 12 octobre 2006, et *Moussaïev et autres c. Russie*, n°s 57941/00, 58699/00 et 60403/00, § 175, 26 juillet 2007).

262. En conséquence, la Cour estime que le requérant n'a disposé d'aucun recours effectif au sens de l'article 13, combiné avec les articles 3, 5 et 8 de la Convention.

VII. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE LA CONVENTION

263. Enfin, le requérant invoque l'article 10 de la Convention, estimant qu'il avait le droit de connaître la vérité sur les circonstances à l'origine des violations alléguées de ses droits résultant de la Convention. L'article 10 se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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

264. La Cour estime que la question soulevée sur le terrain de cette disposition recoupe au fond les griefs tirés par le requérant de l'article 3 et a déjà été traitée dans le cadre de l'examen de ceux-ci (paragraphe 192

ci-dessus). Elle considère par ailleurs que la présente affaire ne soulève aucune question spécifique à analyser sous l'angle de l'article 10 pris isolément, cette disposition ne s'appliquant pas aux faits litigieux. Partant, elle ne relève aucune apparence de violation à l'égard du requérant des droits et libertés garantis par cet article.

265. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) et doit être rejeté en application de l'article 35 § 4 de la Convention.

VIII. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

266. 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. **Domage**

267. Le requérant réclame 300 000 euros (EUR) pour préjudice moral au titre des souffrances, de l'angoisse et de la dépression qu'il dit être résultées des mauvais traitements qui lui auraient été infligés, de la détention non reconnue à laquelle il aurait été soumis, de l'incertitude dans laquelle il aurait vécu quant à son sort, de l'attitude du gouvernement défendeur, qui aurait refusé de reconnaître la vérité, et de l'impossibilité dans laquelle il se serait trouvé de rétablir sa réputation. Quant à ce dernier point, il soutient avoir fait l'objet d'une « campagne de diffamation » qui aurait eu un impact négatif sur ses perspectives d'emploi. A l'appui de sa demande, il renvoie à des affaires similaires dans lesquelles les gouvernements suédois, canadien et britannique (paragraphes 110 et 129 ci-dessus) se seraient vu enjoindre ou auraient accepté de verser des sommes allant de 450 000 à 10 000 000 dollars américains. Il invite en outre la Cour à ordonner à l'Etat défendeur de mener des investigations effectives et approfondies sur les faits de la cause. En revanche, il ne réclame rien pour dommage matériel.

268. Le Gouvernement conteste les prétentions du requérant. Il réaffirme que l'intéressé n'a pas fait l'objet d'une « remise extraordinaire » et que ses allégations sont dénuées de tout fondement. Enfin, il déclare que le préjudice éventuel doit être apprécié de manière personnalisée et non par comparaison avec d'autres affaires.

269. La Cour rappelle que l'article 41 l'habilite à accorder à la partie lésée, s'il y a lieu, la satisfaction qui lui semble appropriée. A cet égard,

elle rappelle qu'elle a conclu à des violations graves par l'Etat défendeur de plusieurs dispositions de la Convention. Elle a estimé que le requérant avait été torturé et maltraité et que l'Etat défendeur avait engagé sa responsabilité en remettant sciemment l'intéressé à la CIA alors qu'il existait des motifs sérieux de croire que celui-ci risquait d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. La Cour a également jugé que le requérant avait été détenu arbitrairement, en violation de l'article 5. Par ailleurs, l'Etat défendeur a failli à l'obligation que les articles 3 et 5 de la Convention lui faisaient de mener une enquête effective. De plus, la Cour a conclu à la violation des droits du requérant résultant de l'article 8. Enfin, elle a déclaré l'Etat défendeur responsable de l'absence de tout recours effectif, au sens de l'article 13 de la Convention, qui aurait permis au requérant de faire valoir ses griefs tirés des articles 3, 5 et 8. Dès lors, eu égard aux violations constatées, elle estime que le requérant a indéniablement éprouvé un préjudice moral que le simple constat de violations ne saurait compenser.

270. En conséquence, tenant compte de l'extrême gravité des violations de la Convention dont a été victime le requérant et statuant en équité comme le veut l'article 41 de la Convention, la Cour alloue à l'intéressé la somme de 60 000 EUR, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme (*Ilaşcu et autres*, précité, § 489).

B. Frais et dépens

271. Le requérant n'a pas demandé le remboursement des frais et dépens exposés par lui devant les juridictions internes et devant la Cour.

272. Partant, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de lui octroyer de somme à ce titre.

C. Intérêts moratoires

273. 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* l'exception préliminaire de non-respect du délai de six mois soulevée par le Gouvernement ;
2. *Déclare* la requête recevable quant aux griefs tirés des articles 3, 5, 8 et 13 de la Convention et irrecevable pour le surplus ;

3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention, sous son volet procédural, à raison de la non-réalisation par l'Etat défendeur d'une enquête effective sur les allégations de mauvais traitements formulées par le requérant ;
4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention par l'Etat défendeur à raison des traitements inhumains et dégradants infligés au requérant pendant sa détention à l'hôtel à Skopje ;
5. *Dit* que l'Etat défendeur doit être tenu pour responsable des mauvais traitements infligés au requérant à l'aéroport de Skopje et que ces mauvais traitements doivent être qualifiés de torture au sens de l'article 3 de la Convention ;
6. *Dit* que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée à raison de la remise du requérant aux autorités américaines malgré l'existence d'un risque réel que celui-ci fût soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ;
7. *Dit* que la détention du requérant pendant vingt-trois jours à l'hôtel a revêtu un caractère arbitraire, contraire à l'article 5 de la Convention ;
8. *Dit* que l'Etat défendeur doit être tenu pour responsable au regard de l'article 5 de la captivité ultérieure du requérant en Afghanistan ;
9. *Dit* que l'Etat défendeur a failli à l'obligation que lui faisait l'article 5 de la Convention de mener une enquête effective sur les allégations de détention arbitraire qu'avait formulées le requérant ;
10. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
11. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention à raison de l'absence de tout recours effectif qui aurait permis au requérant de faire valoir ses griefs tirés des articles 3, 5 et 8 de la Convention ;
12. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 60 000 EUR (soixante mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, pour dommage moral ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
13. *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 13 décembre 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 Tulkens, Spielmann, Sicilianos et Keller ;
- opinion concordante commune aux juges Casadevall et López Guerra.

N.B.

M.O'B.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES TULKENS, SPIELMANN, SICILIANOS ET KELLER

1. En ce qui concerne l'article 13 de la Convention, pour lequel la Cour conclut à l'unanimité à la violation de cette disposition combinée avec les articles 3, 5 et 8, nous aurions souhaité qu'elle étende son raisonnement pour atteindre un aspect essentiel à nos yeux. En raison de la gravité des violations constatées, nous pensons, en effet, que la Cour aurait dû reconnaître qu'en l'absence de tout recours effectif, reconnu par le Gouvernement, le requérant s'est vu dénier le « droit à la vérité », à savoir le droit d'avoir un compte-rendu précis des souffrances endurées et du rôle des responsables de cette épreuve (arrêt *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, n^{os} 33810/07 et 18817/08, § 144, 24 mai 2011).

2. Il ne s'agit évidemment pas de la « vérité » au sens philosophique ou métaphysique du terme mais du droit à la recherche et à l'établissement de la vérité des faits. Comme le souligne le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, tout comme Redress, Amnesty International et la Commission internationale des juristes¹, dans le cas de disparitions forcées, le droit à la vérité revêt un caractère particulièrement impérieux eu égard au secret entourant le sort réservé aux victimes.

3. Dans sa réponse au grief du requérant fondé sur l'article 10 de la Convention, faisant valoir « qu'il avait le droit de connaître la vérité sur les circonstances à l'origine des violations alléguées », la Cour estime que la question soulevée recoupe sur le fond les griefs tirés de l'article 3 de la Convention et qu'elle l'a déjà traitée dans le cadre de l'examen de celui-ci (paragraphe 264 de l'arrêt). On pourrait dès lors soutenir que la Cour reconnaît ainsi implicitement la place du droit à la vérité dans cette disposition même si, en fait, elle ne s'y engage pas vraiment, se limitant à constater une enquête inadéquate qui a privé le requérant de la possibilité d'être informé (paragraphe 193 de l'arrêt).

4. Nous pensons cependant que le droit à la vérité trouverait mieux sa place dans le cadre de l'article 13 de la Convention surtout lorsque, comme en l'espèce, il est lié aux obligations procédurales des articles 3, 5 et 8. L'ampleur et la gravité des violations de droits de l'homme en jeu, commises dans le contexte du système de détentions et de remises secrètes, ainsi que l'impunité généralisée qui a accompagné ces pratiques que l'on observe dans de nombreux systèmes nationaux, donnent au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 sa portée réelle. Ce dernier inclut en effet un droit

1. Voir la partie « Observations des tiers intervenants », §§ 175-179 de l'arrêt.

d'accès aux informations pertinentes concernant les violations alléguées, que ce soit pour les personnes concernées ou pour le public en général.

5. Le droit à la vérité n'est pas inconnu dans notre jurisprudence et il ne s'agit pas davantage d'un nouveau droit. Il est, en effet, largement implicite dans d'autres dispositions de la Convention, notamment dans le volet procédural des articles 2 et 3 qui garantissent un droit à une enquête associant le requérant et sous le contrôle du public.

6. En réalité, la recherche de la vérité constitue la finalité objective de l'obligation de mener une enquête ainsi que la raison d'être des exigences quant à la qualité de celle-ci (transparence, diligence, indépendance, accès, divulgation des résultats et contrôle). Pour la société en général, la volonté de rechercher la vérité contribue à renforcer la confiance envers les institutions et donc l'Etat de droit. Pour les personnes concernées, la famille et les proches des victimes, l'établissement de la vérité sur les faits et la reconnaissance des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire constituent une forme de réparation aussi importante – et parfois même plus importante – qu'une indemnisation. En définitive, le mur du silence et la chape de plomb empêchent de donner sens à ce que les personnes ont vécu et sont les pires ennemis sur la voie de la restauration.

7. Une reconnaissance plus explicite, dans le contexte de l'article 13 de la Convention, du droit à la vérité, loin d'être nouvelle ou redondante, consisterait donc en quelque sorte à donner un habit neuf à une réalité bien établie.

8. Aujourd'hui, le droit à la vérité est largement reconnu par le droit international et le droit européen relatifs aux droits de l'homme. Au niveau des Nations unies, on le trouve dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 (article 24 § 2) ainsi que dans l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité. Les Résolutions 9/11 et 12/12 sur le droit à la vérité, adoptées les 18 septembre 2008 et 1^{er} octobre 2009 par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies, disposent quant à elles que: « (...) le Comité des droits de l'homme et le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires (...) ont reconnu que les victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et les membres de leur famille ont le droit de connaître la vérité au sujet des événements qui se sont produits, et notamment de connaître l'identité des auteurs des faits qui ont donné lieu à ces violations (...) ».

9. Il en va de même sur le plan régional. Dans le contexte de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, le droit à la vérité a été expressément reconnu dans les décisions *Velásquez Rodríguez v. Honduras* du 29 juillet 1988 ainsi que *Contreras et al. v. El Salvador* du 31 août 2011

de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Sur la scène européenne et, tout d'abord, celle de l'Union européenne, la décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales¹ établit un lien entre vérité et dignité et considère, dans le Préambule, qu'il est « nécessaire de rapprocher les règles et pratiques concernant le statut et les principaux droits des victimes, en veillant en particulier au respect de la dignité des victimes, à leur droit à informer et à être informées, à comprendre et à être comprises (...) ». Au Conseil de l'Europe, les Lignes directrices pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme du 30 mars 2011 s'inscrivent dans la même orientation.

10. Dans ces conditions, il nous semble que l'allusion plutôt timide de l'arrêt au droit à la vérité dans le contexte de l'article 3 et sa non-reconnaissance explicite dans le contexte de l'article 13 de la Convention donnent l'impression d'une certaine frilosité.

1. *Journal officiel des Communautés européennes* n° L 082 du 22 mars 2001.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE
AUX JUGES CASADEVALL ET LÓPEZ GUERRA

(Traduction)

Nous souscrivons aux conclusions de la Grande Chambre, ainsi qu'au raisonnement qui y conduit. Nous estimons cependant que, s'agissant de la violation de l'article 3 de la Convention sous son volet procédural à raison du manquement de l'Etat défendeur à mener une enquête effective sur les allégations de mauvais traitements du requérant, il ne s'imposait pas, comme le fait la Grande Chambre au paragraphe 191 de l'arrêt, de se livrer à une analyse séparée en vue d'établir l'existence d'un « droit à la vérité » qui se distinguerait ou viendrait en complément des principes déjà établis en la matière par la jurisprudence antérieure de la Cour.

Selon la jurisprudence de la Cour, telle qu'elle est rappelée dans le présent arrêt (paragraphe 182 et suiv.), une enquête sur des allégations de mauvais traitements doit dans tous les cas représenter une tentative sérieuse d'établir les circonstances de l'espèce quant à la cause du dommage et à l'identité des responsables. Il nous paraît évident que l'activité ainsi requise revient à faire toute la vérité sur l'affaire, quelle que soit la pertinence ou l'importance de la question pour le grand public ; une analyse distincte sur le droit à la vérité nous semble donc redondante.

Le droit à une enquête sérieuse, qui équivaut au droit à la vérité, découle de la protection offerte par la jurisprudence de la Cour issue des affaires où la Convention a été appliquée aux victimes d'une privation de la vie (article 2), ou d'actes qualifiés de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3) ; cela vaut aussi bien pour les affaires très médiatisées que pour celles qui attirent moins l'attention du public. Dès lors, s'agissant du droit à la vérité, c'est la victime, et non le grand public, qui est titulaire de ce droit en tant qu'il résulte de l'article 3 de la Convention tel qu'explicité par la jurisprudence de la Cour.

AHMET YILDIRIM c. TURQUIE
(Requête n° 3111/10)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 18 DÉCEMBRE 2012¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Mesure judiciaire préventive de blocage d'un site Internet ayant eu pour effet collatéral de bloquer l'accès à l'intégralité d'un domaine et à tous les sites y étant hébergés****Article 10**

Liberté d'expression – Liberté de communiquer des informations – Liberté de recevoir des informations – Mesure judiciaire préventive de blocage d'un site Internet ayant eu pour effet collatéral de bloquer l'accès à l'intégralité d'un domaine et à tous les sites y étant hébergés – Ingérence – Prévue par la loi – Pas de motifs suffisants de soupçonner une infraction de par le contenu du site – Pouvoir étendu d'un organe administratif – Contrôle juridictionnel inefficace – Absence de cadre légal strict délimitant l'interdiction – Loi n'imposant pas au juge d'examiner la nécessité d'un blocage total – Prévisibilité – Effets arbitraires de la mesure

*

* *

Le requérant est propriétaire et utilisateur d'un site web où il publie entre autres ses travaux académiques. Ce site a été créé en utilisant le module de création et d'hébergement de sites web Google Sites. Le 23 juin 2009, le tribunal d'instance pénal rendit une décision ordonnant, en vertu de la loi relative à la régularisation des publications sur Internet et à la lutte contre les infractions commises sur Internet, le blocage de l'accès à un site litigieux. Il s'agissait d'une mesure préventive adoptée dans le cadre d'une procédure pénale. Le même jour, en vertu de la loi précitée, une copie de la décision de blocage fut notifiée pour exécution à la présidence de la télécommunication et de l'informatique (« PTI »). Le 24 juin 2009, sur demande de la PTI, le tribunal d'instance pénal réforma sa décision et décida de bloquer totalement l'accès à Google Sites. Ainsi, le requérant se trouva dans l'impossibilité d'accéder à son propre site. Le 1^{er} juillet 2009, il forma opposition à la décision de blocage et demanda la levée de cette mesure pour autant qu'elle concernait son site car celui-ci n'avait aucun lien avec le site bloqué pour contenu illégal. Le 13 juillet 2009, le tribunal correctionnel débouta le requérant de sa demande. En avril 2012, le requérant ne pouvait toujours pas accéder à son site, alors qu'à sa connaissance la procédure pénale dirigée contre le propriétaire du site litigieux s'était conclue en mars 2011 par un non-lieu.

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

Article 10 : à la suite d'une mesure préventive de blocage d'un site Internet litigieux, le tribunal a également ordonné, sur demande de la PTI, le blocage de l'accès à Google Sites qui hébergeait aussi le site web du requérant. La mesure litigieuse s'analyse en une restriction constitutive d'une ingérence dans le droit de l'intéressé à la liberté d'expression.

Le blocage de l'accès au site litigieux a une base légale mais il est évident que ni le site web du requérant ni Google Sites ne rentrent dans le champ d'application de la loi puisqu'il n'y a pas de motifs suffisants de soupçonner que, par leur contenu, ils sont constitutifs d'infractions. En effet, aucun d'eux ne faisaient l'objet d'une procédure judiciaire. En outre, même si Google Sites est tenu pour responsable du contenu d'un site qu'il héberge, il n'est nullement question dans la loi d'un blocage de son accès en général. De surcroît, rien ne permet de conclure que Google Sites ait été informé qu'il hébergeait un contenu illicite ni qu'il ait refusé de se conformer à une mesure provisoire concernant un site à l'encontre duquel une procédure pénale avait été engagée. De plus, la loi a permis à un organe administratif – la PTI – de jouir d'un pouvoir étendu dans le cadre de l'exécution d'une décision de blocage en ayant pu demander l'élargissement d'une mesure de blocage d'accès sans qu'aucune procédure n'ait été engagée contre le site ou le domaine concernés, ni qu'une réelle nécessité de blocage total n'ait été établie.

De telles restrictions préalables ne sont pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention. Pour autant, elles doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus. Or le tribunal d'instance pénal s'est contenté de se référer à l'avis émanant de la PTI indiquant que c'était la seule possibilité de bloquer le site litigieux pour décider de bloquer totalement l'accès à Google Sites sans même rechercher si une mesure moins lourde pouvait être adoptée. Par ailleurs, le requérant a notamment soutenu dans son opposition présentée le 1^{er} juillet 2009 qu'afin d'empêcher que les autres sites web ne soient affectés par la mesure en question, il fallait choisir une méthode qui rende inaccessible uniquement le site litigieux. Pour autant, rien ne montre que les juges saisis de l'opposition aient cherché à soupeser les divers intérêts en présence. Ce défaut n'est qu'une conséquence de la teneur même de la loi qui ne renfermait aucune obligation pour les juges internes d'examiner la nécessité d'un blocage total de l'accès à Google Sites et ce en tenant compte des critères énoncés et mis en œuvre par la Cour dans le cadre de l'article 10 de la Convention. Or ce blocage total rendait inaccessible une grande quantité d'informations, affectait considérablement les droits des internautes et a eu un effet collatéral important. Ainsi, l'ingérence n'était pas prévisible et n'a pas permis au requérant de jouir du degré suffisant de protection qu'exige la prééminence du droit dans une société démocratique. La mesure en cause a eu des effets arbitraires et ne saurait être considérée comme visant uniquement à bloquer l'accès au site litigieux. En outre, le contrôle juridictionnel du blocage de l'accès aux sites Internet ne réunit pas les conditions suffisantes pour éviter les abus ; le droit interne ne prévoit aucune

garantie pour éviter qu'une mesure de blocage visant un site précis ne soit utilisée comme moyen de blocage général.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41 : la Cour octroie des sommes pour préjudice moral, ainsi qu'à titre des frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1), 26 avril 1979, série A n° 30

markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, 20 novembre 1989, série A n° 165

Autronic AG c. Suisse, 22 mai 1990, série A n° 178

Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991, série A n° 216

Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche, 19 décembre 1994, série A n° 302

Guerra et autres c. Italie, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I

Association Ekin c. France, n° 39288/98, CEDH 2001-VIII

Ayşe Öztürk c. Turquie, n° 24914/94, 15 octobre 2002

Çetin et autres c. Turquie, n°s 40153/98 et 40160/98, CEDH 2003-III

Maestri c. Italie [GC], n° 39748/98, CEDH 2004-I

Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n°s 1 et 2), n°s 3002/03 et 23676/03, CEDH 2009

Dink c. Turquie, n°s 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09, 14 septembre 2010

RTBF c. Belgique, n° 50084/06, CEDH 2011

Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine, n° 33014/05, CEDH 2011

Altuğ Taner Akçam c. Turquie, n° 27520/07, 25 octobre 2011

En l'affaire Ahmet Yıldırım c. Turquie,

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

Guido Raimondi, *président*,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 novembre 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de cette affaire se trouve une requête (n° 3111/10) dirigée contre la République de Turquie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Ahmet Yıldırım (« le requérant »), a saisi la Cour le 12 janvier 2010 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 A. Kaymak, avocate à İzmir. Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») est représenté par son agent.

3. Le requérant allègue, en particulier, que la mesure de blocage de l'accès à son site Internet prononcée par les autorités nationales constitue une atteinte injustifiée à ses droits garantis par les articles 6, 7, 10, 13 de la Convention et par l'article 2 du Protocole n° 1.

4. Le 31 janvier 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire.

5. Le requérant a déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement). Des observations ont également été reçues de l'association the Open Society Justice Initiative, à laquelle la présidente de la Cour avait donné l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Le requérant est né en 1983 et réside à Istanbul.

7. Il est propriétaire et utilisateur du site web «<http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/>», où il publie ses travaux académiques et ses points de vue dans différents domaines. Ce site a été créé en utilisant le service «Google Sites» (<http://sites.google.com/>), un module Google de création et d'hébergement de sites web.

8. Le 23 juin 2009, le tribunal d'instance pénal de Denizli rendit une décision ordonnant, en vertu de l'article 8 § 1 b) de la loi n° 5651 relative à la régularisation des publications sur Internet et à la lutte contre les infractions commises sur Internet, le blocage de l'accès au site <http://sites.google.com/site/kemalizminkarinagrisi/benimhikayem/atauerk-koessi/at> (ci-après «le site litigieux»). Il s'agissait là d'une mesure préventive adoptée dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre son propriétaire, qui était accusé d'outrage à la mémoire d'Atatürk.

9. Le même jour, en vertu de l'article 8 § 3 de la loi n° 5651, une copie de la décision de blocage fut notifiée pour exécution à la Présidence de la télécommunication et de l'informatique (la «PTI»).

10. Le 24 juin 2009, sur demande de la PTI, le tribunal d'instance pénal de Denizli reforma sa décision du 23 juin et décida de bloquer totalement l'accès à Google Sites en vertu de l'article 8 de la loi n° 5651. La PTI avait en effet indiqué que c'était là la seule possibilité de bloquer le site litigieux, son propriétaire n'étant pas titulaire d'un certificat d'hébergement et se trouvant à l'étranger.

11. La PTI, appliquant la décision du 24 juin 2009, bloqua totalement l'accès à Google Sites. Ainsi, le requérant se trouva dans l'impossibilité d'accéder à son propre site web, et ses tentatives à cette fin se heurtèrent invariablement à la décision de blocage prononcée par le tribunal.

12. Le 1^{er} juillet 2009, le requérant forma opposition à la décision de blocage du 24 juin 2009 et demanda la levée de cette mesure pour autant qu'elle concernait son site, soutenant qu'il l'utilisait régulièrement pour publier ses travaux académiques et ses points de vue dans différents domaines et que la mesure avait eu pour effet d'empêcher tout accès audit site alors qu'il n'avait aucun lien avec le site bloqué pour contenu illégal. Il soutint notamment qu'afin d'empêcher que les autres sites web ne soient affectés par la mesure en question, il fallait choisir une méthode qui rende inaccessible uniquement le site litigieux. Il cita à titre d'exemple une mesure de blocage d'URL.

A l'appui de sa demande, il présenta au tribunal une copie de la page web qui apparaissait lorsqu'il souhaitait accéder à son site (<http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/>). Cette page affichait l'avertissement suivant :

« La présidence de la télécommunication et de l'informatique applique la décision du 24 juin 2009 adoptée par le tribunal d'instance pénal de Denizli au sujet de ce site Internet (sites.google.com) dans le cadre d'une mesure préventive. »

13. Le 13 juillet 2009, le tribunal correctionnel de Denizli débouta le requérant de sa demande. Se référant à un avis de la PTI en ce sens, il considéra que le seul moyen de bloquer l'accès au site litigieux, conformément à la décision de blocage, était de bloquer l'accès à la page « <http://sites.google.com> », qui diffusait la publication incriminée.

14. Dans une lettre datée du 25 avril 2012, le requérant a indiqué à la Cour qu'il ne pouvait toujours pas accéder à son site Internet, alors qu'à sa connaissance la procédure pénale dirigée contre le propriétaire du site litigieux s'était conclue le 25 mars 2011 par un non-lieu, du fait de l'impossibilité de déterminer l'identité et l'adresse de l'accusé, qui se trouvait à l'étranger.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

La loi n° 5651 du 4 mai 2007 relative à la régularisation des publications sur Internet et à la lutte contre les infractions commises sur Internet

15. En ses parties pertinentes, la loi n° 5651 est ainsi libellée :

« Article 2 – Définitions

1) Aux fins de la présente loi,

(...)

e) [On entend par] fournisseur d'accès [*erişim sağlayıcı*] toute personne physique ou morale qui fournit à des usagers l'accès à l'Internet ;

f) [On entend par] fournisseur de contenus [*içerik sağlayıcı*] toute personne physique ou morale qui produit, modifie ou fournit toutes sortes d'informations ou de données à l'intention des usagers de l'Internet ;

(...)

ğ) [On entend par] publication [*yayın*] diffusée sur Internet les données accessibles sur Internet à un nombre indéterminé de personnes ;

(...)

- l) [On entend par] publication [*yayın*] la publication sur l'Internet ;
 (...)

Article 4 – Responsabilité des fournisseurs de contenus

1) Les fournisseurs de contenus sont tenus pour responsables de tout contenu qu'ils fournissent sur l'Internet.

2) Les fournisseurs de contenus ne sont pas tenus pour responsables du contenu appartenant à autrui accessible à partir d'un lien fourni par eux (...)

(...)

Article 5 – Responsabilité des fournisseurs d'hébergement

1) Le fournisseur d'hébergement n'a pas l'obligation de surveiller les contenus qu'il héberge ni de rechercher s'ils constituent une activité illégale.

2) Sous réserve de sa responsabilité pénale, lorsqu'il est informé, en vertu des articles 8 et 9 de la présente loi, du caractère illégal d'un contenu hébergé par lui, le fournisseur d'hébergement a l'obligation, dans la mesure où il en a la possibilité technique, de cesser de le publier.

Article 6 – Responsabilité des fournisseurs d'accès

1) a) Lorsqu'il est informé, en vertu des dispositions de la présente loi, du caractère illégal du contenu publié par un usager, le fournisseur d'accès a l'obligation, dans la mesure où il en a la possibilité technique, de bloquer l'accès au contenu illégal.

(...)

2) Le fournisseur d'accès n'a pas l'obligation de contrôler la conformité à la loi des contenus et informations auxquels il assure l'accès.

(...)

Article 8 – La décision de blocage de l'accès et son exécution

1) Il est prononcé un blocage de l'accès [*erişimin engellenmesi*] aux publications diffusées sur Internet dont il y a des motifs suffisants de soupçonner que, par leur contenu, elles sont constitutives des infractions ci-dessous :

a) Infractions prévues par le code pénal (...)

- 1) incitation au suicide (article 84),
- 2) abus sexuels sur mineurs (article 103 § 1),
- 3) facilitation de l'usage de stupéfiants (article 190),
- 4) fourniture d'un produit dangereux pour la santé (article 194),
- 5) obscénité (article 226),
- 6) prostitution (article 227),

7) hébergement de jeux d'argent (article 228),

b) Infractions à l'encontre d'Atatürk prévues à la loi n° 5816 du 25 juillet 1951.

(...)

2) Le blocage de l'accès est prononcé par le juge, si l'affaire se trouve au stade de l'instruction, ou par le tribunal, en cas de poursuites. Lors de l'instruction, le blocage de l'accès peut être ordonné par le procureur dans les cas où un retard serait préjudiciable. Il doit alors être soumis, dans les vingt-quatre heures suivantes, à l'approbation du juge. Celui-ci doit rendre sa décision dans un délai de vingt-quatre heures. S'il n'approuve pas le blocage, la mesure est levée immédiatement par le procureur. Il est possible de former opposition contre les décisions de blocage de l'accès prononcées à titre de mesure préventive, en vertu des dispositions du code de procédure pénale n° 5271.

3) Une copie de la décision de blocage adoptée par un juge, par le tribunal ou par le procureur de la République est notifiée à la Présidence [de la télécommunication et de l'informatique] pour exécution.

4) Lorsque le fournisseur du contenu ou le fournisseur d'hébergement se trouvent à l'étranger (...) la décision de blocage de l'accès est prononcée d'office par la Présidence. Elle est alors portée à la connaissance du fournisseur d'accès, auquel il est demandé de l'exécuter.

5) Les décisions de blocage de l'accès sont exécutées immédiatement et au plus tard dans les vingt-quatre heures suivant leur notification.

(...)

7) Lorsqu'une enquête pénale aboutit à un non-lieu, la décision de blocage de l'accès devient automatiquement caduque (...)

8) Lorsqu'un procès aboutit à un acquittement, la décision de blocage de l'accès devient automatiquement caduque (...)

9) Lorsque le contenu illicite de la diffusion est supprimé, le blocage de l'accès est levé (...)»

16. La Présidence de la télécommunication et de l'informatique a été créée en vertu de l'article 7 provisoire de la loi n° 2559 sur les attributions et obligations de la police, modifié le 3 juillet 2005 par la loi n° 5397. En tant qu'organe administratif, elle est notamment chargée d'enregistrer et de contrôler les informations diffusées par les outils de télécommunication.

17. Dans la pratique, lorsqu'un tribunal ordonne le blocage de l'accès à un site précis, il incombe à la PTI d'exécuter cette mesure. Si le fournisseur du contenu ou le fournisseur d'hébergement se trouvent à l'étranger, la PTI peut bloquer totalement l'accès aux pages du prestataire intermédiaire, en vertu de l'article 8 §§ 3 et 4 de la loi n° 5651. Lorsqu'une décision de blocage de l'accès est adoptée, c'est donc non seulement l'accès au site faisant l'objet d'une procédure pénale mais aussi l'accès à tout le contenu du

domaine Internet qui risque d'être bloqué. C'est ainsi que des domaines tels que «blogspot.com», «blogger.com», «Google groups», «myspace.com» ou encore «youtube.com» ont fait l'objet de mesures de blocage d'accès pendant de longues périodes à cause des sites qu'ils hébergeaient.

18. La notion de «publication» prévue à l'article 2 § 1 de la loi n° 5651 a également été l'objet d'un débat dans la doctrine. Selon certains commentateurs, l'alinéa ğ), en vertu duquel la notion de «publication diffusée sur Internet» vise «les données accessibles sur Internet à un nombre indéterminé de personnes» est en contradiction avec la notion qui figure à l'alinéa l) du même article, selon lequel «[on entend par] publication [*yayın*] la publication sur l'Internet». En effet, la difficulté résulte de la référence aux «données accessibles sur Internet», qui peut s'appliquer à toutes sortes de données diffusées sur Internet.

III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX

A. Le Conseil de l'Europe

1. *La Convention sur la cybercriminalité*

19. La Convention sur la cybercriminalité (STE n° 185), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, a été élaborée par les Etats membres du Conseil de l'Europe, le Canada, le Japon, l'Afrique du Sud et les Etats-Unis d'Amérique. Elle vise différents types d'infractions relevant de la cybercriminalité: les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques, la falsification et la fraude informatiques, les infractions se rapportant au contenu informatique et plus spécifiquement à la pédopornographie, et les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes (chapitre II, section 1, titres 1 à 4).

2. *Comité des Ministres*

a) **La déclaration CM (2005)56 final**

20. Dans le préambule de la déclaration du Comité des Ministres sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la société de l'information (CM (2005)56 final, 13 mai 2005), il est reconnu que «l'accès limité ou l'absence d'accès aux [technologies de l'information et de la communication (TIC)] peut priver les individus de la capacité d'exercer pleinement leurs droits fondamentaux». Dans le premier chapitre de cette déclaration, intitulé «Les droits de l'homme dans la Société de l'information», on peut lire ce qui suit :

« 1. Droit à la liberté d'expression, d'information et de communication

Les TIC offrent à tous des possibilités sans précédent de jouir de la liberté d'expression. Cela étant, elles remettent aussi gravement en question cette liberté, par exemple en cas de censure par l'Etat ou le secteur privé.

La liberté d'expression, d'information et de communication doit être respectée dans un environnement numérique tout comme dans un environnement non numérique. Elle ne doit pas être soumise à d'autres restrictions que celles prévues à l'article 10 de la CEDH, pour la simple raison qu'elle s'exerce sous une forme numérique.

En garantissant la liberté d'expression, les Etats membres doivent veiller à ce que leur législation nationale destinée à combattre les contenus illicites, tels que les contenus ayant un caractère raciste ou de discrimination raciale et la pornographie enfantine, s'applique également aux infractions commises au moyen des TIC.

Les Etats membres doivent préserver et renforcer les mesures juridiques et pratiques pour éviter la censure de l'Etat et du secteur privé. (...)»

b) La déclaration du 28 mai 2003

21. Dans le préambule de la déclaration intitulée «Liberté de la communication sur l'Internet» adoptée par le Comité des Ministres le 28 mai 2003, lors de la 840^e réunion des Délégués des Ministres, il est dit que le contrôle *a priori* des communications sur l'Internet, sans considération de frontières, devrait rester une exception et qu'il faut supprimer les obstacles à l'accès individuel à l'Internet. La déclaration énonce notamment les principes suivants :

« (...)

Principe 1 : Règles à l'égard des contenus sur l'Internet

Les Etats membres ne devraient pas soumettre les contenus diffusés sur l'Internet à des restrictions allant au-delà de celles qui s'appliquent à d'autres moyens de diffusion de contenus.

(...)

Principe 3 : Absence de contrôle préalable de l'Etat

Les autorités publiques ne devraient pas, au moyen de mesures générales de blocage ou de filtrage, refuser l'accès du public à l'information et autres communications sur l'Internet, sans considération de frontières. Cela n'empêche pas l'installation de filtres pour la protection des mineurs, notamment dans des endroits accessibles aux mineurs tels que les écoles ou les bibliothèques.

A condition que les garanties de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soient respectées, des mesures peuvent être prises pour supprimer un contenu Internet clairement identifiable ou, alternativement, faire en sorte de bloquer son accès si les autorités

nationales compétentes ont pris une décision provisoire ou définitive sur son caractère illicite.

(...)»

22. Dans la note explicative de la déclaration, le principe n° 3 est commenté comme suit :

« Absence de contrôle préalable de l'Etat

Ce principe souligne l'importance de l'absence de contrôle préalable de l'Etat à l'égard de ce que le public peut rechercher sur l'Internet. Certains pays ont en effet tendance à bloquer l'accès de la population aux contenus de certains sites étrangers ou nationaux pour des raisons politiques. Cette pratique, et toute pratique similaire de contrôle préalable par l'Etat, devraient être fermement condamnées.

Bien que les Etats ne devraient par aucun moyen recourir à de larges mesures visant à bloquer l'accès aux contenus indésirables, des exceptions doivent être permises pour assurer la protection des mineurs. Lorsque les mineurs ont accès à Internet par exemple à l'école ou dans les bibliothèques, les autorités publiques peuvent exiger que des filtres soient installés sur les ordinateurs pour bloquer l'accès aux contenus préjudiciables.

L'absence de contrôle préalable de l'Etat n'exclut bien entendu pas que certaines mesures puissent être prises aux fins de supprimer un contenu d'Internet ou d'en bloquer l'accès suivant une décision provisoire ou définitive des autorités nationales compétentes sur son caractère illicite au regard non seulement du droit pénal mais également d'autres branches du droit telles que le droit civil ou le droit administratif. Ce serait typiquement le cas des injonctions de ne pas rendre public sur l'Internet un contenu illégal. De telles mesures, qui pourraient entraîner une sorte de contrôle préalable, devraient se conformer aux dispositions de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et elles devraient viser un contenu Internet clairement identifiable. »

c) La recommandation CM/Rec(2007)16

23. En 2007, le Comité des Ministres a adopté la recommandation CM/Rec(2007)16 sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet. Les questions de l'accessibilité de l'Internet et des restrictions permises sont traitées de façon implicite dans les deuxième et troisième chapitres intitulés respectivement « Accès » et « Ouverture ».

d) La recommandation CM/Rec(2007)11

24. Toujours en 2007, le Comité des Ministres a également adopté la recommandation CM/Rec(2007)11 sur la promotion de la liberté d'expression et d'information dans le nouvel environnement de l'information et de la communication.

e) La recommandation CM/Rec(2008)6

25. En 2008, le Comité des Ministres a adopté la recommandation CM/Rec(2008)6 sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres Internet. A l'Annexe à cette recommandation sont exposées des lignes directrices sur l'utilisation et le contrôle des filtres Internet pour exercer et jouir pleinement de la liberté d'expression et d'information.

f) La recommandation CM/Rec(2012)3

26. Le 4 avril 2012, le Comité des Ministres a adopté la recommandation CM/Rec(2012)3 sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche. Au paragraphe 1 de cette déclaration, il est notamment souligné que « [I]es moteurs de recherche permettent au public du monde entier de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations, des idées et d'autres contenus, en particulier, d'avoir accès au savoir, de prendre part à des débats et de participer aux processus démocratiques. »

B. L'Union européenne

a) La recommandation 2008/2160(INI)

27. Dans la Recommandation 2008/2160(INI), adoptée par le Parlement européen le 26 mars 2009, il est expressément prévu que les Etats doivent participer aux efforts visant à l'établissement d'une démocratie informatique à travers un accès à Internet sans réserve et sûr. Ainsi, le Parlement recommande aux Etats membres de condamner la censure, imposée par le gouvernement, du contenu qui peut être recherché sur les sites Internet, et il les invite « à garantir que la liberté d'expression ne soit pas soumise à des restrictions arbitraires provenant de la sphère publique et/ou privée et éviter toute mesure législative ou administrative qui pourrait avoir un effet dissuasif sur tous les aspects de la liberté d'expression ».

b) L'affaire Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) (Cour de justice de l'Union européenne)

28. L'affaire C-70/10, examinée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), portait sur une question préjudicielle concernant l'injonction faite à un fournisseur d'accès Internet par une juridiction belge de mettre en place un système de contrôle permanent bloquant toute activité en ligne qui pourrait porter atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

29. Dans son arrêt, en date du 24 novembre 2011, la CJUE a dit que les titulaires de droits de propriété intellectuelle devaient avoir la possibilité de

demander qu'une ordonnance soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire transmettant dans un réseau une contrefaçon commise par des tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé, et que les modalités d'une telle ordonnance devaient relever du droit national. Elle a rappelé que ces règles nationales devaient cependant respecter les limitations découlant du droit de l'Union européenne, notamment les dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, en vertu de laquelle les autorités nationales ne devaient pas adopter de mesures obligeant un fournisseur d'accès à Internet à procéder à une surveillance générale des informations transmises sur son réseau. Elle a estimé qu'une injonction telle que celle prononcée en l'espèce ne respectait pas l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle et, d'autre part, celle de la liberté d'entreprise, du droit à la protection des données à caractère personnel et de la liberté de recevoir ou de communiquer des informations. Elle a donc conclu que l'injonction faite à un fournisseur d'accès à Internet de mettre en place un système de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services, s'appliquant indistinctement à l'égard de toute sa clientèle, à titre préventif, à ses frais exclusifs et sans limitation dans le temps, était contraire au droit de l'Union européenne, en particulier à la directive 2000/31/CE et aux droits fondamentaux.

C. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies

30. Dans son observation générale n° 34 sur l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adoptée au cours de sa 102^e session (11-29 juillet 2011), le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré ceci :

«43. Toute restriction imposée au fonctionnement des sites web, des blogs et de tout autre système de diffusion de l'information par le biais de l'Internet, de moyens électroniques ou autres, y compris les systèmes d'appui connexes à ces moyens de communication, comme les fournisseurs d'accès à Internet ou les moteurs de recherche, n'est licite que dans la mesure où elle est compatible avec le paragraphe 3. Les restrictions licites devraient d'une manière générale viser un contenu spécifique ; les interdictions générales de fonctionnement frappant certains sites et systèmes ne sont pas compatibles avec le paragraphe 3. Interdire à un site ou à un système de diffusion de l'information de publier un contenu uniquement au motif qu'il peut être critique à l'égard du gouvernement ou du système politique et social épousé par le gouvernement est tout aussi incompatible avec le paragraphe 3.»

IV. LE DROIT COMPARÉ

31. Eu égard au fait que la législation sur l'Internet, qui s'inscrit dans un contexte d'évolution rapide des nouvelles technologies, est

particulièrement dynamique et fragmentée, il paraît difficile de dégager des normes communes à partir des éléments de droit comparé concernant les pays membres du Conseil de l'Europe. Les recherches menées par la Cour sur les législations de vingt Etats membres du Conseil de l'Europe (Allemagne, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Espagne, Estonie, Finlande, France, Irlande, Italie, Lituanie, PaysBas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, RoyaumeUni, Russie, Slovénie et Suisse) montrent que le droit d'accès à l'Internet est protégé en théorie par les garanties constitutionnelles applicables en matière de liberté d'expression et de liberté de recevoir des idées et des informations, qu'il est considéré comme inhérent au droit d'accéder à l'information et à la communication protégé par les constitutions nationales, et qu'il inclut le droit de chacun de participer à la société de l'information et l'obligation pour les Etats de garantir l'accès des citoyens à Internet. On peut donc déduire de l'ensemble des garanties générales protégeant la liberté d'expression qu'il y a lieu de reconnaître également un droit d'accès sans entraves à Internet.

32. Ainsi, dans sa décision du 10 juin 2009 (Décision n° 2009580 DC), le Conseil constitutionnel français a clairement dit que la liberté d'expression impliquait la liberté d'accéder à l'Internet. Il a également énoncé un certain nombre de principes fondamentaux en matière de restriction de l'accès à Internet: une restriction à la liberté du public d'accéder aux services de communication en ligne ne peut être ordonnée que par un juge, à l'issue d'un procès équitable, et elle doit être proportionnée. Considérant que, « eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait (...) confier [les] pouvoirs [de restreindre ou d'empêcher l'accès à Internet] à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins », le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les articles de la loi qui prévoyaient, en cas d'infraction aux droits d'auteur, la coupure de l'accès à l'Internet sans décision judiciaire préalable. Il a jugé qu'une suspension de l'accès n'était possible que si elle était prononcée à l'issue d'une procédure judiciaire contradictoire, à titre de peine complémentaire, et a relevé que des mesures provisoires ou des injonctions pouvaient être ordonnées par un juge des référés, sous réserve d'être « strictement nécessaires à la préservation des droits en cause ».

33. En ce qui concerne les mesures possibles de restriction en cas de contenus illicites sur Internet, il existe dans les textes des pays européens une grande diversité d'approches et de mesures législatives, qui vont de la suspension individualisée de l'accès à Internet jusqu'à l'interdiction d'accès au site spécifique, en passant par l'effacement du contenu illicite. Dans la majorité des Etats européens, la protection des droits des mineurs et la lutte

contre leur exploitation sexuelle fondent la prise de mesures appropriées de restriction d'accès aux sites concernés (Allemagne, Royaume-Uni, Suisse et France). En ce qui concerne la criminalité ordinaire, les mesures de restriction d'accès sont différentes et moins sévères dans six pays (Autriche, Estonie, Finlande, Italie, Lituanie, Pays-Bas).

34. Quant à l'étendue des mesures de restriction d'accès, il est fait en général une distinction en fonction de la nature de l'infraction commise, selon qu'il s'agit d'une infraction portant atteinte aux droits de la propriété intellectuelle ou d'une autre infraction. Selon le rapport de l'OSCE intitulé « *Freedom of Expression on the Internet: Study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States* », il n'y a pas de dispositions législatives générales sur le blocage de l'accès à Internet en Autriche, en Allemagne, en Pologne et en République tchèque, et cinq Etats n'ont pas de dispositions prévoyant le blocage en général quelle que soit l'infraction mais ont des dispositions législatives spécifiques prévoyant le blocage pour certains types d'infraction (Estonie, Fédération de Russie, Finlande, Pays-Bas, Royaume-Uni), par exemple en cas de pédopornographie ou de racisme, ou encore de discours de haine, d'incitation au terrorisme ou de diffamation.

35. En Russie, même si l'accès à l'Internet ne peut être interdit à l'échelle générale, les lois fédérales peuvent autoriser une restriction d'accès pour des raisons spécifiques, par exemple pour la protection des fondements du système constitutionnel, de la morale, de la santé, des droits et des intérêts légitimes des tiers ou afin d'assurer la défense et la sécurité nationale (loi fédérale n° 149-FZ).

36. Dans les Etats qui ne disposent pas de cadre législatif, général ou spécifique, prévoyant la fermeture des sites et/ou le blocage de l'accès, cette absence n'exclut pas que des mesures de blocage puissent être adoptées par un juge ou appliquées de façon volontaire.

37. La possibilité de contester une mesure d'interdiction d'accès à Internet est étroitement liée aux garanties générales de protection du droit de recevoir des informations et de s'exprimer. En Azerbaïdjan, en Belgique, en Espagne, en Lituanie, au Royaume-Uni et en République tchèque, il n'y a pas de dispositions spécifiques sur les modalités de recours contre une mesure de restriction d'accès à une page Internet. On renvoie aux dispositions générales constitutionnelles sur la liberté d'expression et d'information ou, dans le cas du Royaume-Uni, à la possibilité de contrôle juridictionnel si l'utilisateur prouve qu'il a un intérêt suffisant lié à l'objet de la mesure contestée. En Estonie, la législation prévoit expressément la

possibilité de contester la restriction d'accès à l'information sur Internet devant une autorité administrative supérieure, devant une agence spéciale, ou directement devant la justice administrative, lorsqu'il s'agit d'une information publique que les autorités sont tenues de rendre accessible (« *loi sur l'information du public* »).

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

38. Le requérant se plaint de l'impossibilité d'accéder à son site Internet résultant d'une mesure ordonnée dans le cadre d'une affaire pénale qui n'avait aucun rapport avec son site. Il voit dans cette mesure une atteinte à son droit à la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées garanti par l'article 10 de la Convention, qui est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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

39. Le Gouvernement n'a pas présenté d'observations.

A. Sur la recevabilité

40. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Par ailleurs, il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

41. Le requérant soutient que le blocage de Google Sites constitue une censure indirecte. Il estime que la conséquence pour lui de ce blocage, à

savoir l'impossibilité d'accéder à son propre site alors que celui-ci n'avait aucun lien avec le contenu illégal qui était à l'origine de la mesure de blocage de Google Sites, était disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis. Il considère en outre que la procédure ayant abouti au blocage de Google Sites ne peut être considérée comme équitable et impartiale.

42. Le Gouvernement n'a pas présenté d'observations.

2. *Tiers intervenant*

43. Se référant à la jurisprudence de la Cour, l'association The Open Society Justice Initiative estime que, étant donné que Google Sites accueille une grande quantité de données et d'informations et que, à ce titre, il est comparable aux archives en ligne des grands journaux ou des bibliothèques traditionnelles, la mesure litigieuse s'analyse en une restriction préalable à la publication. Elle souligne que, alors que le but de la mesure prise dans cette affaire était de bloquer un seul site web diffusant un contenu portant atteinte à la réputation d'Atatürk, c'est l'accès à la totalité de Google Sites, qui hébergeait le site litigieux, qui a été bloqué. Une telle mesure, bloquant l'accès à une telle quantité d'informations pour une durée indéterminée, serait assimilable à une restriction préalable dès lors qu'elle empêche les internautes d'accéder au contenu bloqué pendant une durée indéterminée. Or pareilles restrictions présenteraient de si grands dangers qu'elles appelleraient de la part de la Cour l'examen le plus attentif.

44. The Open Society Justice Initiative ajoute que les mesures de blocage empêchant l'accès à un groupe de sites web présentent un risque de « censure collatérale » et qu'il convient donc d'éviter d'employer de tels moyens, selon elle disproportionnés, lorsqu'il est techniquement possible de cibler uniquement le site litigieux. Citant les exemples des pays membres du Conseil de l'Europe, l'association fait observer qu'il n'a jamais été pris en France, en Allemagne ou au Royaume-Uni aucune mesure de blocage à grande échelle du contenu d'Internet semblable à celle adoptée en l'espèce.

45. Par ailleurs, le système turc ne présenterait pas de garanties adéquates contre l'arbitraire. Ainsi, il n'existerait aucune obligation d'informer de la mesure les fournisseurs de contenu ou les propriétaires d'autres sites touchés par le blocage. De plus, de nombreux blocages de sites web comptant des milliers d'utilisateurs auraient été ordonnés dans le pays sans qu'aucune garantie ne soit appliquée. Par exemple, « YouTube.com », « GeoCities », « Dailymotion » et de nombreux services de « Google » auraient été bloqués pendant des mois ou des années, ce qui aurait entraîné une « censure collatérale » considérable.

3. *Appréciation de la Cour*

a) **Sur l'existence d'une ingérence**

46. La Cour observe que le requérant est propriétaire et utilisateur d'un site web par l'intermédiaire duquel il déclare publier ses travaux académiques et ses points de vue dans différents domaines. Il se plaint de l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'accéder à son site Internet en raison d'une mesure ordonnée dans le cadre d'une affaire pénale qui n'avait aucun rapport avec son site. Cette mesure constitue, à ses yeux, une restriction préalable appliquée avant un jugement au fond.

47. La Cour rappelle que l'article 10 n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la publication. En témoignent les termes « conditions », « restrictions », « empêcher » et « prévention » qui y figurent, mais aussi les arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)* (26 avril 1979, série A n° 30), et *markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne* (20 novembre 1989, série A n° 165). De telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux. Il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse : l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt. Ce risque existe également s'agissant de publications, autres que les périodiques, qui portent sur un sujet d'actualité.

48. En ce qui concerne l'importance des sites Internet dans l'exercice de la liberté d'expression, la Cour rappelle que, dans l'affaire *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n°s 1 et 2)* (n°s 3002/03 et 23676/03, § 27, CEDH 2009), elle a déjà dit ceci :

« [g]râce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information. »

49. Ces considérations valent également pour la présente espèce. En effet, la Cour note que Google Sites est un module de Google permettant de faciliter la création et le partage d'un site web au sein d'un groupe et constitue ainsi un moyen d'exercer la liberté d'expression.

50. A cet égard, elle souligne que l'article 10 garantit la liberté d'expression à « toute personne » ; il ne distingue pas d'après la nature du but recherché ni d'après le rôle que les personnes, physiques ou morales, ont joué dans l'exercice de cette liberté (*Çetin et autres c. Turquie*, n°s 40153/98 et 40160/98, § 57, CEDH 2003-III). Il concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de diffusion de ces informations,

car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et de communiquer des informations (voir, *mutatis mutandis*, *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, § 47, série A n° 178). De même, la Cour a dit à maintes reprises que l'article 10 garantit non seulement le droit de communiquer des informations mais aussi celui, pour le public, d'en recevoir (*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59 b), série A n° 216, et *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, § 53, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I).

51. En l'espèce, la mesure de blocage de l'accès au site résultait d'une décision adoptée par le tribunal d'instance pénal de Denizli. A l'origine, il s'agissait d'une mesure préventive ordonnée par le tribunal dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre un site tiers en vertu de la loi n° 5816 qui interdit l'outrage à la mémoire d'Atatürk. Toutefois, l'organe administratif chargé d'exécuter la mesure de blocage en question, à savoir la PTI, a demandé que soit ordonné le blocage total de l'accès à Google Sites. Par une décision du 24 juin 2009, le tribunal d'instance pénal de Denizli a fait droit à cette demande. Statuant sur l'opposition formée par le requérant, le tribunal correctionnel de Denizli a ensuite confirmé la mesure, considérant que le seul moyen de bloquer le site concerné par la procédure pénale était de bloquer l'accès à Google Sites. Ainsi, la PTI a bloqué l'accès à l'intégralité du domaine «Google Sites», empêchant incidemment le requérant d'accéder à son propre site. Il ressort des éléments du dossier qu'en conséquence de cette mesure, le requérant s'est trouvé, pendant une période indéterminée, dans l'impossibilité d'accéder à son propre site web, et que ses tentatives à cette fin se sont heurtées à la décision de blocage prononcée par le tribunal. Il peut donc légitimement prétendre que la mesure en question a affecté son droit de recevoir et de communiquer des informations ou des idées.

52. Au cœur de l'affaire se trouve donc principalement l'effet collatéral d'une mesure préventive adoptée dans le cadre d'une procédure judiciaire : alors que ni Google Sites en tant que tel ni le site du requérant n'étaient l'objet de cette procédure, la PTI a bloqué l'accès à ces sites pour exécuter la mesure ordonnée par le tribunal d'instance pénal de Denizli. Ce blocage devait durer jusqu'à ce qu'une décision au fond soit prononcée ou que le contenu illégal du site hébergé par Google Sites soit retiré (article 9 de la loi n° 5651). Il s'agissait donc d'une restriction préalable, puisqu'elle intervenait avant un jugement au fond.

53. La Cour considère que, quelle qu'en ait été la base légale, pareille mesure avait vocation à influencer sur l'accessibilité de l'Internet et, dès lors, engageait la responsabilité de l'Etat défendeur au titre de l'article 10 (voir,

mutatis mutandis, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche, 19 décembre 1994, § 27, série A n° 302).

54. Elle observe également que le blocage litigieux résultait d'une interdiction frappant à l'origine un site Internet tiers. C'est en raison du blocage total de Google Sites que, de fait, la mesure a aussi touché le requérant, propriétaire d'un autre site web hébergé également sur ce domaine. Certes, il ne s'agit pas à proprement parler d'une interdiction totale mais d'une restriction de l'accès à Internet, restriction qui a eu pour effet de bloquer également l'accès au site web du requérant. Toutefois, l'effet limité de la restriction litigieuse n'amointrit pas son importance, d'autant que l'Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public.

55. En résumé, la Cour considère que la mesure litigieuse s'analyse en une restriction résultant d'une mesure préventive de blocage d'un site Internet : aux fins de l'exécution de cette mesure, le tribunal a également ordonné, sur demande de la PTI, le blocage de l'accès à Google Sites, qui hébergeait aussi le site web du requérant. Ainsi, celui-ci s'est trouvé dans l'impossibilité d'accéder à son site web. Cet élément suffit à la Cour pour conclure que la mesure en cause est constitutive d'une « ingérence d'autorités publiques » dans le droit de l'intéressé à la liberté d'expression, dont fait partie intégrante la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées (voir, *mutatis mutandis, Ayşe Öztürk c. Turquie*, n° 24914/94, § 58, 15 octobre 2002).

56. Pareille ingérence enfreint l'article 10 si elle n'est pas « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard de l'article 10 § 2 et « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ce ou ces buts.

b) Prévue par la loi

57. La Cour rappelle en premier lieu que les mots « prévue par la loi » qui figurent à l'article 10 § 2 impliquent d'abord que la mesure incriminée doit avoir une base en droit interne, mais ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée qui, de surcroît, doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit (voir, parmi beaucoup d'autres, *Dink c. Turquie*, n°s 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09, § 114, 14 septembre 2010). Selon la jurisprudence constante de la Cour, une norme est « prévisible » lorsqu'elle est rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de régler sa conduite (voir, parmi beaucoup d'autres, *RTBF c.*

Belgique, n° 50084/06, § 103, CEDH 2011, *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, n° 27520/07, § 87, 25 octobre 2011).

58. En l'espèce, la Cour observe que le blocage de l'accès au site concerné par la procédure judiciaire avait une base légale, à savoir l'article 8 § 1 de la loi n° 5651. A la question de savoir si l'article 8 § 1 de la loi n° 5651 répondait également aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité, le requérant estime qu'il faut répondre par la négative, cette disposition étant selon lui trop incertaine.

59. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour répondre à ces exigences, le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. Lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, qui constitue l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limite. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante (voir, parmi beaucoup d'autres, *Sunday Times*, précité, § 49, et *Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, § 30, CEDH 2004-I).

60. La question qui se pose ici est celle de savoir si, au moment où la décision de blocage a été prise, il existait une norme claire et précise de nature à permettre au requérant de régler sa conduite en la matière.

61. La Cour observe qu'en vertu de l'article 8 § 1 de la loi n° 5651, le juge peut ordonner le blocage de l'accès «aux publications diffusées sur Internet dont il y a des motifs suffisants de soupçonner que, par leur contenu, elles sont constitutives [d']infractions». L'article 2 de la même loi donne deux définitions de la notion de «publication»: selon l'alinéa ğ) «[on entend par] publication diffusée sur Internet les données accessibles sur Internet à un nombre indéterminé de personnes», tandis que selon l'alinéa l), «[on entend par] publication la publication sur l'Internet». Même s'il apparaît que la notion de «publication» est très large et peut recouvrir toutes sortes de données publiées sur Internet, il est évident que ni le site web du requérant ni Google Sites en tant que tel n'entrent dans le champ d'application de l'article 8 § 1 de la loi n° 5651, puisque leur contenu, au sens de cette disposition, n'est pas en cause en l'espèce.

62. En effet, ni Google Sites ni le site du requérant n'étaient l'objet d'une procédure judiciaire au sens de l'article 8 § 1 de la loi n° 5651. Il ressort du fait que cette disposition a été invoquée dans la décision du 24 juin 2009 (paragraphe 10 ci-dessus) que Google Sites a été tenu pour responsable du contenu d'un site qu'il hébergeait, mais il n'est nullement question dans les articles 4, 5 et 6 de la loi n° 5651, qui précisent les responsabilités des

fournisseurs de contenus, d'hébergement et d'accès, d'un blocage de l'accès en général tel que celui qui a été ordonné en l'espèce. Par ailleurs, il n'a pas été avancé que la loi autorise le blocage de l'ensemble d'un domaine Internet permettant d'échanger des idées et des informations, tel que Google Sites. De surcroît, rien dans le dossier ne permet de conclure que Google Sites ait été informé en vertu de l'article 5 § 2 de la loi n° 5651 qu'il hébergeait un contenu illicite ni qu'il ait refusé de se conformer à une mesure provisoire concernant un site à l'encontre duquel une procédure pénale avait été engagée.

63. La Cour observe également que l'article 8 §§ 3 et 4 de la loi n° 5651 a permis à un organe administratif (la PTI) de jouir d'un pouvoir étendu dans le cadre de l'exécution d'une décision de blocage qui avait, à l'origine, été adoptée pour un site précis. Les faits de l'espèce montrent que la PTI peut demander l'élargissement d'une mesure de blocage d'accès sans qu'aucune procédure n'ait été engagée contre le site ou le domaine concernés ni qu'une réelle nécessité de blocage total n'ait été établie.

64. Comme indiqué ci-dessus (paragraphe 47), la Cour considère que de telles restrictions préalables ne sont pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention. Pour autant, elles doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus (*Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 58, CEDH 2001-VIII, voir également, *mutatis mutandis*, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, n° 33014/05, § 55, CEDH 2011). A cet égard, un contrôle judiciaire de telles mesures opéré par le juge, fondé sur une mise en balance des intérêts en conflit et visant à aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques quant à l'application des restrictions préventives à la liberté d'expression (*RTBF c. Belgique*, précité, § 114). Or, il convient d'observer que lorsque le tribunal d'instance pénal de Denizli a décidé de bloquer totalement l'accès à Google Sites en vertu de la loi n° 5651, il s'est contenté de se référer à un avis émanant de la PTI, et n'a pas recherché si une mesure moins lourde pouvait être adoptée pour bloquer l'accès au site litigieux (paragraphe 10 ci-dessus).

65. Par ailleurs, la Cour relève que, dans son opposition présentée le 1^{er} juillet 2009, le requérant a soutenu notamment qu'afin d'empêcher que les autres sites web ne soient affectés par la mesure en question, il fallait choisir une méthode qui rende inaccessible uniquement le site litigieux.

66. Or rien ne montre que les juges saisis de l'opposition aient cherché à soulever les divers intérêts en présence en appréciant notamment la nécessité d'un blocage total de l'accès à Google Sites. Aux yeux de la Cour, ce défaut n'est qu'une conséquence de la teneur même de l'article 8 de la

loi n° 5651, qui ne renfermait aucune obligation pour les juges internes d'examiner la nécessité d'un blocage total de l'accès à Google Sites compte tenu des critères qu'elle a énoncés et qu'elle met en œuvre dans le cadre de l'application de l'article 10 de la Convention, alors qu'une telle obligation découle directement de la Convention et de la jurisprudence de ses organes. Dans leur décision, les juges ont retenu uniquement que le seul moyen de bloquer l'accès au site litigieux conformément à la décision rendue en ce sens était de bloquer totalement l'accès à Google Sites (paragraphes 8, 10 et 13 ci-dessus). Or, de l'avis de la Cour, ils auraient dû notamment tenir compte du fait que pareilles mesures rendant inaccessibles une grande quantité d'informations affectent considérablement les droits des internautes et ont un effet collatéral important.

67. A la lumière de ces considérations et de l'examen de la législation en cause telle qu'elle a été appliquée en l'espèce, la Cour conclut que l'ingérence à laquelle a donné lieu l'article 8 de la loi n° 5651 ne répondait pas à la condition de prévisibilité voulue par la Convention et n'a pas permis au requérant de jouir du degré suffisant de protection qu'exige la prééminence du droit dans une société démocratique. Par ailleurs, la disposition en cause semble heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, en vertu duquel les droits reconnus dans cet article valent « sans considération de frontière » (voir, dans le même sens, *Association Ekin*, précité, § 62).

68. Au demeurant, la Cour observe que la mesure en cause a eu des effets arbitraires et ne saurait être considérée comme visant uniquement à bloquer l'accès au site litigieux car elle consistait en un blocage général de tous les sites hébergés par Google Sites. En outre, le contrôle juridictionnel du blocage de l'accès aux sites Internet ne réunit pas les conditions suffisantes pour éviter les abus : le droit interne ne prévoit aucune garantie pour éviter qu'une mesure de blocage visant un site précis ne soit utilisée comme moyen de blocage général.

69. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

70. Eu égard à cette conclusion, la Cour n'estime pas nécessaire en l'espèce de contrôler le respect des autres exigences du paragraphe 2 de l'article 10.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 6, 7, 13 DE LA CONVENTION ET DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1

71. Invoquant les articles 6 et 13 de la Convention, le requérant se plaint de ne pas avoir bénéficié d'un recours judiciaire effectif aux fins du contrôle

de la mesure litigieuse par un tribunal et de la sanction d'un éventuel abus des autorités.

Sous l'angle de l'article 7, il dénonce également une atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 7 de la Convention.

Enfin, sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1, il se plaint d'une atteinte à son droit à l'instruction, arguant que l'interdiction en question a eu pour effet de l'empêcher de poursuivre ses études doctorales.

72. Eu égard au constat de violation auquel elle est parvenue sur le terrain de l'article 10 de la Convention (paragraphe 69 ci-dessus), la Cour estime avoir examiné les principales questions juridiques que posait la présente affaire. Au vu de l'ensemble des faits de la cause, elle considère qu'il n'y a lieu de statuer séparément ni sur la recevabilité ni sur le bienfondé des griefs tirés des articles 6, 7 et 13 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1 (*Recep Kurt c. Turquie*, n° 23164/09, § 70, 22 novembre 2011, et *Kamil Uzun c. Turquie*, n° 37410/97, § 64, 10 mai 2007).

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

73. 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

74. Le requérant réclame 10 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'il estime avoir subi.

75. Le Gouvernement conteste ces prétentions.

76. La Cour considère qu'il y a lieu d'octroyer au requérant 7 500 EUR au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

77. Le requérant demande également 3 300 EUR pour les frais et dépens qu'il a engagés devant les juridictions internes et devant la Cour. Il affirme notamment que la présentation de sa cause devant les juridictions nationales et devant les organes de Strasbourg a nécessité un travail de plus de 28 heures, à raison de 250 livres turques de l'heure selon ce qui ressort du tableau des honoraires minimaux des barreaux d'Istanbul et d'Izmir.

78. Le Gouvernement conteste ces prétentions.

79. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent

établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable la somme de 1 000 EUR tous frais confondus et l'accorde au requérant.

C. Intérêts moratoires

80. 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* recevable le grief tiré de l'atteinte portée au droit du requérant à la liberté de recevoir et de communiquer des informations;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention;
3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément la recevabilité ni le bienfondé des griefs tirés des articles 6, 7 et 13 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1;
4. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement:
 - i. 7 500 EUR (sept mille cinq cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
 - ii. 1 000 EUR (mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 18 décembre 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith
Greffier

Guido Raimondi
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Paulo Pinto de Albuquerque.

G.RA.
S.H.N.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

L'affaire *Ahmet Yıldırım c. Turquie* porte sur un blocage collatéral sur l'Internet. Elle concerne une injonction en référé bloquant l'accès à tous les utilisateurs basés en Turquie du domaine « Google Sites »¹, donc également du site web personnel du requérant qui était hébergé par ce domaine. En fait, c'est la première fois que la question de la liberté d'expression sur des plates-formes du Web 2.0 est posée à la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour »). Je souscris au constat de violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »), mais j'estime que la motivation de l'arrêt n'expose pas, comme elle devrait le faire, les principes fondamentaux applicables aux restrictions à la liberté d'expression dans ce domaine². La présente opinion vise donc à compléter l'arrêt en explicitant ces principes, dont l'importance est soulignée par deux raisons évidentes : premièrement, eu égard au peu d'arrêts de la Cour sur ce sujet, celle-ci devrait avoir une approche de principe de ces questions nouvelles et complexes, afin d'éviter une jurisprudence erratique, voire contradictoire ; deuxièmement, vu les lacunes du cadre légal de l'Etat défendeur, qui appellent une réforme législative, il existe un besoin impérieux de lignes directrices claires qui soient en conformité avec les normes de la Cour applicables en la matière.

L'ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression

La décision du tribunal de Denizli des 23 et 24 juin 2009 a constitué une ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression en ce qu'elle a bloqué l'accès à Google Sites, le domaine qu'il avait utilisé pour créer son propre site. Cette mesure, qui se fondait sur l'article 8 § 1 b) de la loi n° 5651, était prise dans le cadre de poursuites pénales introduites en vue d'enquêter sur un autre site, également hébergé par Google Sites, qui avait un contenu jugé offensant pour la mémoire de Mustafa Kemal Atatürk. La Cour ne dispose pas d'informations sur une quelconque notification ou

1. Google Sites est un composant de l'application Google Apps, un module de création et d'hébergement de sites web individuels.

2. Bien que les ordonnances de blocage de l'Internet puissent mettre en cause divers droits de l'homme, par exemple le droit à la propriété du fournisseur d'accès, la liberté d'expression du fournisseur de contenus et la liberté d'information de l'utilisateur, cette affaire particulière touche essentiellement au deuxième aspect.

tentative de notification de Google Inc., le propriétaire et opérateur basé aux Etats-Unis de Google Sites, avant l'émission de l'ordonnance de blocage.

Indépendamment du contenu prétendument illégal du site concernant Atatürk¹, il est avéré que le requérant publiait sur son site seulement ses travaux académiques et d'autres textes ainsi que des opinions personnelles sur divers thèmes, tels que le Web social, le Web sémantique, les réseaux complexes, les systèmes complexes et la philosophie des sciences. Or, l'ordonnance de blocage n'a tenu aucun compte de cet élément ni, en conséquence, du fait que le site du requérant, comme beaucoup d'autres sites hébergés sur Google Sites, ne présentait aucun lien que ce soit avec le site qui se trouvait à l'origine de la procédure pénale.

Les normes européennes régissant le blocage des publications sur l'Internet

Le Conseil de l'Europe a édicté des normes sur la liberté d'expression sur l'Internet dans diverses résolutions, recommandations et déclarations, qui s'ajoutent à la Convention sur la cybercriminalité et son Protocole additionnel². Parmi ces instruments, les trois suivants revêtent la plus grande importance pour les questions en jeu en l'espèce.

1. Du reste, la nature politique et historique des publications sur Atatürk aurait également dû être prise en compte (voir, pour les différences entre un discours sur des « faits historiques établis » et un débat en cours sur des faits historiques, mon opinion séparée dans l'arrêt *Fáber c. Hongrie*, n° 40721/08, 24 juillet 2012).

2. Les règles pertinentes, contraignantes et non contraignantes, comprennent la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe (STE n° 185) et son Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (STE n° 189), la Déclaration du Comité des Ministres sur la protection de la liberté d'expression et d'information et de la liberté de réunion et d'association en ce qui concerne les noms de domaine d'Internet et les chaînes de noms, la Recommandation CM/Rec(2011)8 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection et la promotion de l'universalité, de l'intégrité et de l'ouverture de l'Internet, la Déclaration du Comité des Ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet, la Déclaration du Comité des Ministres sur la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association en ce qui concerne les plateformes Internet gérées par des exploitants privés et les prestataires de services en ligne, la Recommandation CM/Rec(2012)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, la Recommandation CM/Rec(2012)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux, la Déclaration du Comité des Ministres sur la stratégie numérique pour l'Europe, la Déclaration du Comité des Ministres sur la neutralité du réseau, la Déclaration du Comité des Ministres sur la gestion dans l'intérêt public des ressources représentées par les adresses du protocole Internet, la Déclaration du Comité des Ministres sur une participation accrue des Etats membres aux questions de gouvernance de l'Internet, les Lignes directrices du Conseil de l'Europe pour les fournisseurs de services Internet et de jeux en ligne, la Recommandation CM/Rec(2008)6 du Comité des Ministres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres Internet, la Recommandation CM/Rec(2007)16 du Comité des Ministres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet, la Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, adoptée par le

– la Recommandation CM/Rec(2012)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des droits de l’homme dans le contexte des moteurs de recherche, qui se lit ainsi :

« 12. L’exploration et l’indexation libres des informations diffusées sur Internet sont un préalable à l’existence de moteurs de recherche efficaces. Le filtrage et le blocage d’un contenu sur Internet par les fournisseurs de moteurs de recherche peuvent constituer une atteinte à la liberté d’expression garantie par l’article 10 de la Convention en vertu des droits reconnus aux fournisseurs et aux utilisateurs de diffuser des informations et d’y accéder.

13. Les fournisseurs de moteurs de recherche ne devraient pas être tenus d’exercer un contrôle proactif de leurs réseaux et services afin de déceler un éventuel contenu illicite; ils ne devraient pas non plus réaliser des activités préalables de filtrage ou de blocage sans qu’il leur soit ordonné de le faire par une ordonnance judiciaire ou par une autorité compétente. Il peut cependant s’avérer légitime, dans certains cas, de leur demander de supprimer certaines sources de leur index, par exemple lorsque d’autres droits priment sur le droit à la liberté d’expression et d’information; le droit à l’information ne peut s’interpréter comme une extension de l’accès au contenu qui irait au-delà de l’intention d’une personne qui exerce son droit à la liberté d’expression.

(...)

16. En outre, les Etats membres devraient œuvrer avec les fournisseurs de moteurs de recherche de manière :

– à veiller à ce que tout filtrage ou blocage nécessaire soit transparent pour l’utilisateur. Le blocage de tous les résultats de recherche sur certains mots clés ne devrait être prévu ni encouragé par les mécanismes d’autorégulation et de corégulation des moteurs de recherche. Les régimes d’autorégulation et de corégulation ne devraient pas gêner la liberté d’expression des particuliers et leur droit de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations, des idées et des contenus par le biais d’un média. S’agissant des contenus identifiés, à l’issue d’un processus démocratique, comme

Comité des Ministres le 28 mai 2003, la Recommandation 1586 (2002) de l’Assemblée parlementaire sur la fracture numérique et l’éducation, la Recommandation Rec(2001)8 du Comité des Ministres sur l’autorégulation des cyber-contenus, la Recommandation 1543 (2001) Racisme et xénophobie dans le cyberspace, la Déclaration relative à une politique européenne pour les nouvelles technologies de l’information, adoptée par le Comité des Ministres le 7 mai 1999, la Recommandation n° R (99)14 du Comité des Ministres sur le service universel communautaire relative aux nouveaux services de communication et d’information, la Recommandation n° R (99)5 sur la protection de la vie privée sur Internet, la Recommandation 1332 (1997) de l’Assemblée parlementaire sur les aspects scientifiques et techniques des nouvelles technologies de l’information et de la communication, la Recommandation n° R (97)19 du Comité des Ministres sur la représentation de la violence dans les médias électroniques, la Recommandation 1314 (1997) de l’Assemblée parlementaire sur les nouvelles technologies et l’emploi, la Résolution 1120 (1997) de l’Assemblée parlementaire sur les incidences des nouvelles technologies de communication et d’information sur la démocratie, la Recommandation n° R (95)13 du Comité des Ministres relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l’information, la Recommandation n° R (92)15 du Comité des Ministres sur l’enseignement, la recherche et la formation dans le domaine du droit et des technologies de l’information et la Recommandation 1122 (1990) de l’Assemblée parlementaire sur le renouveau rural par la télématique.

préjudiciables pour certaines catégories d'utilisateurs, les Etats membres devraient éviter une désindexation générale qui empêcherait d'autres catégories d'utilisateurs d'y accéder. Dans de nombreux cas, encourager les moteurs de recherche à proposer des mécanismes de filtrage facultatifs adaptés peut suffire à protéger ces groupes ;

– à examiner la possibilité de permettre la désindexation de contenus qui, bien qu'ils soient dans le domaine public, n'étaient pas destinés à la communication directe de masse (ou à la communication de masse de groupe).»

– la Recommandation CM/Rec(2008)6 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres Internet, qui prévoit les dispositions suivantes :

« III. Utilisation et mise en œuvre de filtres Internet par les secteurs public et privé

Sans préjudice de l'importance de la responsabilisation et l'autonomisation des utilisateurs au fonctionnement et au contrôle des filtres, comme expliqué plus haut, et compte tenu de la large valeur de service public revêtu par Internet pour le grand public, les entités publiques de tous les niveaux (telles que les administrations, les bibliothèques ou les établissements d'enseignement publics) qui introduisent des filtres ou les utilisent dans leurs prestations de services devraient veiller au plein respect de la liberté d'expression et d'information, du droit de chacun à la vie privée et au respect de la correspondance de chaque utilisateur.

Dans ce contexte, les Etats membres devraient :

i. s'abstenir de filtrer le contenu de l'Internet sur les réseaux de communication électroniques gérés par des entités publiques pour des raisons autres que celles exposées à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme ;

ii. garantir que les mesures générales de blocage ou de filtrage sur tout le territoire ne sont introduites par l'Etat que si les conditions énoncées à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme sont remplies. De telles mesures étatiques ne devraient être prises que si le filtrage concerne un contenu spécifique et clairement identifiable, une autorité nationale compétente a pris une décision au sujet de l'illégalité de ce contenu et la décision peut être réétudiée par un tribunal ou entité de régulation indépendant et impartial, en accord avec les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

iii. introduire, si nécessaire et approprié, des dispositions nationales pour la prévention des abus intentionnels des filtres pour restreindre l'accès des citoyens aux contenus légaux ;

iv. veiller à ce que tous les filtres soient évalués avant et pendant leur mise en œuvre, afin de vérifier que les effets du filtrage sont en adéquation avec l'objectif de la restriction et donc justifiés dans une société démocratique, afin d'éviter tout blocage excessif des contenus ;

v. prévoir des voies de recours et des solutions effectives et facilement accessibles, dont la suspension des filtres, dans les cas où les usagers et/ou les auteurs de contenus dénoncent qu'un contenu a été bloqué abusivement;

vi. éviter le blocage général des contenus choquants ou préjudiciables pour les utilisateurs ne faisant pas partie du groupe qu'un filtre vise à protéger, ainsi que le blocage général des contenus illicites pour les utilisateurs pouvant attester de l'intérêt ou de la nécessité légitime d'y accéder dans des circonstances exceptionnelles, notamment à des fins de recherche;

vii. veiller à ce que le droit à la vie privée et au respect de la correspondance soit respecté lors de l'utilisation et de l'application de filtres, et veiller à ce que les données personnelles enregistrées, archivées et traitées *via* les filtres soient utilisées uniquement dans un but légitime et non commercial.»

– la Recommandation CM/Rec(2007)16 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet, ainsi libellée:

«III. Ouverture

Les Etats membres devraient affirmer la liberté d'expression et la libre circulation de l'information sur Internet, sans préjudice d'autres droits et intérêts légitimes, conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme:

– en encourageant le public à utiliser activement l'Internet et les autres TIC, et à contribuer lui-même aux contenus;

– en promouvant la liberté de communication et la création sur Internet, indépendamment des frontières, notamment au moyen des mesures suivantes:

a. en n'imposant aux particuliers ni licences ni obligations du même type, ni mesures générales de blocage ou de filtrage de la part des pouvoirs publics, ni restrictions allant au-delà de celles appliquées aux autres modes de diffusion des contenus;

b. en encourageant, le cas échéant, les «réutilisateurs», – c'est-à-dire les personnes souhaitant exploiter les contenus numériques pour créer d'autres contenus ou services – d'une façon compatible avec le respect des droits de propriété intellectuelle;

c. en promouvant une offre de services ouverte et des contenus accessibles et exploitables via l'Internet qui répondent aux besoins des différents usagers et groupes sociaux, en particulier:

– en permettant aux prestataires de services d'œuvrer dans un cadre normatif qui leur garantisse un accès sans discrimination aux réseaux de télécommunications nationaux et internationaux;

– en élargissant leur offre de services en ligne à l'attention des particuliers et des entreprises et la transparence de ces services;

- en communiquant avec le public, lorsque le contexte s’y prête, à travers des communautés d’usagers plutôt que par le biais de sites Internet officiels;
- en encourageant, lorsque c’est opportun, les usagers non commerciaux à réutiliser les informations publiques, afin de permettre à chacun d’accéder à ces informations et de participer plus facilement à la vie publique et aux processus démocratiques;
- en encourageant la mise à disposition sur l’Internet de documents du domaine public, dont les documents gouvernementaux, permettant à chacun de prendre part au processus de gouvernement; des renseignements relatifs aux données personnelles détenus par les organismes publics; des données scientifiques et historiques; des informations sur l’état de la technologie, permettant au public de comprendre comment la société de l’information peut prévenir la guerre des systèmes d’information et d’autres menaces aux droits de l’homme; des œuvres créatives, qui font partie d’un patrimoine culturel commun, permettant aux intéressés de prendre une part active à la vie, l’histoire et la culture de leur société;
- en adaptant et en étendant la mission des médias de service public, conformément à la Recommandation Rec(2007)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la mission des médias de service public dans la société de l’information, afin d’englober l’Internet et les autres nouveaux services de communication, offrant ainsi des contenus à la fois généralistes et spécialisés ainsi que des services personnalisés, distinctifs, interactifs et fonctionnant à la demande.»

Quant à la jurisprudence de la Cour, trois affaires jusqu’ici ont porté spécifiquement sur les publications sur l’Internet¹:

Dans l’affaire *K.U. c. Finlande*², la Cour a formulé les considérations suivantes:

«Même si la liberté d’expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales et si les utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d’expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s’effacer devant d’autres impératifs légitimes tels que la défense de l’ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d’autrui. Sans préjudice de la question de savoir si, compte tenu de sa nature répréhensible, la conduite de la personne ayant passé l’annonce illégale sur Internet relève ou non de la protection des articles 8 et 10, le législateur aurait dû en tout cas prévoir un cadre permettant de concilier les différents intérêts à protéger dans ce contexte.»

Dans l’affaire *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (nos 1 et 2)*³, elle a déclaré que:

1. Dans l’affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* ([GC], n° 16354/06, CEDH 2012), dans laquelle les autorités nationales avaient examiné le site web indiqué sur une affiche et d’autres sites qui étaient accessibles par des hyperliens sur le site de la requérante afin d’interdire une forme particulière d’expression de l’association requérante, la majorité n’a pas traité cette question, qui fut analysée dans plusieurs opinions séparées.

2. N° 2872/02, § 49, CEDH 2008.

3. N°s 3002/03 et 23676/03, § 27, CEDH 2009.

«Grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information. La constitution d'archives sur Internet représentant un aspect essentiel du rôle joué par les sites Internet, la Cour considère qu'elle relève du champ d'application de l'article 10».

Enfin, dans l'affaire *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*¹, la Cour a considéré que :

«L'absence d'un cadre légal suffisant au niveau interne permettant aux journalistes d'utiliser des informations tirées de l'Internet sans crainte de s'exposer à des sanctions entrave gravement l'exercice par la presse de sa fonction vitale de «chien de garde» (...).»

A la lumière de ces documents et de la pratique des Etats parties auxquels il est fait référence dans la motivation de l'arrêt, les critères minimaux à remplir par une législation concernant des mesures de blocage de l'Internet pour être compatible avec la Convention sont les suivants : 1) une définition des catégories de personnes et d'institutions susceptibles de voir leurs publications bloquées, telles que les propriétaires nationaux ou étrangers de contenus, sites ou plates-formes illicites, les utilisateurs de ces sites ou plates-formes ou ceux qui mettent en place des hyperliens vers des sites ou plates-formes illicites et qui en souscrivent au contenu²; 2) une définition des catégories d'ordonnances de blocage, par exemple celles qui visent le blocage de sites, d'adresses IP, de ports, de protocoles réseaux, ou le blocage de types d'utilisation, comme les réseaux sociaux³; 3) une disposition sur le champ d'application territoriale de l'ordonnance de blocage, qui peut avoir une portée régionale, nationale, voire mondiale⁴; 4) une limite à la durée d'une telle ordonnance de blocage⁵; 5) l'indication des «intérêts», au sens de ceux qui sont exposés à l'article 10 § 2 de la Convention, qui peuvent justifier une ordonnance de blocage; 6) l'observation d'un critère de proportionnalité, qui prévoit un juste équilibre entre la liberté d'expression

1. N° 33014/05, § 64, CEDH 2011.

2. Il n'est pas toujours aisé de distinguer entre un fournisseur de contenus et un fournisseur de services. Par exemple, lorsque le fournisseur de services interfère avec le contenu fourni par un tiers, il devient lui-même un fournisseur de contenus. Le législateur doit définir clairement les deux notions sur le plan juridique, étant donné que leurs responsabilités sont également différentes.

3. Les possibilités vont des ordonnances de blocage plus sophistiquées visant des adresses IP, des nombres de ports, des URLs ou des données de contenu à des ordonnances moins sophistiquées qui, par exemple, vont bloquer certains noms de domaines sur les serveurs correspondants ou des entrées spécifiques sur la liste des moteurs de recherche.

4. Sur le droit d'accès transfrontière à l'information, voir *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, §§ 44-50, 16 décembre 2008, et le principe 3 de la Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, adoptée par le Comité des Ministres le 28 mai 2003.

5. Les ordonnances de blocage de l'Internet perpétuelles ou à durée indéterminée sont en soi des ingérences non nécessaires dans le droit à la liberté d'expression.

et les intérêts concurrents poursuivis, tout en assurant le respect de l'essence (ou du noyau dur) de la liberté d'expression¹; 7) le respect du principe de nécessité, qui permet d'apprécier si l'ingérence dans la liberté d'expression promeut de façon adéquate les intérêts poursuivis et ne va pas au-delà que ce qui est nécessaire pour réaliser ledit « besoin social »²; 8) la détermination des autorités compétentes pour émettre une ordonnance de blocage motivée³; 9) une procédure à suivre pour l'émission de cette ordonnance, comprenant l'examen par l'autorité compétente du dossier à l'appui de la demande d'ordonnance et l'audition de la personne ou institution lésée, sauf si cette audition est impossible ou se heurte aux « intérêts » poursuivis⁴; 10) la notification de l'ordonnance de blocage et de sa motivation à la personne ou à l'institution lésée; et 11) une procédure de recours de nature judiciaire contre l'ordonnance de blocage⁵.

Pareil cadre doit être établi par des dispositions juridiques spécifiques, étant donné que ni les dispositions ou clauses générales de la responsabilité civile ou pénale ni la directive sur le commerce électronique⁶ ne constituent des bases valables pour ordonner un blocage sur l'Internet. Quoi qu'il en soit, le blocage de l'accès à l'Internet ou à des parties de l'Internet pour des

1. Par exemple, le blocage d'un site prônant la négation de l'Holocauste est proportionné (voir la décision de la Cour de Cassation française n° 707 du 19 juin 2008, 07-12244).

2. Il a déjà été décidé dans l'affaire *Ürper et autres c. Turquie* (n°s 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 et 54637/07, § 43, 20 octobre 2009) que des mesures moins draconiennes devaient être envisagées, telle la confiscation d'exemplaires particuliers des journaux ou des restrictions à la publication d'articles spécifiques. Le même principe est applicable au blocage de publications, par exemple en mettant en œuvre une politique de *notice and take down* préalablement à l'émission d'une ordonnance de blocage. Dans le domaine de l'Internet, un facteur additionnel à considérer est le fait que certaines mesures de blocage peuvent aisément être contournées, ce qui rend la nécessité de la mesure douteuse.

3. Le fait que de multiples institutions, organes et personnes peuvent émettre des ordonnances de blocage se révèle préjudiciable à la sécurité juridique. La concentration des pouvoirs de blocage aux mains d'une autorité unique facilite l'application uniforme de la loi et un contrôle accru de la pratique.

4. Sur la question de la pertinence d'assurer une audition des personnes lésées, voir la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, paragraphe 38.

5. Sur la question de l'importance de garanties similaires de notification et de recours, voir la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, paragraphe 8.

6. La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») ne traite pas de l'émission d'ordonnances de blocage et des modalités de telles émissions, et la seule référence qu'on y trouve à cet égard est que « [d]ans les Etats membres qui autorisent l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées, la mise en place de dispositifs de filtrage approprié par les entreprises doit être encouragée et facilitée » et que la directive « n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible » (paragraphe 30 du préambule et articles 12, n° 3, 13, n° 2, et 14, n° 3).

populations entières ou des segments de population entiers n'est en aucun cas justifiable, même au nom de la justice, de l'ordre public ou de la sécurité nationale¹. Ainsi, toute mesure de blocage «aveugle» affectant de manière collatérale des contenus, sites ou plates-formes licites en conséquence d'une mesure visant un contenu, un site ou une plate-forme illicites ne répond pas en soi au principe de nécessité en ce qu'il manque un «lien rationnel», c'est-à-dire une relation instrumentale plausible entre l'ingérence et le besoin social poursuivi². De même, les ordonnances de blocage imposées à des sites et plates-formes qui restent valables indéfiniment ou pour de longues périodes sont équivalentes à des formes inacceptables de restriction préalable, en d'autres termes à de la pure censure³.

Lorsque des circonstances exceptionnelles justifient le blocage d'un contenu illégal, il est nécessaire d'ajuster les mesures aux contenus illicites et d'éviter de viser des personnes ou des institutions qui ne sont responsables ni *de jure* ni *de facto* de la publication illégale ni n'en ont souscrit au contenu. Dans le cas de mesures provisoires ou préventives fondées sur des motifs raisonnables de soupçonner qu'un crime a été commis, la liberté d'expression appelle non seulement un «cadre légal particulièrement strict» mais également l'examen le plus scrupuleux par les tribunaux et en conséquence l'exercice d'une retenue spéciale⁴. Aucune de ces garanties

1. Voir l'Observation générale n° 34 du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/GC/34, au paragraphe 43, la Déclaration conjointe relative aux crimes contre la liberté d'expression adoptée par le Rapporteur spécial des Nations unies (ONU) sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, la Représentante de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) sur la liberté des médias, le Rapporteur spécial pour la liberté d'expression de l'Organisation des Etats américains (OEA), le Rapporteur spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), et le rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression des Nations unies du 10 août 2011, A/66/290, paragraphes 37-44.

2. Comité des Ministres, Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, 28 mai 2003, Principe 3, et Observation générale n° 34 du Comité des droits de l'homme, précité, paragraphe 22.

3. Le caractère excessif de l'interdiction de la publication future de journaux entiers, dont le contenu était inconnu au moment de la décision de juridictions nationales, a été établi dans l'affaire *Ûrper et autres*, précitée, § 42. Le blocage d'un site ou d'une plate-forme web, donc de la publication future d'articles qui y seraient publiés et dont le contenu est inconnu au moment de la décision, équivaut à l'interdiction susmentionnée pour un journal. Ainsi, la raison sous-jacente dans l'affaire *Ûrper et autres*, précitée, s'applique au blocage des sites web et des plates-formes et, *a fortiori*, à la suppression collatérale de sites et plates-formes licites.

4. Concernant le cadre légal, voir *RTBF c. Belgique*, n° 50084/06, § 115, CEDH 2011: «si des restrictions préalables doivent intervenir dans le domaine de la presse, elles ne peuvent que s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels».

Concernant l'exercice de la retenue judiciaire, voir *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, n° 13585/88, § 60, 26 novembre 1991: «De telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux. Il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse: l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période,

n'était présente dans les décisions litigieuses des juridictions nationales, ainsi qu'il va être à présent démontré.

L'application des normes européennes en l'espèce

La loi n° 5651 ne prévoit que les critères suivants pour l'émission d'une ordonnance de blocage sur l'Internet: la nature des infractions pénales qui peuvent donner lieu à l'ordonnance de blocage, le degré de preuve nécessaire pour l'émission d'une telle ordonnance (« motifs suffisants de soupçonner »), la compétence du juge, du tribunal ou, en cas d'urgence, du procureur pour émettre l'ordonnance de blocage, un recours contre cette ordonnance¹ et la caducité de la mesure découlant d'une décision d'acquitter le suspect ou de prononcer un non-lieu, ou la suppression du contenu illégal. Ainsi, la loi nationale, sans être arbitraire puisqu'elle confère au pouvoir judiciaire le pouvoir de bloquer ou non, reste pour le moins très lacunaire: elle n'entoure pas l'exercice du pouvoir judiciaire de toutes les conditions et garanties requises, et n'offre donc pas les garanties fondamentales de la liberté d'expression aux fournisseurs de contenus sur l'Internet.

C'est un fait que les juridictions internes ont été, et sont toujours, tenues de respecter la liberté d'expression, telle qu'interprétée par la Cour dans sa jurisprudence, et auraient donc dû interpréter de manière restrictive leur pouvoir en vertu de l'article 8 de la loi n° 5651. Mais elles ne l'ont pas fait. Il est particulièrement regrettable qu'elles n'aient donné aucun argument justifiant l'idée que l'intérêt public du blocage primait la liberté d'expression du requérant ou la prise en compte de l'existence d'un risque évident et imminent résultant d'une publication du requérant. De plus, il convient également de regretter que la décision du tribunal de Denizli du 13 juillet 2009 ait rejeté l'opposition du requérant au motif qu'aucune autre mesure moins intrusive n'était disponible.

Si l'ingérence avec la liberté d'expression du requérant sur le forum public de l'Internet doit être appréciée au regard des obligations négatives découlant de l'article 10 de la Convention, qui réduisent déjà l'ampleur de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur², la nature provisoire et préventive de la mesure de blocage contestée la réduit plus encore. La circonstance que

risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt». Ceci a été confirmé dans *Editions Plon c. France*, n° 58148/00, § 42, CEDH 2004-IV; *Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 56, CEDH 2001-VIII; et *Oboukhova c. Russie*, n° 34736/03, § 22, 8 janvier 2009. Et dans la jurisprudence américaine, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), notamment l'opinion concordante du juge Brennan (la Constitution américaine « ne tolère absolument aucune restriction judiciaire préalable à la liberté de la presse qui serait motivée par l'hypothèse ou la conjecture d'éventuelles conséquences »).

1. Mais il n'est pas prévu de notifier l'ordonnance de blocage aux parties lésées.

2. Voir mon opinion séparée dans l'arrêt *Mouvement raëlien suisse*, précité.

cette mesure est, selon la loi, fondée sur l'existence de « motifs suffisants de soupçonner » que les publications sur Internet constituent certains crimes souligne non seulement la nature précaire du jugement (un simple « soupçon ») que les tribunaux sont appelés à rendre, mais aussi le degré limité de la preuve requise (motifs « suffisants ») pour justifier l'émission de la mesure. Cependant, la retenue judiciaire spéciale appelée par la nature provisoire de la mesure et le cadre légal très déficient était complètement absente¹.

Conclusion

Pour reprendre les mots employés dans l'affaire *Banatan Books, Inc.* toute restriction préalable à l'expression sur l'Internet se rattache, à mes yeux, à une présomption lourde d'incompatibilité avec la Convention². En l'espèce, le gouvernement défendeur n'a pas satisfait à la charge de la preuve qui lui incombait de démontrer en quoi il se justifiait d'une telle restriction.

Eu égard à l'obligation négative de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression sur l'Internet, à l'application de la loi n° 5651 par la juridiction nationale sans considération des principes issus de la Convention, à la légalité et à la nature de l'expression du requérant, à l'absence de tout lien entre son site et le site prétendument illicite, et après avoir apprécié les raisons données par les autorités nationales à la lumière de leur marge d'appréciation étroite, j'estime qu'il y a eu en l'espèce violation du droit à la liberté d'expression garanti au requérant par l'article 10 de la Convention.

Vu l'insuffisance des garanties prévues par la loi n° 5651 quant au blocage des publications sur Internet, j'aurais également établi, au regard de l'article 46, que l'Etat défendeur avait le devoir de modifier cette loi pour la rendre conforme aux normes exposées ci-dessus.

1. Selon le rapport de l'OSCE sur la liberté des médias en Turquie et la censure d'Internet, cette attitude sans retenue est monnaie courante en Turquie.

2. *Banatan Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963) : « Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity. »

AHMET YILDIRIM v. TURKEY
(Application no. 3111/10)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 18 DECEMBER 2012¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Court order blocking a website as a preventive measure, with the collateral effect of blocking access to an entire domain and all the websites hosted on it****Article 10**

Freedom of expression – Freedom to impart information – Freedom to receive information – Court order blocking a website as a preventive measure, with the collateral effect of blocking access to an entire domain and all the websites hosted on it – Interference – Prescribed by law – Insufficient grounds to suspect commission of offence on the basis of the site’s content – Extensive powers conferred on an administrative body – Ineffective judicial review – Lack of strict legal framework surrounding prohibition – Law not requiring courts to examine need for wholesale blocking – Foreseeability – Arbitrary effects of measure

*

* *

The applicant owns and runs a website on which he publishes material including his academic work. It was set up using the Google Sites website creation and hosting service. On 23 June 2009 the criminal court of first instance ordered the blocking of another website under the Law on regulating Internet publications and combating Internet offences. The order was issued as a preventive measure in the context of criminal proceedings. Later that day, under the same Law, a copy of the blocking order was sent to the Telecommunications and Information Technology Directorate (“the TİB”) for execution. On 24 June 2009, further to a request by the TİB, the criminal court of first instance varied its decision and ordered the blocking of all access to Google Sites. As a result, the applicant was unable to access his own website. On 1 July 2009 he applied to have the blocking order set aside in respect of his own site, which had no connection with the site that had been blocked because of its illegal content. On 13 July 2009 the criminal court dismissed the applicant’s application. In April 2012 he was still unable to access his own website even though, as far as he understood, the criminal proceedings against the owner of the offending site had been discontinued in March 2011.

Held

Article 10: Following the blocking of a website as a preventive measure, the criminal court had subsequently, at the request of the TİB, ordered the blocking of all access to Google Sites, which also hosted the applicant’s website. This had entailed

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

a restriction amounting to interference with the applicant's right to freedom of expression.

The blocking of the offending site had a basis in law but it was clear that neither the applicant's website nor Google Sites fell within the scope of the relevant Law since there was insufficient reason to suspect that their content might be illegal. No judicial proceedings had been brought against either of them. Furthermore, although Google Sites had been held to be liable for the content of a site it hosted, the law made no provision for the wholesale blocking of access to the service. Nor was there any indication that Google Sites had been informed that it was hosting illegal content or that it had refused to comply with an interim measure concerning a site that was the subject of pending criminal proceedings. Furthermore, the law had conferred extensive powers on an administrative body, the TİB, in the implementation of a blocking order since the latter had been able to request an extension of the scope of the order even though no proceedings had been brought against the website or domain concerned and no real need for wholesale blocking had been established.

Such prior restraints were not, in principle, incompatible with the Convention, but they had to be part of a legal framework ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power. However, in ordering the blocking of all access to Google Sites, the criminal court of first instance had simply referred to the TİB's opinion that this was the only possible way of blocking the offending site, without ascertaining whether a less far-reaching measure could be taken. In addition, one of the applicant's main arguments in his application of 1 July 2009 to have the blocking order set aside was that, to prevent other sites from being affected by the measure in question, a method should have been chosen whereby only the offending site became inaccessible. However, there was no indication that the judges considering his application had sought to weigh up the various interests at stake. This shortcoming was merely a consequence of the wording of the Law itself, which did not lay down any obligation for the domestic courts to examine whether the wholesale blocking of Google Sites was necessary, having regard to the criteria established and applied by the Court under Article 10 of the Convention. Such wholesale blocking had rendered large amounts of information inaccessible, had substantially restricted the rights of Internet users and had had a significant collateral effect. The interference had therefore not been foreseeable and had not afforded the applicant the degree of protection to which he was entitled by the rule of law in a democratic society. The measure in issue had had arbitrary effects and could not be said to have been designed solely to block access to the offending website. Furthermore, the judicial review procedures concerning the blocking of Internet sites were insufficient to meet the criteria for avoiding abuses; domestic law did not provide for any safeguards to ensure that

a blocking order concerning a specified site was not used as a means of blocking access in general.

Conclusion: violation (unanimously).

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

Case-law cited by the Court

The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26 April 1979, Series A no. 30
Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20 November 1989, Series A no. 165

Autronic AG v. Switzerland, 22 May 1990, Series A no. 178

Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, Series A no. 216
Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 19 December 1994, Series A no. 302

Guerra and Others v. Italy, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I

Association Ekin v. France, no. 39288/98, ECHR 2001-VIII

Ayşe Öztürk v. Turkey, no. 24914/94, 15 October 2002

Çetin and Others v. Turkey, nos. 40153/98 and 40160/98, ECHR 2003-III

Maestri v. Italy [GC], no. 39748/98, ECHR 2004-I

Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, ECHR 2009

Dink v. Turkey, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, 14 September 2010

RTBF v. Belgium, no. 50084/06, ECHR 2011

Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, ECHR 2011

Altuğ Taner Akçam v. Turkey, no. 27520/07, 25 October 2011

In the case of Ahmet Yıldırım v. Turkey,

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

Guido Raimondi, *President*,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, *judges*,

and Stanley Naismith, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 20 November 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 3111/10) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Mr Ahmet Yıldırım (“the applicant”), on 12 January 2010.

2. The applicant was represented by Ms A. Kaymak, a lawyer practising in İzmir. The Turkish Government (“the Government”) were represented by their Agent.

3. The applicant alleged, in particular, that the blocking of access to his Internet site, ordered by the national authorities, amounted to an unjustified infringement of his rights under Articles 6, 7, 10 and 13 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1.

4. On 31 January 2011 notice of the application was given to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

5. The applicant filed further observations (Rule 59 § 1 of the Rules of Court). Third-party comments were also received from the association Open Society Justice Initiative, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant was born in 1983 and lives in Istanbul.

7. The applicant owns and runs a website (<http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/>) on which he publishes his academic work and his views on various topics. The website was created using the Google Sites website creation and hosting service (<http://sites.google.com/>).

8. On 23 June 2009, under section 8(1)(b) of Law no. 5651 on regulating Internet publications and combating Internet offences, the Denizli Criminal Court of First Instance ordered the blocking of the website <http://sites.google.com/site/kemalizminkarinagrisi/benimhikayem/ataturk-koessi/> (hereinafter “the offending website”). The order was issued as a preventive measure in the context of criminal proceedings against the site’s owner, who was accused of insulting the memory of Atatürk.

9. On the same day, under section 8(3) of Law no. 5651, a copy of the blocking order was sent to the Telecommunications and Information Technology Directorate (“the TİB”) for execution.

10. On 24 June 2009, at the request of the TİB, the Denizli Criminal Court of First Instance varied its decision of 23 June and ordered the blocking of all access to Google Sites under section 8 of Law no. 5651. The TİB had indicated that this was the only means of blocking the offending website, as its owner did not have a server certificate and lived abroad.

11. The TİB, implementing the order of 24 June 2009, blocked all access to Google Sites and the applicant was thus unable to access his own website. All his subsequent attempts to remedy the situation were unsuccessful because of the blocking order issued by the court.

12. On 1 July 2009 the applicant applied to have the blocking order of 24 June 2009 set aside in respect of his website. He pointed out that he used the website regularly in order to publish his academic work and his opinions on various topics, and that the measure had barred all access to his site, which had no connection with the offending website. He argued, in particular, that in order to prevent other websites being affected by the measure, a method should have been chosen which would make only the offending website inaccessible. He cited as an example blocking the site’s URL.

In support of his request, the applicant furnished the court with a copy of the webpage which appeared when he tried to access his own website. The following warning was displayed:

“The Telecommunications and Information Technology Directorate has applied the order issued by the Denizli Criminal Court of First Instance on 24 June 2009 in respect of this website (sites.google.com) as a preventive measure.”

13. On 13 July 2009 the Denizli Criminal Court dismissed the applicant’s application. Referring to a recommendation issued by the TİB, it considered that the only means of blocking access to the offending website, in accordance with the blocking order, had been to block access to the Google Sites service, which had hosted the content complained of.

14. The applicant wrote to the Court on 25 April 2012 informing it that he was still unable to access his website even though, as far as he understood it, the criminal proceedings against the owner of the offending website had been discontinued on 25 March 2011 because of the impossibility of determining the identity and address of the accused, who lived abroad.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

Law no. 5651 of 4 May 2007 on regulating Internet publications and combating Internet offences

15. The relevant parts of Law no. 5651 read as follows:

Section 2 Definitions

“(1) For the purposes of this Law,

...

(e) Access provider [(*erişim sağlayıcı*) shall mean] any natural or legal person which provides users with Internet access;

(f) Content provider [(*içerik sağlayıcı*) shall mean] any natural or legal person which produces, modifies or supplies any kind of information or data for Internet users;

...

(ğ) Internet publication [(*yayın*) shall mean] data which can be accessed via the Internet by an indeterminate number of persons;

...

(l) Publication [(*yayın*) shall mean] publication on the Internet;

...”

Section 4 Liability of content providers

“(1) Content providers shall be held liable for any content they provide via the Internet.

(2) Content providers shall not be held liable for content belonging to others which can be accessed by means of a link provided by them ...

...”

Section 5

Liability of hosting service providers

“(1) Hosting service providers shall not be required to monitor the content hosted by them or to ascertain whether it constitutes illegal activity.

(2) Subject to their criminal responsibility, hosting service providers who are informed, in accordance with sections 8 and 9 of this Law, of the illegal nature of content hosted by them shall be required to cease publishing it, in so far as they have the technical capacity to do so.”

Section 6

Liability of access providers

“(1)(a) Where they are informed, in accordance with the provisions of this Law, of the illegal nature of content published by a user, access providers shall be required to block access to the illegal content, in so far as they have the technical capacity to do so.

...

(2) Access providers shall not be required to monitor the legality of the content and information to which they provide access.

...”

Section 8

Blocking orders and implementation thereof

“(1) A blocking order [*erişimin engellenmesi*] shall be issued in respect of Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to one of the following offences:

(a) offences under the Criminal Code ...

- (1) incitement to suicide (Article 84);
- (2) sexual abuse of minors (Article 103 § 1);
- (3) facilitating the use of narcotic drugs (Article 190);
- (4) supplying products dangerous to health (Article 194);
- (5) obscenity (Article 226);
- (6) prostitution (Article 227);
- (7) hosting gambling activities;

(b) offences against Atatürk under Law no. 5816 of 25 July 1951;

...

(2) The blocking order shall be issued by a judge if the case is at the investigation stage or by the court if a prosecution has been brought. During the investigation, the blocking of access may be ordered by the public prosecutor in cases where a delay in acting could have harmful effects. The order must then be submitted to the judge for approval within twenty-four hours. The judge must give a decision within a further twenty-four hours. If he or she does not approve the blocking of access, the measure shall be lifted by the prosecutor forthwith. Blocking orders issued as a preventive measure may be appealed against in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure (Law no. 5271).

(3) A copy of the blocking order issued by the judge, court or public prosecutor shall be sent to the [Telecommunications and Information Technology] Directorate for execution.

(4) Where the content provider or the hosting service provider is abroad ... the blocking order shall be issued by the Directorate of its own motion. It shall then be notified to the access provider with a request for execution.

(5) Blocking orders shall be implemented immediately or at the latest twenty-four hours after notification.

...

(7) If the criminal investigation ends in a decision to discontinue the proceedings, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(8) Where the trial ends in an acquittal, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(9) If the illegal content is removed, the blocking order shall be lifted ...”

16. The Telecommunications and Information Technology Directorate was established under provisional section 7 of Law no. 2559 on police powers and responsibilities, as amended on 3 July 2005 by Law no. 5397. As an administrative body it is responsible, among other tasks, for recording and monitoring information disseminated using telecommunications tools.

17. In practice, where a court orders the blocking of access to a specific website, it falls to the TİB to implement the measure. If the content provider or hosting service provider is abroad, the TİB may block all access to the pages of the intermediary service provider under section 8(3) and (4) of Law no. 5651. Therefore, the issuing of a blocking order does not result only in access to the website which is the subject of criminal proceedings being blocked; access to all the content on the Internet domain concerned is also liable to be blocked. Thus, domains such as blogspot.com, blogger.com, Google Groups, myspace.com and youtube.com have been the subject of blocking orders over long periods of time because of the websites which they host.

18. The notion of what constitutes a “publication” within the meaning of section 2(1) of Law no. 5651 has also been the subject of debate among legal commentators. In the view of some commentators, sub-paragraph (ğ), according to which the concept of “Internet publication” denotes “data which can be accessed via the Internet by an indeterminate number of persons” is in contradiction with the notion contained in subsection (l) of the same section, which states that “[p]ublication [(*yayın*) shall mean] publication on the Internet”. The difficulty stems from the reference to “data which can be accessed via the Internet”, which could apply to all kinds of data transmitted over the Internet.

III. INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Council of Europe

1. *Convention on Cybercrime*

19. The Convention on Cybercrime (ETS No. 185), which came into force on 1 July 2004, was drawn up by the member States of the Council of Europe, Canada, Japan, South Africa and the United States of America. It deals with various types of offences in the sphere of cybercrime: action directed against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems; computer-related forgery and fraud; content-related offences, especially those related to child pornography; and offences concerning infringements of copyright and related rights (Chapter II, Section 1, Titles 1-4).

2. *Committee of Ministers*

(a) **Declaration CM(2005)56 final**

20. The preamble to the Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society (CM(2005)56 final of 13 May 2005) recognises that “limited or no access to [information and communication technologies (ICTs)] can deprive individuals of the ability to exercise fully their human rights”. The first chapter of the Declaration, entitled “Human rights in the Information Society” contains the following passages:

“1. The right to freedom of expression, information and communication

ICTs provide unprecedented opportunities for all to enjoy freedom of expression. However, ICTs also pose many serious challenges to that freedom, such as State and private censorship.

Freedom of expression, information and communication should be respected in a digital as well as in a non-digital environment, and should not be subject to restrictions other than those provided for in Article 10 of the [Convention], simply because communication is carried in digital form.

In guaranteeing freedom of expression, member States should ensure that national legislation to combat illegal content, for example racism, racial discrimination and child pornography, applies equally to offences committed via ICTs.

Member States should maintain and enhance legal and practical measures to prevent State and private censorship. ...”

(b) Declaration of 28 May 2003

21. The preamble to the Declaration on freedom of communication on the Internet adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers’ Deputies states that prior control of communications on the Internet, regardless of frontiers, should remain an exception, and that there is a need to remove barriers to individual access to the Internet. The Declaration sets forth, *inter alia*, the following principles:

“ ...

Principle 1: Content rules for the Internet

Member States should not subject content on the Internet to restrictions which go further than those applied to other means of content delivery.

...

Principle 3: Absence of prior State control

Public authorities should not, through general blocking or filtering measures, deny access by the public to information and other communication on the Internet, regardless of frontiers. This does not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries.

Provided that the safeguards of Article 10, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are respected, measures may be taken to enforce the removal of clearly identifiable Internet content or, alternatively, the blockage of access to it, if the competent national authorities have taken a provisional or final decision on its illegality.

...”

22. The explanatory note to the Declaration includes the following commentary on Principle 3:

“Absence of prior State control

This principle underlines the importance of no prior State control over what the public can search for on the Internet. In some countries, there is a tendency to block access by the population to content on certain foreign or domestic websites for

political reasons. This and similar practices of prior State control should be strongly condemned.

Although the State should by no means take broad measures to block undesirable content, exceptions must be allowed for the protection of minors. Where minors have access to the Internet, for example in schools or libraries, public authorities may require filters to be installed on computers to block access to harmful content.

The absence of prior control by the State does not of course rule out measures being undertaken to remove content from the Internet or block access to it following a preliminary or final decision of the competent national authorities on its illegality, not only under penal law, but also under other branches of law such as civil or administrative law. This would typically be the case when injunctions are sought to prevent the publication on the Internet of content which is illegal. Such measures, which could entail some sort of prior control, would have to fulfil the requirements of Article 10, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and they would have to be directed at a clearly identifiable Internet content.”

(c) Recommendation CM/Rec(2007)16

23. In 2007 the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2007)16 on measures to promote the public service value of the Internet. The second and third chapters, entitled “Access” and “Openness” respectively, deal implicitly with the issues of accessibility of the Internet and the restrictions that may be permitted.

(d) Recommendation CM/Rec(2007)11

24. Also in 2007, the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2007)11 on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment.

(e) Recommendation CM/Rec(2008)6

25. In 2008 the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2008)6. The appendix to this Recommendation sets out guidelines on using and controlling Internet filters in order to fully exercise and enjoy the right to freedom of expression and information.

(f) Recommendation CM/Rec(2012)3

26. On 4 April 2012 the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2012)3 on the protection of human rights with regard to search engines. Paragraph 1 of the Recommendation stresses, *inter alia*, that “[s]earch engines enable a worldwide public to seek, receive and

impart information and ideas and other content in particular to acquire knowledge, engage in debate and participate in democratic processes”.

B. European Union

(a) Recommendation 2008/2160(INI)

27. Recommendation 2008/2160(INI), adopted by the European Parliament on 26 March 2009, stated expressly that States should participate in efforts to establish an e-democracy on the basis of full and safe access to the Internet. Parliament therefore recommended to member States that they should condemn government-imposed censorship of the content that could be searched on Internet sites, and called on them “to ensure that freedom of expression is not subject to arbitrary restrictions from the public and/or private sphere and to avoid all legislative or administrative measures that could have a ‘chilling effect’ on all aspects of freedom of speech”.

(b) Case of *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (Court of Justice of the European Union)

28. Case C-70/10, examined by the Court of Justice of the European Union (CJEU), concerned a reference for a preliminary ruling following an order issued by a Belgian court requiring an Internet service provider to install a permanent monitoring system blocking all online activity liable to infringe intellectual property rights.

29. In its judgment of 24 November 2011, the CJEU held that the holders of intellectual property rights should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carried a third party’s infringement of a protected work or other subject matter in a network, and that the arrangements governing such injunctions should be left to national law. However, the national rules had to observe the limitations arising from European Union law and in particular from the Directive on electronic commerce (2000/31/EC), which prohibited national authorities from adopting measures which would require an Internet service provider to carry out general monitoring of the information that it transmitted on its network. The CJEU took the view that injunctions of the kind issued in the case under consideration did not respect the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property on the one hand and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information on the other. Accordingly, it concluded that European Union law, and in particular Directive 2000/31/EC and the applicable fundamental rights, precluded an injunction imposed on an Internet service provider to introduce a system

for filtering all electronic communications passing via its services, applied indiscriminately to all its customers, as a preventive measure, exclusively at its expense and for an unlimited period.

C. United Nations Human Rights Committee

30. In its General Comment No. 34 on Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted at its 102nd session (11-29 July 2011), the United Nations Human Rights Committee stated as follows:

“43. Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other Internet-based, electronic or other such information-dissemination system, including systems to support such communication, such as Internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3. Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3. It is also inconsistent with paragraph 3 to prohibit a site or an information-dissemination system from publishing material solely on the basis that it may be critical of the government or the political social system espoused by the government.”

IV. COMPARATIVE LAW

31. In view of the fact that legislation concerning the Internet, which has to be seen against a background of rapidly changing new technologies, is particularly dynamic and fragmented, it is difficult to identify common standards based on a comparison of the legal situation in Council of Europe member States. A survey carried out by the Court of the legislation of twenty member States (Austria, Azerbaijan, Belgium, the Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Russia, Slovenia, Spain, Switzerland and the United Kingdom) reveals that the right to Internet access is protected in theory by the constitutional guarantees applicable to freedom of expression and freedom to receive ideas and information. The right to Internet access is considered to be inherent in the right to access information and communication protected by national Constitutions, and encompasses the right for each individual to participate in the information society and the obligation for States to guarantee access to the Internet for their citizens. It can therefore be inferred from all the general guarantees protecting freedom of expression that a right to unhindered Internet access should also be recognised.

32. In a decision of 10 June 2009 (no. 2009-58 DC), the French Constitutional Council, for instance, stated clearly that freedom of expression implied freedom of access to the Internet. The Constitutional Council also

set forth a number of basic principles concerning the restriction of Internet access. Restrictions on the public's right to access online communication services could be ordered only by a judge, following a fair trial, and had to be proportionate. Finding that "in view of the nature of the freedom guaranteed by Article 11 of the 1789 Declaration, the legislature may not ... confer powers [to restrict or prevent Internet access] on an administrative authority with the aim of protecting the holders of copyright and related rights", the Constitutional Council declared to be unconstitutional the legislative provisions which provided for the blocking of Internet access in cases of infringement of copyright, in the absence of a prior judicial decision. It held that the suspension of access could be ordered only after adversarial judicial proceedings, as an ancillary penalty. Interim measures or injunctions could be ordered by the urgent-applications judge, provided that they were "strictly necessary in order to preserve the rights in question".

33. As regards possible restrictions in cases of illegal Internet content, European countries have adopted a wide variety of approaches and legislative measures, ranging from the suspension of individual rights of Internet access or the removal of the illegal content, to the blocking of access to the specific website in question. In most European countries, the protection of the rights of minors and efforts to combat the sexual exploitation of minors constitute a basis for appropriate measures restricting access to the websites concerned (this is the case in France, Germany, Switzerland and the United Kingdom). When it comes to ordinary crime, the measures restricting access are different and less severe in six countries (Austria, Estonia, Finland, Italy, Lithuania and the Netherlands).

34. As to the scope of the restrictions, a distinction is generally made according to the nature of the offence committed, namely between offences against intellectual property rights and other offences. According to a report by the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) entitled "Freedom of expression on the Internet: study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States", there are no general legislative provisions on the blocking of Internet access in Austria, the Czech Republic, Germany or Poland. Five countries (Estonia, Finland, the Netherlands, Russia and the United Kingdom) have no legislation providing for wholesale blocking irrespective of the offence but have enacted specific legislative provisions allowing access to be blocked in the case of certain types of offence. These include child pornography, racism, hate speech, incitement to terrorism and defamation.

35. In Russia, although a blanket prohibition on Internet access is not possible, access restrictions may be imposed under federal legislation on

specific grounds, for instance to protect the foundations of the constitutional order, morals, health or the legitimate rights and interests of others, or in the interests of national defence and security (Federal Law no. 149-FZ).

36. In those countries which do not have a general or specific legislative framework providing for the closure of sites and/or the blocking of access, blocking measures may nonetheless be ordered by a judge or applied on a voluntary basis.

37. The possibility of appealing against a measure prohibiting Internet access is closely linked to the general guarantees protecting the right to receive information and to express one's views. In Azerbaijan, Belgium, the Czech Republic, Lithuania, Spain and the United Kingdom, no specific provisions exist governing appeals against measures restricting access to an Internet page. Reference is made instead to the general constitutional provisions on freedom of expression and information or, in the case of the United Kingdom, to the possibility of judicial review if the user can prove that he or she has a sufficient interest linked to the subject of the impugned measure. In Estonia, the legislation makes express provision for contesting a measure restricting access to information on the Internet before a higher administrative authority or a specialised agency or directly before the courts in cases concerning public information which the authorities are required to make accessible (the Public Information Act).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

38. The applicant complained of the impossibility of accessing his Internet site as a result of a measure ordered in the context of criminal proceedings which were wholly unrelated to his site. In his view, the measure amounted to an infringement of his freedom to receive and impart information and ideas, guaranteed by Article 10 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

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

for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

39. The Government did not submit any observations.

A. Admissibility

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

B. Merits

1. The parties' submissions

41. The applicant submitted that the blocking of Google Sites amounted to indirect censorship. He contended that the consequences that had resulted for him from the blocking order, namely his inability to access his own website, although the latter had no connection with the illegal content that had given rise to the blocking order in respect of Google Sites, had been disproportionate to the objectives pursued. He further maintained that the proceedings leading to the blocking of Google Sites could not be regarded as fair and impartial.

42. The Government did not submit any observations.

2. Third-party intervener

43. Referring to the Court's case-law, the association Open Society Justice Initiative observed that, since Google Sites hosted a large quantity of data and information and was thus comparable to the online archives of major newspapers or traditional libraries, the impugned measure amounted to a prior restraint on publication. Whereas the aim of the measure taken in this case had been to block access to a single website which was disseminating content insulting the reputation of Atatürk, access to the whole of Google Sites, which hosted the offending website, had been blocked. A measure of that nature, blocking access to such a quantity of information for an indeterminate period, was analogous to prior restraint as it prevented Internet users from accessing the blocked content for an indeterminate period. Such restrictions posed significant dangers and therefore required the most careful scrutiny by the Court.

44. Open Society Justice Initiative added that blocking orders which prevented access to a group of websites posed a risk of “collateral censorship”. Such measures should therefore be avoided as being disproportionate where

it was technically possible to target only the offending website. Citing examples from member States of the Council of Europe, the association observed that no large-scale blocking of Internet content comparable to that ordered in the present case had ever been ordered in France, Germany or the United Kingdom.

45. Furthermore, the Turkish system did not afford adequate safeguards against arbitrariness; for instance, there was no requirement to notify content providers or owners of other sites affected by the blocking order. In addition, numerous blocking orders had been issued in respect of websites which had thousands of users without any safeguards being applied. Access to sites including youtube.com, GeoCities and Dailymotion and to numerous Google services had been blocked over periods of months or even years, causing considerable “collateral censorship”.

3. *The Court’s assessment*

(a) **Whether there was interference**

46. The Court observes that the applicant owns and runs a website which he apparently uses in order to publish his academic work and his views on various topics. He complained of his inability to access his website as a result of a measure ordered in the context of criminal proceedings which were unconnected to his site. This amounted in his view to a prior restraint, imposed before a ruling had been given on the merits.

47. The Court reiterates that Article 10 does not prohibit prior restraints on publication as such. This is borne out not only by the words “conditions”, “restrictions”, “preventing” and “prevention” which appear in that provision, but also by the Court’s judgment in *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)* (26 April 1979, Series A no. 30) and in *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* (20 November 1989, Series A no. 165). On the other hand, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest. This danger also applies to publications other than periodicals that deal with a topical issue.

48. As regards the importance of Internet sites in the exercise of freedom of expression, the Court reiterates that, in *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)* (nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009), it found as follows:

“In the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general.”

49. These considerations are also valid in the present case. The Court notes that Google Sites is a Google service designed to facilitate the creation and sharing of websites within a group and thus constitutes a means of exercising freedom of expression.

50. In that regard it points out that Article 10 guarantees freedom of expression to “everyone”. It makes no distinction according to the nature of the aim pursued or the role played by natural or legal persons in the exercise of that freedom (see *Çetin and Others v. Turkey*, nos. 40153/98 and 40160/98, § 57, ECHR 2003-III). It applies not only to the content of information but also to the means of dissemination, since any restriction imposed on the latter necessarily interferes with the right to receive and impart information (see, *mutatis mutandis*, *Autronic AG v. Switzerland*, 22 May 1990, § 47, Series A no. 178). Likewise, the Court has consistently emphasised that Article 10 guarantees not only the right to impart information but also the right of the public to receive it (see *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 59 (b), Series A no. 216, and *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, § 53, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I).

51. In the present case the measure blocking access to the website stemmed from a decision of the Denizli Criminal Court of First Instance. It was initially designed as a preventive measure ordered by the court in the context of the criminal proceedings brought against a third-party website under Law no. 5816 prohibiting insults against the memory of Atatürk. However, the administrative body responsible for executing the blocking order, the TİB, requested that an order be given blocking all access to Google Sites. In a decision of 24 June 2009, the Denizli Criminal Court of First Instance granted the request. Ruling on an application by the applicant to have it set aside, the Denizli Criminal Court subsequently upheld the order, taking the view that the only means of blocking access to the website that was the subject of criminal proceedings was to block access to Google Sites. The TİB therefore blocked access to the entire Google Sites domain, thereby incidentally preventing the applicant from accessing his own website. It appears from the case file that, as a result of the measure, the applicant was completely unable for an indeterminate period of time to access his own website. All his attempts to do so were unsuccessful because of the blocking order issued by the court. He can therefore legitimately claim that the measure in question affected his right to receive and impart information and ideas.

52. The crux of the case therefore concerns the collateral effect of a preventive measure adopted in the context of judicial proceedings. Although neither Google Sites as such nor the applicant's website was the subject of the proceedings in question, the TİB blocked access to them in order to execute the measure ordered by the Denizli Criminal Court of First Instance. The measure was to remain in place until such time as a decision was given on the merits or the illegal content of the site hosted by Google Sites was removed (section 9 of Law no. 5651). It therefore constituted a prior restraint as it was imposed before a ruling had been given on the merits.

53. The Court considers that, whatever its legal basis, such a measure was bound to have an influence on the accessibility of the Internet and, accordingly, engaged the responsibility of the respondent State under Article 10 (see, *mutatis mutandis*, *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 19 December 1994, § 27, Series A no. 302).

54. It further observes that the blocking of access complained of resulted from a prohibition initially imposed on a third-party website. It was the blocking of all access to Google Sites which actually affected the applicant, who owned another website hosted on the same domain. It is true that the measure did not, strictly speaking, constitute a wholesale ban but rather a restriction on Internet access which had the effect of also blocking access to the applicant's website. Nevertheless, the fact that the effects of the restriction in issue were limited does not diminish its significance, especially since the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest.

55. In sum, the Court considers that the impugned measure amounted to a restriction stemming from a preventive order blocking access to an Internet site. For the purpose of executing the latter, the Denizli Criminal Court of First Instance further ordered, at the request of the TİB, the blocking of access to Google Sites, which also hosted the applicant's website. The applicant was thereby prevented from accessing his own website. This circumstance is sufficient for the Court to conclude that the measure in question amounted to "interference by public authority" with the applicant's right to freedom of expression, of which the freedom to receive and impart information and ideas is an integral part (see, *mutatis mutandis*, *Ayşe Öztürk v. Turkey*, no. 24914/94, § 58, 15 October 2002).

56. Such interference will constitute a breach of Article 10 unless it is "prescribed by law", pursues one or more of the legitimate aims referred to

in Article 10 § 2 and is “necessary in a democratic society” to achieve those aims.

(b) Prescribed by law

57. The Court reiterates at the outset that the expression “prescribed by law”, within the meaning of Article 10 § 2, requires firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law; however, it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences, and that it should be compatible with the rule of law (see, among many other authorities, *Dink v. Turkey*, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, § 114, 14 September 2010). According to the Court’s established case-law, a rule is “foreseeable” if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct (see, among many other authorities, *RTBF v. Belgium*, no. 50084/06, § 103, ECHR 2011, and *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, no. 27520/07, § 87, 25 October 2011).

58. In the instant case the Court observes that the blocking of access to the website which was the subject of judicial proceedings had a statutory basis, namely section 8(1) of Law no. 5651. As to whether this section also satisfied the requirements of accessibility and foreseeability, the applicant submitted that this question should be answered in the negative, as the provision in question was too uncertain in his view.

59. The Court has consistently held that, for domestic law to meet these requirements, it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights guaranteed by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion and the manner of its exercise (see, among many other authorities, *The Sunday Times*, cited above, § 49, and *Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, § 30, ECHR 2004-I).

60. The question here is whether, at the time the blocking order was issued, a clear and precise rule existed enabling the applicant to regulate his conduct in the matter.

61. The Court observes that, under section 8(1) of Law no. 5651, a judge may order the blocking of access to “Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to ... offences”. Section 2 of the same Law provides two definitions of the notion of

“publication”: according to sub-paragraph (ğ) “Internet publication [(*yayın*) shall mean] data which can be accessed via the Internet by an indeterminate number of persons”. Subsection (l), meanwhile, states that “[p]ublication [(*yayın*) shall mean] publication on the Internet”. Even though the notion of “publication” appears to be very broad and may cover all kinds of data published on the Internet, it is clear that neither the applicant’s website nor Google Sites *per se* fell within the scope of section 8(1) of Law no. 5651, since the legality of their content, within the meaning of that provision, was not in issue in the present case.

62. Neither Google Sites nor the applicant’s website was the subject of judicial proceedings for the purposes of section 8(1) of Law no. 5651. It is clear from the fact that this provision was referred to in the decision of 24 June 2009 (see paragraph 10 above) that Google Sites was held to be liable for the content of a website which it hosted. However, sections 4, 5 and 6 of Law no. 5651, which deal with the liability of content providers, hosting service providers and access providers, make no provision for a wholesale blocking of access such as that ordered in the present case. Nor has it been maintained that the Law authorised the blocking of an entire Internet domain like Google Sites which allows the exchange of ideas and information. Moreover, there is nothing in the case file to indicate that Google Sites was notified under section 5(2) of Law no. 5651 that it was hosting illegal content, or that it refused to comply with an interim measure concerning a site that was the subject of pending criminal proceedings.

63. The Court also observes that section 8, subsections (3) and (4), of Law no. 5651 conferred extensive powers on an administrative body (the TİB) in the implementation of a blocking order originally issued in relation to a specified site. The facts of the case demonstrate that the TİB could request the extension of the scope of a blocking order even though no proceedings had been brought against the website or domain in question and no real need for wholesale blocking had been established.

64. As indicated above (see paragraph 47), the Court considers that such prior restraints are not necessarily incompatible with the Convention as a matter of principle. However, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power (see *Association Ekin v. France*, no. 39288/98, § 58, ECHR 2001-VIII, and, *mutatis mutandis*, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, no. 33014/05, § 55, ECHR 2011). In that regard, the judicial review of such a measure, based on a weighing-up of the competing interests at stake and designed to strike a balance between them, is inconceivable without a framework establishing precise and specific rules

regarding the application of preventive restrictions on freedom of expression (see *RTBF v. Belgium*, cited above, § 114). The Court observes that when the Denizli Criminal Court of First Instance decided to block all access to Google Sites under Law no. 5651 it merely referred to a recommendation from the TİB, without ascertaining whether a less far-reaching measure could have been taken to block access specifically to the offending website (see paragraph 10 above).

65. The Court also notes that in his application of 1 July 2009 to have the blocking order set aside one of the applicant's main arguments was that, to prevent other websites from being affected by the measure in question, a method should have been chosen whereby only the offending website was made inaccessible.

66. However, there is no indication that the judges considering the application sought to weigh up the various interests at stake, in particular by assessing the need to block all access to Google Sites. In the Court's view, this shortcoming was simply a consequence of the wording of section 8 of Law no. 5651 itself, which did not lay down any obligation for the domestic courts to examine whether the wholesale blocking of Google Sites was necessary, having regard to the criteria established and applied by the Court under Article 10 of the Convention. Such an obligation, however, flows directly from the Convention and from the case-law of the Convention institutions. In reaching their decision, the courts simply found it established that the only means of blocking access to the offending website in accordance with the order made to that effect was to block all access to Google Sites (see paragraphs 8, 10 and 13 above). However, in the Court's view, they should have taken into consideration, among other elements, the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, substantially restricted the rights of Internet users and had a significant collateral effect.

67. In the light of these considerations and of its examination of the legislation in question as applied in the instant case, the Court concludes that the interference resulting from the application of section 8 of Law no. 5651 did not satisfy the foreseeability requirement under the Convention and did not afford the applicant the degree of protection to which he was entitled by the rule of law in a democratic society. Furthermore, the provision in question appears to be in direct conflict with the actual wording of paragraph 1 of Article 10 of the Convention, according to which the rights set forth in that Article are secured "regardless of frontiers" (see, to the same effect, *Association Ekin*, cited above, § 62).

68. The Court further observes that the measure in question produced arbitrary effects and could not be said to have been aimed solely at blocking

access to the offending website, since it consisted in the wholesale blocking of all the sites hosted by Google Sites. Furthermore, the judicial review procedures concerning the blocking of Internet sites are insufficient to meet the criteria for avoiding abuse, as domestic law does not provide for any safeguards to ensure that a blocking order in respect of a specific site is not used as a means of blocking access in general.

69. Accordingly, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

70. In view of that conclusion, the Court does not consider it necessary in the instant case to examine whether the other requirements of paragraph 2 of Article 10 have been met.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 6, 7 AND 13 OF THE CONVENTION AND ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 1

71. Relying on Articles 6 and 13 of the Convention, the applicant complained that he had not had an effective judicial remedy enabling him to have the impugned measure reviewed by the courts and have possible abuse by the authorities censured.

The applicant also alleged an infringement of the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, enshrined in Article 7 of the Convention.

Lastly, from the standpoint of Article 2 of Protocol No. 1, he complained of an infringement of his right to education, arguing that the prohibition in question had prevented him from pursuing his studies for his doctorate.

72. In view of its finding of a violation under Article 10 of the Convention (see paragraph 69 above), the Court considers that it has examined the main legal questions raised in the present case. In the light of all the facts of the case, it deems it unnecessary to rule separately on either the admissibility or the merits of the complaints under Articles 6, 7 and 13 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 (see *Recep Kurt v. Turkey*, no. 23164/09, § 70, 22 November 2011, and *Kamil Uzun v. Turkey*, no. 37410/97, § 64, 10 May 2007).

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

73. 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

74. The applicant claimed 10,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

75. The Government contested the applicant's claim.

76. The Court considers it appropriate to award the applicant EUR 7,500 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

77. The applicant also claimed EUR 3,300 for the costs and expenses incurred before the domestic courts and before the Court. He asserted in particular that the presentation of his case before the domestic courts and the Strasbourg institutions had entailed over 28 hours' work at an hourly rate of 250 Turkish liras, in accordance with the scale of minimum fees of the Istanbul and İzmir Bars.

78. The Government contested those claims.

79. 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 were actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and its case-law, the Court considers it reasonable to award the applicant the sum of EUR 1,000 covering costs under all heads.

C. Default interest

80. 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* admissible the complaint concerning the interference with the applicant's freedom to receive and impart information;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;
3. *Holds* that there is no need to examine separately the admissibility or merits of the complaints under Articles 6, 7 and 13 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1;
4. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted

into Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement:

- (i) EUR 7,500 (seven thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (iii) EUR 1,000 (one thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 18 December 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith
Registrar

Guido Raimondi
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Pinto de Albuquerque is annexed to this judgment.

G.R.A.
S.H.N.

CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The *Ahmet Yıldırım* case is about collateral Internet blocking. It involves an *interim* court injunction blocking access for all Turkish-based users to the Google Sites domain¹, including the applicant’s personal website which was hosted by that domain. In fact, this is the first time the question of freedom of expression on Web 2.0-based platforms has been put to the European Court of Human Rights (“the Court”). I agree with the finding of a violation of Article 10 of the European Convention on Human Rights (“the Convention”), but I am convinced that the reasoning of the judgment does not set forth, as it should, the fundamental principles applicable to restrictions on freedom of expression in this field². The purpose of this opinion is to supplement the judgment by setting out those principles, the importance of which is emphasised by two obvious reasons: firstly, the scant case-law of the Court on this topic demands a principled approach to these novel and complex issues in order to avoid erratic, or even contradictory, case-law; secondly, in view of the deficient legislative framework of the respondent State, which will require legislative reform, there is a pressing need for clear guidelines in accordance with the Court’s standards applicable in this field.

The interference with the applicant’s freedom of expression

The decision of the Denizli Criminal Court of First Instance of 23 and 24 June 2009 constituted interference with the applicant’s freedom of expression inasmuch as it blocked access to Google Sites, the domain he had used to create his own site. The measure was based on section 8(1)(b) of Law no. 5651. It was taken within the framework of a set of criminal proceedings opened to investigate another site created in Google Sites, which included content considered offensive to the memory of Mustafa Kemal Atatürk. The Court has no information concerning any notification or attempted notification of Google Inc., the US-based owner and operator of Google Sites, prior to the issuing of the blocking order.

Regardless of the allegedly illegal content of the site on Atatürk³, the fact is that the applicant’s site included only his academic works and other

1. Google Sites is a component of a software package known as Google Apps, which furnishes the tools for creating and maintaining personal websites.

2. Although Internet blocking orders may jeopardise various human rights, such as the access provider’s right to property, the content provider’s freedom of expression and the user’s freedom of information, in this particular case the focus will be on the second aspect.

3. The political and historical nature of the publications on Atatürk should also have been taken into

texts and personal opinions on various topics such as the social Web, the semantic Web, complex networks, complex systems and the philosophy of science. The blocking order failed to take into consideration that fact and consequently the fact that the applicant's site, as many others based on Google Sites, had no connection whatsoever with the site which had been at the origin of the criminal proceedings.

The European standards for the blocking of Internet publications

The Council of Europe standards on freedom of expression on the Internet have been established in various Resolutions, Recommendations and Declarations, in addition to the Convention on Cybercrime and its Additional Protocol¹. Of these documents, the following three are of the utmost importance for the issues at stake in the present case.

account (for the differences between a speech on “established historical facts” and an ongoing debate on historical facts, see my separate opinion in *Fáber v. Hungary*, no. 40721/08, 24 July 2012).

1. The relevant hard and soft law includes the Convention on Cybercrime (ETS No. 185) and its Additional Protocol concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189), the Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings, Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member States on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet, the Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles, the Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers, Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services, the Declaration of the Committee of Ministers on the Digital Agenda for Europe, the Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality, the Declaration of the Committee of Ministers on the management of Internet Protocol address resources in the public interest, the Declaration of the Committee of Ministers on enhanced participation of member States in Internet governance matters, the Human Rights Guidelines for online games providers, the Human Rights Guidelines for Internet service providers, Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers on measures to promote the public service value of the Internet, the Declaration on freedom of communication on the Internet adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003, Recommendation 1586 (2002) of the Parliamentary Assembly on the digital divide and education, Recommendation No. R (2001) 8 of the Committee of Ministers on self-regulation concerning cyber content, Recommendation 1543 (2001) of the Parliamentary Assembly on racism and xenophobia in cyberspace, the Declaration on a European policy for new information technologies adopted by the Committee of Ministers on 7 May 1999, Recommendation No. R (99) 14 of the Committee of Ministers on universal community service concerning new communication and information services, Recommendation No. R (99) 5 for the protection of privacy on the Internet, Recommendation 1332 (1997) of the Parliamentary Assembly on the scientific and technical aspects of the new information and communications technologies, Recommendation No. R (97) 19 of the Committee of Ministers on the portrayal of violence in the electronic media, Recommendation 1314 (1997) of the Parliamentary Assembly on the new technologies and employment, Resolution 1120 (1997) of the Parliamentary Assembly on the impact of the new

– Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, which provides that:

“12. A prerequisite for the existence of effective search engines is the freedom to crawl and index the information available on the Web. The filtering and blocking of Internet content by search-engine providers entails the risk of violation of freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention in respect to the rights of providers and users to distribute and access information.

13. Search-engine providers should not be obliged to monitor their networks and services proactively in order to detect possibly illegal content, nor should they conduct any *ex ante* filtering or blocking activity, unless mandated by court order or by a competent authority. However, there may be legitimate requests to remove specific sources from their index, for example in cases where other rights outweigh the right to freedom of expression and information; the right to information cannot be understood as extending the access to content beyond the intention of the person who exercises her or his freedom of expression.

...

16. In addition, member States should work with search-engine providers so that they:

– ensure that any necessary filtering or blocking is transparent to the user. The blocking of all search results for certain keywords should not be included or promoted in self- and co-regulatory frameworks for search engines. Self- and co-regulatory regimes should not hinder individuals’ freedom of expression and right to seek, receive and impart information, ideas and content through any media. As regards the content that has been defined in a democratic process as harmful for certain categories of users, member States should avoid general de-indexation which renders such content inaccessible to other categories of users. In many cases, encouraging search engines to offer adequate voluntary individual filter mechanisms may suffice to protect those groups;

– explore the possibility of allowing de-indexation of content which, while in the public domain, was not intended for mass communication (or mass communication in aggregate).”

– Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, according to which:

communication and information technologies on democracy, Recommendation No. R (95) 13 of the Committee of Ministers concerning problems of criminal procedural law connected with information technology, Recommendation No. R (92) 15 of the Committee of Ministers concerning teaching, research and training in the field of law and information technology, and Recommendation 1122 (1990) of the Parliamentary Assembly on the revival of the countryside by means of information technology.

“III. Use and application of Internet filters by the public and private sector

Notwithstanding the importance of empowering users to use and control filters as mentioned above, and noting the wider public-service value of the Internet, public actors on all levels (such as administrations, libraries and educational institutions) which introduce filters or use them when delivering services to the public, should ensure full respect for all users’ right to freedom of expression and information and their right to private life and secrecy of correspondence.

In this context, member States should:

i. refrain from filtering Internet content in electronic communications networks operated by public actors for reasons other than those laid down in Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights;

ii. guarantee that nationwide general blocking or filtering measures are only introduced by the State if the conditions of Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights are fulfilled. Such action by the State should only be taken if the filtering concerns specific and clearly identifiable content, a competent national authority has taken a decision on its illegality and the decision can be reviewed by an independent and impartial tribunal or regulatory body, in accordance with the requirements of Article 6 of the European Convention on Human Rights;

iii. introduce, where appropriate and necessary, provisions under national law for the prevention of intentional abuse of filters to restrict citizens’ access to lawful content;

iv. ensure that all filters are assessed both before and during their implementation to ensure that the effects of the filtering are proportionate to the purpose of the restriction and thus necessary in a democratic society, in order to avoid unreasonable blocking of content;

v. provide for effective and readily accessible means of recourse and remedy, including suspension of filters, in cases where users and/or authors of content claim that content has been blocked unreasonably;

vi. avoid the universal and general blocking of offensive or harmful content for users who are not part of the group which a filter has been activated to protect, and of illegal content for users who justifiably demonstrate a legitimate interest or need to access such content under exceptional circumstances, particularly for research purposes;

vii. ensure that the right to private life and secrecy of correspondence is respected when using and applying filters and that personal data logged, recorded and processed via filters are only used for legitimate and non-commercial purposes.”

– Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the public service value of the Internet, which provides as follows:

“III. Openness

Member States should affirm freedom of expression and the free circulation of information on the Internet, balancing them, where necessary, with other legitimate rights and interests, in accordance with Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights as interpreted by the European Court of Human Rights, by:

- promoting the active participation of the public in using, and contributing content to, the Internet and other ICTs;
- promoting freedom of communication and creation on the Internet, regardless of frontiers, in particular by:
 - a. not subjecting individuals to any licensing or other requirements having a similar effect, nor any general blocking or filtering measures by public authorities, or restrictions that go further than those applied to other means of content delivery;
 - b. facilitating, where appropriate, ‘re-users’, meaning those wishing to exploit existing digital content resources in order to create future content or services in a way that is compatible with respect for intellectual property rights;
 - c. promoting an open offer of services and accessible, usable and exploitable content via the Internet which caters to the different needs of users and social groups, in particular by:
 - allowing service providers to operate in a regulatory framework which guarantees them non-discriminatory access to national and international telecommunication networks;
 - increasing the provision and transparency of their online services to citizens and businesses;
 - engaging with the public, where appropriate, through user-generated communities rather than official websites;
 - encouraging, where appropriate, the re-use of public data by non-commercial users, so as to allow every individual access to public information, facilitating their participation in public life and democratic processes;
 - promoting public-domain information accessibility via the Internet which includes government documents, allowing all persons to participate in the process of government; information about personal data retained by public entities; scientific and historical data; information on the state of technology, allowing the public to consider how the information society might guard against information warfare and other threats to human rights; creative works that are part of a shared cultural base, allowing persons to participate actively in their community and cultural history;
 - adapting and extending the remit of public-service media, in line with Recommendation Rec(2007)3 of the Committee of Ministers to member States on the remit of public-service media in the information society, so as to cover the Internet and other new communication services and so that both generalist and specialised

contents and services can be offered, as well as distinct personalised interactive and on-demand services.”

In the Court’s case-law, three cases to date have dealt specifically with Internet publications¹.

In *K.U. v. Finland*, the Court held as follows:

“Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context.”²

In *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*, the Court stated:

“In the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general. The maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role and the Court therefore considers that such archives fall within the ambit of the protection afforded by Article 10.”³

Lastly, in *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, the Court found:

“... the absence of a sufficient legal framework at the domestic level allowing journalists to use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions seriously hinders the exercise of the vital function of the press as a ‘public watchdog’ ...”⁴

In the light of these documents and the practice of the States Parties referred to in the judgment’s reasoning, the minimum criteria for Convention-compatible legislation on Internet blocking measures are: (1) a definition of the categories of persons and institutions liable to have their publications blocked, such as national or foreign owners of illegal content,

1. In *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* ([GC], no. 16354/06, ECHR 2012), faced with a case in which the national authorities, after examining the applicant association’s website, mentioned on a poster, and other sites that were accessible via hyperlinks on the applicant’s site, proceeded to prohibit a particular form of expression of the applicant association, the majority did not address this issue, which was analysed in various separate opinions.

2. *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, § 49, ECHR 2008.

3. *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*, nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009.

4. *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, no. 33014/05, § 64, ECHR 2011.

websites or platforms, users of these sites or platforms and persons providing hyperlinks to illegal sites or platforms which have endorsed them¹; (2) a definition of the categories of blocking orders, such as blocking of entire websites, Internet Protocol (IP) addresses, ports, network protocols or types of use, like social networking²; (3) a provision on the territorial ambit of the blocking order, which may have region-wide, nationwide, or even worldwide effect³; (4) a limit on the duration of the blocking order⁴; (5) an indication of the “interests”, in the sense of one or more of those included in Article 10 § 2 of the Convention, that may justify the blocking order; (6) observance of the criterion of proportionality, which provides for a fair balancing of freedom of expression and the competing “interests” pursued, while ensuring that the essence (or minimum core) of freedom of expression is respected⁵; (7) compliance with the principle of necessity, which enables an assessment to be made as to whether the interference with freedom of expression adequately advances the “interests” pursued and goes no further than is necessary to meet the said “social need”⁶; (8) definition of the authorities competent to issue a reasoned blocking order⁷; (9) a procedure to be followed for the issuance of that order, which includes the examination by the competent authority of the case file supporting the request for a blocking order and the hearing of evidence from the affected person or institution, unless this is impossible or incompatible with the “interests”

1. The distinction between a content and a service provider is not always straightforward. For instance, when the service provider interferes with the content provided by a third person, the service provider in turn becomes a content provider. The legislature should provide a clear legal definition of both, since their responsibilities are also different.

2. The possibilities range from more sophisticated blocking orders aimed at IP addresses, port numbers, URLs or content data to less sophisticated ones like blocking certain domain names on the corresponding servers or specific entries on the hit list of search engines.

3. On the right to cross-border access to information, see *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden*, no. 23883/06, §§ 44-50, 16 December 2008, and the Committee of Ministers Declaration on freedom of communication on the Internet, 28 May 2003, Principle 3.

4. Indefinite or indeterminate Internet blocking orders constitute *per se* unnecessary interference with freedom of expression.

5. For instance, the blocking of a Holocaust-denying site is proportionate (see the French Court of Cassation decision no. 707 of 19 June 2008, 07-12244).

6. That less draconian measures should be envisaged, such as the confiscation of particular issues of the newspapers or restrictions on the publication of specific articles, has already been determined in *Ürper and Others v. Turkey* (nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 and 54637/07, § 43, 20 October 2009). The same principle is applicable to the blocking of publications, for example by implementing a “notice and take down” policy prior to the issuance of a blocking order. In the field of the Internet, an additional factor to be considered is the fact that some blocking measures may easily be circumvented, which makes the necessity of the measure questionable.

7. The fact that multiple institutions, bodies and persons may issue blocking orders proves detrimental to legal certainty. The concentration of blocking powers in one single authority facilitates uniform application of the law and closer monitoring of the practice.

pursued¹; (10) notification of the blocking order and the grounds for it to the person or institution affected; and (11) a judicial appeal procedure against the blocking order².

This framework must be established via specific legal provisions; neither the general provisions and clauses governing civil and criminal responsibility nor the e-commerce Directive³ constitute a valid basis for ordering Internet blocking. In any case, blocking access to the Internet, or parts of the Internet, for whole populations or segments of the public can never be justified, including in the interests of justice, public order or national security⁴. Thus, any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content, sites or platforms as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or an illegal site or platform fails *per se* the “adequacy” test, in so far as it lacks a “rational connection”, that is, a plausible instrumental relationship between the interference and the social need pursued⁵. By the same token, blocking orders imposed on sites and platforms which remain valid indefinitely or for long periods are tantamount to inadmissible forms of prior restraint, in other words, to pure censorship⁶.

1. For the relevance of the guarantee that evidence be heard from the affected persons, see decision no. 2009-580 DC of the French Constitutional Council of 10 June 2009, paragraph 38.

2. For the importance of similar guarantees of notification and appeal, see decision no. 2011625 DC of the French Constitutional Council of 10 March 2011, paragraph 8.

3. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (the Directive on electronic commerce) does not deal with the issuance of blocking orders and its conditions, and the only reference it makes in this regard is to state that “in Member States which authorise unsolicited commercial communications by electronic mail, the setting up of appropriate industry filtering initiatives should be encouraged and facilitated” and that “[t]his Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information” (Recital 30 of the Preamble and Articles 12 § 3, 13 § 2 and 14 § 3).

4. See United Nations Human Rights Committee General Comment No. 34, UN Doc. CCPR/C/GC/34, paragraph 43; the Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet by the United Nations Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples’ Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information; and the Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 10 August 2011, UN Doc. A/66/290, paragraphs 37–44.

5. Committee of Ministers Declaration on freedom of communication on the Internet, 28 May 2003, Principle 3, and United Nations Human Rights Committee General Comment No. 34, cited above, paragraph 22.

6. The inadmissibility of prohibitions on the future publication of entire newspapers whose content was unknown at the time of the national courts’ decisions has been established in *Ürper and Others*, cited above, § 42. The blocking of a website or a platform and the future publication of articles thereon whose content was unknown at the time of the decision is equivalent to the above-mentioned prohibition regarding a newspaper. Thus, the rationale of *Ürper and Others* applies to the blocking of websites or

When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, it is necessary to tailor the measure to the content which is illegal and avoid targeting persons or institutions that are not *de jure* or *de facto* responsible for the illegal publication and have not endorsed its content. In the case of *interim* or preventive measures which are based on reasonable grounds to suspect the commission of a crime, freedom of expression warrants not only a particularly tight legal framework (“*cadre légal particulièrement strict*”) but also the most careful scrutiny by the courts, and consequently the exercise of special restraint¹. None of these guarantees was provided by the impugned decisions of the national courts, as will be shown.

The application of the European standards to the instant case

Law no. 5651 lays down only the following criteria for the issuance of an Internet blocking order: the nature of the criminal offences or activities which may give rise to a blocking order, the degree of evidence necessary for a blocking order to be issued (“sufficient grounds to suspect”), the competence of the judge, the court or, in urgent matters, the public prosecutor to issue the blocking order, an appeal against that order² and its termination when the accused is acquitted, the case is dismissed or the illegal content is deleted. Thus, the national legislation, although not arbitrary, since it entrusts to the judiciary the power to block or not to block, is at least very deficient, because it does not surround the exercise of judicial power with all the required conditions and safeguards and therefore does not afford basic guarantees of freedom of expression to Internet content providers.

It is a fact that the domestic courts were, and still are, obliged to respect freedom of expression, as interpreted by the Court’s case-law, and thus should have interpreted restrictively their own powers under section 8 of Law no. 5651. But they failed to do so. It is particularly regrettable that

platforms and *a fortiori* to the collateral suppression of legal websites and platforms.

1. On the legal framework, see *RTBF v. Belgium*, no. 50084/06, § 115, ECHR 2011: “if prior restraints are required in the media sphere, they must form part of a legal framework ensuring both tight control over the scope of any bans and effective judicial review to prevent potential abuses.” And on the judicial exercise of restraint, see *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 60, Series A no. 216: “... the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest.” This was confirmed by *Editions Plon v. France*, no. 58148/00, § 42, ECHR 2004-IV; *Association Ekin v. France*, no. 39288/98, § 56, ECHR 2001-VIII; and *Obukhova v. Russia*, no. 34736/03, § 22, 8 January 2009. And in the American case-law, see *New York Times Co. v. United States*, 403 US 713 (1971), and particularly the concurring opinion of Justice Brennan (the US Constitution “tolerates absolutely no prior judicial restraints of the press predicated upon surmise or conjecture that untoward consequences may result”).

2. But no provision is made for giving notice of the blocking order to the affected parties.

they omitted to advance any argument justifying the notion that the public interest in blocking access outweighed the applicant's freedom of expression or any consideration of the existence of a clear and imminent danger resulting from the applicant's publication. It is also to be regretted that the Denizli Criminal Court of First Instance decision of 13 July 2009 rejected the applicant's application to set aside the order with the argument that no other less intrusive measure was available.

If the interference with the applicant's freedom of expression on the public forum of the Internet must be assessed in terms of the negative obligations arising from Article 10 of the Convention, which already narrows the breadth of the margin of appreciation of the respondent State¹, the interim and preventive nature of the contested blocking measure narrows it even further. The fact that this measure is, according to the law, based on the existence of "sufficient grounds to suspect" that the publications on the Internet constitute certain crimes points not only to the precarious nature of the assessment (a mere "suspicion") which the courts are called upon to perform, but also to the limited amount of evidence ("sufficient" grounds) required to support the issuance of the measure. The particular judicial restraint warranted by the provisional nature of the measure and by the very deficient legal framework was entirely absent².

Conclusion

To borrow the words of *Banatan Books, Inc.*, any prior restraint on expression on the Internet comes to me with a heavy presumption against its Convention validity³. In the instant case, the respondent Government did not satisfy the burden of showing that the imposition of such a restraint was justified.

Having regard to the State's negative obligation to refrain from interfering with the applicant's freedom of expression on the Internet, to the application of Law no. 5651 by the domestic courts without any consideration of the Convention principles, to the lawful form and nature of the material published by the applicant and to the lack of any connection between his site and the allegedly illegal site, and after assessing the reasons given by the national authorities in the light of their narrow margin of appreciation, I find that there has been a violation of the applicant's freedom of expression enshrined in Article 10 of the Convention.

1. See my separate opinion in *Mouvement raëlien suisse*, cited above.

2. According to the Report of the OSCE Representative on Freedom of the Media on Turkey and Internet censorship, this unrestrained attitude has been common practice.

3. *Banatan Books, Inc. v. Sullivan*, 372 US 58 (1963).

In view of the insufficient guarantees provided by Law no. 5651 with regard to the blocking of Internet publications, I would also have found it established, based on Article 46, that the respondent State has a duty to amend the legislation in line with the standards set out above.